ALBERTO RETAMOZO LINARES

CONTRATACIONES
Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

CONFORME A LA
LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS,
SU REGLAMENTO Y LAS DIRECTIVAS DEL OECE

13.ª edición

I

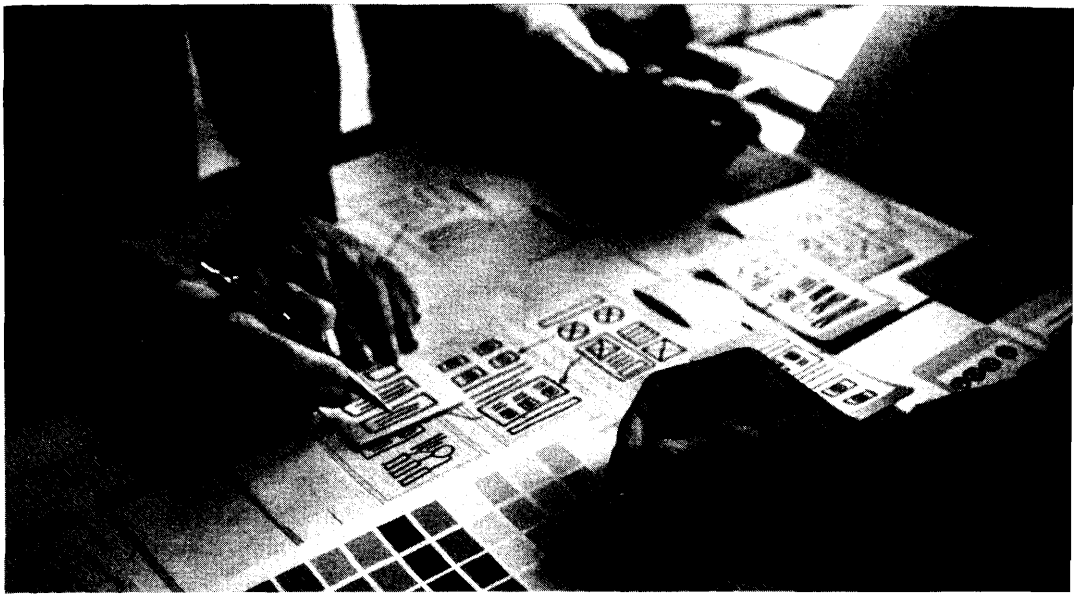
Antecedentes, parte general, actos preparatorios
y procedimientos de selección

INSTITUTO PACÍFICO

CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y NORMAS DE CONTROL

Alberto Retamozo Linares

INSTITUTO PACÍFICO



ALBERTO RETAMOZO LINARES

CONTRATACIONES
Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL

ANÁLISIS Y COMENTARIOS

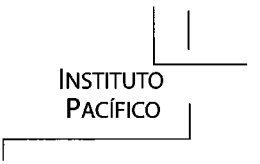
CONFORME A LA
LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS,
SU REGLAMENTO Y LAS DIRECTIVAS DEL OECE

13.ª edición

I

Antecedentes, parte general, actos preparatorios
y procedimientos de selección

INSTITUTO PACÍFICO



CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
Y NORMAS DE CONTROL
Análisis y comentarios
TOMO I

Autor:
© Alberto Retamozo Linares, 2025

Décimo tercera Edición - Setiembre 2025
Primera Edición - 2000

Copyright 2025 : Instituto Pacífico SAC

Diseño, Diagramación y Montaje:
Luis Ruiz Martinez
Ricardo De la Peña Malpartida
Nora Villaverde Soldevilla

Edición a cargo de : © Instituto Pacífico SAC - 2025
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Tiraje: 1000 ejemplares

ISBN : 978-612-322-619-0

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.° : 2025-09247

Impresión a cargo de: Instituto Pacífico SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor
Este libro esta expuesto a fe de erratas
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor del Instituto Pacífico SAC, quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

A Ana Ximena, mi hija,
por el encanto de sus años tiernos.

A Ana Alexandra, mi hija,
por la alegría de su sonrisa.

A Ana María, mi esposa,
por su amor y terca fe.

Presentación

En 1997 se promulgó la primera ley de contrataciones del Estado. Antes de ella, lo que habíamos tenido eran reglamentos con rango de ley, como el RUA y el RULCOP, situación que se mantuvo hasta el inicio del nuevo mileno, en el que se modificó la Ley N.° 26850 y, seguidamente, se promulgó su reglamento, con lo cual, el escenario jurídico nacional cambió sustancialmente, no solo porque estábamos ante una norma que desarrollaba una disposición constitucional, sino porque innovaba en materia de solución de controversias.

En este escenario, en el 2000, publicamos por primera vez el texto que hoy tiene en sus manos, después del cual se fueron sucediendo ediciones que acompañaron a las constantes modificaciones de la ley y el reglamento, así como a los cambios de ley, tal como fueron el Decreto Legislativo N.° 1017 y la Ley N.° 30225, ruta en la cual, hacia el 2018, se publicó la decimosegunda edición de Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control, la que en algún momento consideramos que sería la última debido a que demandaba mucha dedicación seguir los constantes cambios normativos.

Pero "nunca digas nunca". En junio del 2024 se promulgó la Ley N.° 32069, norma que, después haberla revisado y contrastado con las anteriores, nos dio ánimo, después de 7 años, para evaluar una nueva edición, la decimotercera, que es la que hoy presentamos gracias al Instituto Pacífico.

¿Qué nos motivó a publicar esta nueva edición? El comprender que estábamos ante una norma que, si bien mantenía mucho de las anteriores, era cualitativamente diferente ya que precisaba con mayor claridad, en las distintas fases de la contratación pública, la relación entre el derecho administrativo interno y el global; lo que sucedía debido a la decisión del Estado de incorporar al Perú a la OCDE, ya que ello viene significando adecuar nuestra normativa interna a las disposiciones de este organismo internacional, en particular, a la referida a las contrataciones públicas.

Otro aspecto relevante es la vocación de la norma por establecer barreras burocráticas, especialmente, en lo que se refiere al registro en el REGAJU de las instituciones arbitrales y de juntas de prevención y resolución de disputas, decisión que quizás se vincule a la proliferación que estas han tenido en los últimos años sin tener estándares de calidad definidos por el OSCE, a pesar de que la norma derogada le establecía esta obligación legal.

En cuanto a la solución de controversias, se tiene que, en consonancia con lo que viene sucediendo en otros países de América Latina, la implantación de paneles o juntas de resolución de disputas cobra relevancia frente al arbitraje, por lo que es previsible que en los próximos años la vía arbitral sea relegada cada vez más.

Estos temas y otros vinculados nos impulsaron a realizar nuevamente el trabajo de sistematización e investigación, los que han dado lugar a los dos tomos que hoy les entregamos; en cuyas páginas, además de la recurrencia a la doctrina, hemos tratado de recuperar opiniones, pronunciamientos del fenecido OSCE y criterios del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos de vincularlos a la actual normativa, siempre considerando que lo nuevo tiene raíces en el pasado.

Alberto Retamozo Linares

Acrónimos

API	Asociación para la innovación
AS	Adjudicación Simplificada
ASE	Adjudicación Simplificada Electrónica
ASISTE	Servicio de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Proyectos
CCLC	Constancia de Capacidad Libre de Contratación
CD	Contratación Directa
CGR	Contraloría General de la República
CMN	Cuadro Multianual de Necesidades
CMP	Convenio Marco de Precios
CONSUCODE	Antiguo Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
CP	Concurso Público
CPI	Compra Pública de Innovación
CPP	Compra Pública Precomercial
CS	Comité de Selección
D. Leg.	Decreto Legislativo
DEC	Dependencia encargada de las contrataciones
DGA	Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas
DGPMI	Dirección General de Programación Multianual de Inversiones
DJ	Declaración Jurada
DS	Decreto Supremo

En cuanto a la solución de controversias, se tiene que, en consonancia con lo que viene sucediendo en otros países de América Latina, la implantación de paneles o juntas de resolución de disputas cobra relevancia frente al arbitraje, por lo que es previsible que en los próximos años la vía arbitral sea relegada cada vez más.

Estos temas y otros vinculados nos impulsaron a realizar nuevamente el trabajo de sistematización e investigación, los que han dado lugar a los dos tomos que hoy les entregamos; en cuyas páginas, además de la recurrencia a la doctrina, hemos tratado de recuperar opiniones, pronunciamientos del fenecido OSCE y criterios del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efectos de vincularlos a la actual normativa, siempre considerando que lo nuevo tiene raíces en el pasado.

Alberto Retamozo Linares

Acrónimos

API	Asociación para la innovación
AS	Adjudicación Simplificada
ASE	Adjudicación Simplificada Electrónica
ASISTE	Servicio de Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Proyectos
CCLC	Constancia de Capacidad Libre de Contratación
CD	Contratación Directa
CGR	Contraloría General de la República
CMN	Cuadro Multianual de Necesidades
CMP	Convenio Marco de Precios
CONSUCODE	Antiguo Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
CP	Concurso Público
CPI	Compra Pública de Innovación
CPP	Compra Pública Precomercial
CS	Comité de Selección
D. Leg.	Decreto Legislativo
DEC	Dependencia encargada de las contrataciones
DGA	Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas
DGPMI	Dirección General de Programación Multianual de Inversiones
DJ	Declaración Jurada
DS	Decreto Supremo

DTN	Dirección Técnico Normativa del OSCE
Entidades contratantes	Entidades señaladas en el numeral 3.2 del artículo 3° de la Ley N.° 32069
FUP	Ficha única de proveedor
I+D	Investigación y desarrollo
I+D+i	Investigación, desarrollo e innovación
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
INEI	Instituto Nacional de Estadística e Informática
IOARR	Inversiones de optimización, ampliación marginal, reposición y rehabilitación
JPRD	Junta de Prevención y Resolución de Disputas
LA	Ley de Arbitraje
LCE	Antigua Ley de Contrataciones del Estado N.° 30225 (hoy derogada)
LGCP	Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas
LP	Licitación Pública
LPAG	TUO de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
MEF	Ministerio de Economía y Finanzas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OCI	Oficina de Control Institucional
OECE	Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes
OSCE	Antiguo Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
PAC del CMN	Plan anual de contrataciones del Cuadro Multianual de Necesidades
PAS	Procedimiento Administrativo Sancionador
Perú Compras	Central de Compras Públicas
Pladicop	Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas
PMBSO	Programación Multianual de Bienes, Servicios y Obras
PS	Procedimiento de Selección

R	Reglamento
RC	Resolución de Contraloría
REC	Registro de entidades contratantes
REGAJU	Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas
RLCE	Antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (hoy derogado)
RLGCP	Reglamento de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas
Reniec	Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
RNP	Registro Nacional de Proveedores
RS	Resolución Suprema
RUA	Antiguo Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestaciones de Servicios No Personales del Estado
RULCOP	Antiguo Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas
SBS	Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado
SIE	Subasta Inversa Electrónica
SNPMGI	Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones
ST PAS	Secretarías Técnicas del procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones Públicas
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
Sunat	Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria
TCP	Tribunal de Contrataciones Públicas
TUPA	Texto Único de Procedimientos Administrativos
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
VE	Valor Estimado
VR	Valor Referencial

PARTE I

ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo I

ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La tradición jurídica romano-germánica
La subasta. Las contrataciones en la Edad Media española

SUMARIO: 1. El camino de la subasta hasta Roma.— 1.1. Los operadores en la contratación pública romana.— 1.2. Los funcionarios que participaban en la contratación pública en Roma. Los censores y el Senado.— 1.3. Los procedimientos de contratación en Roma.— 1.4. La *locatio*.— 2. Las contrataciones públicas en la Edad Media española y las Leyes de Indias.— 2.1. Las Leyes de Indias y los procedimientos de contratación.— 2.1.1. Los procedimientos de contratación

El origen de la sociedad, que implica el ser humano organizado, ha tenido a lo largo de la historia distintas explicaciones que legitimaron en cada época los diferentes términos de la convivencia. La primera fue de orden religioso, donde lo sobrenatural, unido al carisma, sustentaba el orden social; la segunda estuvo dada por las teorías hipotéticas racionales, como las contractualistas, que referían el paso de la etapa presocial a la social; la tercera se vinculó a la dominación legal-racional (Weber, 1987, pp. 5-45), escenario en el que se desenvolvió y desenvuelve el Estado moderno productor del ordenamiento jurídico positivo.

En todas estas formas de organización social, la preocupación por la seguridad y bienestar devinieron en una constante que buscó ser resuelta mediante la creación de un ente artificial, llamado Estado, y de una forma política de organizar la vida en sociedad, denominada gobierno. Este proceso se gestó como consecuencia de una dinámica natural que no requirió ni tuvo formalización teórica previa, respondiendo al "orden espontáneo", siendo luego formalizado en la antigüedad por los filósofos griegos, como Platón y Aristóteles, a partir de los singulares procesos políticos a los que les tocó asistir a cada uno de ellos en la ciudad-Estado, continuando la reflexión a través de distintos teóricos que discurrieron en la Edad Media y en la modernidad.

1. EL CAMINO DE LA SUBASTA HASTA ROMA

La historia comienza mucho antes de que en Grecia surgiera la ciudad-Estado y los filósofos descollantes, y se vincula a los botines de guerra, así como a la venta de prisioneros y la subasta de mujeres. La referencia más remota, de una antigüedad de más de dos mil años, la tenemos en el Código de Hammurabi y en China, donde utilizaron la licitación (López-Elías, 1999, p. 51) o subasta (del latín *sub hasta*), que era un método de venta, iniciándose en el comercio entre los humanos, siendo su prototipo "la venta en el mercado de prisioneros capturados al enemigo", que se celebraba "bajo el signo militar de una lanza (*sub hasta*), como símbolo del dominio público sobre aquella mercancía adquirida por guerra, de ahí, la moderna 'subasta'" (D'ors, 1999, p. 16); o para significar que nada se ocultaba y que nadie podría sospechar o criticar el contrato o negocio (López-Elías, 1999, p. 51).

Luego se describe el caso del mercado anual de esposas que se realizaba en la antigua Babilonia, debido a la prohibición de que los padres dieran a sus hijas en matrimonio al hombre de su elección, siguiéndose para tal efecto el siguiente procedimiento: cada año, las doncellas en edad de casarse eran reunidas todas juntas en una plaza, en la que se encontraban los hombres formando un círculo, y se procedía a su asignación mediante subasta, venta que se realizaba de manera sucesiva, comenzando por la "doncella" considerada más "guapa", la cual se asignaba a la mejor oferta económica recibida (Dura Juez, 2003, p. 12).

Los griegos también utilizaron la subasta como medio de venta pública, tal como sucedió con la concesión para el caso de las minas (Dura Juez, 2003, p. 13), pero, a diferencia de otras sociedades, ellos teorizaron sobre el Estado y su razón de ser. Pero no correspondió a los griegos establecer procedimientos de adquisición de bienes o ejecución de obra para la atención de los ciudadanos de las polis, siendo su aporte esencial el de la reflexión y teorización de lo fáctico para configurar un Estado ideal o explicarlo en su origen, según sea el caso de cada filósofo, siendo que su devenir histórico se vincula al de Roma a partir de la conquista de que fueron objeto el año II a. C.

Los romanos no solo conquistaron Grecia, sino que también desarrollaron los procedimientos de contratación, pero esta vez en un contexto de expansión territorial y dinamización de la economía mercantil, escenario en el que interactuaban, según las circunstancias y formas de gobierno, diversos actores y procedimientos de contratación.

1.1. Los operadores en la contratación pública romana

Antes de determinar los distintos procedimientos de contratación en las tres fases históricas de Roma, corresponde previamente analizar el rol que cumplieron en ellos los diferentes actores que intervenían tanto desde el ámbito privado como público, siendo relevantes los *manceps*, el *redemptor,* los *publicanus*, el *pretor* y el *censor*.

La voz *manceps* es un término antiguo utilizado para designar al adjudicatario de la subasta (Mateo, 1999, p. 29). Luego se pasó a designarse, sostiene Mateo (1999, p. 31), como "todo aquel que se adjudicaba una contrata pública", habiendo trascendido al escenario propiamente romano, por cuanto también se le utilizó "para designar al adjudicatario de las contratas públicas municipales", por lo que fue un término general aplicado a todo adjudicatario de una subasta pública, fuera cual fuere su contenido, como

eran "la realización del mantenimiento de obras públicas, el disfrute de las tierras públicas o la recaudación municipal".

Otra de las denominaciones utilizadas era la de *redemptor*, que era "quien licitaba en las *locationes*. En cuanto adjudicatario de la *locatio*, le correspondía también la denominación de *manceps*" (Mateo, 1999, p. 39), estando vinculada su actividad a la adjudicación de obras públicas (construcción y mantenimiento), en su condición de contratista o intermediario que adelanta la ejecución de la contrata para luego recibir el pago correspondiente.

El otro actor relevante es el *publicanus*, que era una clase de *redemptor* y que surgió durante la república, siendo los contratistas públicos los "que obtenían, a cambio de un precio, la explotación de determinadas fuentes de riqueza pertenecientes al pueblo romano, que los censores daban en arriendo mediante subasta pública, esto es, los contratistas de la explotación de los *vectigalia publica populi Romani*" (Mateo, 1999, cap. III), pudiendo ser los arriendos de *vectigalia* el disfrute de los bienes públicos y el cobro de los impuestos, y en cuya actividad "quedaban sometidos a las cláusulas dictadas por los censores al adjudicar la *locatio*" (Mateo, 1999, cap. III).

El *publicano*, como contratista, tiene su origen en dos hechos relevantes que se relacionan con lo que hoy sería el establecimiento de impedimentos para contratar con el Estado, ya que, en el año 218 a. C., el Tribuno de la Plebe Quinto Claudio logró que el Senado aprobara una ley (*Lex Claudia*) que prohibía a los senadores y a sus hijos participar en negocios marítimos a través de naves, esto a fin de evitar que sus intereses se mezclaran con los del Estado, en especial en las declaratoria de guerra, situación que constituía un impedimento efectivo, lo que permitió la aparición de los *redemptoris* (publicanos), quienes intervinieron en las contrataciones estatales, dando origen a las sociedades de publicanos o *societas publicanorum* cuando se trataba de contrataciones públicas significativas.

La importancia de los publicanos fue de la mano con la expansión territorial y el incremento de las riquezas en Roma, con lo que la "incompatibilidad, más la importancia y el peso de los nuevos negocios en la sociedad republicana, las enormes sumas de dinero manejadas y la gran influencia de los contratistas de obras y servicios estatales, se unieron para generar la aparición de un estamento corporativo (*ordo publicanorum*), que otorgó a sus integrantes '[...] un notable incremento de poder al aglutinar y fortalecer sus intereses individuales', sin constituirse en una clase social, por cuanto su existencia tenía un carácter puramente administrativo, gozando de reconoci-

miento oficial, y de influencia estratégica en los negocios del Estado (Ferrer Maestro, 2009, pp. 19-20).

¿Por qué en Roma se acudió a empresarios privados a pesar de ser un Estado en constante expansión? Al respecto se indica que el Estado romano careció de un "aparato administrativo estructurado", por cuanto su organización se quedó en la fase de la ciudad-Estado, siendo una estructura simple para la atención de la demanda en constante incremento, por lo que la expansión no significó la creación de un "aparato burocrático" dinámico, razón por la cual tuvo que recurrir "a empresarios privados que compensaran la falta de órganos estatales propios, siendo esta la explicación de la extensión desmesurada de las 'locaciones de estatales de cuestiones públicas'", siendo este el procedimiento para la atención de las necesidades de la sociedad romana (Buongermini, 1999, [p. 12]).

1.2. Los funcionarios que participaban en la contratación pública en Roma: los censores y el Senado

En cuanto a los funcionarios del Estado romano que participaban en las contrataciones públicas, destaca el *censor*, expresión de la magistratura jurídica Censura, creada en el año 443 a. C., "nacida para actualizar el censo", asumiendo luego "la mayor parte de la contratación pública" (Mateo, 1999, p. 37), como eran las concesiones y locaciones ejecutadas en la época republicana, cargo que ostentaba por un período de cinco años. Asimismo, eran los encargados de la administración del presupuesto y llevar a cabo las adjudicaciones, función que implicaba "la concertación de contratos para la concesión de trabajos públicos y encargos estatales, como también la concesión de aprovisionamientos estatales y la supervisión de las obras públicas ya existentes, muros, calles, templos, etc., e incluso la vigilancia y custodia para su conservación y correcta utilización" (Buongermini, 1999, [p. 16]), así como el arrendamiento de bienes y servicios que implicasen la obtención de rentas anticipadas, como la adjudicación del servicio de recaudación de impuestos y tasas.

Por otro lado, el Senado también participaba de las contrataciones públicas, pero como instancia de aprobación del presupuesto requerido por los censores, "tras haber efectuado un cálculo aproximado de las cantidades a invertir" (Ferrer Maestro, 2009, p. 13); otros funcionarios que participaron en las contrataciones fueron los cónsules y los pretores, los duoviros, los gobernadores, presidentes de provincia y los ediles (Buongermini, 1999, [p. 14]).

Los censores desaparecieron de la mano con la república, siendo asumidas sus funciones, en la época del imperio, por el emperador y los *curatores* en

sus diversas manifestaciones, luego, "bajo Marco Aurelio (161 al 180 d. C.), se llevó a cabo una política de estatización de las sociedades impositivas, dado que los empresarios privados, por causa de la disminución de los ingresos y los riesgos relacionados con las guerras, ya no estaban dispuestos a contratar y asumir los arrendamientos de estas cuestiones" (Buongermini, 1999, [p. 19]), con lo que en Roma se acababa una etapa de las contrataciones estatales.

1.3. Los procedimientos de contratación en Roma

Tal como hemos expuesto, la primera forma de procedimiento fue la subasta, que utilizaba la *almoneda*, que era el pregón que anunciaba la subasta de bienes, servicios u obras del Estado romano, debiendo cumplir las siguientes condiciones que su objeto sean bienes del pueblo romano, o necesidades de carácter público que se confían a la actividad de personas privadas, como era el caso, en Roma, de las obras públicas, los suministros o la recaudación de impuestos que la contratación proyectada sea pública, en el sentido de que se daba a conocer a los posibles contratantes. Por último, la libertad de concurrencia de las personas privadas interesadas en la contratación, y un procedimiento de selección a la que habrá de obtener la contrata" (Mateo, 1999, capítulo primero).

Las *munera*, utilizada durante la monarquía, consistía en trabajos obligatorios (forzado) de la plebe para lo que se utilizaba "la fuerza laboral disponible"[1], donde por fuerza de trabajo de la plebe se entendía el "trabajo servil o forzoso, en la forma de un tributo en mano de obra" (Buongermini, 1999, [p. 1]).

Según Mateo (1999, capítulo segundo), el término *vendere* se utilizaba cuando el objeto era la *contrata*, que es la enajenación definitiva de un bien público; la *sectio* constituía una venta pública especial; la *locatio*, que era la

1 Liv., 1, 59: "Luego habló de la soberbia del propio rey y de la miseria y los trabajos de la plebe, que envió a cavar en las fosas y cloacas bajo tierra; hombres romanos, vencedores sobre todos los pueblos circundantes, convertidos de guerreros en constructores y labradores de piedra".
Plinio N. H. 36, 107: "Tarquino Prisco realizó el proyecto [sc. de las cloacas] empleando como obreros al pueblo humilde, y la única cuestión que se planteaba era si resultaba más oneroso el rigor de los trabajos o su duración. Como eran muy numerosos los ciudadanos que intentaban librarse de la extenuación quitándose la vida, el rey ideó un curioso remedio, inaudito hasta entonces y también después: crucificó los cuerpos de los muertos, para que sus conciudadanos pudieran contemplarlos mientras eran despedazados por los pájaros y los animales salvajes".
Casio Hemina, fr. 15 P "Tarquino el Soberbio obligó al pueblo a construir las cloacas; y como la dureza de las condiciones indujo a muchos a ahorcarse, ordenó que sus cadáveres fueran crucificados".
Todos citados por Buongermini (1999, [p. 7]).

más utilizada, es un término que provenía de *locare* y que en su sentido originario significaba "poner o situar algo" (Mateo, 1999, p. 35); *licitatio*, que significaba "el ofrecimiento de precio en cualquier venta" o mejor "venta por lanzas", "por oferta" o "venta en subasta" (López-Elías, 1999, p. 50), pudiendo desenvolverse en cualquiera de las modalidades indicadas, habiendo sido "la condición esencial para que la obra se adjudicara y, en general, era obligatorio concederla a quien solicitara la cantidad menor" (López-Elías, 1999, p. 52).

1.4. La *locatio*

La *locatio* era la modalidad más común en razón de la diversidad de objetos y servicios en las que podía ser utilizada, habiendo sustituido a las *munera*; siendo que mediante ellas se adjudicaban tanto el disfrute de bienes públicos, como el cobro de impuestos (Mateo, 1999, p. 36). Sobre el procedimiento propiamente dicho, tenemos que, luego de publicada la *lex censoria*, por las que se establecían las condiciones (lo que hoy serían bases o pliego de condiciones) de adjudicación de los diferentes *locationes*, "se realizaba la subasta por procedimiento oral y público en el foro romano (Ferrer Maestro, 2009, p. 14).

En cuanto a procedimiento propiamente dicho, que es el acto de adjudicación, este era presidido por los censores, los que actuaban auxiliados por un heraldo (*praeco*) y varios amanuenses (*scribae*), quienes se encargaban, respectivamente, "de anunciar las subastas, y de levantar acta con los detalles de cada oferta y su correspondiente adjudicación, o de las características del proceso, complejas en ocasiones, entre las que se incluía la exclusión legal como adjudicatarios públicos de las personas no solventes (*minus idonae*), tutores, curadores, deudores del Estado y menores de veinticinco años". Asimismo, se tiene que los censores podían impedir, mediante un edicto (*summovere ab hasta*), el acceso a las licitaciones de aquellos contratistas que hubiesen reclamado ante el Senado por disconformidad con las condiciones de adjudicación de obras o servicios anteriores (Ferrer Maestro, 2009, pp. 15 y 16).

En este contexto, las ofertas se hacían en forma individual, siendo que en el caso de las *societates* "lo hacía su representante legal (*manceps*)", después de lo cual la adjudicación "se otorgaba para un periodo de cinco años, en coincidencia con el *lustrum* del ejercicio censorio" (Ferrer Maestro, 2009, p. 16), pudiendo prolongarse por periodos sucesivos; en este procedimiento, las actas censorias de adjudicación se redactaban "por duplicado, se archivaban en el *aerarium* y en el Atrio de la Libertad, sede oficial de los magistrados censores" (Ferrer Maestro, 2009, p. 17).

En relación con el rol del Senado en las *locatio*, se tiene que a este le correspondía ratificar las adjudicaciones que se efectuaran, disponiendo para ello de atribuciones "para desestimar estas *censoriae locationes* en los casos en que las adjudicaciones no se correspondieran con la oferta prevista o existieran reclamaciones de afectados en la subasta. Además de las desestimaciones (*inducere locationes*), el Senado disponía de potestad para conceder prórrogas, rescindir contratos o cancelar deudas ante imprevistos" (Ferrer Maestro, 2009, p. 17).

Finalmente, luego del otorgamiento respectivo, se tenía que, para el caso de obra pública, el contrato de adjudicación exigía "la prestación de alguna garantía personal (*praes*) o real (*obligatio praedorum*), que respondiera del buen fin de los trabajos y que, en algunos casos, por su complejidad y elevado volumen económico, acababa involucrando a diferentes ciudadanos en el proceso de formalización de dichas garantías y sus correspondientes afianzamientos [...]" (Ferrer Maestro, 2009, p. 17).

La descripción del procedimiento de las *locatio* nos permite apreciar la influencia que esta ha tenido en los vigentes procedimientos de selección, consignados en diversas legislaciones.

2. LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN LA EDAD MEDIA ESPAÑOLA Y LAS LEYES DE INDIAS

La caída del Imperio romano de occidente en el año 476 d. C. significó el fin de la Antigüedad, después de lo cual el derecho romano se vulgarizó ante la desintegración que implicaron las invasiones bárbaras, la incorporación del derecho germánico y la integración de ambos en la *Lex Romana Visigothorum*, que estuvo vigente hasta la invasión musulmana a la Península Ibérica. Luego, en 1252, se tuvo las Siete Partidas de Alfonso X, las que se fundaban en el derecho romano justinianeo.

Si algo tienen en común la Antigüedad y la Alta Edad Media es la debilidad del Estado, por cuanto con el feudo este tendió a su privatización, significando, a la vez, la carencia de una administración burocrática que pudiera gestionar la contratación con fondos públicos, los que eran inexistentes, por cuanto se confundían con los del titular del poder, bien sea monarca, que era un señor feudal más, o el propio señor feudal en su feudo. Los fondos públicos se originaban en el cobro de impuestos, continuando con la tradición romana de asignar a particulares, que reunían condiciones de aptitud o solvencia contractual, y que carecían de antecedentes de "inmoralidad administrativa" (Gonsálbez Pequeño, 2017, p. 88) la recaudación de los tributos, así como la prestación de "servicios y suministros militares y

de comunicaciones, y la construcción de obras públicas", donde el financiamiento de los caminos y puentes "corría a cargo de los vecinos y municipios beneficiarios, o bien a cargo de la nobleza", caso en el cual se autorizaba a estos a cobrar peaje (Rodríguez Morilla, 2015, p. 30).

En cuanto a los tipos de tributos, tenemos la *alfarda*, que era el pago por el aprovechamiento del agua de las acequias; el *herbaje*, que consistía en el pago por aprovechamiento de los pastos; el *montazgo*, que era el impuesto sobre los ganados y adeudado por el tránsito; el *diezmo*, consistente en el gravamen correspondiente a la décima parte de las cosechas que recaudaba la Iglesia y servía para el mantenimiento del clero; el *alhondigaje*, que era el impuesto por el depósito de mercancías; la *alcabala*, que consistía en el impuesto que gravaba el comercio de mercancías; la *cuatropea*, por el que se aplicaba el impuesto sobre la venta de ganado; las *banalidades*, que constituían el pago en especie por el uso de molinos y hornos comunitarios; el *terrazgo*, que consistía en la renta que se paga al señor de una tierra por quien la trabaja; los *portazgos*, que consistían en el impuesto que se exigía en las puertas de las ciudades y villas y que gravaba las mercaderías que los forasteros introducían en ellas para su venta; los *pontazgos*, que eran similares al anterior, pero se paga al cruzar puentes (Sanz, 2018). Asimismo, existía la *sisa*, que consistía en descontar en el momento de la compra una cantidad en el peso o medida de ciertos productos, normalmente un octavo, siendo que la diferencia entre el precio pagado y el de lo que realmente se recibía (sisa) era el gravamen que iba al fisco (Sanz, 2018).

Los procedimientos de selección utilizaron las modalidades de adjudicación *a mata candela* o *a vela y pregón*, por las que "se podían recibir ofertas para alguna construcción de importancia mientras ardía una vela", adjudicándose la obra "al oferente de menor precio hasta el momento en que la vela se extinguía" (López-Elías, 1999, p. 52). Estos procedimientos fueron implementados por España en sus colonias, como el Perú, a través de la Ley de Indias.

2.1. Las Leyes de Indias y los procedimientos de contratación

La organización administrativa de las Indias estuvo estructurada a lo largo del tiempo en los términos siguientes: Casa de Contratación de las Indias en Sevilla (Casa de Audiencia de Indias), 1503; Real y Supremo Consejo de Indias, 1524; contexto en el que correspondió al rey Carlos II recopilar y publicar en 1681 las Leyes de los Reinos de las Indias, que constituían un

compendio de las Leyes de Burgos[2], las Leyes Nuevas[3] y las Ordenanzas de Alfaro[4], las que tenían como finalidad el regular los diversos aspectos de la vida de las colonias en la América hispana. Estas Leyes de Indias abordaban, entre otros aspectos, lo referente a la contratación pública.

En cuanto a la organización administrativa de la América hispana, se tiene que fue la siguiente: virreynato (virrey), audiencias (indianas y castellanas), gobernaciones, corregimientos, la encomienda, cabildos, ciudades.

2.1.1. Los procedimientos de contratación

La Ley 15 del Libro Cuarto de la Ley de Indias se refiere a las *sisas, derramas y contribuciones*, indicando que estas no podían ser impuestas sin la autorización del rey[5], pero se admitían los repartimientos que eran una forma de trabajo servil que era utilizada para la ejecución de obra pública[6], respecto de la cual en el Título XVI del Libro IV se establecía el siguiente procedimiento para la contratación de estas:

> Los Virreyes, ó Prefidétes Governadores fe informen fi en fus disftritos es neceffario hazer, y facilitar los caminos, fabricar, y aderezar las puentes, hallando, que conviene algunas de eftas obras para el comercio, hagan taffar el cofto, y repartimiento entre los que recivieren el beneficio". En la Ley i indicaban que "ORDENAMOS, Que quando conviniere hazer alguna obra, ó edificio público en Ciudad donde refidiere alguna de nueftras Audiencias, concurran para tratar, y acordar fobre la necesidad, cofta, y efectos, el Presidente, ó el Oidor mas antiguo en gobierno de Audiencia, y la Iufticia, y Regimiento, y afsi juntos, y no de otras forma, confieran y refuelvan los que convenga, y el Prefidente tenga efpecial cuidado de lo que fe diftribuyere en los gaftos, y hazer, que fe tome cuenta de ellos en cada vn *año, y acabada la obra.*

Si tuviéramos que establecer el procedimiento glosado, se tendría que la ejecución de obras era determinada por el titular del poder legal, virreyes o presidentes gobernadores, quienes, después de ubicada la obra a ejecutar, debían proceder a fijar el costo, que era asumido por los beneficiarios; por otro lado, indicaban también que cuando se trataba de una obra en alguna ciudad donde estuviera situada alguna audiencia, el presidente o el oidor más antiguo debía definirla, así como su costo, correspondiendo al presi-

2 Era la Ordenanza para el tratamiento de los indios, y data de 1512-1513.
3 De 1542-1543, promulgadas por Carlos V, por las que suprimió la esclavitud de los indígenas.
4 De 1606, de protección de los indios contra los encomenderos.
5 Véase: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0204015.pdf
6 Véase: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0204015.pdf

dente el control del gasto, siendo que en ambos casos estamos ante órganos encargados de definir las contrataciones. No se trataba de una decisión personal o unilateral, sino que en el proceso de toma de decisiones participaba un colectivo.

Este procedimiento de contratación se complementaba con las almonedas, regulada en el numeral 25 del Libro Octavo, que, al igual que en Roma, era el *pregón* que anunciaba la subasta, por lo que su nombre está relacionado con la venta al mejor postor, y las Leyes de Indias no se alejarán de tal definición, por cuanto refieren que todas las cosas de la Real Hacienda que se tuvieran que vender, y que no estuviera ordenado que se remita a España, "fe rematen, y vendan"[7].

El *remate* al que hace referencia la Ley de Indias es definido como la adjudicación "que se hace de los bienes que se venden en almoneda ó pública subasta, al comprador de mejor puja y condición" (García Calderón, 1879, p. 1664), haciéndose la precisión que se debía distinguir entre *subasta* y *remate*, ya que "la primera designa el acto de poner en venta pública alguna cosa; y la segunda es el fin ó resultado de ese acto" (García Calderón, 1879, p. 1164), siendo el procedimiento para el remate o venta el siguiente: en el caso de venta, primero se debía comunicar esta al presidente y oidores de la audiencia en la ciudad, si la hubiera, y los oficiales, para que en conjunto acuerden lo que se ha de vender, así como el precio, debiendo ser el más alto, quedando asentado el Acuerdo.

a) La almoneda

¿Pero qué se entiende por almoneda? Tal como hemos indicado, el término está asociado al *pregón* que anunciaba la *subasta*, definición que se fue ampliando en la colonia. Así, en principio se la definía como la "venta pública que se hace con intervención de la justicia, adjudicándola al que ofrece mayor precio" (García Calderón, 1879, p. 104), siendo ejecutada por la junta de almoneda, órgano que tenía por objeto "hacer las ventas y arrendamiento de los bienes del Fisco, los contratos de obras públicas, etc." (García Calderón, 1879, p. 104).

Los orígenes de la almoneda en el Perú y de la junta de almoneda se encuentran en el Título XXV del Libro VIII de las Leyes de Indias, entre las leyes primera y octava, las cuales regulaban lo referente a la organización y funcionamiento de la junta de almoneda. Así, en la ley segunda, escrita en español antigua, se indicaba lo siguiente:

7 Ver: https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/LeyIndia/0308025.pdf

> Las almonedas que se huvieren de hazer de los tributos, y hazienda nueftra (aunque fea procedida de prefas de guerra) afsiftan perfonalmente todos nueftros Oficiales, como eftá ordenado, y vn Oidor, y nueftro Fifcal, donde huviere Audiencia, y fi no la huviere, el Governador, ó lufticia mayor de la Ciudad, Vila, ó Lugar, donde los tributos, y otras cofas fe vendieren, y precifamente fe haga en la plaza publica, ante Efcrivano, y el Contador, con vn libro, en que afsienten por fu orden, con dia, mes, y año, los remates, en qué perfonas, y cantidad, declarando lo que fe remata, y firmen la partida el Oidor, y Fifcal, ó Lufticia, y todos nuestros Oficiales [...].

En el *Diccionario de la legislación peruana*, Francisco García Calderón efectúa una traducción de lo dispuesto en las Leyes de Indias respecto de las almonedas, indicando que ellas establecían lo siguiente:

> Toda venta de bienes pertenecientes al fisco, debe hacerse ante la junta de almonedas en el mayor precio posible. Si las cosas que han de venderse son de aquellas que sufren menoscabo, se debe cuidar de venderlas, dándoles siempre la mayor estimación posible, aunque se hayan deteriorado desde que fueron tasadas (Ley 1ª, Tít. 25, Lib. 8).
>
> Los miembros de la Junta deben asistir personalmente. La venta se hace ante Escribano; y se debe llevar un Libro en que se asienten por su orden los remates, con expresión del día, mes y año, personas que remataron, cosa rematada, y la cantidad dada por ella. Estas partidas deben ser firmadas por el vocal, fiscal y demás asistentes, antes de retirarse. En caso contrario hay nulidad. (Ley 2ª id. Id.).
>
> Debe consentir en los remates la mayoría de los que componen la Junta, aunque el Vocal sea de diverso proceder. Es indispensable la presencia del Fiscal; pues sin ella no se puede vender ninguna cosa (Ley 3ª id. Id.).
>
> Los fiscales propietarios son los que deben concurrir á las Almonedas (Ley 4ª. id. Id.).
>
> Los Escribanos no pueden hacer los asientos de las ventas y remates, en papeles sueltos, sino en los libros destinados á este objeto (Ley 5ª. id. Id.).
>
> Las ventas y remates deben hacerse al contado. Puede también concederse plazos para el pago del precio; pero se debe excusar en cuanto sea posible, rematar los bienes á plazos largos y dilatados; á no ser que falte comprador en otra forma, ó el precio sea tan superior, que recompense con muchas ventajas los intereses de la retardación (Ley 6ª. id. Id.) [...] (García Calderón, 1879, p. 105).

Capítulo II

LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (DAG)

SUMARIO: 1. Precisiones preliminares respecto del derecho administrativo global.— 1.1. El derecho administrativo global en el siglo XX.— 1.2. El punto de partida jurisprudencial del "derecho administrativo global".— 1.2.1. Valoración del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC).— 1.3. La propuesta del "surgimiento del derecho administrativo global".— 1.3.1. Tipos de administración global.— 1.4. Las contrataciones públicas dentro de los márgenes del derecho administrativo global.

Conforme el desarrollo social lo permitía, el proceso de contratación pública ha adquirido cada vez mayores particularidades, como la creación de procesos simplificados, la homologación de las condiciones mínimas para que un producto pueda tener para poder ser adquirido por parte del Estado, realizar mecanismos de subasta en donde la entidad contratante pueda lograr la mejor oferta competitiva por parte de los proveedores, establecer mecanismos alternativos para solucionar conflictos tanto en la etapa de selección como en la ejecución contractual, etc.

Todos estos avances pueden desenvolverse dentro de los parámetros nacionales, puesto que el Estado —al hacer uso del *ius imperium*— puede determinar el marco jurídico y los procedimientos específicos para llevar a cabo una contratación pública. No obstante, es preciso indicar que, a partir del reconocimiento del área llamada derecho administrativo global (DAG), las contrataciones públicas —y el derecho administrativo en general— empiezan a adoptar matices diferenciados, puesto que —al hallarnos sumidos en un proceso de globalización en el cual se reconoce ya no solo al Estado como sujeto de derecho único en el escenario internacional— encontramos que la administración local se encuentra influenciada de forma directa y/o indirecta por actores internacionales.

A mediados del siglo XX, posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial, se acentuaron diferentes procesos económicos, políticos, tecnológicos y sociales que tuvieron repercusión a escala mundial, proceso que no fue ajeno a las contrataciones públicas, enmarcándose en el denominado DAG.

En este contexto, en primer lugar, se brindarán precisiones preliminares sobre esta nueva área de estudio denominada DAG; en segundo lugar, realizaremos el análisis específico del caso peruano para así poder reconocer elementos fácticos que influyen en la contratación pública contemporánea.

1. PRECISIONES PRELIMINARES CON RESPECTO AL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL

Las primeras reflexiones sobre la configuración de una nueva área de estudio que condensa tanto el derecho administrativo como el derecho internacional público pueden ser halladas a finales del siglo XIX, reflexiones en las cuales la idea clásica que concebía al Estado nación como fuente única de derecho fue perdiendo terreno, puesto que el proceso de integración internacional, dentro de una economía de escala global, propició una fluida interrelación de diferentes instituciones, tanto privadas como públicas, a efectos de establecer acuerdos para regular desde prácticas económicas hasta deportivas. Esta concertación de intereses se vio reflejada en la creación de aparatos burocráticos, órganos reguladores y diversas instituciones que se encontraron en la obligación de armonizar la legislación local con las disposiciones supranacionales.

En este escenario complejo, la figura del Estado empezaba a convivir con diferentes entidades que paulatinamente fueron adquiriendo la categoría de *sujeto de derecho*. Es preciso indicar que entendemos al *sujeto de derecho* como aquella entidad "con capacidad jurídica internacional para contraer obligaciones y exigir derechos y poderlos reclamar por medio del *ius standi* ante los tribunales internacionales" (Bernal, 2020, p. 78).

1.1. El derecho administrativo global en el siglo XX

El escenario jurídico que presenta el derecho internacional hacia el siglo XX resultaba novedoso puesto que, al contemplar diferentes sujetos de derecho, planteaba un amplio margen de interrelaciones entre entidades privadas y públicas, las cuales se veían obligadas tanto a consensuar como a regular y/o reglamentar las disposiciones internacionales.

Tomando en cuenta este contexto, hacia 1957, el jurista Philip Jessup presentó el concepto de *ley transnacional*, definido como toda ley que regula acciones y hechos que trascienden las fronteras nacionales. Bajo este parámetro, observaba que en el derecho internacional la fuente jurídica no radicaba esencialmente en la clásica soberanía de los Estados, puesto que el marco jurídico a emplearse era una "cuestión procesal", y ello implicaba que eran las partes intervinientes en la relación jurídica las que determinaba el esquema legal con el cual deseaban resolver sus controversias, ya que la "jurisdicción es una cuestión de discreción" (Jessup, 1956, p. 72).

Entonces, según la propuesta de Philip Jessup, el derecho internacional encontró diversas fuentes jurídicas debido a la concertación de los Estados.

En este ámbito, la resolución de conflictos con base en la soberanía nacional (caracterizada por su carácter unilateral) no era viable. Tanto el poder de decisión, que se obtiene para negociar un asunto controvertido, como la elección de las "cuestiones procesales" constituían para los Estados dos elementos claves para desenvolverse en el escenario internacional.

Otros autores, como Eberhard Schmidt-Assmann, también reconocían que a partir de la culminación de la Segunda Guerra Mundial se vivió progresivamente un conjunto de cambios vertiginosos que han tenido efectos en el campo jurídico. Específicamente, Schmidt-Assmann (2006) alude al concepto de "internacionalización del derecho administrativo", en donde la característica fundamental es la "pérdida de la territorialidad" (p. 9).

Este fenómeno implicó que el derecho administrativo se desarrollara desde cuatro escenarios distintos: i) la cooperación bilateral (la cual se encuentra expresada tanto en los tratados internacionales como en las medidas de seguridad que se despliegan en las zonas fronterizas); ii) las organizaciones regionales (como por ejemplo la Europol); iii) las organizaciones mundiales (entre ellas podemos citar a la Organización Internacional del Trabajo, Banco Mundial, Organización Mundial de la Salud, etc.); y iv) las redes informales de autoridades (en este ámbito destacan las autoridades de control y regulación, como, por ejemplo, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea).

Es en este escenario en donde emerge el "derecho administrativo internacional", definido como "el derecho administrativo contenido en norma de derecho internacional público", del cual se pueden perfectamente derivar: i) derecho de acción en instancias administrativas de carácter internacional; ii) capacidad de influir en los ordenamientos jurídicos-administrativos locales; y iii) derecho a la cooperación para la resolución de problemas específicos de índole administrativa.

Así, podemos observar que los procesos sociales acaecidos posterior a la culminación de la Segunda Guerra Mundial reconfiguraron diversas ramas del conocimiento, no siendo ajeno a ello el derecho. Estos cambios lograron una mayor notoriedad en el campo del derecho administrativo, puesto que la interrelación de los Estados en un escenario global implicaba la creación de acuerdos bilaterales como la formación y consolidación de diversos organismos especializados, los cuales eran capaces de incidir (directa o indirectamente) en la producción jurídico-administrativa local, siendo estas las que generaron la reflexión sobre el DAG.

1.2. El punto de partida jurisprudencial del "derecho administrativo global"

Existen casos emblemáticos que resultan ser significativos para el desarrollo y la evolución del derecho. Así, por ejemplo, el caso *Arrêt Blanco* de 1873 resultó relevante para el desarrollo del derecho administrativo porque puso muy en claro que la responsabilidad patrimonial adjudicada al Estado no puede ser abordada con las normas pertenecientes al derecho civil; con esta resolución "se pusieron las bases de un derecho administrativo" (Masucci, 2011, p. 13).

Tomando en cuenta la relevancia de la jurisprudencia, podemos indicar que, para la formación del DAG como ordenamiento, "la Resolución de la Organización Mundial del Comercio en el *caso camarones y tortugas*" (Darnaculleta, 2016, p. 21) tuvo el mismo nivel de importancia que el caso Arrêt Blanco para el derecho administrativo.

1.2.1. Valoración del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

El 15 de mayo de 1998, el Grupo Especial emitió un informe pronunciándose sobre la "Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos de camarón", en el que se señalaba expresamente que las prohibiciones aplicadas por los Estados Unidos "no es compatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994"[8], por lo cual se *recomienda* a los Estados Unidos actuar conforme al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (por sus siglas en inglés, GATT).

El análisis jurídico en este caso se centra en la contraposición de dos dispositivos legales: i) el artículo 609 de la *Public Law 101-162*[9], que habilita a los Estados Unidos la restricción de las importaciones de camarones y ii) el artículo XI del GATT, el cual señala que ninguna parte "impondrá ni mantendrá —aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas— prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante"[10].

Vemos, entonces, de forma clara que subyace aquí el enfrentamiento entre la normativa local (*Public Law 101-162*) y la normativa transnacional (GATT). Si bien es cierto que el informe terminó decantándose a favor de

8 Ver fundamento 8.1 del Informe mencionado.

9 Específicamente el apartado 2 del artículo 609 titulado "Procedimiento de Certificación".

10 Ver el inciso 1 del Artículo XI - Eliminación general de las restricciones cuantitativas.

La India, Pakistán y Tailandia debido a que recomendó a los Estados Unidos que "pongan esta medida en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre la OMC"[11], es preciso indicar que este conflicto normativo tratado aquí no solo implica hacer uso de criterios jurídicos para determinar la norma a seguir[12], sino que, además, implica el esfuerzo conjunto de los Estados por adaptar tanto su burocracia como su normativa interna a los estándares internacionales.

La relevancia del informe de la OMC radica justamente en que el "reconocimiento de la norma de derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno implica una relación o interacción con otras normas del derecho interno" (Vargas, 2024, p. 6), en donde muy bien podemos hallar múltiples conflictos, ya sean derivados de normas jurídicas en contradicción o la falta de implementación de las disposiciones internacionales en las prácticas cotidianas de la Administración pública.

1.3. La propuesta del "surgimiento del derecho administrativo global"

En el año 2010, desde la Facultad de Derecho de la New York University, se tuvo como eje temático la "gobernanza global". Dentro de esta corriente, destacamos a Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard Stewart, quienes coincidían en que la práctica del derecho administrativo ya no podía ser entendida bajo el esquema rígido de los Estados Nación del siglo XIX, sino que el proceso de globalización generaba un nuevo tópico denominado DAG, debido a que se puede hallar diversos marcos nacionales que interactúan con marcos internacionales y transnacionales en materia administrativa.

Los autores citados señalaban que uno de los pioneros en razonar administrativamente el fenómeno internacional fue Lorenz von Stein hacia finales del siglo XIX, puesto que al entender del derecho administrativo bajo el esquema positivista era natural que lo llegase a concebir el marco jurídico como un sistema. La particularidad de Lorenz von Stein era que en dicha visión sistémica no solo estaban incluidos los elementos normativos, sino que el "sistema está formado por el estado del ejército, las relaciones internacionales, las finanzas, la administración de la justicia y la administración interna" (Guerrero-Orozco, 2015, p. 13).

11 Véase el fundamento 8.2 del informe mencionado.

12 Con los clásicos criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad de la norma.

De esta forma, el razonamiento respecto de las relaciones internacionales hacia finales del siglo XIX apuntaba a señalar desde ya su marcada influencia en las normas administrativas locales debido al "auge de las instituciones regulatorias internacionales" (Kingbury *et al.*, 2010, p. 9), lo cual se evidenció en áreas como los servicios de correo, telégrafo, navegación, etc. El espacio creciente de los servicios públicos contribuyó a crear "uniones administrativas", como "la Unión Telegráfica Internacional (1865), la Unión Postal Universal (1878), la Unión de ferrocarriles (1890)" (Calduch, 1991, p. 170), etc., que contribuyeron a configurar un escenario en donde concluyen la normativa local y la norma internacional.

1.3.1. Tipos de administración global

Teniendo en cuenta que a lo largo del siglo XX el proceso de globalización se acentuó con mayor notoriedad en el campo jurídico debido al proceso de integración, es posible distinguir diferentes actores relevantes que poseen incidencia en la creación normativa. Es por tal motivo que la clasificación establecida por Benedict Kingsbury, Nico Krisch y Richard Stewart gira en torno a estos ejes:

- **Organizaciones internacionales**. Son aquellas organizaciones creadas a través de tratados[13], como, por ejemplo, el Protocolo de Montreal[14], el cual se encarga de "vigilar estrechamente el progreso de Perú en relación con la eliminación de sustancias que agotan el ozono"[15]. Ello en el marco nacional implica un despliegue de esfuerzos por parte del Ministerio de la Producción[16], a efectos de regular ciertas actividades económicas[17].
- **Acuerdos de cooperación entre funcionarios reguladores nacionales**. Es una forma de cooperación horizontal entre los entes reguladores. Así, por ejemplo, tenemos el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea[18], el cual "no constituye un organismo regulador con autoridad supranacional formal, es decir, sus recomendaciones no tienen fuerza legal ni son vinculantes (*soft law*), sino simplemen-

13 Conforme al artículo 26 de la Convención de Viena se tiene que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

14 Acuerdo internacional suscrito por el Perú hacia 1987, que tiene por objeto proteger la capa de ozono.

15 Véase el apartado 4 de la Decisión XIII/25: Cumplimiento del Protocolo de Montreal por Perú.

16 Véase en específico el Plan Nacional de Eliminación de los Hidroclorofluorocarbonos en Perú.

17 Por ejemplo, todas aquellas referidas a la industria de refrigeración y aires acondicionados, lo cual implica un despliegue de actividad reguladora del mercado.

18 Conjunto de normas internacionales que tiene como objetivo regular la actividad crediticia.

> te estándares de prácticas bancarias que las autoridades nacionales pueden implementar a través de normas que se adecuen a sus propios sistemas financieros" (Barboza, 2005, p. 106).

A través del Decreto Legislativo N.° 1531, publicado el 19 de marzo del 2022, se modificó la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros con la finalidad de implementar las recomendaciones del Acuerdo de Basilea III[19].

Teniendo en cuenta los distintos tópicos en donde interactúan las diversas instituciones supranacionales, y por ende se adecuan marcos normativos foráneos a los sistemas locales, cabe hablar del reconocimiento de una nueva realidad. Una realidad en donde "las decisiones de los administradores domésticos están cada vez más limitadas por normas sustantivas y procedimentales establecidas a nivel global" (Kingbury *et al.*, 2010, p. 14).

1.4. Las contrataciones públicas dentro de los márgenes del derecho administrativo global

La soberanía de los Estados permite la producción jurídica conforme a la necesidad particular. Este *ius imperium* faculta al Estado a imponer normas y procedimientos procurando el bien común de su población.

Dentro del marco de las contrataciones públicas, la necesidad de contratar por parte del Estado ha sido recurrente a lo largo de la historia, justificando luego la creación del contrato administrativo.

Como se ha desarrollado anteriormente, en la actualidad presenciamos diferentes entidades que cuentan con personalidad jurídica en el ámbito internacional, por lo cual, consecuentemente, entendemos que pueden existir otras entidades con capacidad de realizar una compra pública y/o diseñar un marco normativo modelo que oriente a diversos países.

Tenemos, de esta forma, esfuerzos primigenios en la Declaración de Tokio de 1973, en donde la búsqueda de un mercado común no solo apuntaba al establecimiento de un trato igualitario entre los capitales nacionales e internacionales[20], sino que, además, estableció un "trato especial" para los

19 Las recomendaciones estaban referidas a modificar los montos de capitales mínimos referidos en la Ley General del Sistema Financiero y en el Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.
Se recomienda la lectura del Reporte de Estabilidad Financiera, emitido en noviembre del 2014 por parte del Banco Central de Reserva del Perú, a efectos de contrastar el aumento en el incremento del requerimiento de capital.

20 Véase el inciso 1 del artículo II de la Declaración.

países que se encontraban en vías de desarrollo[21], con la finalidad de salvaguardar la balanza de pagos de dichos países, promocionar su crecimiento industrial, fomentar el desarrollo económico y promover la producción nacional.

Aquellos esfuerzos del siglo pasado decantaron en propuestas de mayor complejidad, tal y como lo demuestra la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo llevada a cabo el 26 de febrero de 2014[22], ya que en dicho documento se abarca desde el establecimiento de principios generales de la contratación, como el de transparencia, trato no discriminatorio, sostenibilidad medioambiental, etc.[23], hasta el tratamiento de los distintos procedimientos de contratación[24].

Esta Directiva 2014/24/UE presentó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un órgano especializado que se encarga de resolver conflictos, creando así "una dinámica principialista que ha permitido la creación de un Derecho comunitario común en materia de contratación pública" (Razquin, 2019, p. 304).

De esta forma, la contratación pública se puede adaptar por fuera de los estrictos márgenes nacionales que impone la clásica concepción del derecho administrativo, siempre y cuando se cuente con una voluntad consensuada por las partes y se tenga un marco normativo acorde a las exigencias del mercado.

21 Véase el inciso 1 del artículo III de la Declaración.

22 La Directiva en mención fue publicada el 28 de marzo del 2014 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

23 Véase el artículo 18 ("Principios de la contratación").

24 Véase el Capítulo I ("Procedimientos") del Título II ("Normas aplicables a los contratos públicos").

Capítulo III

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN EL PERÚ REPUBLICANO

La influencia del derecho administrativo global y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en la Ley General de Contrataciones Públicas

SUMARIO: 1. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1823 y 1845.— 2. Los procedimientos de selección entre 1845 y 1872.— 3. Los procedimientos de selección entre 1888 y 1919.— 4. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1920 y 1947.— 5. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1947 y 1962.— 5.1. La Proveeduría de la Administración Civil del Estado.— 5.2. De la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado a las Direcciones Generales de Administración.— 5.3. Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas y el Registro Nacional de Obras Públicas.— 6. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1962 y 1978.— 6.1. El nuevo Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas y el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.— 6.2. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1979 y 1997.— 6.3. El Reglamento Único de Adquisiciones.— 7. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1997 y 2022. La Ley de Contrataciones del Estado.— 8. Las contrataciones públicas y el derecho administrativo global: caso peruano.— 8.1. Desarrollo peruano en el escenario internacional.— 8.2. Influencia de la OCDE en la Exposición de Motivos de la Ley General de Contrataciones Públicas.— 8.3. Influencia de la OCDE en la Ley General de Contrataciones Públicas.

El final de la colonia abrió una etapa de transición política y jurídica en el Perú, donde los valores coloniales se mantuvieron al lado de los nuevos, generados a la luz del pensamiento liberal, articulación contradictoria que se exteriorizó no solo en la vida cotidiana, sino también en la cultura, el derecho, la economía y todos los ámbitos del quehacer nacional, siendo denominada la herencia colonial, proceso que no fue ajeno a las contrataciones públicas, donde el pasado y el futuro se articulaban en un presente contradictorio.

1. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS ENTRE 1823 Y 1845

El proceso de independencia encontró al Perú, en lo referente a los procedimientos de contratación pública, con lo regulado en la Ley de Indias, disposición que coexistió con las normas que la naciente república fue promulgando en los siguientes años.

En este orden, tenemos que, el 1 de septiembre de 1823, el presidente José Bernardo de Tagle promulgó una norma referida al ornato y aseo de la ciudad, la que recogió el ideario de la Ley de Indias, ya que en ella se indicaba que el pago del servicio sería bajo el procedimiento siguiente: el servicio se financiaba en parte con obras de teatro[25], mientras que los operarios necesarios para la prestación del servicio "se proporcionarán de los pueblos inmediatos por el presidente del departamento, por cuyo conducto deben correr también los gastos de la obra".

En 1825 se produjo el primer intento de modernizar el sistema de organización administrativa y de contratación pública heredado de la colonia. Así, a través del decreto del 9 de agosto de 1825, se dispuso que los prefectos[26] de departamento ejercieran "todas las funciones económicas de Hacienda que en el régimen anterior correspondían a los Intendentes" (Oviedo, 1879, p. 250), marco de institucionalización de la Administración pública en el que por decreto del 12 de agosto de 1825 se centralizaron las rentas

25 Artículo 3.

26 La figura del intendente había sido creada por las reformas borbónicas. Eran funcionarios que concentraban un significativo poder local en el ámbito judicial y económico.

públicas en la Hacienda pública y mediante decreto del 18 de noviembre de 1825 se quiso romper con la tradición jurídica colonial en materia de contrataciones que se habían desenvuelto al amparo de la figura jurídica del remate[27], consignándose en los considerandos del decreto en mención: "Que el antiguo sistema de remates, si favorece los intereses del erario por una parte, ocasiona á los ciudadanos resultados ruinosos por otra; exitando entre ellos celos, rivalidades. Y pérdidas, que al fin vienen á refluir contra la causa pública, debiendo abolirse por este motivo, y adoptarse en consecuencia otro método que consulte el mayor bien y decoro de la nación"; en este orden, se decretaba que quedaba "sin efecto, de hoy en adelante, el método de remate por posturas y pujas, en toda clase de bienes, obras, provisiones y empresas de la pertenencia del Estado".

El procedimiento de contratación estatal que sustituía al método colonial del remate fue el siguiente:

> [...]
>
> 2. Los que quieran tomarlas á su cargo entregarán sus proposiciones cerradas y selladas á los jueces, ó juntas establecidas, debiendo abrirse por estas en un día y hora señalados con anterioridad y á presencia de todos los interesados.
> 3. Leídas las proposiciones, comparadas y discutidas serán admitidas por la junta, á pluralidad absoluta, las que fueren más ventajosas al estado en su resultado total.
> 4. Consecutivamente se presentarán aquellas al Gobierno, con las observaciones oportunas para su aprobación; y devueltas por este á la junta ó funcionarios, á quienes corresponda, se otorgarán las escrituras, con las seguridades correspondientes.
> 5. Al mismo tiempo que se presenten las proposiciones cerradas, se anunciarán igualmente las garantías que se ofrezcan con designación de una pena convencional para el caso de hacerse ilusorias al tiempo de celebrarse las estipulaciones.
> 6. Por ningún evento se dejarán de anunciar con anticipación en los papeles públicos, ó por carteles, los objetos que han de rematarse; especificando en ellos sus valores, y dando una breve idea (si se creyere necesaria) de las bases y condiciones, bajo de las cuales deban ser calculadas por los especuladores.
> 7. El ministro de estado en el departamento de hacienda queda encargado de la ejecución de este decreto. (Santos de Quirós, 1832, p. 181)

27 Durante la Edad Media y los siglos subsiguientes, la licitación tenía entre otras denominaciones las de subasta o remate, por lo que en muchos casos el término remate o subasta significaba en realidad lo que hoy es una licitación. Se utilizaban como sinónimos.

Este procedimiento de selección constituía un avance respecto del anterior, pero lo contradictorio de la coyuntura haría que el pasado siguiera presente, ya que luego de casi dos años de vigencia, por decreto del 3 de octubre de 1827, se dejó sin efecto el decreto del 18 de noviembre de 1825, con lo que recobró vigencia el vetusto sistema de remates. En el decreto derogatorio, que frustraba la modernización del país y volvía al siglo XVIII, se indicaba: "Que la observancia del Decreto de fecha 11 de noviembre de 1825, relativo al método que debía seguirse en los remates, resultan mayores inconvenientes, que del sistema antiguo, y que abre la puerta a muchos fraudes", por lo que se decretaba la derogatoria del decreto en mención y se indicaba que quedaban "en vigor y fuerza las leyes que regulan los remates" (Santos de Quirós, 1832, p. 487).

En septiembre de 1829 se promulgó la primera ley que asumía a las contrataciones del Estado como política pública, por cuanto mediante ella se dispuso que para la confección de los uniformes del Ejército se prefiriera las telas producidas en el país que las producidas en el extranjero, aunque la norma no establecía procedimiento alguno para las compras.

En 1830, por decreto del 25 de febrero, se determinaron las atribuciones de los prefectos y gobernadores, otorgándoles a los primeros, como representantes del presidente de la República, atribuciones económicas y de determinación y ejecución de obras (Oviedo, 1879, p. 256); mientras que en el decreto del 11 de octubre de 1830 se efectuó la precisión que el prefecto debía presidir la junta de almoneda, siguiendo, en ausencia de este, el subprefecto o el vocal de la corte.

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN ENTRE 1845 Y 1872

Algunos años más tarde, en 1845, se buscó ordenar la ejecución de la obra pública, siendo que, por circular a los prefectos del 8 de julio del mismo año, el presidente de la república dio instrucciones a estos respecto del procedimiento a seguir para la ejecución de obras[28], luego, por circular del 21

28 En la circular en mención se indicaba: "En cualquier obra del Estado que se emprenda, ó en cualquier refacción o reparación de edificios públicos en que deban invertirse las rentas nacionales, es necesario que haya toda la seguridad posible de que está justamente calculado el respectivo presupuesto [...] para que pueda seguirse en todos los casos una marcha arreglada en la inversión de los caudales públicos deberá, US, cuando haya de consultar alguna obra de la clase indicada, mandar hacer los reconocimientos previos sobre la necesidad y otras circunstancias de ella con sus peritos, en lugar de uno que hasta ahora se ha acostumbrado emplear, guardando esta formalidad en todos los ramos ó diversos objetos que puedan abrazar las que sean complicadas, y que el Presupuesto comprensivo de toda obra sea formado por dos personas de

de octubre de 1845, se dispuso que los prefectos informen trimestralmente sobre la ejecución de obras en su jurisdicción (Nieto, 1852, p. 287).

El 25 de noviembre del mismo año se autorizó al prefecto de Moquegua la reconstrucción del hospicio, la que debía ser efectuada bajo la modalidad de subasta (Oviedo, 1879, p. 252), pero el 9 de octubre de 1847 sucedió un hecho relevante para las contrataciones públicas. En aquella fecha, el Congreso, absolviendo una consulta del Ejecutivo, declaraba vigentes las disposiciones sobre pujas en los remates, en los términos siguientes:

> Excmo. Sr.
>
> El Congreso absolviendo la Consulta que el 7 de julio de 1845 le dirigió V.E. por conducto del Ministerio de Hacienda, sobre si las leyes 3ª y 9ª, Título 13, Libro 9 de las recopiladas de Castilla (Ley de Indias), se hallan o no vigentes;
>
> Ha resuelto lo siguiente:
>
> Que no estando expresamente derogadas, según lo dispone la Ley 11, Título 3, Libro 3 de la Novísima recopilación, se declaran vigentes las referidas leyes 3ª y 9ª de la Novísima; que los juzgados y tribunales deberán arreglarse á ellas en las pujas de los remates, y que el primer licitador tiene derecho a exigir la cuarta parte del aumento en la Puja, deduciendo previamente la quinta que corresponde al ramo que subasta [...] (Dancuart, 1903, p. 86).

Con esta opinión se ratificaba la vigencia del procedimiento colonial establecido en la Ley de Indias.

Un caso especial lo constituye la ley del 15 de febrero de 1848, en la que se estableció, respecto de la ejecución de obras, el procedimiento siguiente:

1. Que ninguna obra pública deberá hacerse en lo sucesivo bajo la administración de los funcionarios públicos, sino que en virtud de orden expresa del Gobierno, que solo se dará en el caso de que, después de avaluado su costo y sacada á remate público, no se hayan presentado postores; y 2. Que las juntas superiores de hacienda no pueden acordar gasto alguno sino en aquellos casos urgentes que no admiten la espera de tiempo que media entre la salida y el regreso de los correos.

Mediante la ley de 6 de agosto de 1849 se estableció en toda la república el derecho de "peaje" para la composición y apertura de caminos, formación y refacción de puentes, calzadas, acueductos y otras servidumbres públicas (Oviedo, 1879, p. 54); y por ley del 21 de diciembre del mismo

las que por su profesión, ó en clase de inteligentes, inspiren confianza para encomendarles esa operación".

año se reiteró que entre los deberes de los prefectos estaba el de presidir las juntas de almoneda y las de diezmos de su departamento, "dando cuenta al Gobierno de los remates que se hicieren en aquellas, con los expedientes de la materia, para su aprobación" (Dancuart, 1903, p. 183).

Pero en 1854, para la variación del cauce del río que cruzaba un mercado en la ciudad de Lima, se presentó una propuesta que fue aceptada por ley del 14 de octubre de 1854, norma en la que se estableció el procedimiento siguiente: el contratista se comprometía a ejecutar la obra según planos entregados por el Estado, debiendo este abonar una determinada cantidad de dinero "en una letra contra la casa comercial de Antonio Gibbs é hijos de Londres", siendo de cuenta del empresario "la buena reparación de cualquier daño imprevisto que pueda resultar al tiempo de construir"; si vencido el plazo el contratista no hubiese concluido con la obra, "se tasará lo trabajado y deducido su valor [...] se cargará el uno por ciento mensual sobre la diferencia en razón de intereses"; si puesto en obra el nuevo canal "no satisfaciese", serán de cuenta del contratista "las obras y materiales que habrían de emplearse para que el tránsito público no sea obstruido"; "si en el curso de la fábrica ocurriese alguna útil alteración á las condiciones estipuladas, no podrá hacerse sino después de una consulta al Gobierno". En esta obra se agregaba un factor nuevo a las contrataciones públicas, ya que se obligaba al contratista a otorgar las fianzas respectivas.

Posteriormente, por ley del 28 de enero de 1869, se estableció respecto de la reconstrucción de los daños causados por un terremoto que las obras se construirán "ó por proyectos, ó por remate, á juicio del Ejecutivo"; pero fue entre 1870 y 1871 que se dictaron normas que implicaron un significativo ordenamiento de la ejecución del gasto público en el país. Así, en 1870, por resolución del 6 de abril, se dispuso respecto de la ejecución de obras, la obligatoriedad de centralizar y registrar las obras.

> Siendo conveniente que las obras públicas que se ejecutan con fondos nacionales, se reconcentren en el Ministerio del ramo, oído el Consejo de Ministros,
>
> Se resuelve:
>
> 1. Cuando por alguno de los ministerios se inicie una obra perteneciente á su ramo, lo manifestará al Ministerio de Gobierno, acompañando el respectivo programa de ella;
> 2. El Ministerio de Gobierno mandará levantar por los ingenieros o arquitectos del Estado, el plano correspondiente con todos sus detalles y secciones, los que se pasarán al ministerio que inició la obra, á fin de que si llena el objeto deseado, los devuelva para que se forme el

respectivo presupuesto, y se proceda desde luego á la ejecución de la referida obra..." (García Calderón, 1879, p. 1438).

En 1871, por Resolución Suprema del 13 de diciembre del mismo año, se estableció que el remate era la formalidad indispensable en los contratos del Estado:

"Que los casos de venta ó arrendamiento de bienes del Estado, y en los de obras públicas que se ordenan por el Ministerio de Hacienda, se celebran precisamente en Subasta Pública ante la Junta de Almoneda respectiva, bajo pena de nulidad (Dancuart, 1907, p. 145).

Mientras que por decreto del 11 de diciembre de 1872 se determinaron, respecto del contratista de obra pública, las obligaciones siguientes:

1. Á presentar el proyecto definitivo total ó por secciones, del trabajo de interés público cuya ejecución le esté encomendada, comprendiendo en él los planos, perfiles, cuadernos de explicaciones y demás documentos necesarios, según los casos [...].
3. Á someter á la aprobación del Gobierno, los proyectos detallados de las modificaciones que durante la ejecución se crea necesario introducir en los proyectos de trabajos aprobados, adjuntando la relación de las causas ó motivos que hagan necesaria dichas modificaciones. Todos los documentos deberán ser presentados al Ministerio de Gobierno, Policía y Obras Públicas [...].

Artículo 2. No podrá procederse á la erección de ninguna obra, si no ha sido aprobada y autorizada, so pena de nulidad y reconstrucción parcial ó total por cuenta del empresario [...].

Artículo 3. Las inspecciones locales ó de otro género se harán por los miembros de la Junta central de ingenieros ó por las personas que ella comisione, en la época en que el Gobierno lo juzgue conveniente (García Calderón, 1879, p. 1439).

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN ENTRE 1888 Y 1919

En noviembre de 1888, se promulgó un decreto que establecía un procedimiento para la construcción del camino de Tarma a Chanchamayo, el cual se emitía debido a que se había aceptado la renuncia de la junta administradora creada por decreto supremo del 17 de mayo de 1886, norma que significaba un retroceso respecto de la promulgada en el anterior periodo, por cuanto en ella se establecía que para la construcción del camino se debía cumplir con el procedimiento siguiente:

Artículo 1. El Gobierno contratará directamente la construcción del camino, pidiendo propuestas, por secciones, para la ejecución de las obras que sean necesarias.

Artículo 2. El Ingeniero Inspector, el Ingeniero del camino y el Comisionado [...] se encargarán de la administración e inspección en Tarma [...].

Artículo 3. Corresponde al Comisionado en Tarma:

1. La recaudación de los impuestos adjudicados a la obra del camino [...].
2. La compra, de acuerdo con el Ingeniero del camino, de las herramientas y materiales [...].
3. La revisión y pago de las planillas de jornales [...] llevando cuenta de la administración y depositando mensualmente en el Banco del Callao [...] a disposición del Ministerio de Gobierno, los fondos que recaude, y que no sean indispensables para los pagos que se recomiendan.

El mismo Comisionado rendirá mensualmente la respectiva cuenta al Ministerio de Gobierno, sin perjuicio de hacerlo en la oportunidad que la Ley designa, ante el Tribunal Mayor del Ramo [...].

Artículo 6.- Ambos ingenieros procederán a formular las bases para contratar las obras, practicando al efecto los estudios que sean necesarios [...].

Luego, por resolución suprema del 24 de mayo de 1892, se aprobaron las prescripciones reglamentarias sobre proyectos de obras públicas, las cuales hacían referencia a las características de los planos de obra pública (artículos 1 al 18); los presupuestos, que los clasificaba en preliminares y definitivos (artículos 9 al 12); el contenido de la Memoria Descriptiva (artículo 13); prescripciones que también hacían referencia a los contratos de obra, respecto de los cuales indicaba en el artículo 14 que "cualquier solicitud de Concesión, Privilegio o simple autorización para la ejecución de una obra pública, debe ser acompañada á lo menos preliminar de la obra, sin perjuicio del Proyecto definitivo cuya aprobación debe preceder á la planificación de obra"; posteriormente, mediante resolución del 14 de noviembre de 1893, se aprobó el proyecto de construcción de un puente en Chanchamayo, donde se disponía que "la Licitación se verificará por medio de propuestas cerradas ante la respectiva Junta y dichas propuestas podrán presentarse á la Dirección de Obra Pública el día en que expire el término, computable desde aquel en que se publique esta Resolución y los documentos de sus referencia en el periódico oficial".

Es en 1907 cuando, por decreto del 11 de enero, se reguló la forma y condiciones en que se debían llevar a cabo, en los departamentos, la ejecución de obras públicas ordenadas por leyes especiales, estableciendo para

tal efecto el procedimiento respectivo[29]. Para 1909 ya se apreciaba, además

29 "**Artículo 1.-** Las obras públicas de carácter departamental serán previamente estudiadas por el ingeniero de la Junta respectiva, y á falta de este por el que ella contrate para tal efecto.
Estos estudios comprenderán los planos, presupuestos y memoria descriptiva de que tratan las prescripciones reglamentarias sobre obras públicas aprobadas por suprema resolución de 24 de mayo de 1892 y serán enviados á la dirección del ramo para su revisión por la oficina técnica correspondiente y la aprobación del Gobierno, sin cuyos requisitos no podrán ejecutarse las obras ordenadas por leyes especiales.
Artículo 2.- Dichas obras se llevarán á cabo por contrata, admitiéndose la ejecución de ellas por administración, solo en los casos en que después de haberse pedido propuestas para ello, hasta por tres veces, no se hubiera presentado postor alguno. En cualquiera de los casos mencionados se solicitará la aprobación del prefecto del departamento para la realización de la obra ordenada por ley expresa.
Artículo 3.- Los ingenieros de las Juntas tendrán las siguientes obligaciones, sin perjuicio de atender á cualquier otro trabajo que ellas les encomienden:
a) Indicar las condiciones técnicas que deben tenerse en cuenta por las Juntas al formular las bases que sirven para contratar cualquier obra.
b) Vigilar los trabajos que se lleven á cabo por contrata, á fin de que se ejecuten en las condiciones que se hayan estipulado, y dirigir los que se hagan por administración [...].
Artículo 4.- Las Juntas ejercerán la supervigilancia de los trabajos y no darán por recibidas de ninguna obra sin previa inspección facultativa ordenada por ellas [...].
Artículo 5.- Los ingenieros que hayan hecho los estudios y presupuestos de las obras, no podrán ser, bajo ninguna forma, contratistas de las mismas.
Artículo 6.- Las Juntas, al formular las bases de contrato tomarán en cuenta: el plazo dentro del cual debe ejecutarse la obra; la fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones del contrato, la cual podrá prestarse en efectivo, en papel de crédito público ó en hipoteca saneada; las multas por infracciones del contrato; el adelanto de fondos que convenga hacer para el comienzo de los trabajos; la forma de pago de los mismos, estipulando la deducción del diez por ciento para responder por defectos de construcción, cuyo diez por ciento será devuelto en el tiempo y forma que se estipule, no pudiendo tener lugar la devolución en ningún caso antes de tres meses después de la entrega de la obra.
Artículo 7.- Las bases del contrato serán publicadas en el diario de mayor circulación de la localidad; y á falta de él, en hojas sueltas que se fijarán en lugares visibles, y en algún otro diario de una de las ciudades más próximas.
Artículo 8.- Toda contrata que celebren las Juntas para la ejecución de una obra, se hará por medio de propuestas cerradas, que se pedirán por el término de ocho días. Las propuestas se entregarán al presidente de la Junta en el día y hora que para ello se fije, y serán abiertas inmediatamente en presencia de los proponentes que concurran y con asistencia del ingeniero departamental, si lo hay, sentando acta de las diligencias del caso, que firmarán todos los presentes, y remitiendo el expediente de la materia al prefecto del departamento para la respectiva aprobación.
Artículo 9.- Para que las propuestas puedan ser tomadas en consideración, es condición esencial que en ellas se haga la declaración e aceptar todas las bases fijadas, versando la competencia únicamente sobre el menor precio que se pide sobre el presupuesto aprobado, y deberán estar acompañadas en la tesorería de la Junta, por la suma que esta determine.
Dicha suma la perderá el proponente á favor de la Junta si no firma la respectiva escritura en el plazo máximo de diez días, contados desde aquel en que se notifique la aprobación del contrato.
Artículo 10.- Las Juntas elevarán á la Dirección de Obras públicas, partes mensuales concisos sobre las obras ejecutadas, y detallados semestralmente, con indicación de los gastos hechos;

del procedimiento indicado, la declaratoria de nulidad por incumplimiento de procedimiento[30]; en 1918, por Ley N.° 2714, se suprimió la modalidad de ejecutar obras a través de "juntas especiales ó económicas creadas para la ejecución de las obras públicas departamentales, provinciales ó de distrito", disponiendo que en lo sucesivo "se llevarán á cabo por las respectivas Juntas Departamentales y los Consejos Provinciales ó de distrito".

4. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS ENTRE 1920 Y 1947

Siguiendo esta pauta modernizadora de comienzos de siglo, mediante la Ley N.° 6296, se consignó una partida para la terminación del local de la Subprefectura en Yanacoa, provincia de Canas, para lo que se estableció como procedimiento que el Gobierno debía contratar la obra "con un técnico, sea por remate o por concesión, con la fianza respectiva y el control del Concejo Provincial o de la entidad que tuviese por conveniente".

Seguidamente, mediante la Ley N.° 7702, se aprobó la construcción de un camino en Madre de Dios, disponiéndose que los fondos serían administrados por una junta compuesta por el prefecto del departamento del Cusco, el fiscal de la Corte Superior, un vocal de la Corte Superior, el ingeniero departamental y el jefe militar, omitiendo precisar el procedimiento para la ejecución del gasto. De igual forma, mediante la Ley N.° 7823, se dispuso de fondos para obras públicas y saneamiento en Trujillo, determinando para la ejecución de obras "una 'Junta 1 Centenario de Trujillo' formada por el Prefecto del Departamento, por el Presidente de la Corte Superior, por el Alcalde del Concejo Provincial de Trujillo, por el Director de la Sociedad de Beneficencia, el Decano del Colegio de Abogados, por un delegado del Concejo Provincial de Pacasmayo y por el Presidente de la Junta Constructora del camino de Quirihuac a Quiruvilca"; esta junta tenía atribuciones

y oportunamente remitirán la respectiva cuenta documentada al Tribunal Mayor del ramo para efectos de ley.

El Ministro de Estado en el despacho de Fomento queda encargado del cumplimiento de este decreto".

30 En la resolución de Hacienda del 12 de noviembre de 1909, se resolvió, en los términos siguientes: "Es requisito esencial de toda Licitación la designación de día y hora", tal como lo prescribe el inciso 5 del artículo 1170 del Código de Enjuiciamiento Civil, y los artículos 112 de la Ley Municipal y 7 del Decreto Supremo del 12 de noviembre de 1886, por lo que se resolvió desaprobar "la Subasta hecha por la Junta de Almoneda Departamental de Arequipa" por lo que disponía que se procediera a una nueva licitación.

para designar comisiones de vigilancia y control de las obras a ejecutarse, criterio que se mantuvo en los años siguientes[31].

Para el caso de bienes, por resolución del 27 de julio de 1936, publicada el 6 de agosto del mismo año, el Ministerio de Gobierno y Policía aprobó las bases para la adquisición de placas de rodaje donde se detallaba que el proceso de selección era en la modalidad de licitación pública. Posteriormente, mediante decreto del 25 de enero de 1937, se dispuso la visación de la Contraloría General de la República en los proyectos de resoluciones para la compra de vestuario para la tropa y pasajes oficiales.

En 1938, mediante la Ley N.° 8703, se autorizó a los concejos provinciales de Lima y Callao y distritales de ambas provincias, la contratación de obras de pavimentación a través de subasta pública. Hacia 1943, por decreto de fecha 1 de marzo, se encargó a la Dirección General de Fomento y Obras Públicas el control general de las obras que llevaba a cabo el Gobierno; posteriormente, por Decreto Supremo del 8 de junio del mismo año, se dispuso la reorganización de la Dirección General de Fomento y Obras Públicas. Como un ejemplo de lo que venía aconteciendo tenemos que, por Resolución Suprema del 15 de diciembre de 1943, se autorizó la construcción de edificios en Quincemil, Marcapata, para lo que se conformó una comisión integrada por el ingeniero jefe del servicio topográfico y el ingeniero residente, y se les autorizó para que procedan a ejecutar la construcción de edificios por contratos parciales previa autorización ministerial.

En 1945, se volvió al sistema de juntas que se encargaban de la ejecución y control de las obras públicas, tal como se puede apreciar en la Resolución Suprema del 16 de noviembre de dicho año, por la que se conformó la Junta de Obras Públicas de Puno, la cual estaba integrada por el prefecto, el fiscal de la Corte Superior, el alcalde, el presidente de la Sociedad de Beneficencia, el director del colegio nacional y un vecino designado por el Gobierno. Al año siguiente, en 1946, por Resolución Ministerial de 20 de mayo,

31 En 1934, tal como se puede constatar en la Ley N.° 7924 por la que se nombró una junta compuesta por el prefecto del departamento del Cusco, quien la presidía, el alcalde del concejo provincial, el rector de la universidad, el presidente de la Cámara de Comercio y el director de la Beneficencia, junta que tendría a su cargo el control administrativo de la construcción de la carretera Cusco-Arequipa. Para 1935, mediante Ley N.° 8090, se dispuso de la construcción de obras públicas en la ciudad de Ayacucho, para lo que se constituía una junta para su ejecución; la junta en mención estaba constituida por el prefecto del departamento, el presidente de la Corte Superior, el obispo de la diócesis, el alcalde, el ingeniero departamental y dos vecinos notables, no haciéndose referencia alguna a la ejecución del gasto.
En 1936, por las leyes N.° 8472, N.° 8476 y N.° 8474 se dispusieron la ejecución de obras en Huánuco, Jaén y Tarma, todas ejecutadas bajo la misma modalidad que las anteriores, a través de una junta.

se creó la Junta de Adquisiciones de la Proveeduría General del Ramo. Los tiempos comenzaban a cambiar.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS ENTRE 1947 Y 1962

La Ley N.° 10818, Ley del Presupuesto General de la República para el año 1947, innovó respecto de las anteriores normas presupuestales ya que, además de la referencia a la Contraloría General de la República, en sus articulados se hacía mención a la forma de gasto, tal como consta en los artículo 23, 26 y 27[32], con lo que las compras públicas avanzaban en su ordenamiento, reforzándose dicho criterio con el Decreto Supremo de fecha 21 de noviembre de 1947, en cuyos considerandos el Ejecutivo cuestionaba una práctica administrativa:

> Que se ha establecido la inconveniente costumbre en algunas dependencias de la administración pública de celebrar contratos para ejecución de obras o adquisición de suministros, sin la previa aprobación por Resolución Ministerial o Resolución Suprema, según su monto;
>
> Que tal sistema ocasiona frecuentes inconvenientes derivados del hecho de presentarse para la aprobación superior contratos ya firmados, algunos de los cuales han comenzado a ejecutarse, lo que limita la capacidad de decisión y control del superior y coacta sus facultades legales, creando conflictos derivados de la nueva aprobación de contratos que han comenzado a ejecutarse.

Ante la situación descrita en los considerandos, la norma acotada establecía el siguiente procedimiento:

> 1. Será requisito indispensable para el perfeccionamiento de los contratos de obra o adquisiciones por las dependencias de la administración pública, la previa aprobación de su texto por Resolución Ministerial si su monto es inferior a diez mil soles oro cuando el egreso se aplica a la partida global, o a quince mil soles oro cuando se aplica a la partida específica; o por Resolución Suprema si su monto es superior a las cantidades que se indican en cada caso.

32 "La aprobación de planos y presupuesto de obras públicas cuyo valor ascienda hasta la suma de S/. 200,000.00 requiere, únicamente de Resolución Ministerial"; por su parte el artículo 26 refería que "Las partidas destinadas a las adquisiciones de muebles e inmuebles, se acompañarán de una relación del programa anual de adquisiciones, con indicación aproximada del número y costo de los bienes por adquirir"; y el artículo 27 disponía que: "Las partidas para artículos de consumo, especificarán su programa de adquisiciones con indicación aproximada de cantidades y costo y cuando se trate de forrajes, el precio unitario del mismo".

> 2. Serán sancionados con la suspensión de su cargo los funcionarios de la administración pública que suscriban contratos de obras o adquisiciones que no hayan sido previamente aprobadas conforme lo especifica el artículo anterior.

A pesar de lo expuesto en la Ley de Presupuesto de 1947, el Decreto Ley N.° 10907, de de 3 de diciembre de 1948, crea el Fondo de Educación Nacional, que se encargaría de la construcción de locales escolares a través del Comité Económico de Educación Nacional, que estuvo presidido por el ministro de Educación e integrado por el ministro de Hacienda, un representante de la Cámara de Industria y Comercio, un representante del Banco Central de Reserva del Perú, un representante del Ministerio de Fomento y tres personas notables de la capital de la república. Asimismo, se indicaba que en las capitales de departamento se constituiría un Comité Departamental de Construcciones Escolares presidido por el alcalde, el director del Colegio Nacional de Varones que actuaba como tesorero, el ingeniero delegado del Ministerio de Fomento y dos personas notables de la localidad, los que tenían, entre otras, la función de controlar "la correcta aplicación de los fondos y la buena ejecución de las obras"; tal disposición significó volver al espíritu del siglo XIX.

Por otro lado, el decreto supremo del 30 de abril de 1948 reorganizó la junta de almoneda en Lima y Callao, definiendo su composición en los términos siguientes: prefecto, director de Bienes Nacionales, Procuraduría General de la República, un delegado de la Contraloría General de la República y el subdirector de Bienes Nacionales, disponiéndose, a la vez, que se la convocaba por resolución ministerial. Lo interesante de este decreto supremo es que en sus considerandos se invocaba a la Ley de Organización Interna de la República del 17 de julio de 1857[33] y al decreto supremo del 12 de noviembre de 1886.

En el Decreto Ley N.° 10940, que aprobó la Ley de Presupuesto General de la República para el año 1949, se estableció en el artículo 2 que, por resolución suprema, previo informe de la Contraloría General de la República, se autorizará lo siguiente: "Las adquisiciones y demás gastos de material cuyo monto exceda de S/. 50,000.00"; disposición con la que se articulaba gestión y control, significando un avance cualitativo respecto del periodo anterior. Seguidamente, mediante resolución ministerial de 20 de mayo del mismo año, se estableció la composición y funciones de la junta de adquisiciones de la Proveeduría del Ramo de Hacienda, que estaba integra-

33 El artículo 76 de la Ley de Organización Interior establecía que los prefectos "presidirán las juntas de almonedas de bienes fiscales de su departamento, dando cuenta al Gobierno de los remates que se hiciesen en aquellas, con los expedientes de la materia para su aprobación".

da por el subdirector de Administración, quien la presidía; el subdirector de Presupuesto y el subcontrolador de Precios, siendo secretario el proveedor general del Ramo. Las atribuciones de la Junta de Adquisiciones eran las siguientes:

> a. Controlar las adquisiciones y distribución de útiles, enseres y objetos en general que deben ser proporcionados por la Proveeduría General del Ramo [...].
>
> b. Determinar a la vista de cada Expediente de Contratación, la propuesta que ofrezca las mayores ventajas respecto a calidad, precio y urgencia y cualesquiera otras consideraciones a juicio de la Junta, consultando en todo caso la economía en la inversión, debiendo proceder a sacar a Licitación las obras que por razones de su calidad e importancia lo requieran.

Asimismo, indicaba que la junta debía cumplir con las disposiciones especiales sobre las adquisiciones y "constatar que los pedidos hayan sido debidamente autorizados por el director general de Administración". Seguidamente, mediante el Decreto de Ley N.° 11008, se estableció un derecho adicional sobre todas las importaciones que se efectuaran por la Aduana del Callao, el que se destinó a la ejecución de obras públicas que estuvieron a cargo de la Junta de Obras Públicas del Callao; norma relevante por cuanto estableció, a efectos de la ejecución del gasto, y en su artículo 5, que estas se harían por administración directa o licitación pública, pero, además, no hacía referencia a los agentes privados en la conformación de la junta.

Posteriormente, en 1950, por Decreto de Ley N.° 11250, se aprobó el presupuesto general de la república, el que —siguiendo la pautas de los anteriores— incrementaba la participación de la Contraloría General de la República, pero, a la vez, avanzaba en la regulación de las compras públicas. Así, en el artículo 2 establecía que requerirán de informe previo de la Contraloría "todas las afectaciones de partidas, cualquiera sea su monto; así como las Resoluciones aprobatorias de presupuestos administrativos"; disponiendo también, en el artículo 5, que la "aprobación de los presupuestos administrativos cuyo monto exceda de S/. 50,000.00 se hará por Resolución Suprema; y la de los monto[s] menor[es], por Resolución Ministerial".

Es en este año en que los procedimientos de contrataciones públicas avanzan respecto de los años anteriores. Siguiendo la pauta establecida, por decreto supremo del 3 de febrero de 1950, se aprobó el Reglamento del Procedimiento de Licitación de Obras Públicas y Adquisiciones de Material del Ramo de Hacienda, norma relevante por cuanto estableció el monto a partir

del cual se debía convocar a subasta pública, así como el procedimiento a seguir, manteniendo la analogía entre subasta y licitación.

En 1951, la disposición particular se convirtió en general. Así, por decreto supremo del 7 de marzo de 1951, se estableció que sería obligatoria la licitación o subasta pública en todas las obras públicas y adquisiciones de materiales para el servicio de cualquier entidad del Estado cuyo valor excediera de 10 000 soles oro; mientras que por Decreto Supremo N.° 1614, del 29 de agosto de 1951, se dispuso que la convocatoria a licitación pública para la ejecución de obras o compra de materiales por un monto superior a 10 000 soles se haría por Radio Nacional del Perú; y en la resolución ministerial del 31 de agosto se precisó que se debía enviar con la debida anticipación la convocatoria a la Radio Nacional del Perú.

En la Ley de Presupuesto del año 1952, Ley N.° 11792, se repitieron los mismos criterios que en las anteriores, respecto del control y el gasto, pero en el artículo 23 se agregaba que el Ministerio de Fomento y Obras Públicas estaba autorizado "para efectuar estudios o proyectos, y ejecutar obras, mediante contratos por suma alzada o por administración directa, hasta por la suma de S/. 100,000.00". Esta decisión significaba otro avance en la determinación de las contrataciones y adquisiciones públicas por cuanto hacía referencia a las modalidades contractuales.

5.1. La Proveeduría de la Administración Civil del Estado

Por Decreto Supremo del 25 de abril de 1952 se aprobó el Reglamento de la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, la que había sido creada por Decreto Supremo del 16 de noviembre de 1951, la que era "un organismo especial de índole comercial" que formaba parte de la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda y Comercio, dependiente del ministro.

En esta misma dirección se promulgó la Ley de Presupuesto del año 1954, Ley N.° 12014, en donde, además de reiterar las apreciaciones de gasto y control, establecía en el artículo 6 lo siguiente: "Los funcionarios que celebren contratos o hagan adquisiciones que afecten las partidas presupuestales sin la conformidad de la Contraloría General de la República, serán personalmente responsables por el valor de dichos compromisos".

Siguiendo la pauta establecida, por Resolución Ministerial N.° 94, del 14 de enero de 1954, se dictaron disposiciones para los contratos que obtuvieran la buena pro a través de una licitación pública, las disposiciones en mención se referían al contenido de las cláusulas; mientras que por Decreto Supremo del 24 de marzo se estableció que toda adquisición que

se haga por parte de algún organismo administrativo del Estado, con excepción de los institutos armados, y cuyo monto exceda los 50 000 soles, estará condicionada al informe previo de la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, precisándose, además, que la Contraloría General de la República "no visará ningún pago que se relacione con adquisiciones si no se ha cumplido con el requisito señalado". También, el citado reglamento indicaba que la Proveeduría tenía organización nacional, contaba con proveedores aprobados por resolución suprema —que eran funcionarios ejecutivos de la proveeduría— y con un consejo directivo que tenía como función principal aprobar y pronunciarse respecto de todas las compras que se hicieren.

Para el año 1955, mediante decreto supremo del 4 de marzo se autorizó a los ministerios para que realicen adquisiciones directas hasta por S/. 50,000.00 en cada caso; posteriormente, por decreto supremo del 28 de noviembre se dictaron normas para las adquisiciones por la Proveeduría General del Estado, donde se establecían disposiciones como las siguientes:

1. La adquisición de los útiles, enseres, equipos, materiales, implementos y demás artículos de consumo que requieran los organismos de la Administración Civil del Estado, tanto para sus servicios generales como especiales, se hará directamente de los productores nacionales o extranjeros o por licitación pública o privada de precios [...].
2. La adquisición directa se hará cuando así lo aconseje el Consejo Directivo, teniendo en cuenta la urgencia o conveniencia [...].
3. Las adquisiciones por un valor hasta cien mil soles oro (S/. 100,000.00) las hará el Comité Ejecutivo mediante licitación pública o privada previa autorización del Consejo Directivo.

5.2. De la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado a las Direcciones Generales de Administración

Por Decreto Supremo N.° 15, del 9 de agosto de 1956, se liquidó la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado, bajo el argumento de que la liquidación fue que "la centralización de la adquisición, producción, almacenamiento y distribución de los útiles, enseres, equipos, materiales y demás implementos que requieran las necesidades de la administración civil del Estado en un solo organismo ha resultado inconveniente para el servicio público", por lo que se disponía que "las funciones centralizadas en la ex-Proveeduría General serán reasumidas por las Direcciones Generales de Administración, Proveedurías, Almacenes, Plantas de Producción o dependencias similares de los Ministerios respectivos [...]". De estas disposiciones podemos concluir en que la centralización de las adquisiciones no es un

tema nuevo en el Perú, pero debemos precisar que la liquidación vino con el cambio de gobierno. Odría creó la Proveeduría y Prado la liquidó.

Posteriormente, por Decreto Supremo N.° 17, del 12 de septiembre, se dispuso que las adquisiciones del Ministerio de Hacienda se hagan conforme a lo dispuesto en los decretos supremos del 3 de febrero de 1950, 7 de marzo y 29 de agosto de 1951; posteriormente, por Resolución Ministerial N.° 463-DA, del 18 de septiembre, se regularon las adquisiciones que no excedían de S/. 10 000.00. En este mismo año, se promulgó el Decreto Supremo N.° 2, del 21 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de las Juntas Departamentales de Almoneda, donde se precisaba que el objeto de esta entidad era la venta y alquiler de bienes del Estado.

5.3. Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas y el Registro Nacional de Obras Públicas

Por Decreto Supremo N.° 08, del 1 de abril de 1958, a propuesta del Ministerio de Fomento, se aprobó el Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas, que implicó el ordenamiento de los procedimientos en contrataciones estatales, en lo que a ejecución de obras se refiere por cuanto regulaba aspectos como los requisitos para sacar a licitación una obra pública, la convocatoria, las bases, las propuestas, los postores, la apertura de propuestas, el otorgamiento de la buena pro, la firma del contrato y el Registro Nacional de Contratistas de Obra Pública.

Mediante Ley N.° 13055, Ley de Presupuesto General de la República para el año 1959, se estableció para los contratos de obra pública que los proyectos de resoluciones aprobatorias de contratos de obras que se remitan a la Contraloría General de la República para su visación previa, adjuntando obligatoriamente la siguiente información:

a) Presupuestos de la obra y tiempo que demanda la ejecución de la misma;
b) Bases de la Licitación;
c) Avisos de Convocatoria para la Licitación Pública;
d) Propuestas presentadas;
e) Fechas en que se publicó en el diario oficial El Peruano;
f) Demás documentos o informes [...].

La Contraloría General de la República puede declarar desierta una licitación aunque se haya otorgado la buena pro, si encuentra razones justificadas para ello, poniendo el resultado en conocimiento del Ministerio de Hacienda y Comercio y publicando directamente en el diario oficial El Peruano el informe que emita.

En el siguiente párrafo del mismo artículo, se establecía procedimientos para adquisiciones menores. Así, indicaba que: "Toda adquisición cuyo valor unitario exceda de S/. 30,000.00 se someterá al requisito anterior. En adquisiciones cuyo valor unitario sea superior a S/. 5,000.00 se exigirá cuando menos tres propuestas de precios para decidir la que más convengan a los intereses fiscales. Lo anterior no rige en los casos especiales de adquisición de un bien que no tenga similares en el mercado, debiendo obrar expresa constancia de ello". En los casos de los ministerios vinculados a la defensa nacional, se establecía que se les exceptuaba de la disposición anterior, "para lo cual procederá a licitación privada por invitación directa, sea a las empresas constructoras o a las firmas productoras o importadoras".

6. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS ENTRE 1962 Y 1978

6.1. El nuevo Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas y el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas

Estos criterios se mantuvieron en los presupuestos para los años 1960 y 1961, aprobados, respectivamente, por las leyes N.° 13381 y N.° 13632, contexto en el que en 1961, mediante Decreto Supremo N.° 036, del 6 de octubre de 1961, se aprobó un nuevo Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, mientras que en la Ley del Presupuesto General de la República del año 1962, aprobada por Ley N.° 13960, se conservaron las pautas establecidas por las normas anteriores; y en la Ley N.° 13980 se otorgó fuerza de Ley al Título 2.00 del Capítulo I, artículos 2.01 al 2.08, relativos a la organización y funcionamiento del Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

A partir de este momento, la normativa adquirió dinámica propia, dejando a las leyes de presupuesto los aspectos generales, regulando el procedimiento a través de normas especiales, lo que se acentuó con la promulgación de la Ley N.° 14816, Ley Orgánica del Presupuesto Funcional en 1964.

En las leyes presupuestales de los años 1964, 1965, 1966, 1967, 1968, N.° 14930, N.° 15270, N.° 15850, N.° 16361 y N.° 16960, respectivamente, además de incrementar la presencia de la Contraloría General de la República en las contrataciones estatales, se consolidó la tendencia de establecer en la Ley de Presupuesto los montos a partir de los cuales se definían los procedimientos de selección. Asimismo, por Decreto Supremo N.° 186-H, del 28 de agosto de 1964, se modificó el Reglamento General de Licitaciones

y Contratos de Obras Públicas, aprobado por Decreto Supremo N.° 036 de 1961; también, en 1965, mediante Decreto Supremo N.° 46-F, se aprobó el Reglamento de Adquisiciones del Ministerio de Fomento y Obras Públicas, y por Resolución Ministerial N.° 1 se dispuso que los avisos de convocatoria que se publicarán en el diario oficial *El Peruano* fueran abonados por la persona natural o jurídica que obtuviera la buena pro.

Para el año 1967 se dictaron las disposiciones siguientes: el Decreto Supremo N.° 14-F, por el que se designó al Comité Permanente de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; el Decreto Supremo N.° 81-H, por el que se constituyó la comisión encargada de formular el Reglamento General de Adquisiciones de los Organismos del Gobierno Central y Subsector público independiente; y el Decreto Supremo N.° 249-H, del 13 de octubre de 1967.

En cuanto a las contrataciones estatales, la Ley Bienal de Presupuesto (1973-1974), Ley N.° 19864, se hicieron mayores precisiones, fijándose además de los montos para determinar el proceso de selección, los requisitos que se debían cumplir para el cambio de modalidad, y las exoneraciones de procesos; criterios que se reiteraron en la Ley Bienal de Presupuesto para los años 1975-1976, Decreto Ley N.° 21057, donde se establecieron, al igual que en los casos anteriores, los tipos de procedimientos de selección según la cuantía. Así, en esta última norma se establecía respecto de las adquisiciones o la prestación de servicios no personales, que estos se someterían al requisito de licitación pública[34], estableciendo montos especiales para determinados organismos públicos (Ordeza [Organismo Regional para el Desarrollo de la Zona Afectada] y Cecomba [Comité Ejecutivo del Complejo Bayoyar])[35]. Asimismo, se indicaba que los bienes y servicios sujetos a precios controlados se adquirían directamente[36]. Finalmente, planteaba situaciones de exoneración de los requisitos de licitación pública y concurso público[37].

34 Artículo 14.- Cuando su costo unitario o valor total exceda 1'500,000.00 soles; en los casos de 500,000.00 a 1'500,000.00 se someterá a concurso de precios; en los casos menores a S/. 500,000.00 se podrá efectuar directamente. La Consultoría, los estudios y las supervisiones que se convengan por contrata se otorgaran por Concurso Público de Méritos cuando sea superior a S/. 1'000,000.00; las obras por contrata se someterán a licitación pública si su monto excede los S/. 5'000,000.00, y a Concurso de Precios si el monto es menor de S/. 5'000,000.00 y mayor de S/. 500,000.00; si es inferior a S/. 500,000.00 se podrá adjudicar directamente.

35 Artículo 15.

36 Artículo 18.

37 Artículo 19.

En las leyes N.° 21765 y N.° 22049, leyes anuales de presupuesto para los años 1977 y 1978, se reiteraron los criterios establecidos en la normativa precedente, e incorporaron la intervención de la Contraloría General de la República para la autorización de los adicionales superiores al 10 %. En la Ley de Presupuesto para el año 1979, Ley N.° 22399, se estableció, a partir de los montos, una escala más definida de procesos de selección, como licitación pública, concurso público y adjudicación directa.

En cuanto a la normativa especial en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, tenemos que se dictaron las normas siguientes: en 1969, mediante Decreto Supremo N.° 1/69-FNS, del 5 de febrero de 1969, se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Posteriormente, mediante Resolución Suprema N.° 00044-70-PE, del 13 de mayo de 1970, se aprobó el Reglamento General de Adquisiciones del Ministerio de Pesquería mientras se aprobaba el Reglamento General de Adquisiciones de todo el sistema público; también por Decreto Ley N.° 18267 se dispuso que las obras superiores a un millón de soles se sometan al requisito de licitación pública. En 1971, por Resolución Ministerial N.° 1775-71-VI-DS, se dispuso que las entidades licitantes verifiquen el certificado de contratistas de obras públicas; y por Decreto Supremo N.° 002-71-VI se modificó el artículo 6.02 del Reglamento General de Licitaciones y de Contratos de Obras Públicas; por decretos supremos N.° 006-71-VI, N.° 016-71-VI, N.° 048-71-VI, N.° 100-71-VI, N.° 101-71-VI, se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N.° 036 de 1961. Para el año 1972 se promulgó el Decreto Supremo N.° 039-72-VI, por el que se aprobó el Reglamento General de Concurso de Precios para la ejecución de obras públicas; el Decreto Supremo N.° 058-72-VI, donde se dispuso que en las licitaciones públicas no podrían participar como postores los miembros del directorio de las empresas convocantes; y el Decreto Supremo N.° 064-72-VI, por el que se sustituyó un párrafo del Reglamento de Precios de Obra Pública; también se dictaron los decretos supremos N.° 051-72 y N.° 073-72, por los que se modificó el Decreto Supremo N.° 036 de 1961, Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

En 1973 se dictaron las normas siguientes: el Decreto Supremo N.° 053-73-VI, por el que se amplió los alcances del artículo 17.05 del Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas sobre la Potestad Sancionadora del Estado respecto del Contratista; el Decreto Ley N.° 20024, por el que se otorgaron facilidades para el financiamiento por parte de los bancos al Contratista de Obra Pública; y los decretos supremos N.° 073-72-VI, N.° 005-73-VI, N.° 007-73-VI y N.° 174-73, que modificaron

el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas aprobado por Decreto Supremo N.° 036 de 1961.

En 1975 se publicó la Resolución Ministerial N.° 1997-75-VC-1100, por la que se fijaron sanciones a los contratistas que sobrepasaran el límite de contratación; en 1976 la Resolución Ministerial N.° 088-76-IIOC, por la que se encargó al Consejo de Licitaciones abrir un Registro de Cartas Fianzas y la Resolución Ministerial N.° 543-76-VC-9100, donde se establecieron obligaciones de las entidades públicas con los licitantes de obras públicas.

El año 1977 la constante se mantuvo. Así, tenemos que por Decreto Supremo N.° 029-77-VC se modificó el artículo 9.02 del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N.° 032-77-VC se dictaron normas para que las empresas contratistas cumplan con obras; por Resolución Ministerial N.° 486-77-VC se dictaron normas complementarias al Reglamento General de Licitaciones; por Resolución Suprema N.° 048-77-VC-9100 se sustituyeron artículos del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N.° 042-77-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; y por Resolución Ministerial N.° 714-77-VC-1100 se designó la comisión encargada de elaborar el Proyecto de Reglamento Único de Licitaciones de Obras Públicas. Para 1978 tenemos que por Decreto Supremo N.° 023-78-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Ministerial N.° 599-78-VC-9100 se establecieron normas para impugnaciones al otorgamiento de la buena pro en licitaciones públicas de obras; y por Resolución Ministerial N.° 602-78-VC-9100 se dictaron disposiciones para mejor aplicar el Reglamento General de Licitaciones de Obra Pública. En 1979 se continuó con la constante modificación de la normativa[38].

38 Por Decreto Supremo N.° 002-79-VC se modificó el Decreto Supremo N.° 16-F, del 12 de marzo de 1965, que determinó los requisitos para ser postor; por Decreto Supremo N.° 006-79-VC se precisaron las multas previstas en el Reglamento de Licitaciones aplicables a las firmas constructoras; por Decreto Supremo N.° 024-79-VC y N.° 027-79-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Decreto Supremo N.° 034-79-VC se dictaron normas complementarias para aprobar valorizaciones de obras públicas y por Decreto Supremo N.° 038-79-VC se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Suprema N.° 175-79-PE se dictaron normas de bienes cuyas adquisiciones eran objeto de contratos de locación de obras; por Resolución Ministerial N.° 0020-8-VC-5100, Resolución Ministerial N.° 0755-79-VC-5100 y Resolución Ministerial N.° 189-79-VC-9100 se modificó el Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; por Resolución Ministerial N.° 0472-79-VC-9100 se aprobaron los nuevos formatos a emplear por parte de las entidades licitantes del sector público y por los contratistas.

6.2. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1979 y 1997

El periodo termina con la promulgación de la Constitución Política de 1979, norma en mérito de la cual la regulación en contrataciones estatales adquiere, por primera vez en la historia nacional, rango constitucional, tal como se consigna en el artículo 143 de la misma[39].

En este periodo, 1980-1990, las leyes de Presupuesto General de la República N.° 23233, N.° 23350, N.° 23556, N.° 23740, N.° 24422, N.° 24767, N.° 24977, de los años 1981, 1982, 1983, 1984, 1986, 1988, 1989 y 1990, respectivamente, mantuvieron la pauta establecida en las normas anteriores, es decir, regular los montos para determinar los procesos de selección y derivar a la normativa especial y al Sistema Nacional de Control los aspectos puntuales de las contrataciones y adquisiciones del Estado.

En cuanto a las normas especiales, tenemos que por Decreto Supremo N.° 10-80-TR se dispusieron medidas para agilizar procesos de contratación y ejecución de obras públicas; por Resolución Ministerial N.° 0236-80-VC-5100 se establecieron normas para la calificación del anteproyecto de licitaciones por el sistema de concurso oferta; por Resolución Ministerial N.° 0283-80-VC-1200 se precisaron los alcances del Reglamento de Licitación por el sistema de Concurso Oferta; por Resolución Ministerial N.° 0020-8–VC-5100 y N.° 0093-80-VC-5100 se varió el porcentaje de adelanto al contratista en el sistema de concurso oferta; por Resolución Suprema N.° 0078-80-VC-9100 se señaló el valor máximo de obras a ejecutarse en cuya licitación podrá intervenir cada postor según categoría; por Decreto Supremo N.° 034-80-VC, del 21 de noviembre de 1980, se aprobó el Reglamento de Licitación y Contratos de Obras Públicas; y por Resolución Ministerial N.° 676-80-VC-1150 se precisaron los alcances de numeral del Reglamento de Licitación y Contratos de Obras Públicas.

Mediante Resolución Suprema N.° 0070-81-PCM se designó la comisión que se encargaría de estudiar y proponer un nuevo Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, esto a pesar de contar con un reglamento recientemente aprobado. Asimismo, por Decreto Supremo N.° 017-81-ITI/IND se otorgó margen de preferencia al fabricante nacional en licitación pública y concurso de precios de carácter internacional.

39 Artículo 143.- La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.

En 1982, mediante Decreto Supremo N.° 031-82-EFC, se precisaron normas para la adjudicación de obras y prestación de servicios; y por Decreto Supremo N.° 370-82-EFC se establecieron normas para garantizar la participación nacional en la ejecución de obras públicas y estimular el desarrollo de la ingeniería peruana. En 1983, por Decreto Supremo N.° 056-83-ITI/IND, se estableció que el incumplimiento del artículo 29 de la Ley General de Industrias, que se refería a la obligación de preferir bienes de producción nacional, acarreaba la nulidad del otorgamiento de la buena pro en licitación pública y concurso de precios. En 1984, por Decreto Supremo N.° 057-84-PCM se precisó el artículo 5.5.8. del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras (RULCOP). Por otro lado, mediante Decreto Supremo N.° 104-84-EFC se estableció que las adquisiciones de bienes y la prestación de servicios no personales, obras, estudios, etc., de las empresas estatales de derecho privado y de economía mixta estarán sujetas a licitación pública y concurso público.

6.3. El Reglamento Único de Adquisiciones

En julio de 1985, mediante Decreto Supremo N.° 065-85-PCM, se aprobó el Reglamento de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales (denominado RUA), que —conjuntamente con el RULCOP y la Ley N.° 23554, Ley de Servicios de Consultoría para Entidades del Sector Público o empresas Estatales o Mixtas de Derecho Privado, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 208-87-EF, mediante Decreto Supremo N.° 114-85-ICTI/IND— creó el Consejo Superior de Adquisición de Bienes.

En este orden tenemos que, en 1990, mediante decretos supremos N.° 009-90-VC, N.° 019-90-VC y N.° 027-90-VC se modificó el RULCOP; mientras que por Decreto Supremo N.° 155-91-PCM se aprobó el Reglamento de Adquisiciones de Bienes y de Prestación de Servicios No Personales en las Empresas Públicas. En 1992, el 21 de junio se promulgó el Decreto Ley N.° 25565, Ley del Sistema de Evaluación Internacional de Licitaciones y Concursos, y por Decreto Supremo N.° 133-92-EF se aprobó el Reglamento de dicha norma[40]; y en diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley N.° 26150, que contenía las Normas para la Contratación de Servicio de Consultoría para la Evaluación de los Concursos Públicos de Méritos que realicen las Entidades del Sector Público, Empresas del Estado de Derecho Privado y Empresas de Economía Mixta.

40 El Decreto Ley N.° 25565 fue derogado por la Ley N.° 28549, de junio de 2005.

En 1993, mediante Decreto Supremo N.° 06-93-CONADE, se aprobaron normas sobre el RULCOP fijándose los montos para la convocatoria a adjudicación directa, licitación pública y concurso público. Asimismo, por Resolución Jefatural N.° 293-93-INAP/DNA se aprobó la Directiva N.° 001-93-INAP/DNA, por la que se normó la administración del Registro Único de Proveedores Inhabilitados para Contratar con el Estado. En este mismo año se promulgó la Constitución Política de 1993, la que mantuvo y amplió el criterio establecido en la Constitución de 1979 respecto de las contrataciones públicas[41].

Luego de la promulgación de la nueva Constitución Política, en 1994, mediante Decreto Supremo N.° 007-94-CONADE, se aprobó el Reglamento de Adquisiciones de Bienes y Prestación de Servicios No Personales en las Empresas No Financieras del Estado; posteriormente, por Decreto Supremo N.° 22-94-MTC se incluyeron nuevos elementos en los costos establecidos en el RULCOP. En 1995, por Resolución N.° 021-95-CG, la Contraloría General de la República aprobó la Directiva N.° 02-95-CG/G01, que estableció procedimientos para la remisión de información sobre licitaciones públicas y concursos públicos. En 1996, mediante comunicados N.° 03-96-CONASUCO y N.° 04-96-CONASUCO, se aprobaron, respectivamente, precisiones respecto del contrato de suma alzada y sobre las propuestas a ser suscritas por el postor.

7. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS ENTRE 1997 Y 2022. LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

En el marco del proceso de modernización del Estado, el 9 de julio de 1997 se promulgó la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y seguidamente, mediante Decreto Supremo N.° 039-98-PCM, se aprobó su reglamento; estableciéndose así, por primera vez, un régimen general de contratación pública que comprendía la gestión de los procesos, comprendiendo en ello a los contratos, como a la solución de las controversias que entorno a ellos se suscitaban. Asimismo, creó el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consucode), órgano rector

41 Artículo 76.- 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.

en la materia, el que se constituía sobre la base del Consulcop (Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas), Conasuco (Consejo Nacional Superior de Consultaría) y el Cadeli (Consejo Departamental de Adquisiciones de Lima).

Luego, en junio de 2008, se promulgó el Decreto Legislativo N.° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N.° 1018, que creó el Sistema de Compras Públicas - Perú Compras; y en enero de 2009 se aprobó su Reglamento vía Decreto Supremo N.° 184-EF-2008, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que fue derogado por la Ley N.° 30225, promulgada en el mes de julio de 2014, la que ha a la fecha cuenta con un texto único ordenado, aprobado por Decreto Supremo N.° 082-2019-EF, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 344-2018-EF, que también ha sido modificado en diversas oportunidades; normativa a la que se le agrega la emitida durante la crisis de la pandemia del COVID-19, en particular los decretos de urgencia que establecieron compras directas y la aplicación de la que regula a la autoridad de reconstrucción con cambios y las contrataciones gobierno a gobierno, normativa que por su extensión y complejidad requeriría un estudio específico.

8. LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL: CASO PERUANO

Hacia la década del 90 el Perú inició un conjunto de cambios profundos en su modelo económico y administrativo, lo cual fue materializado en la Constitución de 1993. El resultado simbólico de dichos cambios puede estar muy bien representado por el principio de subsidiariedad, positivizado en el artículo 60 de la Carta Magna, el cual "se ha interpretado siempre en términos negativos, limitando la participación del Estado a situaciones en las que existe una falla del mercado u oferta insuficiente" (Landa, 2016, p. 157). Es decir, el rol del Estado en la economía no adopta el mismo énfasis que tuvo en la Carta Magna del 79, puesto que bajo la actual Constitución de 1993 es la iniciativa privada, dentro de un esquema social de mercado, el motor que dinamiza la economía.

Tomando en cuenta este nuevo derrotero constitucional, así como el avance de la producción jurídico administrativa, hallamos que el disperso esquema normativo de la década del 80 encontró por fin sistematicidad con el marco jurídico brindado por la Ley N.° 26850[42], ya que, por ejemplo, desde su artículo 1, se hizo observancia de todos los procesos de contrataciones y

42 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada el 3 de agosto de 1997.

adquisiciones de bienes, servicios y obras, abarcando de esta forma contratos de compra, suministros, arrendamientos, obras y consultorías. Se tuvo además el establecimiento de un solo órgano rector del área, siendo este el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones, el cual se encontraba facultado para resolver conflictos de su competencia, absolver consultas planteadas por las entidades estatales, aplicar sanciones a los postores, entre otros[43].

Respecto a la solución de controversias el artículo 53 de la Ley N.° 26850 indicó que el organismo especializado para administrar justicia estaba a cargo del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Posteriormente dicho artículo fue modificado[44], destacando lo siguiente: "Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación"[45].

Es decir, los cambios introducidos en el esquema jurídico y administrativo, producto del ajuste estructural peruano, obtuvieron una orientación más acorde al mercado internacional, debido a que ya no solo se presenta el sector de las contrataciones públicas como un cuerpo sistemático a nivel jurídico, sino que además nos plantea un sistema integrado de instituciones que velan por la eficacia del proceso de contratación. Anexo a ello, se empieza a consolidar figuras como el arbitraje y la conciliación para resolver las controversias derivadas de la ejecución contractual, lo cual implica una administración de justicia más célere y especializada debido a que no son jueces dentro del marco del proceso contencioso administrativo quienes se encarguen de resolver las controversias, sino que serán los árbitros o conciliadores.

La inserción de estos cambios al esquema jurídico nacional no solo nos acercó a la dinámica del mercado internacional, sino que además marcó la pauta de los sucesivos cambios por los cuales atravesó la norma, puesto que, al día de hoy, podemos identificar que la tendencia estructural de corte liberal que ha venido desarrollándose a partir de la década del 90.

8.1. Desarrollo peruano en el escenario internacional

La adhesión a un tratado internacional implica la manifestación voluntaria de las partes por querer adquirir un conjunto de obligaciones y

43 Véase el artículo 59 de la norma en mención.

44 Véase el artículo 1 de la Ley N.° 27330 —Modificaciones a la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado—, la cual fue publicada el 26 de julio del 2000.

45 Es imprescindible resaltar que el caso peruano adopta un sistema mixto, ya que las controversias surgidas en la fase de selección son resueltas en última instancia administrativa por la autoridad competente del órgano rector, mientras que las controversias surgidas durante la fase de ejecución contractual son resueltas por la vía arbitral o por medio de la conciliación.

salvaguardar ciertos derechos. A efectos de lograr el pleno desarrollo de dicho tratado, las partes integrantes deberán disponer las medidas que sean necesarias para adaptar su normativa y capacidad institucional a los fines que dicho tratado plantea.

En este orden, el Perú, en materia económica, ha tentado ingresar, con mayor énfasis a partir de la década del 90, a diversas plataformas multilaterales que tengan como objeto el establecer mercados que presenten cada vez menos restricciones para el comercio. Bajo esta línea se incorporó a la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995, puesto que, tras su ajuste estructural, defendía los mismos principios:

- El *principio de la nación más favorecida* implica que si un país otorga alguna ventaja especial a un miembro de la OMC, ello conlleva a que la misma ventaja sea aplicada a todos y cada uno de los miembros de la OMC[46].
- El *principio del trato nacional* implica que, ante el ingreso de un producto extranjero, al mercado nacional, este debe ser tratado de la misma forma en que es tratado un producto nacional, es decir, las normas de regulación, transporte, distribución y demás no pueden otorgar un trato menos favorable respecto del producto nacional.
- El *principio de transparencia* implica dar publicidad a los acuerdos comerciales contraídos, así como a las normas destinadas a su implementación.

Sin duda, hallamos una evolución ya que la OMC cuenta con un órgano de solución de controversias. Teniendo en cuenta el panorama económico en general y la sostenida conducta que ha manifestado el Perú en el plano internacional, es preciso traer a colación el inicio del proceso de adhesión del Estado peruano[47] a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE)[48], ya que este suceso resulta relevante debido a la novedosa Ley General de Contrataciones Públicas[49], la que se explica bajo las recomendaciones que la OCDE le hace al Perú.

46 Existen excepciones a este principio, las cuales son de carácter restrictivo.

47 El Perú manifiesta la voluntad para acceder a la OCDE en el 2012, posterior a ello la OCDE decidió invitar al Perú remitiéndole de este modo una hoja de ruta en donde se plantean los términos y condiciones del proceso del acceso.

48 Es una organización internacional cuya misión es promover diversas políticas económicas y sociales a efectos de lograr desarrollo y prosperidad entre sus miembros. Actualmente, la OCDE cuenta con 38 miembros, representando cerca del 80 % del comercio a nivel mundial.

49 Ley N.° 32069, publicada el 24 de junio del 2024.

El proceso de adhesión a la OCDE, por parte del Perú, fue iniciado en el 2012, lo que implicó manifestar la predisposición por adaptar la normativa local conforme a las metas programadas que representa la entidad a la cual se desea pertenecer. En tal sentido, es preciso indicar que la OCDE realizó un informe, a raíz de los cambios normativos en la legislación local suscitados en el 2016[50], titulado "La contratación pública en el caso peruano" hacia el 2017, de donde destacan nueve recomendaciones:

i) **Fortalecer tanto el sistema de compras públicas como el sistema de fiscalización.** La OCDE resalta de forma positiva la creación de Perú Compras como entidad ejecutiva, puesto que considera que la sistematicidad se había asentado tanto en la entidad gobernante (Ministerio de Economía y Finanzas, en adelante MEF) y la entidad supervisora (Organismo de Supervisor de Contrataciones con el Estado, en adelante OSCE), dejando de lado por mucho tiempo a las diversas entidades públicas contratar de forma desarticulada. No obstante a este avance del 2016, la OCDE señala que el reto apunta ahora a establecer una "coordinación eficaz, particularmente en comunicación, y aplicar un enfoque unificado" (OCDE, 2017, p. 50) entre las distintas entidades.

ii) **Garantizar la efectividad de Ley de Contrataciones del Estado[51].** Ello mediante la orientación tanto a entidades como a proveedores sobre los cambios normativos, mejora en los servicios de consulta, solicitud de comentarios por parte de la sociedad civil en general a efectos de perfeccionar el marco reglamentario y el establecimiento de un adecuado monitoreo respecto de la implementación de la norma.

iii) **Trabajar por un proceso de licitación más eficiente y justo.** Para lo cual la OCDE recomienda el uso de bases estandarizadas en la licitación, la reducción de operadores económicos en los convenios marco[52], introducir reuniones "aclaratorias" para mejorar el nivel de participación de los proveedores, establecer indicadores que reflejen el desempeño del sistema de contrataciones públicas, etc.

iv) **Ampliar el uso de los criterios de adjudicación y valorar una contratación pública innovadora y ambientalmente sostenible.** Se

50 El cambio legislativo al cual se hace alusión en todo el Informe se refiere a la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.° 30225, la cual se aprobó el 9 de enero de 2016.

51 Es preciso volver hacer la notación que el Informe de la OCDE, publicado hacia el 2017, hace referencia a los cambios normativos del 2016 acaecidos en el Perú.

52 Es un proceso especial de selección mediante el cual el OSCE selecciona a los proveedores disponibles para que puedan ser contratados de forma inmediata.

recomienda en este extremo que no solo debe de tomar en cuenta el precio del bien como criterio determinante, sino que se debe considerar también la calidad del producto, desarrollar una política de contratación que valore e identifique categorías respecto de la innovación tecnológica y la sostenibilidad ambiental[53].

v) **Fortalecer las capacidades de contratación.** Para lo cual se espera que el Perú logre profesionalizar al personal que se desempeña en el ámbito de las contrataciones públicas, establezca incentivos laborales con base en la meritocracia y a su vez pueda desarrollar alianzas estratégicas con universidades para realizar capacitaciones en la materia.

vi) **Implementar mecanismo de control interno y un marco de gestión de riesgos.** En este tópico la OCDE es enfática al señalar que el "Perú ha desarrollado un sólido marco de control interno y de gestión de riesgos, estructurado según las normas internacionales" (OCDE, 2017, p. 187), pero que aún resta camino por andar respecto de la contratación pública puesto que las entidades no contaban con las "directrices y herramientas" para una adecuada implementación de dicho sistema de control. Asimismo, conmina a que se contemple la posibilidad de promover la participación ciudadana a efectos de mejorar las actividades de control.

vii) **Hacer uso de los recursos tecnológicos para una comunicación más efectiva.** Verificar la fidelidad de los datos subidos al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (en adelante Seace), integrar el sistema del Seace con otros sistemas informáticos a efectos de lograr una mayor eficacia y ser pasible de un mejor control del procedimiento, promover el Registro Nacional de Proveedores (en adelante RNP) e internacionalizar el sistema de contratación electrónica para hacerlo más competitivo.

viii) **Inculcar la integridad en el proceso de contratación pública.** Lo cual se puede lograr mediante un Código de Ética para guiar el comportamiento del funcionario público y realizar capacitaciones concernientes a temas de integridad en las contrataciones públicas.

ix) **Establecer mecanismos de resolución de disputas eficaces.** Se recomienda desarrollar indicadores que puedan medir el impacto de la junta de resolución de disputas para así poder publicitar con mayor impulso su uso, supervisar la calidad del sistema arbitral, mediar las inconformidades suscitadas durante la etapa de ejecución

53 En este apartado se hace referencia específica a las pequeñas y medianas empresas (PYMES).

contractual, establecer indicadores claros sobre el rendimiento de las autoridades adjudicadoras respecto a las resoluciones de cumplimiento.

Entonces, tomando en cuenta que el Perú se halla inmerso dentro del proceso de adhesión a la OCDE, las autoridades debían tener en cuenta estas nueve recomendaciones señaladas, las cuales conminan a modificar e implementar no solo el marco jurídico referido a las contrataciones públicas, sino que además requiere de una política integral más eficiente.

8.2. Influencia de la OCDE en la Exposición de Motivos de la Ley General de Contrataciones Públicas

El proceso de adhesión a la OCDE se inició en el 2012, aunque desde antes se tienen reflexiones en materia de contratación pública que cuestionan "los límites tradicionales de la contratación administrativa" (Delpiazzo, 2011, p. 151), sustentados, por ejemplo, en instrumentos jurídicos como el Acuerdo sobre Contratación Pública de 1994[54]. Si bien el Perú ha venido implementado los aportes y recomendaciones de diversas plataformas internacionales a su marco normativo[55], es necesario también indicar que este proceso se acentuó a partir de su manifestación formal por ser miembro de la OCDE en el 2012.

Teniendo en cuenta ello, resulta imperioso ahondar en los fundamentos otorgados en la Exposición de Motivos de la nueva LGCP, puesto que el cambio normativo obedece justamente a un reacondicionamiento del marco jurídico local a los lineamientos establecidos por la OCDE[56].

En primer lugar, notamos el énfasis sistemático en la justificación de la Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que se entiende a la contratación pública desde el Sistema Nacional de Abastecimiento, el cual comprende: i) programación multianual de bienes, servicios y obras, ii) gestión de adquisiciones[57]; y iii) administración de bienes. Este énfasis resulta concordante con la primera recomendación propuesta por la

54 De la cual muy bien se puede valorar el trato no discriminatorio respecto de los capitales internacionales (artículo III), trato diferenciado para los países en vías de desarrollo (artículo V), transparencia en el proceso de licitación (artículo XVIII), entre otros.

55 Por ejemplo, la creación de Perú Compras data hacia el 2016.

56 Si bien es cierto que en el apartado anterior se abordó de forma específica las nueve recomendaciones de la OCDE respecto a las contrataciones pública en el Perú, cabe destacar que, dentro del proceso de adhesión, la OCDE emitió un informe general titulado "Hoja de Ruta para la Adhesión del Perú a la OCDE", hacia el 2022, para establecer lineamientos generales que el Perú ha de seguir.

57 Gestión de Adquisición comprende las actividades de contratación, registro y gestión de contratos.

OCDE[58], ya que circunscribe el proceso de contratación pública a diversos sistemas interdependientes que abarcan desde la planificación de las compras hasta su debida fiscalización.

En segundo lugar, presenciamos la promoción de "un nuevo marco normativo que oriente la contratación de bienes, servicios y obras para el cumplimiento de los fines públicos bajo un enfoque de valor por dinero". Entendemos que dicho enfoque es materialización de una gestión por resultados, debido a que busca que la contratación pública se haga "bajo las mejores condiciones de precio y calidad" (Castro & Villavicencio, 2021, p. 66), ya no solo se toma en cuenta de forma exclusiva el precio sino que además se busca tener en cuenta las características funcionales del bien así como los costos que pueda generarse durante su vida útil. Este cambio de enfoque es congruente con la cuarta recomendación realizada por la OCDE, puesto que se está buscando ampliar el criterio de adjudicación.

En tercer lugar, respecto de los principios que rigen las contrataciones públicas, es preciso indicar que la norma anterior[59] traía consigo diez principios rectores mientras la Exposición de Motivos contempla principios adicionales como el principio de innovación, mediante el cual el Estado, gracias a su poder de compra, puede implementar "políticas públicas orientadas a fomentar áreas estratégicas relacionadas a la ciencia, tecnología e innovación"; con esta medida la "OCDE y la Unión Europea llevan años apostando" (Carrillo, 2021, p. 39) por la actividad innovadora de en el mercado[60]. Esta implementación en los principios también se encuentra comprendida dentro de la cuarta recomendación de la OCDE.

En cuarto lugar, se presenta a las contrataciones públicas en relación con el marco normativo compuesto tanto por la Política Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción[61] como por el Plan Nacional de Integridad y Lucha Contra la Corrupción[62], lo cual evidencia la seria preocupación existente ante por los actos de corrupción que resultan transversales a las diversas actividades de la administración pública. Este énfasis resulta crucial puesto que el fenómeno de la corrupción incide negativamente tanto en

58 Las recomendaciones de la OCDE a las cuales se hace alusión se refieren a las propuestas vertidas en el informe titulado "La contratación pública en el Perú", lo cual ha sido abordado en el apartado anterior.

59 Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.° 30225, la cual se aprobó el 9 de enero de 2016.

60 La exposición de motivos hace referencia específicamente a que este principio puede llevar a "la creación de bienes y servicios que no existen en el mercado, o la optimización de aquellos existentes, para la satisfacción de las necesidades ciudadanas".

61 Instrumento de gestión adoptado el 14 de setiembre del año 2017.

62 Instrumento de gestión adoptado el 26 de abril del año 2018.

términos cuantitativos (los cuales pueden ser medidos a partir de la ejecución presupuestal) y cualitativos (en tanto y cuanto lesionen el prestigio de las instituciones). De esta forma, se está tomando en consideración la secta recomendación dada por la OCDE.

En quinto lugar, al abordar el enfoque de integridad, podemos desprender de su tratamiento la determinación de la integridad como un "principio" rector positivizado en la norma especializada, pero a su vez podemos hallar la aplicación de este enfoque a modo de garantía dentro de los márgenes de la ejecución contractual; así pues, tenemos al compromiso de integridad y anticorrupción, el cual vincula a ambas partes a efectos de procurar un desempeño ético en el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Esta doble dimensión del enfoque de integridad responde a la octava recomendación de la OCDE.

Entonces, podemos apreciar de forma clara e indubitable que la Exposición de Motivos del nuevo marco legal, que rige las contrataciones públicas en el Perú, adoptó diversas recomendaciones establecidas por la OCDE, las cuales pueden encontrarse pueden ser valoradas desde el ámbito jurídico (incorporación de principios específicos en la norma), político (encauzamiento de las contrataciones públicas conforme a los planes destinados a luchar contra la corrupción), administrativo (reorganización de los sistemas referidos a las contrataciones públicas) y ético (establecimiento de la integridad a manera de garantía dentro de la ejecución de obligaciones contractuales).

8.3. Influencia de la OCDE en la Ley General de Contrataciones Públicas

La visión plasmada en la exposición de motivos se proyectó en la norma aprobada. El proceso de adhesión a la OCDE es un proceso de largo aliento, por lo cual se espera que el país aspirante logre ejecutar cambios estructurales a efectos de ser aceptado para poder enfrentar, de forma conjunta, diversos desafíos económicos y sociales. En tal sentido, la OCDE acordó para el Perú un conjunto de directrices generales que deben de ser tomadas en cuenta, de la cual rescatamos lo relevante para el ámbito de las contrataciones públicas[63]:

> Marcos de gobernanza de infraestructura y *sistemas de contratación pública* que sean integrales, eficientes y transparentes y contribuyan a maximizar el

63 Hoja de Ruta para el proceso de adhesión del Perú a la OCDE, dicho documento fue aprobado por el Consejo a nivel ministerial el 10 de junio de 2022.

> impacto del gasto público al tiempo que se logran objetivos políticos urgentes como la sostenibilidad[64]. [La traducción y el énfasis son nuestros].

Esta precisión establecida por la OCDE, a modo de principios básicos, implicó un despliegue de reformas que tuvieron que materializarse en el nuevo cambio normativo. Por lo cual podemos destacar los siguientes elementos novedosos en la Ley General de Contrataciones Públicas[65] respecto de la normativa anterior:

- **Respecto a los principios rectores.** Destaca la inclusión, en el artículo 5, de los principios valor por dinero e innovación, los cuales se encuentran conformes a la recomendación cuarta de la OCDE[66], la cual apunta a considerar la valoración del criterio "valor por dinero" como principio más efectivo al momento de adoptar decisiones durante la fase de selección.
- **Respecto a las modalidades y herramientas para la contratación pública eficiente.** Se materializa el principio de innovación en las compras públicas puesto que, conforme al artículo 38 de la norma, se establece la compra pública de innovación como un mecanismo para la "generación de soluciones innovadoras por actividades de investigación", siempre y cuando dicha solución no se encuentra ya en el mercado. Evidentemente esta modalidad de compra conlleva a tomar diversos riesgos, los cuales deben ser contemplados por parte de la Administración pública; así pues, no es extraño afirmar que la compra pública de innovación es una forma de compra que "en buena medida cuestionan los principios clásicos de la contratación: objeto cierto, precio determinado, inmediatez y corto plazo, riesgo y ventura del empresario" (Carrillo, 2021, p. 58).
- **Respecto de las herramientas facilitadores en las contrataciones púbicas.** Conforme al artículo 41 de la norma, se establece la Plataforma Digital para las Compras Públicas (en adelante Pladicop), el cual es un sistema que se encarga de gestionar "las transacciones electrónicas, el intercambio de información y la difusión y transparencia de las contrataciones públicas". Este nuevo sistema se encuentra regido bajo los principios del Sistema Nacional de Abastecimiento, por lo cual sus funciones buscan la *interoperatibilidad* de diversos sistemas que intervienen de manera funcional en las con-

64 Ver la página 18 de la *Lista de principios básicos de adhesión para los comités de la OCDE.*

65 Ley 32069 publicada el 24 de junio del 2024.

66 Tal y como se realizó en el apartado anterior, las recomendaciones de la OCDE se desprenden del Informe titulado *La contratación pública en el caso peruano.*

trataciones públicas. Esta disposición normativa resulta congruente con la observación séptima de la OCDE, ya que se hace uso de los recursos tecnológicos para lograr el mejor funcionamiento del procedimiento de contratación.

- **Respecto a las actuaciones preparatorias.** Cabe destacar que la implementación de la metodología BIM, conforme al artículo 46.6 de la norma, resulta clave puesto que es "un modelo virtual del proyecto que junta todas las especialidades e instalaciones de la construcción ayudando y mejorando la gestión del proyecto, las comunicaciones y la información de cantidades" (Gómez *et al.*, 2023, p. 68). Esta nueva metodología empleada para la elaboración de expediente técnicos resulta ser más eficiente debido a que planifica y organiza las tareas empleado mayores dimensiones que la clásica metodología[67]. Esta implementación, derivada en gran medida del Plan BIM Perú, contribuye en líneas generales a cumplir con lo señalado en la hoja de ruta propuesta por la OCDE, debido a que, de una elaboración defectuosa del expediente técnico, podemos hallar un sinfín de problemas respecto a la ejecución contractual, como, por ejemplo, la ampliación de plazos y la obtención de mayores recursos presupuestales, etc.
- **Respecto a la ejecución contractual.** Destaca en este apartado la inclusión de los contratados estandarizados, conforme al artículo 59 de la norma, y a su vez la inclusión de cláusulas obligatorias en los contratos, conforme el artículo 60 de la norma, de las cuales destaca la "cláusula anticorrupción y soborno"[68]. Los contratos estandarizados son empleados con mayor recurrencia en el ámbito internacional, debido a que reducen los costos de transacción, recogen y condensan las experiencias en el rubro de la construcción y poseen flexibilidad normativa. En el caso peruano tenemos una experiencia más acotada, puesto que se ha usado en pocos proyectos[69], por lo cual la promoción de su uso, bajo la actual norma, nos homologa respecto de la dinámica internacional y a su vez nos plantea el desafío de estar "preparados para gestionar este tipo de contratos, adoptar su filosofía de trabajo y no volver a las prácticas tradiciona-

67 La metodología empleada usualmente es la del diseño asistido por computadora (CAD, por sus siglas en inglés), las cuales solo puede pueden llegar a usar modelos en 2D y en 3D.

68 Las otras cláusulas contempladas en la norma se refieren a las garantías, solución de controversias, resolución de contrato por incumplimiento y gestión de riesgos.

69 Juegos Panamericanos (Nec 3), Reconstrucción con Cambios (Nec 4), Aeropuerto Internacional de Chinchero (Fidic), hospitales Antonio Lorena y Sergio Bernales (Fidic) y la Carretera Central (Fidic).

les de la obra pública" (Medina Flores, 2023, p. 147). Respecto de la cláusula anticorrupción y soborno, podemos indicar que esta no es solo la positivización de aquella preocupación deontológica de la OCDE, sino que, además, es la aplicación de diversos lineamientos nacionales en aras de combatir la corrupción. Estas reformas en la ejecución contractual sin duda apuntan al cumplimiento integral de una contratación eficiente. La preocupación de la OCDE, respecto de la maximización efectiva de recursos públicos en las contrataciones planteado en su hoja de ruta, encuentra en estos cambios normativos dos grandes alicientes.

- **Respecto a la solución de controversias.** Para formar parte del registro de instituciones arbitrales y centros de administración de junta prevención y resolución de disputas administra por el OECE[70], se dispone, conforme al artículo 77.b de la norma, la necesidad que dichas instituciones tengan un Código de Ética. Esta disposición normativa extrapola la recomendación octava hecha por la OCDE, puesto que busca establecer criterios éticos, con arreglo a los lineamientos de la OECE, en los centros arbitrales[71].

Finalmente, podemos constatar que la influencia de la OCDE, tanto en la Exposición de Motivos de la norma como en la norma misma, resulta evidente, con lo que tenemos una clara ejemplificación de cómo la normativa local llega a mutar progresivamente, a efectos de presentar un marco normativo acorde a los fines e intereses de la entidad internacional a la cual desea pertenecer.

70 Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficiente, el cual es, bajo el artículo 11 de la Ley N.° 32069, un organismo técnico encargado de brindar asistencia técnica y orientación a los diversos actores inmersos en las contrataciones públicas, supervisando además el cumplimiento de la normativa.

71 La recomendación octava hacía referencia a inculcar la integridad en los funcionarios públicos mediante un Código de Ética, no ahondaba en esta dimensión en el área de solución de controversias.

PARTE II

DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo IV

OBJETO Y ESPECIALIDAD DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Supletoriedad y excepción a la prevalencia. Supletoriedad y regímenes especiales de contratación. Equivalencias normativas. Fondos públicos. Las potestades administrativas. Control de potestades. Las potestades regladas y discrecionales en la Ley General de Contrataciones Públicas. Competencia. Órgano. Función. Funcionario público

SUMARIO: 1. Especialidad de la norma y supletoriedad: Reglas. El requisito de compatibilidad.— 1.1. Excepción a la prevalencia.— 1.2. Equivalencias normativas.— 2. Fondos públicos.— 3. Poder y potestades.— 4. El proceso de toma de decisiones en la Administración pública en contrataciones públicas: las potestades discrecionales y regladas.— 4.1. La potestad discrecional y su ejercicio en el marco de la LGCP.— 4.1.1. El ejercicio de la potestad discrecional y el Sistema Nacional de Control (SNC).— 4.2. La potestad reglada.— 5. El control de las potestades administrativas.— 5.1. La técnica del control del fin.— 5.2. La técnica del control de los hechos determinantes.— 5.3. La técnica del control por los principios generales del derecho y la motivación del acto administrativo.— 6. Competencia, órgano, función pública, funcionario y servidor público.— 6.1. La competencia y los fines estatales.— 6.2. Funcionario y servidor público.

El principio de legalidad conduce al establecimiento de una actividad estatal reglada y predecible, escenario que es estructurado y delimitado por la norma constitucional, que impone al actuar público en las contrataciones la previa promulgación de una norma especial que regule su objeto y finalidad, constituyendo el fundamento de la determinación de las competencias, atribuciones y funciones de los órganos y funcionarios públicos.

En esta perspectiva tenemos que el artículo 1 de la LGCP dispone que la norma tiene por objeto establecer el marco normativo para efectivizar la contratación oportuna de bienes, servicios y obras, así como regular, en el marco del SNA, la participación de los actores involucrados en el proceso de contratación pública, mientras que el artículo 1 del RLGCP precisa, en este contexto, que el objeto de la normativa es establecer los procedimientos, requisitos y condiciones aplicables a las disposiciones previstas en la LGCP.

En cuanto a su finalidad, en el artículo 2 de la LGCP se indica que esta es la de maximizar el uso de recursos públicos en las contrataciones de bienes, servicios y obras por parte del Estado, en términos de eficacia, eficiencia y economía, de tal manera que dichas contrataciones permitan el cumplimiento oportuno de los fines públicos y mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos, a lo que el artículo 2 del RLGCP agrega que su finalidad es establecer disposiciones que promuevan el valor por dinero en las contrataciones públicas, para satisfacer las necesidades de las entidades contratantes en beneficio de la ciudadanía en general.

1. ESPECIALIDAD DE LA NORMA Y SUPLETORIEDAD: REGLAS. EL REQUISITO DE COMPATIBILIDAD

Por el principio de especialidad prevalece la aplicación de la norma especial sobre la norma general[72] en los casos en que ambas concurran a regular una misma materia (Consulta Jurídica N.° 17-2018-JUS/DGDNCR),

72 Rubio Correa (2009, p. 137): "La disposición especial prima sobre la general, lo que quiere decir que si dos normas con rango de ley establecen disposiciones contradictorias o alternativas pero una es aplicable a un espectro más general de situaciones y otra a un espectro más restringido primará esta sobre aquella en su campo específico".

siendo que a este respecto la Primera Disposición Complementaria Final de la LGCP, establece que esta y el RLGCP prevalecen sobre:

Las normas del procedimiento administrativo general.

Las de derecho público

Sobre aquellas de derecho privado que sean aplicables

La conciliación y el arbitraje se regulan especialmente por lo establecido en la LGCP y su reglamento, y se sujetan supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia.

Este criterio no es nuevo en la normativa de contratación pública. Al respecto, en las opiniones N.° 065-2019/DTN y N.° 127-2019/DTN se estableció sobre la aplicación supletoria de la LPAG y el requisito de compatibilidad, que para la fase de selección prevalecen sobre esta "en el caso que las referidas normas establezcan disposiciones contradictorias o alternativas para una misma situación", agregando que en lo no previsto en la normativa "son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado; por consiguiente, la aplicación supletoria de la LPAG en la fase de selección tiene la finalidad de suplir la falencia o vacío existente en la normativa de contrataciones del Estado, previo análisis de compatibilidad" (opiniones N.° 065-2019/DTN, N.° 127-2019/DTN).

Por otro lado, como refiere la Opinión N.° 001-2020/DTN del OSCE, citando la Consulta Jurídica N.° 17-2018-JUS/DGNCR, se precisó:

> 55. [...] durante los actos preparatorios, no hay ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación, los postores no cambian su estatus jurídico frente a la Administración, pues también son considerados administrados"; sin embargo, "56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia

y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. (Opinión N.° 001-2020/DTN)

En cuanto a la *aplicación de las normas supletorias*, en la Opinión N.° 001-2020/DTN, se estableció que su realización implicaba la existencia previa de una norma jurídica que debiendo ser aplicada al caso concreto, se constataba que no regulaba la situación particular, por lo que resultaba "necesario recurrir a otra normativa distinta con la finalidad de suplir la falencia o vacío existente (norma supletoria)"[73].

Esta situación anómala requiere, previamente, para su procedencia, el análisis de compatibilidad, el que supone realizar "un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles (Opinión N.° 130-2018/DTN)".

En relación con la posibilidad de aplicación del Código Civil, la Opinión N.° 30-2018/DTN ha establecido que "la ejecución contractual en compras públicas puede ser regulada —supletoriamente— por disposiciones del Código Civil, siempre que exista ausencia de regulación sobre dicho aspecto y estas resulten compatibles" (Pronunciamiento N.° 340-2023/OSCE-DGR) , y respecto de la aplicación supletoria a los regímenes especiales de contratación siempre que no resulten incompatibles con tales normas especiales, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la presente LGCP.

1.1. Excepción a la prevalencia

La disposición general de aplicación preferencial de la norma especial, tiene como excepción a los siguientes procedimientos y contratos:

- Los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del TCP.
- Los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del OECE respecto de las infracciones de IA y CAJPRD.
- En el caso de los contratos estandarizados que se regulan conforme a sus cláusulas.

73 Neves Mujica (1997, pp. 131-132), respecto a la supletoriedad, menciona que debe entenderse como la situación que implica la existencia de lo siguiente: "[...] la norma uno, a la que le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y a la norma dos, que sí contiene una regulación para tal hecho, llamada supletoria". Estas comúnmente se conectan o vinculan a través de una remisión.

1.2. Equivalencias normativas

En la décima primera disposición complementaria final del RLGCP se establecen las siguientes reglas respecto de las equivalencias normativa, en relación con la contratación de determinadas entidades en situaciones precisas.

1.	En las contrataciones de los organismos electorales a los que hace referencia el artículo 83 de la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones, se utiliza la licitación pública abreviada o concurso público abreviado, según corresponda, aplicando lo dispuesto en la ley y su reglamento, salvo en el caso de las prestaciones adicionales necesarias para realizar la segunda vuelta establecido en la Ley N.º 29564, Ley que regula la Contratación de Bienes y Servicios para la Segunda Vuelta Electoral en los Procesos de Elección por Voto Popular, en el que no es aplicable el porcentaje establecido en el numeral 1 del artículo 64 de la LGCP.
2.	Para la contratación del servicio de soporte especializado que brinda el MEF, en el marco de lo dispuesto en el numeral 9.3 del artículo 9 del Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos, se aplica el supuesto establecido en el literal j) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP. El procedimiento de selección no competitivo se rige conforme a las disposiciones aprobadas conforme la novena disposición complementaria final del reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362.
3.	Para las contrataciones de operación, mantenimiento y la prestación de los servicios en las redes de infraestructura de telecomunicaciones autorizadas por Decreto Legislativo N.º 1509, Decreto Legislativo que autoriza la contratación de la prestación de los servicios en las redes de infraestructura de telecomunicaciones, y sus modificatorias, resulta aplicable el supuesto establecido en el literal c) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP.
4.	En aquellos casos en los que por norma con rango de ley se autorice a la contratación de bienes, servicios u obras a través de alguno de los procedimientos de selección regulados en la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se aplica el procedimiento de selección competitivo o no competitivo equivalente recogido en el RLGCP.

2. FONDOS PÚBLICOS

Más allá de su fuente de financiamiento, lo que convierte a los recursos en fondos públicos es la finalidad de estos, con lo que estamos ante una perspectiva amplia de los mismos. Esta definición operativa puede no decir mucho para quienes estamos acostumbrados a la formalidad conceptual del derecho, por lo que para su mejor comprensión la definición debe ser complementada con lo establecido en el artículo 11 de la citada LGSNP, que establece que los fondos públicos se estructuran de acuerdo con lo establecido en las clasificaciones económicas, ingresos corrientes y transferencias; y por fuente de financiamiento[74], siendo estos los ingresos por tributos, venta

74 Artículo 11.- *Estructura de los fondos públicos*
Los fondos públicos se estructuran siguiendo las clasificaciones económica y por fuente de financiamiento que son aprobadas, según su naturaleza, mediante resolución directoral de la Dirección Nacional del Presupuesto Público:
1. Clasificación económica. Agrupa los fondos públicos dividiéndolos en:

de bienes, prestación de servicios, rentas de la propiedad, multas, sanciones y otros ingresos corrientes; también los ingresos provenientes de la venta de activos (inmuebles, terrenos, maquinarias, etc.), las amortizaciones por los préstamos concedidos (reembolsos), la venta de acciones del Estado en empresas y otros ingresos de capital; transferencias y financiamiento según las fuentes establecidas en la Ley de Equilibrio Financiero del Sector Público.

Desde la perspectiva normativa, el numeral 3.2 del artículo 3 de la LGCP establece que la norma es aplicable para la contratación de bienes, servicios y obras, siempre que las entidades contratantes asuman el pago con fondos públicos, por lo que aquellas que no se hayan ejecutado con dichos fondos se encuentran fuera de la normativa. Pero ¿qué son los fondos públicos?

Al respecto, el artículo 10 de la Ley N.° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (en adelante, LGSNP), define a los fondos públicos a partir de la finalidad de estos indicando que son los que "se orientan a la atención de los gastos que genere el cumplimiento de sus fines, independientemente de la fuente de financiamiento de donde provengan. Su percepción es responsabilidad de las entidades competentes con sujeción a las normas de la materia. Los fondos se orientan de manera eficiente y con atención a las prioridades del desarrollo del país".

En cuanto a los fondos públicos tenemos que en la Opinión N.° 112-2019/DTN se estableció que "siempre que un Fondo se encuentre constituido total o parcialmente con recursos públicos, sus contrataciones (de bienes, servicios u obras) que se paguen con cargo a fondos públicos se encontrarán bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado" (Opinión N.° 112-2019/DTN).

- Ingresos corrientes. Agrupa los recursos provenientes de tributos, venta de bienes, prestación de servicios, rentas de la propiedad, multas, sanciones y otros ingresos corrientes.
- Ingresos de capital. Agrupa los recursos provenientes de la venta de activos (inmuebles, terrenos, maquinarias, etc.), las amortizaciones por los préstamos concedidos (reembolsos), la venta de acciones del Estado en empresas y otros ingresos de capital.
- Transferencias. Agrupan los recursos sin contraprestación y no reembolsables provenientes de entidades, de personas naturales o jurídicas domiciliadas o no domiciliadas en el país, así como de otros gobiernos.
- Financiamiento. Agrupa los recursos provenientes de operaciones oficiales de crédito interno y externo, así como los saldos de balance de años fiscales anteriores.

2. Clasificación por fuentes de financiamiento. Agrupa los fondos públicos que financian el Presupuesto del Sector Público de acuerdo al origen de los recursos que lo conforman. Las fuentes de financiamiento se establecen en la Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público.

3. PODER Y POTESTADES

Existe relación entre poder y potestades, para ser más precisos, entre soberanía y potestad. el tema no es nuevo, puesto que echa sus raíces en los albores del Estado moderno, como potestad estatal pública (Carré de Malberg, 2013, p. 28), la que se ejerce sobre un territorio determinado y los individuos que se encuentran en el mismo, la que es de índole legal, por cuanto en el Estado de derecho no se puede ejercer el poder sin un marco jurídico previo.

En este entendimiento, la potestad se vincula al ejercicio del poder a través de la Administración, por lo que el contenido de la definición de esta proyectará la articulación de ambos conceptos, tal como lo hace Marienhoff, cuando indica que para el logro de sus fines, la Administración Pública necesita de los medios jurídicos, siendo estos las potestades, o como plantea Muñoz Machado, para quien la actividad finalista "suponen la existencia de poderes generales de actuación conferidos por el ordenamiento jurídico" (Muñoz Machado, 2009, p. 523).

En este orden, el principio de legalidad impondrá a la Administración, para el ejercicio de su actividad, la exigencia del cumplimiento de la Ley[75], otorgándole facultades de actuación a través de la burocracia (Cassagne, 2013, p. 79), estableciendo los límites y los términos del control de esta, contexto en que la acción administrativa deviene en una potestad-función que se ejerce en atención al interés colectivo, dimensión cuya intensidad variará si se está ante un Estado liberal o un Estado intervencionista o populista.

Desde esta perspectiva, las potestades administrativas constituyen una clase específica de las potestades públicas, que se integran al ordenamiento jurídico administrativo a través de potestades específicas, como la reglamentaria, la imperativa o de mando, la ejecutiva o de gestión, la jurisdiccional y la sancionadora (Marienhoff, 2000, p. 624); siendo que en el ámbito de las contrataciones públicas, las referidas formas de desenvolvimiento se exterio-

75 Muñoz Machado (2005, p. 1936) menciona, sobre el principio de legalidad, lo siguiente: "Legalidad significa primacía de la ley, también superioridad o jerarquía respecto de cualquier otra clase de norma; explica también la competencia del legislador precisamente para llevar a término regulaciones que afecten los derechos y libertades; y está conectada, igualmente, con la idea de habilitación: los demás poderes públicos actúan dentro de los límites que las leyes establecen y, en particular, la Administración, en los términos concretos que la ley se lo permite y a efectos de que use sus atribuciones para la consecución de los fines generales que la Constitución y las leyes le imponen como objetivo de su actuación". Mientras que el artículo IV del TP del TUO de la LPAG, sobre ese principio, menciona lo siguiente: "Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

rizan en los procedimientos de selección y contratos administrativos[76]. Así, la acción administrativa, los actos administrativos[77] y los actos de administración[78] que exteriorizan el ejercicio de la potestad pueden crear, modificar, extinguir, proteger y ejercitar relaciones jurídicas concretas, posibilidad que se puede materializar a través del ejercicio de dos tipos de potestades: la discrecional y la reglada.

76 García de Enterría y Fernández (2001, p. 682) señala lo siguiente: "La prerrogativa del poder público por excelencia con que la Administración cuenta en sus contratos administrativos es, sin duda ninguna, el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria [...] que impone al contratista el deber de su cumplimiento inmediato [...] En virtud de este formidable privilegio, la Administración puede decidir ejecutoriamente sobre: la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo, forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de estas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza.

Inversamente, el contratista no solo está vinculado por estas decisiones a reserva del recurso *ex post* contra las mismas [...], sino que cuando pretenda que se produzca cualquiera de esos efectos, incluso cuando se trate de un incumplimiento de la Administración, tiene la carga de solicitar de esta la resolución pertinente [...] este formidable poder no resulta propiamente del contrato mismo, sino de la posición jurídica general de la Administración de su privilegio general de autotutela [...] la verdadera razón de fondo que justifica la aplicación de esta prerrogativa está en la relación inmediata del contrato con las necesidades públicas".

77 Según Dromi (1999, p. 138): "Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales en forma directa". Por su parte, García de Enterría y Fernández (2001, p. 539) señalan lo siguiente: "[...] el acto administrativo se concreta en lo que son declaraciones y no ejecuciones [...] sería el acto jurídico unilateral de la Administración distinto de Reglamento consistente [...] en una [...] declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa [...]".

El artículo 1 del TUO de la LAPG precisa que son actos administrativos las declaraciones de las entidades destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

78 Según Dromi (1999), el acto de administración puede definirse como "toda declaración unilateral interna o interrorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta [...] para los administrados, pues solo los afecta a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia" (p. 143). Por su parte, Morón Urbina (2002) menciona lo siguiente: "Son los que se agotan en el ámbito interno de la propia Administración, son actos del poder público, pero que por su alcance no requieren ser recubiertos de las garantías [...] se orientan exclusivamente a la búsqueda de la eficacia de los resultados de la gestión pública" (p. 63). A su vez, el artículo 7 de la Ley N.° 27444, sobre el régimen de los actos de administración interna, dice lo siguiente: "7.1. [...] se orientan a la eficacia y eficiencia de los servicios y a los fines permanentes de las entidades. Son emitidos por el órgano competente, su objeto debe ser física y jurídicamente posible, su motivación será facultativa [...] 7.2. Las decisiones internas de mero trámite, 'Por orden de [...]'".

4. EL PROCESO DE TOMA DE DECISIONES EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN CONTRATACIONES PÚBLICAS: LAS POTESTADES DISCRECIONALES Y REGLADAS

Establecida la potestad administrativa como potestad función, el desenvolvimiento de esta en el proceso de toma de decisiones involucra el análisis costo-beneficio, más aún en el caso de la LGCP, donde la gestión por resultados y el valor por dinero constituyen un norte de obligatorio cumplimiento, por lo que la gestión ejecutiva debe darse en la perspectiva de articular la plena satisfacción de sus necesidades, con el óptimo uso de los recursos públicos, pero, además, "en tiempo oportuno y en plena observancia de los derechos e intereses de los administrados" (Resolución N.° 456-2008-TC-S4).

Sobre este tema, los artículos 1 y 2 de la LGCP, que recogen lo consignado en la exposición de motivos de la LGCP (Poder Ejecutivo, 2024, p. 48), hacen referencia al objeto y finalidad de la norma, respecto de las cuales la Administración ejerce las potestades.

El objeto de la normativa es el de establecer el marco normativo para efectivizar la contratación oportuna de bienes, servicios y obras, así como regular, en el marco del SNA, la participación de los actores involucrados en el proceso de contratación pública; mientras que la finalidad es maximizar el uso de recursos públicos en las contrataciones de bienes, servicios y obras por parte del Estado, en términos de eficacia, eficiencia y economía, de tal manera que dichas contrataciones permitan el cumplimiento oportuno de los fines públicos y mejoren las condiciones de vida de los ciudadanos.

Objetivos y fines que se lograrán mediante el ejercicio de la potestad administrativa en cualquiera de sus dos manifestaciones, discrecional y reglada.

4.1. La potestad discrecional y su ejercicio en el marco de la LGCP

La esencia jurídica de la potestad discrecional se vincula a la libertad estimativa que posee la Administración pública para optar entre varias soluciones, debiendo elegirse a la que mejor permita atender las diversas circunstancias que se presentan en el cotidiano devenir de la gestión pública, por lo que su definición recoge tal esencia: "[...] consiste en definir con libertad lo que son intereses generales, o lo que conviene para la mejor satisfacción de los intereses generales ya definidos por el legislador [...] Este proceso requiere elegir, sacrificar procesos subordinados o secundarios [...] en beneficio del interés general [...]" (Muñoz Machado, 2009, p. 531).

Este tipo de potestades son objeto de control mediante la verificación del cumplimiento de los límites establecidos en la ley, control de la legalidad, por cuanto es la norma positiva la que se la atribuye, a la Administración", remitiendo a la estimación subjetiva "[...] bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho [...] o bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites aplicables" (García de Enterría, Eduardo y Fernández, 2001, p. 452).

La estimación subjetiva a la que se hace referencia no implica el otorgamiento de ninguna facultad "extralegal", sino que conforme con lo hasta aquí expuesto constituye "una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que la ha configurado", con lo que la discrecionalidad tiene un margen preciso y un fin concreto (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 452).

En el contexto de las contrataciones estatales, los artículos 26 y 27 de la LGCP, que se refieren a las responsabilidades en el proceso de contratación y a la exigencia del rigor técnico en el ejercicio de la discrecionalidad de los funcionarios y servidores públicos, indican que la adopción de las decisiones discrecionales "son de responsabilidad de los funcionarios y servidores de la entidad contratante con independencia del régimen jurídico de su vínculo". A lo que el artículo 27 agrega, estableciendo la relación entre discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios, servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones, que la faculta a actuar en dichas condiciones, y que se fundamenta "en el rigor técnico empleado por los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas para optar por la mejor decisión debidamente sustentada que permita el cumplimiento oportuno de los fines públicos".

A lo que el numeral 27.2 precisa que la decisión debe ser la más conveniente para alcanzar la finalidad pública del contrato, de modo que garantice la contratación de bienes, servicios u obras que maximicen el valor de los recursos públicos.

4.1.1. El ejercicio de la potestad discrecional y el Sistema Nacional de Control (SNC)

El segundo párrafo del numeral 27.2 vincula el ejercicio de la potestad discrecional con el SNC, indicando que la decisión se toma en observancia del principio de valor por dinero, entre otros de la LGCP, y a 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, que establece lo siguiente:

> En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.

Pero esta disposición de la norma que regula la actividad del ente contralor tiene su limitación en el numeral 27.3 de la LGCP, el que hace referencia a la especialidad de la norma, limitando el libre accionar de los órganos conformantes del SNC, al indicar que el control se concentra en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan.

4.2. La potestad reglada

A diferencia de la potestad discrecional, las potestades regladas se generan cuando la ley determina agotadoramente todas y cada una de las condiciones de su ejercicio, construyendo un supuesto legal completo "definido en todos sus términos y consecuencias", siendo el control la constatación del cumplimiento de esta. Aquí, la Administración reduce su acción a la aplicación de la Ley, tal como indica Sánchez Morón: "[...] las normas jurídicas que regulan la actividad administrativa pueden establecer una regulación minuciosa y completa de esa actividad, de manera que ante un supuesto de hecho [...] la Administración solo pueda actuar de manera precisa" (Sánchez Morón, 2013, p. 91).

A pesar de la vocación discrecional contenida en la Exposición de Motivos de la derogada LCE, cuya máxima expresión es la gestión por resultados, así como en la actual, lo cierto es que las potestades regladas mantienen la hegemonía en las contrataciones públicas, y no es para menos debido al monto de recursos involucrados, así como la finalidad de esta y los recurrentes actos de corrupción, lo justifican.

5. EL CONTROL DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS

El control es consustancial al acto de poder. A la acción de la autoridad corresponde la verificación procedimental-legal y de fines. En términos ge-

nerales, el control tiene por objetivo "fiscalizar el ajuste que debe operarse entre los fines señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador" (Dromi, 2004, p. 171), donde se confronta la legalidad de los medios para la obtención de los fines, siendo que a través de él se asegura el obrar de la Administración "a las reglas y principios del Derecho y buena administración", debiendo imperar en él "la perspectiva finalista del bien común (causa-fin), a la que debe ajustarse el poder (causa-medio)", constituyéndose así en el instrumento "para verificar esa correspondencia entre medios y fines" (Dromi, 2004, p. 171).

Esta perspectiva general del control es la que se desenvuelve en el ámbito de las potestades, siendo que su control va a estar en relación con el tipo de estas. Así, las potestades discrecionales generarán una peculiar forma de control, lo mismo que en las potestades regladas, proyectándose ambas en los posteriores procedimientos de control de la gestión.

Estando a lo expuesto, quizás la más compleja de controlar sea la potestad discrecional, toda vez que a las regladas se las controla a través de la verificación del cumplimiento de la legalidad, puesto que en ellas no existe margen de desenvolvimiento ya que la norma agota todas las dimensiones de la actuación administrativa, siendo este el control clásico que sobre la Administración pública ejercía y ejerce el Sistema Nacional de Control.

A diferencia de esta limitación, en las potestades discrecionales la Administración tiene un mayor espacio para desenvolverse, ya que actúa en atención a una libertad estimativa, por lo que, reiteramos, el control sobre ella es más complejo que en la fiscalización de las potestades regladas.

Debido a esta complejidad, para el control de las potestades discrecionales se han establecido desde la doctrina las técnicas, como la del control de los elementos reglados del acto discrecional; la del control del fin; la del control de los hechos determinantes; la del control de los principios generales del derecho; y la motivación del acto administrativo, asumiendo todas que en el acto discrecional "hay elementos reglados suficientes como para no justificarse de ninguna manera una abdicación total del control sobre los mismos" (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 466).

5.1. La técnica del control del fin

Esta técnica se articula a la técnica de la desviación del poder en el que podría incurrirse en la actividad administrativa, vinculándose para su determinación en el principio de legalidad, ya que siempre será la norma jurídica quien fije la finalidad, sea en forma tácita o expresa, siendo que el

quiebre se produce cuando la autoridad o el órgano de la Administración terminan por apartarse del fin preestablecido "que condiciona el ejercicio de su competencia", ejecutando un acto o decisión ajeno a él.

La razón del cuestionamiento reside en que los poderes administrativos "no son abstractos, utilizables para cualquier finalidad; son poderes funcionales, otorgados por el ordenamiento en vista de un fin específico, con lo que apartarse del mismo ciega la fuente de su legitimidad" (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 467), a lo que se debe agregar que la desviación puede producirse por el apartamiento del fin establecido por la norma, sin necesidad de que sea un fin privado, por lo que la técnica lo que busca es el cumplimiento del fin concreto, como es la finalidad pública de la contratación.

5.2. La técnica del control de los hechos determinantes

Implica la imposibilidad de modificar la realidad. Se asume que la realidad es como es (ámbito objetivo) y no puede ser modificada por alguna valoración (ámbito subjetivo) o discrecionalidad del sujeto, por lo que la ocurrencia o no del hecho no puede ser afectada por algún tipo de potestad discrecional, ya que "[...] no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así" (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 470).

5.3. La técnica del control por los principios generales del derecho y la motivación del acto administrativo

Esta situación se enmarca en lo hasta aquí expuesto sobre el Estado y la Administración pública. La Administración constituye una organización subalterna que se encuentra al servicio de la comunidad, razón por la cual "no puede pretender apartarse en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional" (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 473) o por atender una exigencia particular, siendo esta la opción seguida por nuestra normativa, por cuanto en caso de duda plantea que se debe recurrir a los principios, ya que servirán "de criterio de interpretación para la aplicación de la presente ley y su reglamento, de integración ante sus vacíos y como parámetros para la actuación de todos aquellos involucrados en el proceso de contratación"[79].

Pero además de lo expuesto, y a efectos de evitar el ejercicio arbitrario de las potestades, en situaciones de gestión o procedimiento, se plantea la

79 Numeral 5.3 del artículo 5 de la LGCP.

fundamentación y motivación con los razonamientos en que se apoya la decisión de la autoridad.

> [Es] una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. La motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de inmunidad en ese ámbito (Resolución N.° 168/2008-TC-S1).

En este orden, la motivación constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho.

6. COMPETENCIA, ÓRGANO, FUNCIÓN PÚBLICA, FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

Competencia, órgano, función pública, funcionario y servidor público se encuentran íntimamente vinculados en el desenvolvimiento de las contrataciones públicas, con menciones expresas en la normativa.

6.1. La competencia y los fines estatales

En principio diremos que la competencia pertenece al órgano, no al titular, y supone, además, la existencia de dos elementos: la competencia, como elemento objetivo, y el de la voluntad y capacidad de las personas físicas que desempeñan la titularidad del órgano y cuya decisión se imputa a este (Cassagne, 2010, p. 243).

La competencia, se define desde el ámbito del derecho administrativo, sobre la base del principio de legalidad, siendo que a través de ella se establece la esfera de las atribuciones de los órganos, y se le define como el "conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente", establecidas en la norma positiva, por lo que su observancia deviene en "indispensable para la actuación válida del órgano" (Dromi, 1987, p. 28), o como indica Sánchez Morón: "[...] una unidad estructural y abstracta, creada y regulada por normas jurídicas, que agrega un conjunto de medios o elementos personales y materiales y, sobre todo, un haz de funciones y competencias y cuya actuación produce efectos jurídicos de cualquier tipo, ya sean *ad extra* o internos" (Sánchez Morón, 2013, p. 240).

Así, a partir de la noción de facultades y obligaciones, se construye la definición de competencia desde la descripción de la actividad de la Administración pública, la que se concreta "en hechos y actos jurídicos y no jurídicos (actividad externa e interna respectivamente), cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de atribuciones legales que determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en Derecho Administrativo denominase 'competencia'" (Marienhoff, 2000, p. 624).

Si la competencia es la capacidad, la función es el ejercicio de esta, estando conformada por "una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común" (Dromi, 2004, p. 32), por lo que se identifica con los fines del Estado, lo que a su vez se traduce en la ejecución de actividades que permiten la realización del objetivo indicado, la que se exterioriza en el ámbito administrativo en dos aspectos sustanciales: la actividad directiva, de orientación; y la directa, de ejecución, de gestión y servicio (Dromi, 1987, p. 28).

6.2. Funcionario y servidor público

Las definiciones de competencia, órgano y función, nos permiten abordar el tema del rol que cumplen los funcionarios y servidores públicos en el desenvolvimiento de la normativa de contrataciones del Estado, para lo que previamente debemos definir dichas categorías jurídico-administrativas, más aún cuando a partir de ella se establecen los niveles de responsabilidad.

¿Cómo se define al funcionario público, en especial en nuestra Administración pública en la que coexisten distintos regímenes laborales? El tema se ha ido abordando en los últimos años a partir del problema sobre la determinación de la responsabilidad. Así, tanto en la doctrina como en la legislación penal se le ha dado una conceptualización más amplia que la tradicional, en el sentido de que más importante que el título es la función.

Este criterio fue establecido en el derogado Decreto Ley N.° 26162[80] y fue mantenido en la vigente Ley N.° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en el Código Penal de 1991 e incorporado en el TUO de la LPAG[81] y en la Ley del Código de Ética

80 Ley del Sistema Nacional de Control.

81 El artículo 39 de la Constitución Política de 1993 establece, desde una perspectiva amplia: "Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio de la Nación, y en ese orden, los representantes al Congreso, Ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los Magistrados Supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo,

del Funcionario Público; asumiendo todas que para ser funcionario público bastaría la efectiva participación en la función pública (elemento objetivo), no siendo relevante el elemento subjetivo: "la existencia del título" (Abanto Vásquez, 2001, p. 17).

En este sentido, el artículo 4 de la Ley del Código de Ética de la Función Pública establece que se considera como empleado público a "todo funcionario o servidor de las entidades de la Administración Pública en cualquiera de los niveles jerárquicos sea este nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre del servicio del Estado"[82], no importando "el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto"; por su parte en la novena disposición final precisa que para efectos de la Ley N.° 27785, servidor o funcionario público es "todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades".

Al respecto, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR ha señalado respecto de dicha función: "En atención al principio de coherencia normativa que persigue la unidad sistémica del orden jurídi-

---

en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley"; por su parte, el artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 276 establece que "considerase funcionario al ciudadanos elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal, para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía". En este contexto y, desde el ámbito administrativo, la Ley N.° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, siguiendo el criterio expuesto en el derogado Decreto Ley N.° 26162, establece que servidor o funcionario público es todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades públicas y que en virtud de ello ejercen funciones en estas; por su parte, el artículo 239.1 del TUO de la Ley N.° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N.° 1252, lo define como el "personal al servicio de las entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual". Finalmente, el artículo 425 del Código Penal establece que funcionarios públicos son:

"1. Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
2. Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositarios por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los demás que señale la Constitución Política y la Ley".

Las definiciones expuestas al ubicarse en el plano de la definición funcional, permiten determinar la responsabilidad de los funcionarios públicos en los distintos tipos de regímenes laborales o contractuales.

82 Ley N.° 27815, publicada el 13 de agosto de 2002.

co, debe entenderse en concordancia con la definición de responsabilidad administrativa funcional [...] ya que en esta última se señala expresamente que para efectos de la identificación de dicha responsabilidad no resulta relevante que el vínculo laboral o contractual se encuentre vigente o hubiese extinguido" (Resolución N.° 001-2013-CG/TSRA. f.j.4.1.3)

Con la definición que brinda el Tribunal, se termina articulando esta a la noción de responsabilidad, por lo que, en consecuencia, existe consenso para definir al funcionario y/o servidor público como toda persona que desempeña una "función o servicio público", independientemente del régimen laboral o contractual que lo relacione con el Estado; criterio a los que se deberá agregar la diferenciación establecida en los literales a, b, c, d, e, del artículo 3 de la Ley N.° 30057, Ley de Servicio Civil, la que define al funcionario público como: "Un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas".

Finalmente, el artículo 425 del Código Penal hace una mención propia y amplia, indicando que son funcionarios o servidores públicos:

- Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
- Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.
- Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
- Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

En atención a esta definición, en más de una oportunidad se ha pretendido considerar como funcionario público a los árbitros en contrataciones del Estado.

Capítulo V

LOS PROVEEDORES DEL ESTADO

El postor. La capacidad del postor y el Registro Nacional de Proveedores de bienes, servicios y obras. Reglas para la inscripción, reinscripción, vigencia y excepciones a la inscripción. Constancia de no estar inhabilitado. La asignación de especialidades. Capacidad máxima de contratación. Ficha única. La evaluación de desempeño. Colaboración entre entidades

SUMARIO: 1. La evolución de la inscripción de los proveedores del Estado y el buen proveedor.— 2. La capacidad del proveedor, del participante, del postor, del contratista y los términos de relacionamiento con la entidad.— 3. El Registro Nacional de Proveedores y la habilitación del proveedor.— 4. Requisitos generales para ser proveedores de bienes, servicios y obras.— 5. El Registro Nacional de Proveedores (RNP).— 5.1. Los registros que opera el RNP: los proveedores y los proveedores sancionados.— 5.2. Inscripción, reinscripción en el RNP y las excepciones. Los procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa.— 5.2.1. Excepciones a la inscripción.— 5.3. Responsabilidad por la información que se presenta y por el uso de la clave asignada, el acceso al Pladicop y la constancia.— 5.4. Condiciones generales para la inscripción en el RNP.— 5.4.1. Condiciones para la inscripción, reinscripción, ampliación de categoría y aumento de capacidad máxima en el RNP.— 5.4.2. El caso de personas jurídicas extranjeras.— 5.4.3. El representante legal del proveedor nacional o extranjero. 5.5. Condiciones especiales para proveedores de bienes y servicios.— 5.6. Condiciones especiales para ejecutores y consultores de obras.— 5.6.1. Capacidad legal.— 5.6.2. Solvencia económica.— 5.7. La acreditación de experiencia de los ejecutores y consultores de obra y la improcedencia de acreditar la reorganización.— 5.8. Las profesiones y los documentos emitidos en el extranjero.— 5.9. Las condiciones y requisitos de los procedimientos administrativos del OECE.— 6. La actualización de información.— 6.1. Actualización de la información de proveedores de bienes, servicios, consultorías de obras y ejecución de obras.— 6.2. Actualización de la información financiera por parte de los ejecutores de obras y consultores de obras.— 7. La asignación de especialidades y categorías. Consultores de obras.— 7.1. Asignación de especialidades y categorías de consultores de obra. Disposición transitoria.— 7.2. Asignación de espe-

cialidades y categorías a personas jurídicas y naturales—. 7.3. Cuando no se acredite experiencia y cuando se acredita.— 7.4. Asignación de la especialidad y categoría de los consultores de obras.— 7.5. La experiencia.— 7.6. La ampliación de la categoría y la antigüedad requerida sobre los trabajos de consultoría de obra.— 7.7. El procedimiento a seguir luego de cumplido el plazo para la implementación del proceso de asignación de categorías establecidas en el numeral 27.2 del artículo 27 de la LGCP.— 8. Capacidad máxima de contratación.— 8.1. Permanencia de la capacidad máxima de contratación.— 8.2. Reinscripción y aumento de capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra en el RNP.— 8.3. Capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra que no acreditan experiencia.— 9. Constancia de la capacidad libre de contratación (CCLC).— 9.1. El trámite de solicitud y su consecuencia.— 9.2. Restitución de la capacidad de libre contratación.— 10. Récord de ejecución de obras.— 11. Notificación de actos administrativos del RNP.— 12. Suspensión temporal, recuperación de la vigencia de inscripción y retiro definitivo del RNP y la solicitud de un tercero.— 13. La fiscalización posterior.— 14. La ficha única de proveedor (FUP) del RNP y la verificación de impedimentos.— 14.1. Información contenida en el FUP.— 14.2. Obtención de la información de la FUP.— 14.3. Corrección de la FUP.— 14.4. Los contratos de obra y de consultoría de obra.— 14.5. Implementación de la FUP.— 15. Evaluación del desempeño del proveedor.— 15.1. La información a considerar.— 15.2. El procedimiento para la valorización del desempeño.— 15.3. La información de la valorización de desempeño.— 15.4. Mecanismo valorativo de reputación de los proveedores.— 16. El incentivo a los proveedores mejor calificados.— 17. Colaboración entre entidades. Requerimiento de información.— 18. Información de los beneficiarios finales de proveedores del Estado en el RNP.

En las contrataciones públicas, el Estado, que asume un rol subsidiario, se presenta en el mercado como demandante de bienes, servicios u obras, buscando obtener ofertas competitivas para la atención de sus necesidades previamente definidas en el PAC, requerimientos que deben ser atendidos por las personas naturales y jurídicas que hayan adquirido la condición de proveedores del Estado, la que alcanzan luego del trámite de inscripción en el RNP.

Estando a ello, se tiene que los proveedores del Estado se constituyen en actores fundamentales en el desarrollo de las compras públicas, ya que brindan a las entidades lo necesario para el cumplimiento de sus funciones, como es la de adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar obras maximizando el valor de los recursos públicos (Opinión N.° 120-2017/DTN).

Pero al ser el propio Estado el que otorga la capacidad jurídica para contratar y establece las reglas de contratación, la mayor o menor cantidad de inscritos estará en relación directa con los procedimientos y requisitos que establezca para la inscripción y contratación. Así, si se establecen procedimientos y requisitos complejos u onerosos, lo más probable es que, como se decía en la exposición de motivos de la ley derogada, se cuente con un mercado reducido de proveedores, generándose la "reducción de la competencia efectiva", la que se exterioriza en el menor número de proveedores que participan en los distintos procedimientos de selección; acceso limitado que conduce a que las entidades no realicen la selección de la mejor oferta en condiciones de competencia efectiva (Poder Ejecutivo, 2014, [p.3 de 152]), motivo por el cual se trata de fomentar la mayor inscripción de proveedores, sin descuidar en este trámite las seguridades correspondientes.

1. LA EVOLUCIÓN DE LA INSCRIPCIÓN DE LOS PROVEEDORES DEL ESTADO Y EL BUEN PROVEEDOR

La generación de competencia efectiva entre proveedores es la esencia del procedimiento de selección, por lo que el alto o bajo nivel de competencia afectará directamente los objetivos de la Administración, tema sobre el cual la Exposición de motivos de la Ley General de Contrataciones Públicas ha indicado:

> [...] que en los procedimientos de adjudicación simplificada y licitación pública desarrollados en el 2022, se presentaron menos de tres postores por procedimiento en comparación a los años 2021 y 2020 que fue mayor a tres y cuatro postores, respectivamente. Respecto de la subasta inversa electrónica y en el concurso público, en el 2022, se presentaron en promedio cuatro postores por procedimiento, mientras que en el 2021 y 2020 se presentaron más de cuatro postores.
>
> Igualmente, se menciona que, en el año 2022 de un total de 1'361,001 proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores, solo 29,593 llegaron a concretar una transacción efectiva con el Estado, lo que equivale a solo el 2.2 % del total de proveedores registrados. (Poder Ejecutivo, 2024, p. 31)

La citada exposición de motivos de la LGCP continuaba indicando que además de las limitaciones expuestas, se consideraban como limitantes de la competencia: "La exigencia de muchos y complejos requisitos; altos costos para participar en el procedimiento de selección; impedimentos irracionales que impiden la participación; lentitud en los pagos; riesgos altos de inversión debido a la presencia de nulidades, resoluciones u otras incidencias respecto al ciclo de vida de la contratación" (Ejecutivo, Exposición de Motivos de la LGCP, p. 31).

Desde esta perspectiva, en la exposición de motivos del RLGCP, se presentaba la siguiente información respecto de la evolución de los proveedores adjudicados, así como de los inscritos en los distintos registros:

Proveedores adjudicados

Proveedores	Cant. Proveedores	%
Proveedores Adjudicados 2022	28 841	1,58%
Proveedores Adjudicados 2023	27908	1,53%
Proveedores vigentes	1 827 034	100,00%

Fuente: Base de Datos del RNP, Herramienta Conosce - OSCE al 3 de setiembre de 2024
Elaboración propia.

Clasificación de proveedores

Tipo de proveedores	Cant. de registros
Proveedores de bienes	1 231 066
Proveedores de servicios	1 792632
Ejecutor de obras	50 989
Consultor de obras	59 361

Fuente: Base de Datos del RNP, Herramienta Conosce - OSCE al 3 de setiembre de 2024

Debido a que lo que más le interesa a la Administración pública es contar con la mayor cantidad de proveedores, a efectos de tener de tener un mayor universo de donde elegir, el impulso a su inscripción implica "a) obtener mejores ofertas en términos de precio, calidad y condiciones, b) obtener mejores productos o servicios al menor costo posible y c) fomentar la transparencia y reducir el riesgo de favoritismos o corrupción en los procesos de contratación" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 31).

Determinado el problema, así como las posibles soluciones, surge la interrogante respecto de lo que la Administración espera de los proveedores del Estado, ¿cuál es su visión del buen proveedor? O, en otros términos, ¿cuál es la expectativa de comportamiento que tiene la Administración respecto de los proveedores? Sobre el particular, el TCP ha establecido que la Administración espera que un *buen proveedor del Estado* "obre con la diligencia debida, vale decir, cuidando que sus actuaciones se ciñan a los cánones legales que impone la normativa de contratación pública, cumpliendo honesta y puntualmente las obligaciones que le impone la ley, siendo eficiente en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo" (Resolución N.° 494-2012-TC-S2).

En este criterio del TCP, es relevante destacar la importancia que la Administración pública le otorga a la buena fe y a la "diligencia debida", por cuanto tienen que ver directamente con el desenvolvimiento del proveedor en todas las fases de la contratación pública, siendo un argumento invocado por las entidades para la determinación de infracciones en la fase de selección, y en las controversias en la etapa de ejecución contractual.

2. LA CAPACIDAD DEL PROVEEDOR, DEL PARTICIPANTE, DEL POSTOR, DEL CONTRATISTA Y LOS TÉRMINOS DE RELACIONAMIENTO CON LA ENTIDAD

Si las entidades poseen competencia, y los funcionarios funciones, el proveedor y contratista tiene capacidad. El contratista constituye la última etapa a la que llega el proveedor, luego de transitar por la condición jurídica de participante y postor, por cuanto inicialmente se incorpora al procedimiento de contratación como participante, siendo su pretensión la de ser postor, para luego aspirar a ser contratista.

Pero la capacidad primigenia se encuentra regida por las normas del derecho común, a la cual se le agrega, a partir de la inscripción en el RNP, la capacidad específica de contratar con el Estado, la que puede estar condicionada por otras normas ajenas a la LGCP, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 551-2008-TC-S4, donde el Tribunal precisó que corres-

pondía descalificar a aquellos postores que no se encontraban legalmente habilitados para comerciar los bienes objeto de la convocatoria, sea que el impedimento provenga de mandato normativo o por disposición de la autoridad administrativa competente.

En este orden, la única posibilidad que una persona natural o jurídica tiene de contratar con el Estado es la cumplir previamente con el requisito esencial de estar inscrito en el RNP, por cuanto es esta la que le otorga capacidad, articulándose a la competencia de la que gozan las entidades, como extremos de la actuación de cada uno en el procedimiento y la relación contractual.

Este criterio que subyace en distintas resoluciones del TCP, en las que el colegiado ha establecido que las normas de contratación pública exigen de modo imperativo la inscripción en el RNP "puesto que solo así pueden tener la condición de postores habilitados" (Resolución N.° 755-2008-TC-S1).

Como un aspecto adicional, relevante, debemos referirnos a los términos del relacionamiento entre proveedores y Administración pública, tema sobre el que la Consulta Jurídica 17-2018-JUS/DGDNCR efectúa una distinción de gran alcance, por sus implicancias y consecuencias, en cuyo numeral 55 estableció que en la fase de los actos preparatorios y de selección "no existe ninguna relación especial de la administración hacia los ciudadanos, a quienes se les considera administrados. De igual manera, durante el desarrollo del proceso de contratación...", mientras que en el numeral 56, al referirse a la fase de ejecución contractual, precisa que en ella los proveedores "ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado" (Consulta Jurídica N.° 17-2018-JUS/DGDNCR).

3. EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES Y LA HABILITACIÓN DEL PROVEEDOR

Si la capacidad genérica viene informada por las normas de derecho común, las administrativas, a través de las disposiciones referidas a la inscripción en el RNP, regulan la capacidad específica, por lo que la inscripción termina siendo una habilitación que otorga el Estado a las personas naturales y jurídicas, constituyendo una "condición subjetiva para poder presentarse como oferente en un procedimiento licitatorio" (Dromi, 1995, p. 319).

La habilitación tiene como objetivo permitir que la Administración pública en general conozca "el grado de suficiencia o de insuficiencia de los oferentes, sobre la base de una calificación genérica de eficacia de los licitadores para un sinnúmero de procedimientos licitatorios" (Dromi, 1995, p. 321), significando esta suficiencia la exteriorización de la "idoneidad jurídica, técnica, económica y financiera para poder ejecutar la prestación objeto del futuro contrato" (Dromi, 1995, p. 322).

En esta línea, el literal e) del artículo 9 de la LGCP establece a los proveedores como uno de los actores de la contratación pública, mientras que en el numeral 29.1 del artículo 29 se le define como "la persona natural, jurídica o de patrimonio autónomo o de otras formas asociativas, nacionales o extranjeras que, a partir de sus actividades como agentes de mercado, contratan o pueden contratar con el Estado para abastecerlo de los bienes, servicios y obras necesarios para alcanzar la finalidad de la presente ley".

4. REQUISITOS GENERALES PARA SER PROVEEDORES DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS

Los requisitos para ser proveedor se encuentran establecidos en el artículo 29 de la LGCP, los que alcanzan tanto a las personas naturales como a las jurídicas, siendo estos los siguientes:

• Contar con la inscripción vigente en el RNP de acuerdo con los requisitos, excepciones y demás condiciones establecidas en el RLGCP.
• El proveedor inscrito en el RNP no debe encontrarse incurso en alguna causal de impedimento para contratar con el Estado.
• La inscripción en el RNP tiene vigencia indeterminada sujeta a la actualización de información.
• El proveedor está obligado a tener actualizada la información registrada en el RNP para su intervención en el proceso de contratación. La falta de actualización genera la suspensión temporal de la inscripción en el RNP.
• En la medición de la capacidad máxima de contratación para la ejecución de obras se prioriza la evaluación de la capacidad técnica del proveedor, entre otros criterios que se establecen en el reglamento.
• El proveedor que participe en un proceso de contratación suscribe el pacto de integridad que establece el reglamento.

5. EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP)

Definido el proveedor, así como los impedimentos legales para convertirse en tal, lo que corresponde es analizar el registro donde figuran estos, tanto en su condición de persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

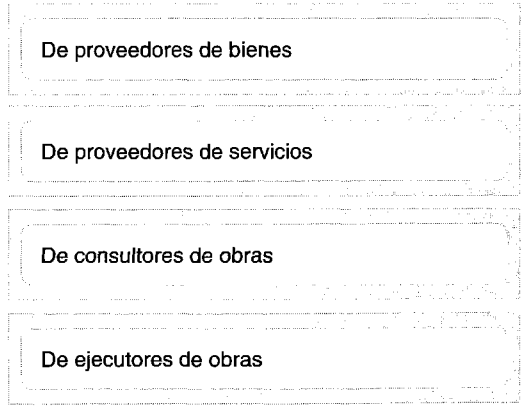
Normativamente, el numeral 22.1 del artículo 22 del RLGCP define al RNP, desde la perspectiva de la habilitación, como el sistema de información oficial único de la Administración pública, "que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado, así como implementar herramientas que permitan medir el desempeño de los proveedores que contratan con el Estado", a lo que el numeral 22.2 reitera la condición obligatoria de la inscripción, ya que para ser participante, postor, contratista o subcontratista, se requiere contar con la inscripción vigente y no estar impedido para contratar con el Estado.

El RNP es administrado por el OECE, tal como se indica en el inciso h) del numeral 11.3 del artículo 11 de la LGCP, a lo que el inciso c) indica la de orientador respecto de los usuarios en el manejo de este.

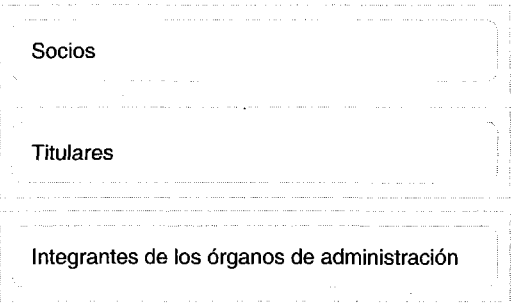
En cuanto a los distintos trámites, tenemos que mediante Resolución N.° D000050-2025-OSCE-PRE se aprobó la Directiva N.° 001-2025-OECE/CD, denominada "Procedimientos y trámites ante el Registro Nacional de Proveedores", la que tiene como objeto establecer disposiciones complementarias aplicables a los procesos de inscripción, reinscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de categorías y trámites de restitución de capacidad libre de contratación, actualización de información legal y financiera, declaración, regularización y modificación del récord de obras, suspensión temporal y retiro definitivo del proveedor del RNP, a la que remitimos al lector.

5.1. Los registros que opera el RNP: los proveedores y los proveedores sancionados

El numeral 22.3 del RLGCP hace referencia a los distintos registros que componen el RNP, el que, como hemos indicado, está a cargo del OECE.



A lo indicado, se debe agregar, de acuerdo con lo establecido en el numeral 92.6 del artículo 92 de la LGCP, concordante con el numeral 22.4 del RLGCP, que el RNP incluye la relación de proveedores sancionados por el TCP de los últimos 5 años, información que comprende, al momento de imponerse la sanción, a los:



Toda la información citada es de acceso público, por lo que puede ser requerida por cualquier ciudadano.

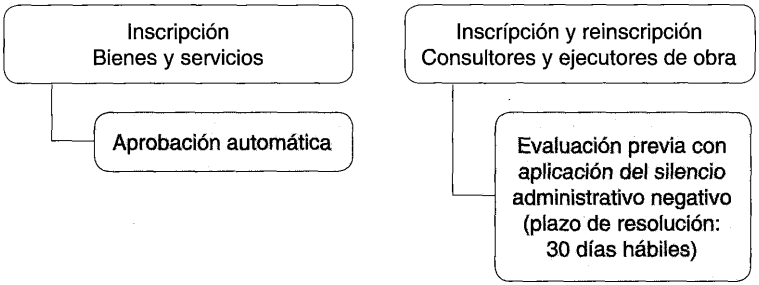
5.2. Inscripción, reinscripción en el RNP y las excepciones. Los procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa

El artículo 23 del RLGCP regula lo correspondiente a la inscripción o reinscripción en el RNP, estableciendo como regla general que en él se inscriben en el RNP todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, interesadas en participar en las contrataciones que realiza el Estado, de manera individual o en consorcio, para lo que deberán cumplir con las condiciones y requisitos para su inscripción o reinscripción, establecidos en el reglamento, el TUPA y la directiva que emita el OECE.

En cuanto a la naturaleza del trámite, tenemos que el procedimiento de inscripción y de reinscripción para los proveedores de bienes y de servicios es de aprobación automática, mientras que respecto de los consultores y ejecutores de obras se establecen reglas especiales, configurándose como uno de evaluación previa, siendo estos los siguientes:

- En el caso de consultores de obras, el RNP les asigna una categoría y una especialidad para cada categoría.
- En el caso de ejecutores de obras, una capacidad máxima de contratación.
- El procedimiento de inscripción y de reinscripción de aumento de capacidad máxima de contratación y de ampliación de categorías para los ejecutores de obras y consultores de obras es de evalua-

ción previa con aplicación del silencio administrativo negativo y tiene un plazo de treinta días hábiles.



A lo expuesto, la séptima disposición complementaria transitoria permite la reinscripción de proveedores en el RNP siempre que, a la entrada en vigencia del reglamento, no cuenten con inscripción vigente, pudiendo hacerlo para contar con vigencia indeterminada; posibilidad que no se encuentra permitida para los que se le aplicó el retiro temporal por las causales señaladas en los literales a) y b) del artículo 12 del derogado reglamento de la Ley N.° 30225, referidos al incumplimiento de actualizar su información y por insolvencia económica. Pueden inscribirse dichos proveedores de acuerdo con lo siguiente:

a) Cumplen las condiciones y siguen el procedimiento previsto para la inscripción de proveedores de bienes y servicios.
b) Cumplen las condiciones y siguen el procedimiento y requisitos previstos para la inscripción de consultores de obras, salvo en lo concerniente a la asignación de categoría, en cuyo caso cumplen los requisitos del procedimiento de ampliación de categoría de consultores de obras.
c) Cumplen las condiciones y siguen el procedimiento y requisitos previstos para la inscripción de ejecutores de obras, salvo en lo concerniente a la asignación de capacidad máxima de contratación, en cuyo caso cumplen los requisitos del procedimiento de aumento de capacidad máxima de contratación.

5.2.1. Excepciones a la inscripción

Pero, así como se establece la obligación de inscripción, la norma también prevé casos en que esta exigencia no es requerida. Así, el artículo 24 se indica que no requieren inscribirse como proveedores en el RNP:

- Las entidades contratantes comprendidas en el numeral 3.2 del artículo 3 de la LGCP[83].

83 3.2. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la ley, bajo el término genérico de entidad contratante:

- Los patrimonios autónomos para celebrar contratos sobre bienes y servicios; tales como sociedad conyugal, sucesión indivisa, masa hereditaria, fondo de garantía, fondos de inversión, entre otros conforme a la ley de la materia.
- En cuanto a las sociedades conyugales, se ha establecido que para el arrendamiento de inmueble, esta puede encontrarse representada por uno de los cónyuges:

> [...] debiendo la entidad verificar que este se encuentre debidamente facultado para efectuar actos de administración sobre el inmueble ofrecido [...] la facultad que otorga un cónyuge a otro para dar en arrendamiento un bien común, se realiza a través de un poder general[84], el que según lo dispuesto por el Código Civil solo comprende actos de administración", por lo que corresponde a cada entidad "definir con precisión, dentro de las bases administrativas del proceso, la formalidad requerida para el poder a través del cual uno de los cónyuges podrá acreditar estar facultado para arrendar una propiedad común, que forma parte de la sociedad de gananciales. (Opinión N.° 049-2015/DTN)

- Aquellos proveedores cuyas contrataciones sean por montos iguales o menores a 1 UIT.

a) El Poder Legislativo, de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso de la República, el Poder Judicial y los organismos constitucionalmente autónomos.
b) Los ministerios, sus organismos públicos, programas y proyectos especiales.
c) Los Gobiernos regionales, sus programas y proyectos.
d) Los Gobiernos locales, sus programas y proyectos.
e) Las universidades públicas.
f) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
g) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o de derecho privado.
h) El Seguro Social de Salud (EsSalud).
i) Las Fuerzas Armadas.
j) La Policía Nacional del Perú.
k) Los órganos desconcentrados.
l) Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones.

84 De acuerdo con el artículo 117 del Decreto Legislativo N.° 1049, Decreto Legislativo del Notariado, el poder puede ser de tres clases: el poder por escritura pública, el poder fuera de registros y el poder por carta con firma legalizada.

5.3. Responsabilidad por la información que se presenta y por el uso de la clave asignada, el acceso al Pladicop y la constancia

En este extremo, los numerales 23.4 y 23.5 del RLGCP indican, respectivamente, que los proveedores son responsables por la información declarada, así como por la documentación presentada en cumplimiento de las reglas de actualización y de los procedimientos seguidos ante el RNP, las cuales tienen carácter de declaración jurada, sujetándose al principio de presunción de veracidad.

En cuanto al usuario y clave, el numeral 23.5 dispone que el proveedor, su apoderado y/o representante legal, al utilizar el usuario y clave del RNP asignados, son responsables de su uso adecuado, así como de la información y de la documentación presentada.

A partir del día siguiente de su inscripción o reinscripción en el RNP, el proveedor puede acceder electrónicamente a su constancia en la Pladicop.

5.4. Condiciones generales para la inscripción en el RNP

El artículo 25 del RLGCP trata, en sus diversos numerales, las condiciones que se deben cumplir para la inscripción en el RNP.

5.4.1. Condiciones para la inscripción, reinscripción, ampliación de categoría y aumento de capacidad máxima en el RNP

En este caso el numeral 25.1 del RLGCP indica que para la inscripción en el rubro citado es necesario:

a) Contar con la condición de activo y domicilio habido en el RUC-SUNAT de la persona natural nacional y extranjera domiciliada, la persona jurídica nacional y las sucursales de personas jurídicas extranjeras. Los nombres, denominación o razón social y el domicilio fiscal son los que figuran actualizados en la SUNAT. Esta condición no aplica a la persona natural o jurídica extranjera no domiciliada en el Perú.

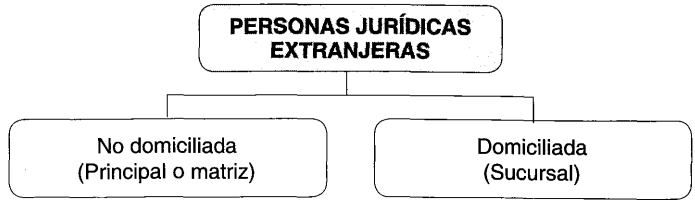
b) No contar con sanción vigente de inhabilitación impuesta por el TCP.

c) En el caso del aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de categorías, contar con inscripción vigente en el RNP como ejecutor de obras o consultor de obras, según el caso y tener actualizada la información legal y financiera.

5.4.2. El caso de personas jurídicas extranjeras

El numeral 25.2 efectúa la distinción entre personas jurídicas extranjeras domiciliadas y no domiciliadas en el Perú.

Domiciliada (sucursal)
• Persona jurídica extranjera que ha constituido una sucursal en el Perú inscrita en la SUNARP. La sucursal cuenta con representante legal inscrito ante la SUNARP
No domiciliada (principal o matriz)
• Persona jurídica extranjera que no ha constituido sucursal en el Perú, caso en el cual se considera como domicilio el declarado en el formulario.



El numeral 25.3 indica que en ningún caso una persona (natural o jurídica) extranjera puede inscribirse como extranjera domiciliada y no domiciliada a la vez.

5.4.3. El representante legal del proveedor nacional o extranjero

De acuerdo con lo establecido en el numeral 25.4 RLGCP el representante legal del proveedor nacional o extranjero cuenta con la facultad de representarlo en procedimientos administrativos ante entidades públicas del Perú, para lo que la representación debe estar debidamente inscrita en la SUNARP.

En cuanto al proveedor extranjero no domiciliado, se indica que este puede actuar con representante legal inscrito ante la autoridad competente en su país de origen, siempre que este cuente con la facultad de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas fuera de su país de origen.

5.5. Condiciones especiales para proveedores de bienes y servicios

En relación con las condiciones especiales, en el numeral 25.5.1 establece respecto del registro de proveedores de bienes y servicios, las siguientes reglas especiales.

- Encontrarse la persona natural (nacional o extranjera) en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
- En el caso de persona natural (nacional o extranjera) y persona jurídica extranjera domiciliada que actúe con apoderado, que cuente con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas, inscritas en la SUNARP.

- En el caso de la persona jurídica nacional:
  - Estar constituida conforme a la ley aplicable.
  - El objeto social, los fines y/o actividades correspondan a la provisión de bienes y/o servicios, según sea el caso, y estar inscritos en la SUNARP.
  - Contar con información actualizada inscrita en la SUNARP de acuerdo con la forma societaria o modalidad empresarial adoptada por la persona jurídica.
  - Contar con representante legal inscrito en la SUNARP, con facultades de representación en procedimientos administrativos ante entidades públicas.
- En el caso de la persona jurídica extranjera domiciliada y no domiciliada:
  - Estar constituidas conforme a la ley de su país de origen.
  - El objeto social, los fines y/o actividades correspondan a la provisión de bienes y/o servicios, según el caso, y estar inscritos ante la autoridad competente en su lugar de constitución. En el caso de personas jurídicas extranjeras domiciliadas se considera la información de la principal o matriz.
  - Contar con información actualizada de la principal o matriz, inscrita en la autoridad competente en su lugar de constitución, respecto de la fecha de constitución, capital social suscrito y pagado, patrimonio, número total de acciones o participaciones, distribución de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración y del representante legal, y fecha de adquisición de la condición de socio, participacionista o titular, según corresponda.

5.6. Condiciones especiales para ejecutores y consultores de obras

En este caso, el numeral 25.5.2 RLGCP distingue entre capacidad legal y solvencia económica.

5.6.1. Capacidad legal

En cuanto a la capacidad legal se establecen las siguientes condiciones:

- Que la persona natural se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

- Que la persona natural se encuentre inscrita en el Colegio de Ingenieros del Perú y/o Colegio de Arquitectos del Perú (Consejos Nacionales respectivos), según corresponda.
- En el caso de la persona jurídica nacional:
  - Ser persona jurídica con fines de lucro constituida como sociedad al amparo de la Ley General de Sociedades y normas complementarias, o como empresa individual de responsabilidad limitada. El objeto social corresponde a la ejecución de obras y/o consultoría de obras, y estar inscrito en la SUNARP.
  - Contar con información actualizada inscrita en la SUNARP de acuerdo con la forma societaria o modalidad empresarial adoptada por la persona jurídica.
- En el caso de la persona jurídica extranjera con fines de lucro:
  - Estar constituida conforme a la ley de su país de origen.
  - Que el objeto social corresponda a la ejecución de obras y/o consultoría de obras, según el caso, y estar inscrito ante la autoridad competente en su lugar de constitución.
  - Que la persona jurídica extranjera acredite la información de la principal o matriz respecto de la fecha de constitución, capital social suscrito, pagado e inscrito ante autoridad correspondiente, número total de acciones o participaciones, distribución de acciones o participaciones, valor nominal, objeto social, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración, representante legal, y fecha de adquisición de la condición de socio, participacionista o titular, según corresponda.

5.6.2. Solvencia económica

El reglamento remite a la directiva, en este caso la Directiva N.° 001-2025-OECE/CD, "Procedimientos y trámites ante el Registro Nacional de Proveedores" aprobada por Resolución N.° D000050-2025-OSCE-PRE, indicando, sin embargo, que la solvencia económica comprende que el ejecutor y el consultor de obras, conforme a lo dispuesto en la directiva correspondiente, cumple con lo siguiente:

- Calificación (0) normal, según el último reporte de la central de riesgos de la SBS o no encontrarse reportado en dicha central de riesgos.
- Resultado solvente en la evaluación de las ratios de medición de solvencia y del análisis de la evaluación de su solvencia económica

con respecto a su información financiera, realizada por el OECE conforme a la directiva correspondiente.

- Solvencia patrimonial que evidencie el equilibrio entre el capital y el patrimonio neto.

5.7. La acreditación de experiencia de los ejecutores y consultores de obra y la improcedencia de acreditar la reorganización

El numeral 25.6 indica que adicionalmente, los ejecutores de obra acreditan su experiencia en la ejecución de obras, a efectos de determinar su capacidad máxima de contratación, mientras que en el caso de consultores de obra es aquella que acredite su especialidad y categoría, siendo que, en ambos casos, no pueden acreditar experiencia que provenga de una reorganización societaria, así como de las establecidas en la citada Directiva N.° 001-2025-OECE/CD.

5.8. Las profesiones y los documentos emitidos en el extranjero

En el numeral 25.8 se indica que las personas naturales que se inscriban como ejecutores de obras o consultores de obras tienen alguna de las profesiones previstas en la citada directiva del OECE.

Por su parte, el numeral 25.9 se refiere a la condición de los documentos emitidos en el extranjero, indicando que estos son expedidos por la autoridad, institución o persona competente en su lugar de constitución y cuentan con las legalizaciones de las oficinas consulares y del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú o con apostilla en el caso de países integrantes del Convenio de la Haya. Las legalizaciones o la apostilla constan en el documento en idioma original y no en la traducción. Cuando los documentos no figuren en idioma español, se presenta la respectiva traducción simple con los nombres y apellidos del traductor.

5.9. Las condiciones y requisitos de los procedimientos administrativos del OECE

El artículo 381 del RLGCP regula los procedimientos administrativos relacionados a los proveedores, adicionales a los establecidos en el artículo 25 del reglamento, el que hemos tratado precedentemente.

En el caso de los bienes y servicios tratan sobre:

a) Inscripción o reinscripción de proveedores de bienes y servicios, persona natural extranjera no domiciliada con representante legal o apoderado en el Perú o en su país de origen
b) Inscripción o reinscripción de proveedores de bienes y servicios, persona jurídica extranjera no domiciliada con representante legal o apoderado en el Perú o en su país de origen
c) Inscripción o reinscripción de persona natural y jurídica extranjera no domiciliada sin representante legal o apoderado en el Perú para la provisión de bienes sofisticados y/o servicios especializados
d) Inscripción o reinscripción de proveedores de bienes y servicios, personas naturales, nacionales o extranjeras domiciliadas en el Perú
e) Inscripción o reinscripción de proveedores de bienes y servicios, personas jurídicas, nacionales o extranjeras domiciliadas en el Perú

En el caso de consultores de obras, los procedimientos son citado en el artículo 38:

- Inscripción o reinscripción de consultores de obras, persona natural nacional
- Inscripción o reinscripción de consultores de obras, persona natural extranjera
- Inscripción o reinscripción de consultores de obras, persona jurídica nacional
- Inscripción o reinscripción de consultores de obras, persona jurídica extranjera

Para ejecutores de obra el acotado artículo establece:

- Inscripción o reinscripción de ejecutores de obras, persona natural nacional
- Inscripción o reinscripción de ejecutores de obras, persona natural extranjera
- Inscripción o reinscripción de ejecutores de obras, persona jurídica nacional
- Inscripción o reinscripción de ejecutores de obras, persona jurídica extranjera

En el caso de la ampliación de categorías para consultores de obras:

- Consultoría de obras culminadas en el Perú
- Ejecución de obras culminadas en el extranjero
- Subcontratos de ejecución de obras al amparo de la Ley

A los trámites indicados, se le debe agregar el de expedición de constancia de capacidad libre de contratación.

Para los detalles de cada uno de los rubros citados, remitimos al lector al citado artículo 381 del RLGCP, ya que, por razones de espacio, no podemos incorporar todos los trámites referenciados.

6. LA ACTUALIZACIÓN DE INFORMACIÓN

La actualización de la información en el RNP por parte de los proveedores se encuentra regulada por el artículo 26 del RLGCP, el que establece que el incumplimiento de esta obligación implica la imposición de la suspensión temporal de la inscripción en el RNP. La indicada actualización se realiza hasta la finalización del mes siguiente de ocurrida la variación conforme a lo establecido en la directiva correspondiente.

6.1. Actualización de la información de proveedores de bienes, servicios, consultorías de obras y ejecución de obras

De acuerdo con lo establecido en el numeral 26.2 la actualización comprende la variación de la siguiente información: domicilio, condición de habido/activo en la Sunat, nombre, denominación o razón social, profesión, transformación societaria, objeto social, la condición de domiciliado o no domiciliado del proveedor extranjero, fecha de designación del apoderado y/o del representante legal de la sucursal, fecha de la adquisición de la condición de socios, accionistas, participacionistas o titular, fecha de designación de los miembros de los órganos de administración, el capital social suscrito, pagado e inscrito, patrimonio, número total de acciones, participaciones o aportes, distribución de acciones o participaciones, valor nominal.

6.2. Actualización de la información financiera por parte de los ejecutores de obras y consultores de obras

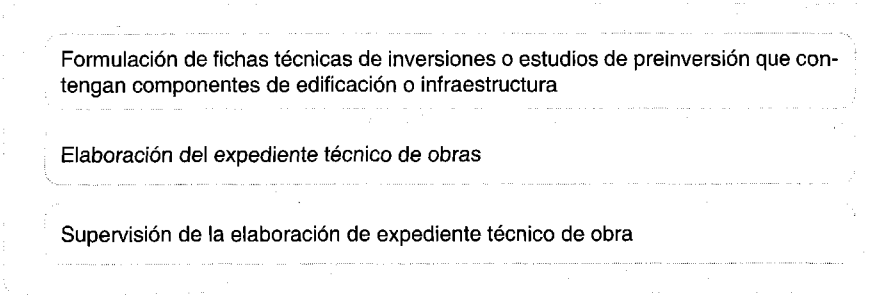
La disposición alcanza a las personas naturales y jurídicas, según corresponda, y se realiza anualmente para determinar la solvencia económica hasta el mes de junio de cada año si son proveedores nacionales y hasta el mes de setiembre de cada año en el caso de proveedores extranjeros, y de acuerdo con los demás supuestos y disposiciones establecidas en la directiva correspondiente.

7. LA ASIGNACIÓN DE ESPECIALIDADES Y CATEGORÍAS. CONSULTORES DE OBRAS

El artículo 27 del RLGCP regula la asignación de especialidad y de categoría a los consultores de obras estableciendo, para tal efecto, las siguientes reglas:

- Al inscribirse en el RNP, se asigna una o varias especialidades y categorías a los consultores de obra, de acuerdo con la especialidad de la obra establecida en el artículo 157 del RLGCP, que se refiere a la especialidad, subespecialidad y tipología de obras.
- La categoría se otorga en función de la experiencia acreditada en consultorías de obra.
- En el caso de consultores sin experiencia, se asigna la categoría con un registro sin experiencia.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 27.2 del artículo 27, las categorías son las siguientes:



7.1. Asignación de especialidades y categorías de consultores de obra. Disposición transitoria

La cuarta disposición complementaria transitoria del RLGCP indica que la implementación del proceso para la asignación de las categorías establecidas en el numeral 27.2 del artículo 27 de la LGCP, es progresiva y

tiene un plazo de 180 días contados desde el día siguiente de la entrada en vigencia del RLGCP, por lo que en tanto dure la referida implementación, el RNP realiza la asignación de especialidades y categorías de los consultores de obra, de acuerdo a lo siguiente:

> El RNP asigna a los consultores de obras una o varias especialidades, las cuales se encuentran establecidas en el artículo 158 del RLGCP, y les asigna categorías que les permiten participar en las contrataciones de consultoría de obra de su especialidad hasta por el monto que se determine en la Directiva que emite el OECE. Las categorías que asigna el RNP son A, B, C y D, teniendo esta última el nivel más alto, conforme a lo previsto en la Directiva correspondiente.

7.2. Asignación de especialidades y categorías a personas jurídicas y naturales

Al respecto, el numeral 27.3 indica que a las personas jurídicas se les puede otorgar todas las especialidades y categorías mientras que a las personas naturales solo las que correspondan de acuerdo con su profesión.

7.3. Cuando no se acredite experiencia y cuando se acredita

El numeral 27.4 establece que las categorías en las cuales no se acredite experiencia permiten a los consultores de obras suscribir únicamente contratos menores, a fin de que dicho proveedor pueda ir acumulando experiencia. El consultor que acredite experiencia ante el RNP puede participar en cualquier tipo de procedimiento de selección.

7.4. Asignación de la especialidad y categoría de los consultores de obras

El numeral 2.2 establece el siguiente procedimiento para la asignación de la especialidad y categoría de los consultores de obras:

a)	A las personas jurídicas se les puede otorgar todas las especialidades y a las personas naturales las especialidades que correspondan de acuerdo a su profesión.
b)	Para cada una de las especialidades referidas en el literal a) del presente numeral, la especialidad se determina de acuerdo al objeto de la consultoría de obra que acredita como experiencia, y la categoría de acuerdo al monto del presupuesto del expediente técnico de la obra en el que realizó la referida consultoría, afectado por su porcentaje de consorcio de ser el caso.
c)	Para asignación de las categorías B, C y D, se considera el monto de obra establecido en el expediente técnico; y adicionalmente para el caso de supervisión de obras el monto total de la obra ejecutada.

7.5. La experiencia

El tema es tratado en los numerales 2.3, 2.4 y 2.5 de la citada cuarta disposición complementaria final, en los siguientes términos:

Solo se considera la experiencia obtenida directamente, sea como persona natural o persona jurídica, en la realización de elaboración de expedientes técnicos de obra, supervisión de obras y/o supervisión de expedientes técnicos de obra, o términos equivalentes cuando la experiencia provenga del extranjero. No se considera como tales aquellas actividades ejecutadas como dependientes, bajo la dirección de otro consultor de obras o a través de una subcontratación.

La experiencia relacionada a la formulación de fichas técnicas de inversiones o estudios de preinversión que contengan componente de edificación o infraestructura, no se considerará hasta la implementación de la categoría señalada en el literal a) del numeral 27.2 del artículo 27. En tanto se produzca la mencionada implementación pueden registrarse como proveedores de servicios.

En el caso de consultores que no acrediten experiencia, se les asigna la categoría A en su especialidad.

7.6. La ampliación de la categoría y la antigüedad requerida sobre los trabajos de consultoría de obra

El numeral 2.6 indica que el consultor de obra puede ampliar la categoría asignada mediante el procedimiento de ampliación de categorías para consultores de obras, mientras que el 2.7 establece que, en todos los casos, la antigüedad requerida respecto de los trabajos de consultoría de obra es de 20 años, la misma que se mide desde la fecha de culminación de la consultoría de obra.

7.7. El procedimiento a seguir luego de cumplido el plazo para la implementación del proceso de asignación de categorías establecidas en el numeral 27.2 del artículo 27 de la LGCP

- A los consultores de obras, en las especialidades en las que cuenten con la categoría A de acuerdo al artículo 16 del Reglamento de la Ley N.º 30225, LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, y de acuerdo con el numeral 1 de la presente disposición complementaria transitoria, el RNP les otorga de oficio todas las categorías contempladas en el numeral 27.2 del artículo 27, para suscribir únicamente contratos menores.

- A los consultores de obras, en las especialidades en las que cuenten con las categorías B, C o D según el artículo 16 del Reglamento de la Ley N.º 30225, LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, y el numeral 1 de la presente disposición complementaria transitoria, el RNP les otorga de oficio, y de manera provisional, todas las categorías establecidas en el numeral 27.2 del artículo 27, para participar y/o suscribir contratos en cualquier procedimiento de selección.

- A la primera reinscripción o ampliación de categorías que realicen los consultores de obras, el OECE revalúa y asigna las categorías en función del artículo 27 del RLGCP.

- Los consultores de obras que obtuvieron las categorías antes de la entrada en vigencia del RLGCP y durante el periodo de implementación del proceso para la asignación de las categorías conforme al numeral 1, y que fueron recategorizados de oficio de acuerdo con los numerales 3.1 y 3.2 de la presente disposición complementaria transitoria, tienen un plazo máximo de 120 días hábiles contabilizado a partir del día siguiente de publicado el comunicado señalado en el numeral 3, para solicitar la ampliación de categorías correspondiente al OECE, con la finalidad de que éste revalúe y asigne las nuevas categorías en función de lo establecido en el artículo 27. En caso no soliciten la ampliación de categorías en el referido plazo, el OECE de oficio asignará las categorías que les permitan suscribir únicamente contratos menores.

- A los consultores de obras que iniciaron los procedimientos de inscripción, reinscripción y ampliación de categorías, los cuales se encuentren en curso a la fecha de vencimiento del plazo de 180 días posteriores a la publicación del comunicado señalado en el numeral 3, se les asigna las categorías en función de lo establecido en el artículo 27.

8. CAPACIDAD MÁXIMA DE CONTRATACIÓN

Este tema se encuentra regulado en el artículo 28 del RLGCP, que comienza por definir lo que se entiende por capacidad máxima de contratación, indicando que es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente, estando determinada por la sumatoria del monto neto de obras culminadas multiplicado por el coeficiente de gestión empresarial del ejecutor de obras, de acuerdo con la siguiente fórmula, cuyos detalles se describen la directiva respectiva:

CMC = $\sum$ obras * G

Donde:

CMC = Capacidad máxima de contratación

$\sum$obras = Sumatoria del monto neto de obras culminadas durante los últimos veinte años.

(G) = Coeficiente de gestión empresarial.

Donde G está compuesto por:

G = a + f + e

- Factor de Actividad en obras (a)
  Valor determinado en función de la cantidad de años de antigüedad del ejecutor en la realización de obras.
- Factor Financiero (f)
  Valor determinado en función de la ratio de liquidez corriente.
- Factor de Ejecución en obras (e)
  Valor determinado en función a la relación de la sumatoria de los montos netos de obra y la sumatoria total de los montos contratados.

8.1. Permanencia de la capacidad máxima de contratación

La capacidad máxima de contratación otorgada se mantiene, en tanto las obras que la sustenten no superen la antigüedad de veinte años de culminadas, en cuyo caso el RNP la reduce de oficio de acuerdo con la directiva correspondiente.

8.2. Reinscripción y aumento de capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra en el RNP

En relación con este tema, en la tercera disposición complementaria transitoria del RLGCP se establecen las siguientes reglas:

1. A la primera reinscripción que realicen los ejecutores de obras, persona natural y persona jurídica, a partir de la entrada en vigencia del reglamento, el OECE reevalúa, asignando la capacidad máxima de contratación en función de lo establecido en el artículo 28.
2. En el primer procedimiento de aumento de capacidad máxima de contratación que realicen los ejecutores de obras, persona natural y persona jurídica, que cuenten con inscripción vigente a la fecha de entrada en vigencia del Reglamento, el OECE reevalúa, a efectos de asignarles la capacidad máxima de contratación en función de lo establecido en el artículo 28.
3. Los ejecutores de obras, persona natural y persona jurídica, que obtuvieron la capacidad máxima de contratación antes de la entrada en vigencia del reglamento, realizan el procedimiento de aumento de capacidad máxima de contratación en un plazo máximo de 180 días hábiles contado a partir del día siguiente de la entrada en vigencia del reglamento, con la finalidad de que el OECE revalúe, y asigne la nueva capacidad máxima de contratación en función de lo establecido en el artículo 28, caso contrario el OECE de oficio asigna la nueva CMC en función del factor financiero, de acuerdo a la directiva correspondiente.
4. A los ejecutores de obras que iniciaron los procedimientos de inscripción, reinscripción y aumento de capacidad máxima de contratación, los cuales se encuentran en curso a la fecha de la entrada en vigencia del reglamento, se les asigna la capacidad máxima de contratación en función de lo establecido en el artículo 28 del reglamento.

8.3. Capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra que no acreditan experiencia

En estos casos el numeral 28.4 establece que a los ejecutores de obra se les otorga una capacidad máxima de contratación hasta por un total equivalente al monto de S/ 500 000,00, en función del factor financiero que acredite ante el RNP de acuerdo con la directiva correspondiente.

9. CONSTANCIA DE LA CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN (CCLC)

El tema es abordado en los distintos numerales del artículo 29 del RLGCP. Así, el numeral 29.1 define a la CCLC como el documento expedi-

do por el OECE que certifica el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación, hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras, acreditando que cuenta con capacidad suficiente para perfeccionar el contrato. De ser el caso, recoge información de los actos judiciales que suspenden la sanción impuesta por el TCP.

9.1. El trámite de solicitud y su consecuencia

En cuanto al trámite, el numeral 29.2 indica que la CCLC es solicitada al OECE por los ejecutores de obra a partir del registro en la Pladicop del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme[85], quedando habilitado el ejecutor de obra a suscribir el contrato.

Este procedimiento de expedición de la CCLC es electrónico y de aprobación automática, sujeto a los requisitos y condiciones establecidos en el RLGCP y el TUPA del OECE. Los requisitos para solicitar la CCLC son los siguientes:

- Contar con inscripción vigente en el RNP como ejecutor de obras.
- No encontrarse sancionado por el TCP con sanción de inhabilitación temporal o definitiva.
- El procedimiento de selección no debe encontrarse suspendido por una acción de supervisión del OECE.
- Que el proveedor cuente con la capacidad libre de contratación necesaria por el monto con el cual participa en el procedimiento de selección; y, en el caso de consorcios, por el monto del porcentaje de obligaciones.

9.2. Restitución de la capacidad de libre contratación

El trámite se inicia a solicitud del proveedor. Así, el numeral 29.4 indica que el OECE restituye el monto de la capacidad libre de contratación afectado, cuando se susciten circunstancias sobrevinientes a la emisión, tales como declaratoria de desierto, nulidad del proceso de contratación pública, entre otras.

85 El reglamento indica que se produce se produce cuando habiéndose presentado recurso de apelación, ocurre alguno de los siguientes supuestos: i) se publica en la Pladicop que el recurso de apelación ha sido declarado como no presentado o improcedente; ii) se publica en la Pladicop la resolución que otorga y/o confirma la buena pro; y iii) opera la denegatoria ficta del recurso de apelación.

10. RÉCORD DE EJECUCIÓN DE OBRAS

El numeral 30.1 del artículo 30 del RLGCP indica que el récord de ejecución de obras para la determinación de la CCLC se establece a partir de la información obrante en la Pladicop.

Por su parte, el numeral 30.2 indica que, a fin de determinar la CCLC, se tiene en cuenta la información obrante en la FUP de los contratos de obra suscritos con entidades contratantes, los cuales constituyen su récord de ejecución de obras. Se incluye la información correspondiente a las valorizaciones periódicas aprobadas por la supervisión, montos adicionales y/o deductivos aprobados por la entidad contratante si los hubiera. Los ejecutores de obra pueden solicitar la modificación o corrección de la referida información conforme a la directiva que emita el OECE.

Esta disposición es precisada en la octava disposición complementaria transitoria del RLGCP, en el que se establece que la transitoriedad de la declaración de récord de ejecución de obras se mantendrá mientras se implemente la inclusión de la información del récord de ejecución de obras en la FUP, por lo que los ejecutores de obra registran la información de los contratos suscritos, a través del módulo de declaración de récord de obra del RNP, a través de la Pladicop.

En estos casos la acotada octava disposición complementaria transitoria dispone que se debe seguir el siguiente procedimiento:

1. La declaración del récord de ejecución se realiza dentro del mes siguiente de haber suscrito el contrato y/o de haber realizado las valorizaciones de la obra.
2. Los ejecutores de obras declaran las valorizaciones periódicas aprobadas por el inspector o supervisor, montos adicionales y/o deductivos aprobados por la entidad contratante si los hubiera, hasta el mes de realizada la última valorización en la que advierta la culminación de la obra, según lo señalado en el contrato.
3. La declaración extemporánea del récord de ejecución de obras puede regularizarse siempre que la omisión no haya beneficiado al ejecutor en la suscripción de contratos por montos superiores a su capacidad libre de contratación y/o en su participación en otros procedimientos de selección.

11. NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DEL RNP

El tema es regulado en el artículo 31 del RLGCP, en el que se establece que los actos administrativos que emite el RNP en los procedimientos de su competencia, incluidas las resoluciones expedidas sobre recursos de recon-

sideración y apelación, nulidad, y suspensión temporal o retiro definitivo del RNP, se notifican a través de la casilla electrónica del OECE en la Pladicop, siendo responsabilidad del proveedor el permanente seguimiento de dicha casilla a partir de su inscripción.

En cuanto a la eficacia, el numeral 31.2 indica que la notificación se entiende efectuada el día del envío en la casilla electrónica del OECE, de acuerdo con la normativa de la materia.

12. SUSPENSIÓN TEMPORAL, RECUPERACIÓN DE LA VIGENCIA DE INSCRIPCIÓN Y RETIRO DEFINITIVO DEL RNP Y LA SOLICITUD DE UN TERCERO

Este aspecto es tratado, respectivamente, en los artículos 32, 33 y 34 del RLGCP, correspondiendo al 32 tratar sobre la suspensión temporal de la inscripción, al indicar que el OECE, de oficio o a pedido de parte, dispone la suspensión temporal del RNP, afectando con ello la vigencia de la inscripción del proveedor en el RNP, en los siguientes casos:

- Cuando incumple su obligación de actualizar su información según lo dispuesto en el artículo 26, pese a haber sido requerido previamente por el RNP.
- Cuando de la evaluación de la información financiera el proveedor resulte insolvente conforme la directiva que emita el OECE.
- A solicitud del proveedor.

Esta situación al ser transitoria puede ser revertida, por lo que el artículo 33 se refiere a la recuperación de la vigencia de inscripción en el RNP, precisando que los proveedores cuya vigencia en el RNP se encuentre afectada por los supuestos previstos en los literales a) y b) del artículo 32[86], pueden recuperar la vigencia actualizando su información, según lo previsto en el artículo 26.

Cuando la suspensión es a solicitud del proveedor, dispone que puede recuperar la vigencia realizando el procedimiento de reinscripción.

El caso del retiro definitivo es más complejo, situación respecto de la cual el artículo 34, en el que se indica que este extingue la inscripción del proveedor en el RNP, pudiendo ser:

86 a) Cuando incumple su obligación de actualizar su información según lo dispuesto en el artículo 26, pese a haber sido requerido previamente por el RNP.
b) Cuando de la evaluación de la información financiera el proveedor resulte insolvente conforme la directiva que emita el OECE.

- A solicitud del proveedor, caso en el cual puede reincorporarse a través del procedimiento de reinscripción;
- De oficio cuando el OECE advierta alguna de las siguientes causales:
  - Muerte o extinción del proveedor.
  - Por haber sido sancionado con inhabilitación definitiva, conforme al artículo 91 de la LGCP, mediante resolución firme.

En numeral 34.2 plantea la situación de que un tercero pueda solicitar el retiro definitivo del RNP de un proveedor por las mismas causales previstas en los literales del numeral anterior.

13. LA FISCALIZACIÓN POSTERIOR

Como todo procedimiento administrativo, la información presentada en el trámite ante el RNP se encuentra sujeto a fiscalización posterior, lo que se encuentra regulado en el artículo 35 del RLGCP en los términos siguientes:

• El OECE, a través de la fiscalización posterior, verifica mediante muestreo, las denuncias y comunicaciones de las que tome conocimiento, sobre la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones, tanto en medios físicos, digitales u otros de naturaleza análoga, proporcionados por los proveedores o sus representantes, en los procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa. Dicha fiscalización se sujeta a los principios de presunción de veracidad y de privilegio de controles posteriores.
• El proceso de fiscalización posterior es de comprobación administrativa y se desarrolla de forma reservada, por lo que el inicio de la fiscalización no es notificado a los proveedores, conforme a lo previsto en la LPAG, salvo en los casos que se requiera verificar alguna información directamente con el proveedor investigado.
• El OECE efectúa todas las comunicaciones que sean necesarias para realizar los cruces de información con terceros, utilizando los canales de notificación digitales disponibles; asimismo, para verificar la información y documentación proporcionada por los proveedores, hace uso de los sistemas informáticos disponibles para consultas o consumo de servicios web oficiales tales como Sunat, SUNARP, Reniec, entre otros, de preferencia utilizando mecanismos de interoperabilidad, y cualquier otro medio o herramienta que coadyuve a realizar las funciones de fiscalización. En el caso de la interoperabilidad entre entidades públicas, estas utilizan la plataforma nacional de interoperabilidad (PNI), conforme la normativa de la materia.
• La presentación de documentación falsa y/o información inexacta ante el RNP habilita la declaración de nulidad del acto administrativo correspondiente. En este caso los hechos se ponen en conocimiento del TCP y de la Procuraduría Pública del OECE a fin de que, de acuerdo con sus atribuciones, adopten las acciones legales correspondientes. Esta declaración de nulidad del acto administrativo tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de su aprobación, conservándose como válida la información correspondiente al acto anterior, de ser el caso.

14. LA FICHA ÚNICA DE PROVEEDOR (FUP) DEL RNP Y LA VERIFICACIÓN DE IMPEDIMENTOS

La FUP ha sido incorporada en la nueva normativa, a través de ella se permite el acceso rápido y seguro a la información de los proveedores, incluyendo aquella relacionada con su experiencia y su nivel de desempeño conforme al mecanismo valorativo de reputación del proveedor. Asimismo, incluye la información correspondiente para la determinación de los impedimentos, de conformidad con el artículo 31 de la LGCP, en cuyo numeral 31.1 se indica que la FUP del RNP consolida la información relevante de los proveedores, sobre la base de la información administrada por el OECE y provenientes de otras fuentes externas mediante mecanismos de interoperabilidad.

En cuanto a su aplicación, tenemos que, en la séptima disposición complementaria transitoria de la LGCP, se estableció respecto de ella que, en tanto culmine el proceso de implementación de la validación de impedimentos en la FUP del RNP, la verificación de no existencia de los impedimentos indicados en el párrafo 30.1 del artículo 30 de la ley se realiza mediante la presentación de la declaración jurada de no encontrarse impedido para ser participante, postor, contratista o subcontratista.

El OECE informará a las entidades contratantes, mediante comunicado, el inicio de la verificación del impedimento mediante la referida FUP.

Las entidades públicas distintas al OECE, responsables de las bases de datos o registros necesarios para la implementación de la validación de impedimentos en la FUP, realizan las acciones correspondientes para brindar el acceso al OECE a la referida información, ya sea mediante mecanismos de interoperabilidad u otros, bajo responsabilidad de dichas entidades. Asimismo, son responsables de que la información que obre en sus registros sea veraz y se encuentre debidamente actualizada.

En la FUP, indica el numeral 31.2, se informa respecto de los proveedores que tengan los siguientes impedimentos previstos en el párrafo 30.1 del artículo 30:

- De carácter personal: tipos 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E.
- Por parentesco: tipos 2.A, 2.B y 2.C.
- Respecto de personas jurídicas o por representación: tipos 3.C y 3.D.
- Derivados de sanciones administrativas, civiles y penales o por inclusión en otros registros: tipos 4.A, 4.C, 4.D y 4.E.

14.1. Información contenida en el FUP

En cuanto a la información que contiene, el numeral 31.3 asigna al OECE la responsabilidad de realizar las acciones para que la FUP, mediante mecanismos de interoperabilidad con otras entidades o sobre la base de lo declarado por los propios proveedores, contenga la información necesaria para la determinación del impedimento.

Finalmente se indica en el numeral 31.4 que la FUP contiene información histórica de los proveedores, incluyendo los contratos que hubiera suscrito y los procedimientos de selección en los que hubiera participado, entre otros, agregando que las entidades contratantes no pueden exigir a los proveedores la información que conste en la FUP.

En cuanto al contenido, el numeral 36.2 indica que, además de los datos generales del proveedor, sus accionistas y representantes y aquella relacionada con los impedimentos, contiene información sobre:

- Contratos suscritos con entidades contratantes, así como sus modificatorias.
- Contratos de carácter privado declarados por el proveedor ante el RNP, así como documentación adicional para acreditar su experiencia en procedimientos de selección, conforme a las disposiciones que emita el OECE.
- Procedimientos de selección en los que ha participado en los últimos diez años.
- Penalidades obtenidas en los contratos suscritos con entidades contratantes.
- Sanciones de inhabilitaciones y multas impuestas por el TCP.
- Inhabilitaciones por mandato judicial.
- Inhabilitación administrativa por otros organismos facultados por ley.
- Certificados, constancias, licencias, autorizaciones y otros documentos emitidos por entidades públicas.
- Aquella que establezca la DGA mediante directiva.

La información declarada por los proveedores tiene carácter de declaración jurada. No toda la información obtenida es de carácter público, por lo que esta se sujeta a las reservas previstas en la ley de la materia.

Esta disposición es complementada por la segunda disposición complementaria final del RLGCP, que establece que:

- La FUP implementa el módulo de monitoreo que permite progresivamente supervisar su correcto funcionamiento, para identificar posibles inconsistencias de la información y atender las consultas referentes a su contenido, conforme a lo previsto en la directiva correspondiente.
- La FUP considera la información de los proveedores desde el año 2013, pudiendo contemplar información anterior siempre que sea acreditada por el proveedor conforme la directiva que emita OECE para tal efecto.

14.2. Obtención de la información de la FUP

El numeral 36.3 establece que la información obrante en la FUP puede ser obtenida mediante mecanismos de interoperabilidad a través del empleo de la PNI, según la normatividad vigente o declarada por los proveedores, conforme la directiva que emita el OECE.

Por su parte, el 36.4 refiere que la información indica contenida en la FUP sustituye la responsabilidad de los proveedores de presentar la información que sea exigida en los procedimientos de selección para acreditar los requisitos de calificación y/o los factores de evaluación, debiendo los evaluadores revisar en la FUP del proveedor la información correspondiente.

14.3. Corrección de la FUP

La normativa establece en el numeral 36.5 que los proveedores pueden solicitar la corrección, modificación, exclusión o inclusión de información obrante en la FUP conforme a la directiva que emita el OECE. En caso el proveedor no esté conforme con la información proveniente de fuentes externas que alimentan la FUP, se debe gestionar con el propietario de dicha fuente, la actualización de la información correspondiente.

14.4. Los contratos de obra y de consultoría de obra

El numeral 36.6 refiere que, en el caso de contratos de obra y consultoría de obra, los contratos registrados en la FUP se clasifican según su especialidad, subespecialidad y tipología correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 157 del RLGCP.

14.5. Implementación de la FUP

Al ser un instrumento nuevo, su implementación a nivel de todas las entidades públicas tomará tiempo, por lo que en la quinta disposición com-

plementaria transitoria del RLGCP se indica que la información requerida en el artículo 36 de la LGCP será progresiva, agregando las siguientes pautas a seguir:

1. El OECE prioriza la inclusión en la FUP de la información obrante en el SEACE sobre los procedimientos de selección en los que han participado y los contratos que han suscrito los proveedores, para lo cual puede solicitar a los proveedores que declaren o validen la información correspondiente.
2. El OECE informa mediante comunicado la implementación de los rubros de información que componen la FUP, así como la fecha a partir de la cual las entidades contratantes no pueden exigir la presentación a los proveedores de dicha documentación en los procedimientos de selección, debiendo verificarla directamente en la FUP.
3. Hasta que se implemente en la FUP la funcionalidad que permita visualizar la experiencia de los consultores de obra en especialidad, subespecialidad y tipología, se mantiene su inscripción en el RNP en la especialidad y la categoría establecidas en el reglamento de la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N.º 344-2018-EF. Durante este periodo, para poder participar en procedimientos de selección de consultoría de obra, los proveedores requieren contar con RNP de dicho objeto y acreditan su experiencia mediante la presentación de la documentación correspondiente, la cual es verificada por los evaluadores respecto del cumplimiento de los requisitos de calificación de la especialidad, subespecialidad y tipología.
4. En tanto se implemente en la FUP la funcionalidad que permita visualizar la experiencia de los ejecutores de obra en especialidad, subespecialidad y tipología, dichos proveedores acreditan su experiencia mediante la presentación de la documentación correspondiente, la cual es verificada por los evaluadores respecto del cumplimiento de los requisitos de calificación de la especialidad, subespecialidad y tipología.
5. El OECE informa mediante comunicado desde cuando se realiza la verificación d cada uno de los impedimentos detallados en el numeral 31.2 del artículo 31 de la LGCP, así como de la información respecto de la experiencia de los consultores de obra y ejecutores de obra, se realiza exclusivamente por la FUP.

15. EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO DEL PROVEEDOR

Tema que también ha sido incorporado en la reciente normativa, y que se encuentra regulado en el artículo 37 del RLGCP, en particular en lo referente al mecanismo valorativo de la reputación de los proveedores, mediante el cual se publicita el desempeño de los proveedores y se incentiva a su adecuada participación en los procesos de contratación pública.

En este orden, el numeral 37.2 indica que el RNP clasifica trimestralmente a los proveedores, en función de la puntuación que estos obtengan por sus atributos y méritos, lo que se evalúa en forma objetiva, oportuna y fidedigna, conforme a la directiva que emita el OECE.

15.1. La información a considerar

El numeral 37.3 se refiere a la información que se considera para la valoración del desempeño de los proveedores, indicando que es la siguiente:

a) Certificación de programas de cumplimiento específicos en materia de contratación pública.

b) Cumplimiento de plazos de entrega de contrataciones de bienes, servicios y obras: considera la ratio de cumplimiento del proveedor, teniendo en cuenta el número de penalidades por mora impuestas respecto del número de contratos suscritos por el proveedor que cuenten con conformidad.

c) Condenas judiciales con calidad de cosa juzgada impuestas por la comisión de delitos en el marco de relaciones con el Estado y realización de negocios, en tanto se mantengan vigentes, provenientes del Poder Judicial en los siguientes delitos: soborno internacional pasivo, concusión, peculado, peculado de uso, cohecho pasivo o aprovechamiento indebido de cargo, enriquecimiento ilícito, corrupción pasiva, fraude en remates, licitaciones y concursos públicos, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional y cohecho activo en el ámbito de la función pública, cohecho pasivo específico, cohecho activo específico, cohecho activo en el ámbito de la función policial.

d) Resoluciones de sanciones de inhabilitación temporal o permanente, durante el plazo de vigencia, provenientes del TCP.

e) Resoluciones de contrato parcial o total que hayan alcanzado condición de firmeza, por causales imputables al proveedor, registrados por la entidad en la Pladicop.

f) Nivel de riesgo financiero proveniente de la SBS. Cuando la información reportada provenga de más de una entidad financiera, se toma el reporte de mayor riesgo.

g) Adecuación a estándares de sostenibilidad ambiental, económica y social.

15.2. El procedimiento para la valorización del desempeño

El numeral 37.4 indica que la valoración del desempeño de los proveedores comprende el periodo de los cuatro últimos años, salvo en el caso de los literales c) y d) del numeral anterior.

15.3. La información de la valorización de desempeño

Los numerales 37.5 y 37.6 regulan la información de la valoración del desempeño de los proveedores, indicando que esta tiene el carácter de información de acceso público, salvaguardando las reservas previstas por la

ley de la materia, agregando que en caso el proveedor no esté conforme con la información proveniente de fuentes externas que alimentan el módulo de valoración del desempeño del proveedor, debe gestionar con el propietario de dicha fuente la actualización de la información correspondiente.

15.4. Mecanismo valorativo de reputación de los proveedores

La décima octava disposición complementaria final de la LGCP establece el mecanismo valorativo de reputación de proveedores, indicando que el OECE administra el mecanismo valorativo del desempeño de los proveedores inscritos en el RNP, que comprende la difusión de información objetiva, oportuna y fidedigna, como incentivo positivo para su adecuada actuación en contratación pública, que considera la siguiente información de valoración positiva y de méritos de los proveedores:

- Certificación de programas de cumplimiento específicos en materia de contratación pública.
- Cumplimiento de plazos de entrega de contrataciones de bienes, servicios y obras.
- Condenas judiciales con calidad de cosa juzgada impuestas por la comisión de delitos en el marco de relaciones con el Estado y realización de negocios, en tanto se mantengan vigentes.
- Resoluciones de sanciones de inhabilitación temporal o permanente, durante el plazo de vigencia.
- Resoluciones de contrato celebrados con el Estado, que hayan alcanzado condición de firmeza.
- Nivel de riesgo financiero registrado en la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.
- Adecuación a estándares de sostenibilidad ambiental, económica y social de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado peruano.

El numeral 3, por su parte, indica que la información requerida para efectuar la clasificación se obtiene de la Pladicop, así como de otros sistemas de información del Estado, mediante mecanismos de interoperabilidad. La información de esta medición es considerada en la evaluación de proveedores en función de lo dispuesto en las bases de los procedimientos de selección, siendo que esta información no califica por sí misma como impedimento adicional para contratar.

La información completa y desagregada de esta medición es de acceso público, difundida por el OECE, salvo las excepciones establecidas en el TUO de la Ley N.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

16. EL INCENTIVO A LOS PROVEEDORES MEJOR CALIFICADOS

El numeral 38.1 del artículo 38 del RLGCP indica que el OECE clasifica a los proveedores en 5 categorías dependiendo del puntaje obtenido: A, B, C, D y E. La actualización de esta clasificación es trimestral, aplicándose las siguientes reglas:

- A los proveedores que cuenten con la categoría A, B, o C se les otorga puntaje en el factor de evaluación de desempeño, conforme a los rangos establecidos en las bases estándar y en los documentos asociados[87] al catálogo electrónico de acuerdo marco, durante la vigencia de su clasificación.
- Los proveedores de las categorías D y E no obtienen puntaje en el respectivo factor de evaluación.
- Tratándose de consorcios corresponde otorgar el puntaje solo en caso de que el 50 % o más de los consorciados que participan en la ejecución del objeto de la contratación hayan obtenido la calificación A, B o C.

Por su parte la sexta disposición complementaria transitoria se refiere al mecanismo valorativo de la reputación de los proveedores, disponiendo que la implementación de este, así como la consideración en las bases y la asignación de puntaje en el factor de evaluación de desempeño, es progresiva, agregando que, mediante comunicado, el OECE informa la culminación del proceso de implementación del referido mecanismo, así como de la obligatoriedad del factor de evaluación desempeño.

87 El reglamento define a los documentos asociados como los documentos elaborados y aprobado por Perú Compras, que contienen: i) reglas, requisitos, plazos, criterios de admisión y evaluación, texto del Acuerdo Marco, entre otros, que se aplican para los procedimientos de selección de proveedores, ii) reglas especiales para la contratación a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, y iii) reglas para la extensión de vigencia, incorporación de proveedores u otras similares. Estas reglas pueden ser puestas a disposición a través de manuales, guías, instructivos u otros que sean aplicables.

17. COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

En la novena disposición complementaria final de la LGCP se hace referencia al flujo de información entre entidades públicas, en lo referente a las contrataciones públicas. Así se indica que, bajo responsabilidad, de manera gratuita y sin límite de consultas, todas las entidades públicas de las que se pueda requerir información deben proporcionar el acceso a la información pertinente y oportuna con la finalidad de que la DGA, el OECE y Perú Compras puedan desarrollar las funciones que la normativa les otorga.

Se agrega que el acceso a la información se efectúa mediante mecanismos de interoperabilidad entre las entidades públicas, salvaguardando las reservas o excepciones previstas por ley, indicando además que las entidades que no cuenten con las capacidades tecnológicas para interoperar con la Pladicop proporcionan el acceso a la información mediante cualquier otro canal digital o físico.

18. INFORMACIÓN DE LOS BENEFICIARIOS FINALES DE PROVEEDORES DEL ESTADO EN EL RNP

La novena disposición complementaria transitoria del RLGCP establece que el OECE y la SUNAT en un plazo no mayor a 180 días calendario de culminado el vencimiento de la obligación de declarar de todos los sujetos que se encuentran en el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N.° 1372, Decreto Legislativo que regula la obligación de las personas jurídicas y/o entes jurídicos de informar la identificación de los beneficiarios finales, elabora un plan de implementación para la incorporación en el RNP de la información obtenida en el marco de lo establecido en el referido Decreto Legislativo. La implementación del plan no debe superar los 12 meses desde su aprobación.

Capítulo VI

LOS CONSORCIOS

Origen. Autonomía de los consorciados.
La promesa y el contrato de consorcio.
Impedimentos para contratar con el Estado.
Incentivos y bonificaciones. Presentación de ofertas y calificación.
Evaluación de experiencia. La subcontratación.
La muerte de un consorciado

SUMARIO: 1. El origen de los consorcios: de la promesa al contrato de consorcio y del nivel de autonomía de los consorciados. – 2. La promesa y el contrato de consorcio. – 2.1. El representante común. – 2.2. La actividad regulada, la promesa y el requisito de habilitación. – 2.3. Las obligaciones en el contrato de consorcio y la evaluación de obligaciones. – 3. Improcedencia de impedimentos para contratar con el estado por pertenecer a un mismo grupo económicos. – los incentivos, bonificaciones y beneficios a proveedores consorciados. – 5. Presentación de ofertas y requisitos de calificación en el caso de consorcios. – 6. La evaluación de la experiencia de los consorcios en la fase de selección en bienes y servicios en general modalidad abreviada: la bonificación. – 7. La subcontratación en consorcios: posibilidad y prohibición. – 8. La muerte de un consorciado, el cumplimiento de las obligaciones del contrato. La imposibilidad de reemplazo y la posible resolución del contrato. – 9. ¿Es posible consorciarse luego de iniciada la ejecución del contrato?

Existen dos definiciones sobre consorcio: la establecida en el anexo del RLGCP, y la que se encuentra en el artículo 445 de la Ley General de Sociedades, las que se vinculan desde la perspectiva del contrato de consorcio. Así tenemos que el primero lo define como el "contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado"; mientras que el segundo lo define de la forma siguiente:

> [El] contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

Pero ¿cuál es la razón de ser del consorcio en el escenario de las contrataciones pública? La respuesta se encuentra en las citadas definiciones, como es el de fortalecer el mercado de proveedores mediante la asociación de estos para unir capacidades.

En cuanto a su regulación, corresponde al reglamento y la directiva, más que a la ley, tratar los diversos aspectos que componen la conformación y actuar de los consorcios.

1. EL ORIGEN DE LOS CONSORCIOS: DE LA PROMESA AL CONTRATO DE CONSORCIO Y DEL NIVEL DE AUTONOMÍA DE LOS CONSORCIADOS

Las definiciones establecen el espíritu que anima al consorcio, que es una organización nueva y transitoria, creada solo por aquellos que tienen una condición previa, la de estar inscritos como proveedores del Estado, para lo que antes han debido cumplir con los requisitos establecidos en la norma, por lo que previamente a su surgimiento como tal, los integrantes han debido cumplir con la obligación de inscribirse en el RNP, tal como se encuentra establecido en el numeral 23.1 del artículo 23 del RLGCP.

Luego de inscritos, viene la formalización para poder participar en determinado procedimiento de selección, lo que se logra en dos momentos. El primero, se concretiza en la fase de selección, en particular en la presentación de propuestas, donde los consorciados presentan una promesa de consorcio; y la segunda, luego de haber ganado la buena pro y antes del perfeccionamiento del contrato, momento en el cual adjuntan el contrato de consorcio.

En cuanto a la falta de autonomía de las personas que lo conforman, se indica que ello implicaba "que cuando se celebra un contrato público con proveedores agrupados en consorcio, todos y cada uno de estos tenga la calidad de contratista dentro del contrato suscrito; ello significa que –en sentido estricto- son las personas naturales o jurídicas que integran el consorcio quienes detentan los derechos y obligaciones que emanen del contrato" (Opinión N.° 004-2021/DTN).

2. LA PROMESA Y EL CONTRATO DE CONSORCIO

Establecida la definición y el nivel de autonomía, corresponde determinar lo que se entiende por la promesa de consorcio, para lo que recurrimos al criterio del TCP, el que ha establecido que es "la expresión de voluntad de cada uno de los sujetos que se obligan a participar de manera asociada en un determinado proceso de selección" (Resolución N.° 2191-2007/TC-S4).

Bajo esta perspectiva, la promesa deviene en:

> Un contrato preparatorio bajo la modalidad de compromiso de contratar, mediante el cual los sujetos que se comprometen a asociarse en un futuro se obligan a cumplir las funciones o cargos declarados a ejercer, vale decir, comprende el documento o documentos que contienen el acuerdo de voluntades entre dos o más personas que se obligan a dar, hacer o no hacer determinada actividad [...] los sujetos que quieran conformar dicha figura, expresen su voluntad de asociarse en los términos que allí se establecen de manera previa (Resolución N.° 360-2012-TC-S2).

La promesa puede ser denominada de otra forma sin afectar su contenido, ni razón jurídica, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 758/2005.TC-SU, donde se hizo referencia a la denominación 'contrato de asociación en participación' y no así a un 'contrato de consorcio', concluyendo el Tribunal en que, si se cumplían con los requisitos mínimos de validez, no se afectaba la naturaleza jurídica de esta.

En cuanto al contrato de consorcio, tenemos que este puede protocolizarse, por lo que no puede observarse dicha decisión de gestión del postor

ganador de la buena pro, "si bien la normativa de contratación pública no exige elevar a escritura pública el contrato de consorcio, el hecho que un postor quiera acreditar su experiencia mediante el testimonio del contrato de consorcio no debe constituir un impedimento" (Pronunciamiento N.° 691-2017/OSCE-DGR).

Este contrato mantiene el contenido respecto a los integrantes, obligaciones y el porcentaje de participación consignados en la promesa de consorcio, y constituye requisito para perfeccionar el contrato, tal como lo establece el artículo 88 del reglamento.

2.1. El representante común

Desde el ámbito normativo, el numeral 89.1 del artículo 89 del RLGCP establece que el contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas de cada uno de los integrantes ante notario público, señalando en dicho documento al representante común. No tienen eficacia legal frente a la entidad contratante o el OECE los actos realizados por personas distintas al representante común, devienen en ineficaces los "actos realizados por persona distinta al representante común [...]" (Opinión N.° 112-2020/DTN).

2.2. La actividad regulada, la promesa y el requisito de habilitación

La contratación de actividades o servicios que se encuentran regulados por leyes especiales es inevitable en la contratación pública, siendo el problema, cuando se trata de consorcios, ya que se debe determinar quiénes están obligados a cumplir con las disposiciones de la normativa, tema sobre el cual se ha establecido que "solamente aquellos consorciados que se hayan comprometido a ejecutar dicha actividad deben cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley de la materia —esto es, los permisos legales necesarios para la ejecución de la actividad [...] De lo expuesto, se desprende la acreditación del requisito de calificación 'Habilitación' corresponde únicamente, aquellos miembros que, en la promesa de consorcio, se comprometan a realizar actividades reguladas conforme al objeto de la convocatoria [...]" (Opinión N.° 207-2016/DTN).

2.3. Las obligaciones en el contrato de consorcio y la evaluación de obligaciones

Con relación a las obligaciones que pactan los consorcios en la promesa, y que luego se estipulan en el contrato respectivo, tenemos que estas reflejan:

la división de funciones al interior del consorcio como la respectiva participación de sus integrantes", por lo que a "es a partir de dicha promesa que se evaluará lo que cada miembro aporta en el consorcio, conforme a los documentos sustentatorios pertinentes [...] según criterio adoptado por este Tribunal en casos semejantes[88], las obligaciones asumidas deben permanecer inalterables en el tiempo, sin que estas puedan variar una vez otorgada la buena pro, ya que lo contrario supondría la desnaturalización de la distribución y la proporción de los compromisos concertados (Resolución N.° 360-2012-TC-S2).

3. IMPROCEDENCIA DE IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO POR PERTENECER A UN MISMO GRUPO ECONÓMICO

Comencemos por la no afectación de la capacidad para contratar con el Estado, tema sobre el cual se ha precisado que "no habría afectación cuando los proveedores —a pesar de pertenecer a un mismo grupo económico— se agrupen en un consorcio durante el desarrollo de un procedimiento de selección" (Opinión N.° 117-2019/DTN); criterio concordante con el establecido en la Resolución N.° 0640-2019-TC-S3.

4. LOS INCENTIVOS, BONIFICACIONES Y BENEFICIOS A PROVEEDORES CONSORCIADOS

La normativa establece distintos criterios para otorgar incentivos a los proveedores registrados en el RNP, los primeros están dirigidos a los que agrupados en consorcio tengan un nivel de desempeño alto, siendo que, cuando se trata de consorcios el numeral 38.3 del artículo 38 del RLGCP, indica que corresponde otorgar el puntaje solo en caso de que el 50 % o más de los consorciados que participan en la ejecución del objeto de la contratación hayan obtenido la calificación A, B o C.

Los segundos son las bonificaciones para las micro y pequeña empresas, respecto de las cuales el numeral 75.5 del artículo 75 del RLGCP dispone que en los procedimientos de selección o ítems cuya cuantía corresponda a una modalidad abreviada, las bases estándar contemplan bonificaciones en el puntaje a los consorcios conformados en su totalidad por estas.

El tercero es el establecido en el numeral 75.6, el que indica que para la contratación de servicios en general, consultoría y obras, que el domicilio a considerar es el que figura en la constancia de inscripción en el RNP, agregando que las bases estándar contemplan una bonificación equivalente al

88 Resoluciones N.° 550/2004.TC-SU, N.° 2257-2008-TC-S4, N.° 825-2009-TC-S2 y N.° 2184-2010-TC-S1.

10 % sobre el puntaje total para los postores con domicilio en la provincia donde presta el servicio o se ejecuta la obra, o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región, estableciendo para su aplicación las siguientes reglas:

- Para la contratación de servicios en general y consultorías cuya cuantía no supere los S/ 200 000.00.
- Para la contratación de obras cuya cuantía no supere S/ 900 000.00.

En cuarto lugar, se tiene que la décima disposición complementaria final se establecen las reglas para la aplicación de la exoneración del IGV prevista en la Ley N.° 27037, la que alcanza también a los postores consorciados. Así se indica que si durante la estrategia de contratación, la entidad contratante advierte que es posible la participación de proveedores que gozan del citado beneficio de exoneración del IGV, se tiene en cuenta lo siguiente:

1. La cuantía de la contratación incluye todos los conceptos que incidan sobre el objeto de la contratación, incluido el IGV.
2. En los procedimientos de selección en los que la cuantía sea punto de referencia de las ofertas, las bases deben incluir los límites con y sin IGV, con independencia del lugar en el que se convoque el procedimiento de selección o se suscriba el contrato.
3. Si las ofertas económicas presentadas no se encuentran dentro de los límites establecidos son descalificadas. Las ofertas que no incluyan el IGV son contrastadas con los límites de la cuantía sin IGV.
4. En los procedimientos de selección en los que la cuantía de la contratación no sea punto de referencia para las ofertas:
   a) El postor que goza de la exoneración prevista en la Ley N.º 27037 formula su oferta económica excluido el IGV.
   b) El postor que no goza de la exoneración prevista en la Ley N.º 27037 formula su oferta económica incluido el IGV.

En quinto lugar, se tiene el beneficio que también alcanza a los consorcios es el referido a los casos de empate, donde el artículo 81 del RLGCP indica que se define por ellos en los siguientes casos:

- La buena pro se otorga al postor que sea microempresa o pequeña empresa integrada por personas con discapacidad o a un consorcio conformado en su totalidad por estas empresas, siempre que acredite tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia.
- La buena pro se otorga al postor que sea microempresa o pequeña empresa o a un consorcio conformado en su totalidad por estas,

siempre que estén debidamente acreditadas de acuerdo con la normativa de la materia.

En el caso específico de los consorcios, se tienen, además, estas disposiciones:

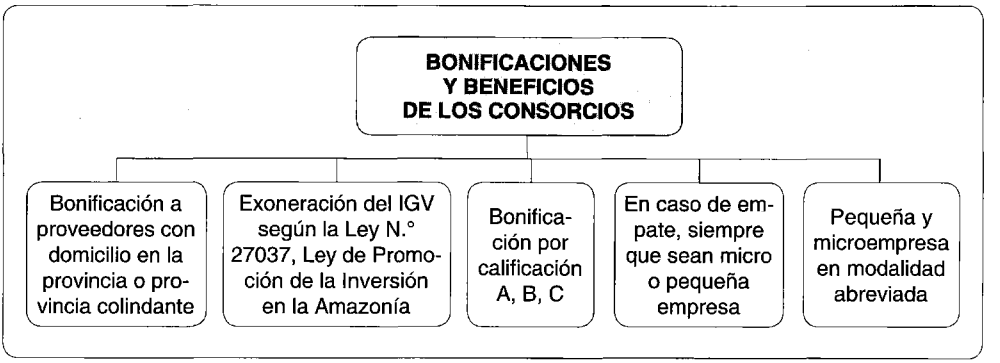
CONSORCIOS CONFORMADOS POR MICROEMPRESAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS INTEGRADAS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia

CONSORCIOS CONFORMADOS POR MICROEMPRESAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS

Siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia.

En síntesis, los consorcios están afectos a las siguientes bonificaciones y beneficios.



5. PRESENTACIÓN DE OFERTAS Y REQUISITOS DE CALIFICACIÓN EN EL CASO DE CONSORCIOS

En cuanto al contenido de las ofertas, el artículo 69 del RLGCP regula el contenido de estas, indicando respecto de los consorcios, que la oferta técnica debe contener, entre otras cosas, la promesa de consorcio con firmas electrónicas, o en su defecto, firmas legalizadas, de ser el caso, en la que se consignen los integrantes, el representante común, el domicilio común y las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones.

La regla general es que los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems.

Sobre los requisitos de calificación, los que permiten determinar si los postores cuentan con las capacidades y aptitudes para ejecutar el contrato, se indica respecto de la participación en consorcio que se debe establecer:

- El número máximo de consorciados en función de la naturaleza de la prestación.
- Porcentaje mínimo de participación de cada consorciado y/o que el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación.

6. LA EVALUACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LOS CONSORCIOS EN LA FASE DE SELECCIÓN EN BIENES Y SERVICIOS EN GENERAL MODALIDAD ABREVIADA: LA BONIFICACIÓN

El artículo 131 del RLGCP, que regula los requisitos de calificación en bienes y servicios, establece que en estos casos, cuando se incluya el requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad, la experiencia exigida a los postores que acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa, o los consorcios conformados en su totalidad por estas, no puede superar el 25 % de la cuantía, siempre que el procedimiento de selección o ítem respectivo, por su cuantía, corresponda a la modalidad abreviada de un procedimiento de selección.

7. LA SUBCONTRATACIÓN EN CONSORCIOS: POSIBILIDAD Y PROHIBICIÓN

En la Opinión N.° 149-2019/DTN se definió el rol del tercero en la subcontratación, indicando que "la subcontratación implica que un 'tercero' ejecute parte de las prestaciones a las que se obligó el contratista frente a la entidad, entendiéndose por 'tercero' a una persona, natural o jurídica, necesariamente distinta a las partes conformantes de la relación contractual; es decir, una persona distinta al contratista".

Definiendo el "tercero" tenemos que la normativa establece la posibilidad de implementar la subcontratación, disposición permisiva que tiene, a su vez, la limitación de que no es posible que el consorcio subcontrate con algunos de sus integrantes, o con otro consorcio conformado por alguno de ellos:

> [Si] si bien el consorcio es distinto de sus integrantes, estos no son ajenos a la relación contractual, sino que forman parte del consorcio contratista.
>
> Por lo tanto, no resulta válida la subcontratación del consorcio con alguno de sus integrantes, así como con otro consorcio conformado por alguno de ellos, dado que estos son parte del contrato celebrado con la entidad y no son terceros ajenos a esta relación contractual (Opinión N.° 048-2012/DTN).

8. LA MUERTE DE UN CONSORCIADO, EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO. LA IMPOSIBILIDAD DE REEMPLAZO Y LA POSIBLE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La muerte siempre es una posibilidad real, que se agrava por las consecuencias que puede generar, en este caso en la relación entre consorciados en la ejecución de un contrato administrativo, donde pueden quedar obligaciones pendientes de cumplimiento, tema sobre el cual el fenecido OSCE se ha pronunciado, indicando que

> No ha establecido regulación alguna sobre las consecuencias generadas por la muerte de uno de los integrantes del consorcio; sin embargo, ha establecido la prohibición de modificar la conformación del consorcio [...] así como las obligaciones y el porcentaje de las obligaciones que corresponde a cada uno de sus integrantes [...] tras un suceso como lo es la muerte de uno de los integrantes del consorcio, no es posible que los integrantes supérstites sustituyan al integrante extinto o modifiquen las obligaciones de los integrantes supérstites y los porcentajes de estas a fin de asumir las obligaciones que correspondían al integrante ahora extinto.
>
> No obstante lo anterior, ante una situación como la presentada donde no es posible sustituir a un integrante extinto del consorcio, corresponde al resto de integrantes evaluar la factibilidad de ejecutar las prestaciones correspondientes al contrato en ausencia de dicho integrante, de lo contrario podría solicitarse la resolución del contrato... (Opinión N.° 149-2019/DTN).

9. ¿ES POSIBLE CONSORCIARSE LUEGO DE INICIADA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO?

El consorcio es una figura jurídica que se ubica en las fases de selección y ejecución contractual, por lo que siendo la contratación pública un procedimiento compuesto por fases preclusivas, en caso de concretarse dicha posibilidad "[...] se estaría modificando al contrato mismo, pues —como es sabido— uno de sus elementos esenciales son las partes" (Opinión N.° 120-2020/DTN), por lo que dicha pretensión es inviable.

Capítulo VII

CAPACIDAD, LIMITACIONES, IMPEDIMENTOS Y PRESUNCIONES

Independencia del régimen legal aplicable. Impedimentos para contratar con el Estado. Alcance. Definición de funcionario público. Fundamento del tiempo del impedimento. Los impedimentos de carácter personal. Impedimentos debido al parentesco. Impedimentos para personas jurídicas o por representación de estas. Impedimentos derivados de sanciones administrativas, civiles y penales, o por inclusión en otros registros. La colaboración eficaz. Verificación de impedimentos. Acreditación de impedimentos. Inaplicación de impedimentos

SUMARIO: 1. Capacidad, limitaciones y presunciones. – 2. La independencia del régimen legal aplicable. – 3. Los impedimentos para contratar con el estado: alcance y temporalidad. – 3.1. Los impedimentos de carácter personal. – 3.1.1. La definición de funcionario público. – 3.1.2. Impedimentos de las personas naturales o jurídicas con intervención directa en el procedimiento de selección. – 3.1.3. Fundamento del tiempo del impedimento. – 4. Los impedimentos en la LGCP. – 4.1. Alcance de los impedimentos de carácter personal. – 4.1.1. Impedimento tipo 1.a. – 4.1.2. Impedimento tipo 1.b. – 4.1.3. Impedimento tipo 1.c. – 4.1.4. Impedimento tipo 1.d. – 4.2. Impedimentos debido al parentesco. – 4.2.1. La excepción a la aplicación del impedimento. – 4.2.2. El impedimento tipo 2.a. – 4.2.3. Impedimentos tipo 2.b, 2.c, 2.d y 2.e. – 4.3. Impedimentos para personas jurídicas o por representación. – 4.3.1. La pertenencia a un mismo grupo económico. –4.3.2. La regulación en la LGCP. – 4.4. Impedimentos derivados de sanciones administrativas, civiles y penales, o por la inclusión en otros registros. – 4.4.1. Los consorcios. – 4.4.2. La colaboración eficaz. – 4.4.3. Deudores de reparación civil. – 4.4.4. La regulación en la LGCP. – 5. Acreditación de los impedimentos a través de la declaración jurada. – 6. Disposiciones para la verificación de impedimentos y de los casos de inaplicación. – 6.1. La verificación de impedimentos. Reglas. – 6.2. Las reglas de verificación de los impedimentos. – 6.2.1 verificación de inaplicación por desafectación en el REDAM y por parentesco. – 6.2.2. Supuestos de inaplicación temporal de impedimentos por riesgo de desabastecimiento, proveedor único y por contratación complementaria

El gasto eficiente y el control de los recursos públicos que se ejecutan para la contratación de bienes y servicios, así como para la ejecución de obras, en la atención del interés común, constituyen el fundamento de la normativa (Opinión N.° 083-2017/DTN), escenario donde la regla general es que todos tienen libertad para contratar con el Estado en la medida en que cumplan con los requisitos que él establece para ello; regla general que puede verse disminuida o conculcada en razón de determinadas situaciones que se pueden presentar en el contexto de las contrataciones públicas, en el que convergen intereses diversos, presentándose normativamente como impedimentos, los que al constituir una restricción de la libertad para contratar con el Estado, deben ser interpretados de forma estricta. "[...] existen determinadas personas cuya participación en ellos puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia, debido a la posición que poseen en el propio Estado, la naturaleza de sus atribuciones, o por la sola condición que ostentan (su vinculación [...]" (Resolución N.° 3395-2022-TCE-S1).

Así, a fin de determinar si una persona natural o jurídica se encuentra impedida de ser postor y/o contratista, debe examinarse si en su condición de tal, se verifican algunos de los supuestos de restricción expresamente declarados por norma con rango de Ley (Resolución N.° 1733-2008-TC-S2, Resolución N.° 2332-2019-TCE-S2), no pudiendo ser aplicados por analogía[89] a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la norma[90].

Apreciación a la que agrega que el establecimiento de los impedimentos no implica "atentar contra los derechos de los participantes, postores y/o contratistas, pues posee justificación legítima, cual es la protección de los prin-

89 El numeral 9 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prevé: "El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos" (el resaltado es agregado); asimismo, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

90 Se ha establecido, en relación con su aplicación por analogía, que al ser normas que restringen derechos "[...] no resultaría viable que puedan extenderse o aplicarse analógicamente a otros supuestos no contemplados en el referido dispositivo (sobre el particular, el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil señala que 'la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía')" (Opinión N.° 036-2010-DTN; Opinión N.° 023-2010/DTN; Opinión N.° 140-2019/DTN; Opinión N.° 158-2019/DTN).

cipios establecidos en la Ley, enmarcados en lo establecido en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú" (Resolución N.° 3395-2022-TCE-S1).

Respecto a la posibilidad de que mediante ley se puedan establecer otros impedimentos para contratar con el Estado, tenemos que, en atención a la jerarquía normativa, esta es una posibilidad cierta.

> [...] mediante ley pueden establecerse supuestos de inaplicación adicionales [...] si bien [...]la Ley establece que los impedimentos resultan aplicables cualquiera sea el régimen legal de contratación, deberá evaluarse las particularidades que presente cada supuesto excluido o régimen especial de contratación, a efectos de determinar si éste se enmarca dentro de lo establecido en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si además la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan (Opinión N.° 020-2019/DTN).

Finalmente, respecto de si la cantidad de veces que un proveedor podía contratar con el Estado constituiría algún impedimento, se estableció que la normativa no ha previsto como un impedimento el número de veces que un proveedor pueda contratar con una determinada entidad dentro de un periodo o ejercicio fiscal (Opinión N.° 119-2020/DTN).

1. CAPACIDAD, LIMITACIONES Y PRESUNCIONES

En el proceso de contratación pública se establecen dos niveles vinculados a la capacidad. El primero, referido a la capacidad en general, donde se verifica si se cumple con los requisitos establecidos en la normativa común; y el segundo, que está referido a la capacidad para contratar con el Estado. Así, la capacidad, que se encuentra regulada por las normas de derecho común, y es modulada en la LGCP, a partir del entendimiento de la posibilidad normativa que tienen ciertas personas naturales o jurídicas de participar en las contrataciones estatales, siendo que esta solo puede ser limitada o restringida por ley expresa o ley especial, tal como se encuentra descrito en los pronunciamientos N.° 294-2005/GTN y N.° 225-2005/GTN.

Estando a lo precedentemente expuesto, la limitación en cuestión solo alcanzaría a determinadas personas, las que además de estar inscritas como proveedores del Estado, tengan características que las diferencien de los demás postores o proveedores, por su ubicación en la organización del Estado, incluyendo a la entidad convocante, o en las personas naturales o jurídicas en las que de darse su participación, incluyendo a las personas en mención, generaría cuestionamientos por la probable afectación sobre la objetividad y trato igualitario, siendo por tanto un riesgo que la Administración pública debe evitar.

El riesgo conduce al establecimiento de presunciones legales que no admiten prueba en contrario, por cuanto si este se materializa deja de ser tal para constituirse en un hecho irregular, originado en la injerencia, ventaja o privilegios que tuvieron estas personas debido al cargo que ostentan o por sus vínculos familiares; escenario en el cual el conflicto de intereses es manifiesto, situación que no puede ser tolerada.

Por estas razones, se considera que deviene en imperativo evitar que determinados sujetos "[...] —ya sea por razón de su alta investidura, por su injerencia directa en la toma de decisiones o el acceso previo a información preparatoria— se encuentren en una posición de privilegio respecto de los potenciales proveedores de bienes, servicios u obras que actúan como agentes que se desenvuelven en una economía mercado[91]; decisión que permite garantizar 'las condiciones necesarias mínimas que aseguren el cumplimiento del objeto del contrato con los niveles de seriedad y responsabilidad que requiere una relación con el Estado'" (Dromi, 1995, p. 308).

Lastimosamente esta decisión, aceptada en la doctrina y en las distintas normas que han regulado las contrataciones públicas en el Perú, fue dejada de lado el año 2024 por el Congreso de la República.

2. LA INDEPENDENCIA DEL RÉGIMEN LEGAL APLICABLE

Al constituir los impedimentos ser una disposición consignada en la ley general, deviene, en consecuencia, en una limitación de alcance general, tema sobre el cual en la Opinión N.° 032-2013/DTN se estableció que era de aplicación a las contrataciones que se realizan bajo el régimen general de contratación, como las que se efectúan bajo el ámbito de regímenes especiales, disposición que abona a la transparencia en las contrataciones públicas.

El fundamento se encuentra en la interpretación que sobre el artículo 76 de la Constitución Política ha efectuado el Tribunal Constitucional, donde se indica que "los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones públicas [...] resultan aplicables tanto al régimen general de contratación pública regulado por la normativa de contrataciones del Estado, como a los regímenes legales regulados mediante leyes especiales" (Opinión N.° 027-2016/DTN).

91 En efecto, el principio de trato justo e igualitario consagrado en el artículo 3 de la Ley señala expresamente que todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades "en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley".

Al respecto, el artículo 30 de la LGCP establece los impedimentos para contratar con el Estado o, lo que es lo mismo, impedimentos para ser proveedor del Estado, tema denso en la contratación pública y que siempre es materia de noticia, más aún con la nueva normativa que ha flexibilizado estos.

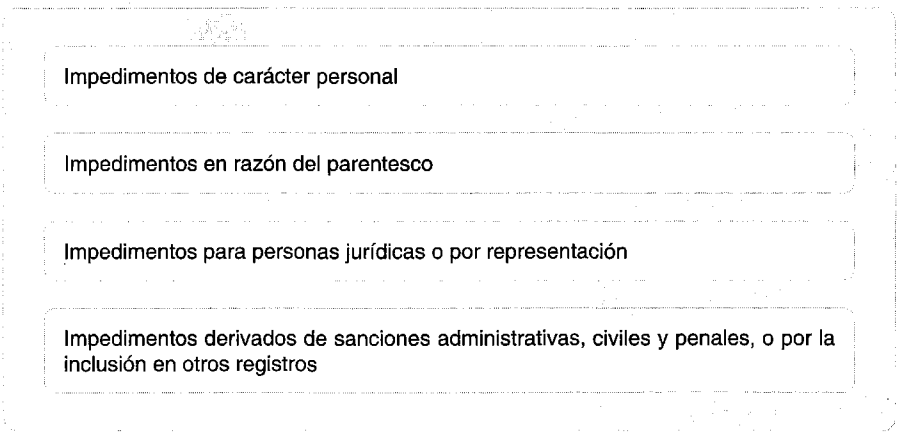
Tal como hemos indicado, los sujetos a quienes comprende trascienden a determinado régimen legal, tema al que se refiere el numeral 30.1 del artículo 30, indicando que alcanza al participante, postor, contratista o subcontratista con la entidad contratante.

3. LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO: ALCANCE Y TEMPORALIDAD

La norma establece categorías de impedimentos para contratar con el Estado, los que tienen como finalidad evitar el conflicto de intereses, los que también alcanzan a los procedimientos según relación de ítems:

> [...] (teniéndose en cuenta que cada ítem constituye un procedimiento independientemente dentro de un procedimiento principal[92]), a cada ítem se le aplica las reglas correspondientes al principal [...] por lo que [...] el impedimento [...] se aplica respecto a aquellos proveedores que pertenecen a un mismo grupo económico e intervengan en un mismo ítem —*dentro de un procedimiento de selección* [...] (Opinión N.° 082-2019/DTN).

Un aspecto importante es el referido al alcance de los impedimentos y la temporalidad de estos, los que se desenvuelven en los distintos rubros que comprenden las siguientes categorías:



92 Cada ítem debe tener un monto individual mayor a 8 UIT para constituir un procedimiento de selección independiente dentro del procedimiento de selección principal.

3.1. Los impedimentos de carácter personal

El numeral 1 del numeral 30.1 regula los impedimentos de carácter personal, los que son aplicables a autoridades, funcionarios o servidores públicos de acuerdo con lo que señala la norma, subdividiéndolos en siete tipos (1.A, 1.B, 1.C, 1.D, 1.E, 1.F, 1.G).

Al tratarse de personas vinculadas a distintos niveles de la gestión del Estado, previamente a la determinación específica consideramos pertinente continuar delimitando el concepto de funcionario público en las contrataciones estatales.

3.1.1. La definición de funcionario público

Atendiendo a que los citados impedimentos se refieren, en términos generales, a la condición de funcionario público seguidamente presentaremos los criterios que ha establecido el TCP a efectos de delimitar el concepto de funcionario público en el ámbito de las contrataciones públicas.

> [Si] si bien existe cierto consenso en definir al funcionario y/o servidor público, en términos amplios, como toda persona que desempeña una 'función o servicio público', se encuentra al servicio o en cumplimiento de funciones para el Estado, independientemente del régimen laboral o contractual en el cual se halle vinculado con el Estado, tal concepción no resulta suficiente o idónea para delimitar el ámbito de extensión del citado impedimento, ya que adoptar como criterio dicha definición equivaldría a establecer, como regla general, la imposibilidad de ser postor y/o contratista del Estado para toda aquella persona que, de alguna u otra forma, se relacione con la prestación de funciones y/o servicios públicos, lo cual implicaría socavar el principio de interpretación estricta que debe realizarse a las normas que restringen derechos, [...] y los principios de libre competencia e imparcialidad consagrados en el mismo cuerpo normativo (Resolución N.° 1030-2010-TC-S4).

Por ello, se indica, que a efectos de establecer una definición compatible con la normativa respecto de lo que debe entenderse por "funcionario y/o servidor público", se debe partir por cautelar que el ámbito de extensión del citado impedimento "involucre solo a ciertas calidades de personas relacionadas con la administración del Estado, a efectos de salvaguardar el carácter estricto en la interpretación de las normas que restringen derechos, y que dicha definición sea coherente con la finalidad perseguida por la Ley al establecer el mencionado impedimento" (Resolución N.° 1030-2010-TC-S4).

Teniendo en cuenta ello, y de forma concordante con lo expuesto en los rubros precedentes, se considera que la normativa que restringe dere-

chos "debe ser interpretada de forma estricta, es decir, de aplicación única y exclusiva a aquellas personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses al participar o contratar con el Estado, y no determinarse así que, por su sola calidad de funcionario, empleado de confianza y servidor público esté impedido para ser postor y/o contratista" (Resolución N.° 1030-2010-TC-S4).

Como agregado debemos indicar, en relación con esta restricción para los funcionarios y/o servidores públicos, que se ha concluido que tienen "prohibido de mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimento de los deberes y funciones a su cargo" (Opinión N.° 023-2010/DTN).

3.1.2. Impedimentos de las personas naturales o jurídicas con intervención directa en el procedimiento de selección

Este impedimento viene de la legislación anterior. Pero ¿cuál es su objetivo de este impedimento? En principio es el de garantizar la igualdad de acceso a la información entre los proveedores que decidan participar en el procedimiento de selección, en razón de que quienes intervinieron en forma directa en la fase de los actos preparatorios poseen ventaja respecto de los que no lo hicieron, ya que cuentan con información privilegiada.

Luego tenemos el problema del conflicto de intereses, ya que la posición de privilegio los podría conducir a establecer requisitos o factores de evaluación acordes con su perfil, afectando con ello la objetividad e imparcialidad (Opiniones N.° 036-2010/DTN, N.° 026-2016/DTN, N.° 068-2018/DTN y N.° 051-2019/DTN).

Establecido el objetivo del impedimento, otro factor relevante para su análisis son los elementos que lo determinan, siendo estos la participación efectiva y directa por parte de la persona natural o jurídica, en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso.

Por lo tanto, "debe entenderse que la intervención directa de terceros necesariamente deberá estar referida a determinar las condiciones definitivas del requerimiento a convocar" (opiniones N.° 090-2009/DTN, N.° 036-2010/DTN), resultando fundamental "el carácter vinculante de los referidos documentos en la determinación final del requerimiento institucional; es de-

cir, si tiene efecto definitorio u obliga a la entidad a actuar conforme a su contenido"[93].

Como ejemplo podríamos poner la prohibición aplicable al profesional que elaboró el expediente técnico de obra, decisión que se justifica en:

> [...] i) este dispondría de información específica y mucho más detallada de la obra, en comparación con otros proveedores que potencialmente podrían presentarse en el procedimiento de selección para contratar la ejecución de la obra, situación que podría afectar la competencia efectiva del procedimiento; y ii) que, de permitírsele liminarmente que este participe en el proceso de contratación como participante, postor, contratista o subcontratista, se estaría creando el riesgo de que este profesional favorezca su propia participación, con lo cual el proceso de contratación –lo que incluye la etapa de ejecución contractual perdería objetividad e imparcialidad (Opinión N.° 068-2021/DTN).

En cuanto a los consorcios, se tiene que ante los mismos hechos descritos, se tendrá igual limitación, la que alcanza a la totalidad de sus integrantes, "si un consorcio, en calidad de contratista, participó en la determinación de las características técnicas, entonces dicho consorcio, así como cada uno de sus integrantes se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en el correspondiente proceso de contratación, independientemente de las obligaciones que asumieron mientras estuvieron consorciados" (Opinión N.° 051-2019/DTN).

3.1.3. Fundamento del tiempo del impedimento

En la mayoría de los tipos de impedimentos, se ha establecido, a diferencia de la norma derogada, que este alcanza a los seis meses (y no doce como consignaba la normativa derogada) luego de dejado el cargo, decisión que tendría sustento en algunos criterios expuestos por el Tribunal Constitucional, los que son citados en la exposición de motivos de la LGCP.

> **6.** Para determinar en 6 meses el impedimento luego de cesar el impedido en el cargo, en coherencia con el principio de proporcionalidad y tratando de establecer un parámetro razonable, se ha recurrido a los criterios expuestos por el Tribunal Constitucional (expediente 3150-2017-PA/TC), que fundamentan su decisión atendiendo al principio de la libre concurrencia (al limitar el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación estatales) y al principio de competencia (pues los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y

93 Salvo en el caso de los contratos de supervisión de obras.

> obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, encontrándose prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia) (Poder Ejecutivo, 2024, p. 72)

Lastimosamente, la lectura de este párrafo de la exposición de motivos no consigna fundamento alguno para sustentar la decisión del legislador de reducir el tiempo del impedimento.

4. LOS IMPEDIMENTOS EN LA LGCP

4.1. Alcance de los impedimentos de carácter personal

4.1.1. Impedimento tipo 1.A

Se tiene como novedad en la relación de funcionarios impedidos en el tipo 1.A, además del presidente, vicepresidente y congresistas, a los diputados, senadores y ministros de Estado; decisión cuyo fundamento de se encuentra en la exposición de motivos de la LGCP, la que indica que se efectúa "en atención a que el poder político del cargo y representación que ejercen a nivel nacional en coordinación con los diferentes sectores, podría conllevar la presencia de conflictos de intereses en los procesos de contratación pública a nivel nacional" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 70).

En este caso el vicepresidente se ve afectado cuando ejerce el cargo de presidente.

Impedimentos de carácter personal	Alcance
Tipo 1.A Presidente de la República. Vicepresidente de la República. Congresistas, diputados o senadores de la República. Ministro de Estado.	Durante el ejercicio del cargo y dentro de los seis meses siguientes a la culminación de este, en todo proceso de contratación a nivel nacional. En el caso del vicepresidente de la República, el impedimento aplica solo cuando asuma el cargo de presidente de la República, salvo que ejerza otro cargo distinto, en cuyo caso se aplica el del impedido correspondiente.

4.1.2. Impedimento tipo 1.B

En el impedimento de tipo 1.B, la justificación reside en el "principio de proporcionalidad dado que son cargos de naturaleza jurisdiccional o técnica, que no tienen la misma exposición o poder político o intervención y representación que los impedidos del Tipo 1.A" (Poder Ejecutivo, 2024, pág. 71).

Impedimentos de carácter personal	Alcance
Tipo 1.B Juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República. Miembro del Tribunal Constitucional. Miembro de la Junta Nacional de Justicia. Fiscal supremo del Ministerio Público. Defensor del pueblo. Contralor general de la República. Miembro del Jurado Nacional de Elecciones.	Durante el ejercicio del cargo y dentro de los 6 meses siguientes a la culminación de este, en todo proceso de contratación a nivel nacional.

4.1.3. Impedimento tipo 1.C

Para el caso de los impedimentos tipo 1.C, se ha procedido de la misma forma que en los del tipo 1.B, en cuanto a la reducción del impedimento a seis meses luego de dejado el cargo, pero "únicamente en los procesos de competencia institucional (órganos constitucionalmente autónomos), sectorial (viceministros de Estado), territorial (gobernadores, vicegobernadores y alcaides, en el ámbito de sus funciones) o jurisdiccional (jueces y fiscales) a la que pertenecieron, según corresponda" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 71).

Impedimentos de carácter personal	Alcance
Tipo 1.C Titular de la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Titular del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Titular de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Miembro del directorio del Banco Central de Reserva del Perú. Viceministro de Estado. Gobernador y vicegobernador regional y consejero regional. Alcalde y regidor. Juez superior de las cortes superiores de justicia. Fiscales superiores del Ministerio Público.	Durante el ejercicio del cargo, en todo proceso de contratación a nivel nacional y durante los seis meses siguientes a la culminación de este en los procesos dentro de la competencia institucional (órganos constitucionalmente autónomos), sectorial (viceministros de Estado), territorial (gobernadores, vicegobernadores y alcaldes, en el ámbito de sus funciones) o jurisdiccional (jueces y fiscales) a la que pertenecieron, según corresponda. Los consejeros regionales y regidores, en todo proceso de contratación en el ámbito de su competencia territorial durante el ejercicio del cargo y hasta los seis meses siguientes de la culminación de este.

Como complemento a lo expuesto, indicamos que la Constitución Política de 1993 establece los siguientes organismos constitucionalmente autónomos: las universidades (artículo 18): la Contraloría General de la República (artículo 82); el Banco Central de Reserva (artículo 84); la Superintendencia de Banca y Seguros (artículo 87); el Consejo Nacional de la Magistratura

(artículo 150); el Ministerio Público (artículo 158); la Defensoría del Pueblo (artículo 161); el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 177); el Tribunal Constitucional (artículo 201).

4.1.4. Impedimento tipo 1.D

Cuando se hace referencia al impedimento de tipo 1.D, se reitera el tiempo de seis meses luego de dejado el cargo, pero además se considera a los funcionarios públicos, directivos públicos, servidores de confianza y otros servidores civiles con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia.

El tema relevante es el poder de dirección o decisión, por lo que previamente deberán ser definidos, teniendo como referencia a las opiniones del fenecido OSCE, "un exservidor no se encuentra impedido de ser participante, postor o contratista y/o subcontratista de la entidad de la cual formó parte [...] cuando por la función desempeñada no hubiera tenido o no tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación o cuando su participación no le genere conflicto de intereses" (opiniones N.° 140-2017/DTN y N.° 148-2017/DTN).

Por su parte, se ha indicado que para determinar si un servidor público tiene poder de dirección o decisión y "será necesario realizar un análisis de los elementos del cargo que ostenta la persona que está siendo evaluada, bajo lo dispuesto en la norma especial de la materia" (Opinión N.° 002-2024/DTN).

En cuanto a los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, en la citada Opinión N.° 140-2017/DTN se estableció sobre los alcances de la ley especial de la materia, que "ello no enerva que el impedimento es de aplicación para todo servidor público de una entidad, independientemente que su cargo se encuentre previsto, o no, en el Cuadro de Asignación de Personal Provisional de la entidad".

Impedimentos de carácter personal	Alcance
Tipo 1.D Titulares de las entidades contratantes y autoridades de la gestión administrativa, distintas a las autoridades de los tipos 1.A, 1.B y 1.C. Funcionario público, directivo público, servidor de confianza y otros servidores civiles con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia. Gerente de la empresa del Estado.	Durante el ejercicio del cargo, en todo proceso de contratación a nivel nacional y dentro de los seis meses siguientes a la culminación del cargo en los procesos de la entidad contratante a la que pertenecieron.

Tipo 1.E Director de la empresa del Estado. Miembro del consejo directivo de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.	Durante el ejercicio del cargo y dentro de los seis meses siguientes a la culminación de este, en todo proceso de contratación de la entidad contratante de la cual forma parte el directorio o consejo directivo y en la entidad contratante a la que representan, según corresponda.
Tipo 1.F Servidor público distinto a las personas de los tipos 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E, incluido aquel sujeto a carreras especiales y trabajadores de las empresas del Estado.	Durante la vigencia del vínculo laboral con la entidad en todo proceso de contratación de la entidad a la que pertenecen. Dentro de los seis meses siguientes a la culminación de dicho vínculo en los procesos de contratación de la entidad, siempre que, por la función desempeñada, hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos, o presenten conflicto de intereses.
Tipo 1.G Persona natural o jurídica que, como parte o representante de la entidad contratante, intervenga directamente en las siguientes actuaciones: a. Determinación del requerimiento o la estimación del presupuesto, salvo que se trate de la participación en la etapa de interacción con el mercado, prevista en el Título IV de la presente ley. b. Elaboración de documentos del procedimiento de selección. c. Calificación o evaluación de ofertas. d. Conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión.	En el proceso de contratación respectivo, mientras este dure.

4.2. Impedimentos debido al parentesco

En este orden, la normativa pasa al siguiente nivel, siendo este el referido a los parientes, donde se indica como fundamento que "se ha establecido como salvedad para la configuración del impedimento que el familiar hubiese suscrito un contrato derivado de un procedimiento de selección competitivo o no competitivo o hubiese ejecutado cuatro contratos menores, en el mismo tipo de objeto al que postula (bien, servicio u obra), en los dos años previos a la convocatoria del procedimiento de selección, contratación directa o a la adjudicación de un contrato menor" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 76). A esta precisión se le agrega, al igual que en el caso de los altos funcionarios, la disminución del tiempo del impedimento, el que ha pasado de doce a seis meses.

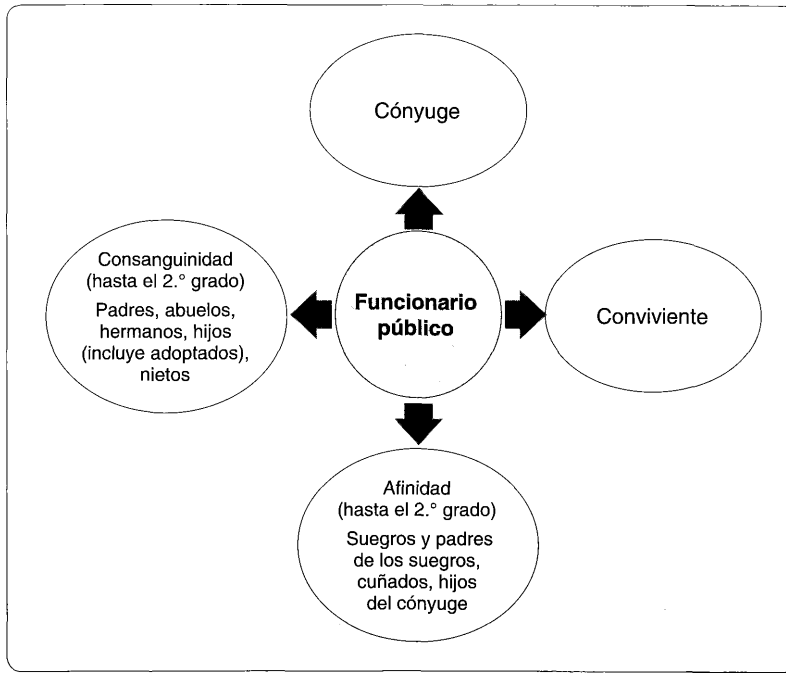
En cuanto al parentesco, tenemos que el artículo 236 del Código Civil[94] regula el parentesco consanguíneo, del que se deduce "que los abuelos de una persona natural son sus parientes consanguíneos en segundo grado. Por lo tanto, los abuelos de los 'funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos' de una entidad, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que dicha entidad lleve a cabo" (Opinión N.° 070-2012/DTN).

Sobre la vigencia del impedimento, se ha establecido:

> [En] caso de que el cónyuge, conviviente y/o pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del funcionario [...] deje de ser integrante de los órganos de administración, apoderado o representante legal de la persona jurídica, esta dejará de estar impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista en todo proceso de contratación pública. [...] producida dicha renuncia o remoción [...] esta última dejará de estar impedida de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, no extendiéndose dicho impedimento hasta los doce (12) meses posteriores a que las facultades de cualquiera de los integrantes de sus órganos de administración antes mencionados hayan sido revocadas, ya que ello no ha sido previsto en la Ley (Opinión N.° 013-2019/DTN).

En este orden tenemos que el inciso 2 del numeral 30.1 del artículo 30 de la LGCP, establece como disposición general que los impedimentos son aplicables a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad, lo que incluye al cónyuge, al conviviente y al progenitor del hijo de los impedidos referidos en el numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30 de la ley.

94 Artículo 236.- Parentesco consanguíneo
El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.
El grado de parentesco se determina por el número de generaciones.
En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado.



4.2.1. La excepción a la aplicación del impedimento

En este extremo, la norma ha buscado ponerse en consonancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03150-2017-PA/TC, caso *Domingo García Belaunde – OSCE*, por lo que, según la exposición de motivos, se ha optado por un criterio objetivo y razonable en la aplicación del impedimento, "considerando pertinente precisar que los parientes que hayan tenido un historial o antecedentes de contratación con una determinada entidad no se vean perjudicados con la designación o asunción del cargo por parte del impedido originario, pues esta deviene en una situación imprevisible" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 76).

En consonancia con la Exposición de Motivos, el numeral distingue entre bienes, servicios y obras, precisando que estos no se aplican si el pariente hubiese suscrito un contrato derivado de un procedimiento de selección competitivo o no competitivo o hubiese ejecutado cuatro contratos menores en el mismo tipo de objeto al que postula; agrega lo siguiente:

- Para el caso de bienes y obras, el pariente debe haber ejecutado los contratos dentro de los dos años previos a la convocatoria del procedimiento de selección, contratación directa o a la adjudicación de un contrato menor.

- Para el caso de servicios, los dos años de experiencia son consecutivos.

4.2.2. El impedimento tipo 2.A

Este impedimento es el que más se ha flexibilizado, sin razón alguna, salvo la sentencia del TC, ya que, a partir de la fecha de entrada en vigencia de la norma, podrán contratar con el Estado, salvo en la entidad donde el funcionario ejerza, los parientes de: congresistas, diputado o senador de la República, ministro de Estado, juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, miembro del Tribunal Constitucional, miembro de la Junta Nacional de Justicia, fiscal supremo del Ministerio Público, defensor del pueblo, contralor general de la república, miembro del Jurado Nacional de Elecciones, titular de la ONPE, titular del RENIEC.

Impedimentos en razón del parentesco	Alcance del impedimento
Tipo 2.A Parientes de los impedidos de los tipos 1.A, 1.B y 1.C del numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30. ¿quiénes son estos funcionarios? **Tipo 1.A** **Presidente de la República.** **Vicepresidente de la República.** Congresistas, diputados o senadores de la República. Ministro de Estado. **Tipo 1.B** Juez supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República. Miembro del Tribunal Constitucional. Miembro de la Junta Nacional de Justicia. Fiscal supremo del Ministerio Público. Defensor del pueblo. Contralor general de la República. Miembro del Jurado Nacional de Elecciones. **Tipo 1.C** Titular de la Oficina Nacional de Procesos Electorales. Titular del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Titular de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. Miembro del directorio del Banco Central de Reserva del Perú. Viceministro de Estado. Gobernador y vicegobernador regional y consejero regional. Alcalde y regidor. Juez superior de las cortes superiores de justicia. Fiscales superiores del Ministerio Público	**Reglas para la aplicación del impedimento** 1. Durante el ejercicio del cargo de los impedidos de los tipos 1.A, 1.B y 1.C, y dentro de los 6 meses siguientes a la culminación del ejercicio del cargo respectivo. 2. **En el caso de los parientes del presidente de la República y vicepresidentes** de la República, el impedimento aplica para todo proceso de contratación a nivel nacional. 3. En los demás casos de los impedidos del tipo 1.A, 1.B y 1.C, según corresponda, ***en todo proceso de contratación en el ámbito de competencia institucional*** (Congreso de la República y organismos constitucionalmente autónomos), sectorial (ministros y viceministros), territorial (autoridades de los Gobiernos regionales y locales en el ámbito de sus funciones) o jurisdiccional (jueces y fiscales).

4.2.3. Impedimentos tipo 2.B, 2.C, 2.D y 2.E

La regla precedente se proyecta a los demás niveles de funcionarios de la Administración Pública.

Impedimentos en razón del parentesco	Alcance del impedimento
Tipo 2.B Parientes de los impedidos del tipo 1.D del numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30. **Tipo 1.D** Titulares de las entidades contratantes y autoridades de la gestión administrativa, distintas a las autoridades de los tipos 1.A, 1.B y 1.C. Funcionario público, directivo público, servidor de confianza y otros servidores civiles con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia. Gerente de la empresa del Estado.	**Reglas para la aplicación del impedimento** 1. Durante el ejercicio del cargo del impedido del tipo 1.D y dentro de los 6 meses siguientes a la culminación del cargo respectivo. 2. En todo proceso de contratación de la entidad contratante.
Tipo 2.C Parientes de los impedidos del tipo 1.E del numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30. **Tipo 1.E** Director de la empresa del Estado. Miembro del consejo directivo de los organismos públicos del Poder Ejecutivo.	**Reglas para la aplicación del impedimento** 1. Durante el ejercicio del cargo del impedido del tipo 1.E y dentro de los 6 meses siguientes a la culminación del ejercicio del cargo respectivo. 2. En todo proceso de contratación de la entidad de la cual el impedido del tipo 1.E forma parte del directorio o consejo directivo, y en la entidad a la que estos representan, según corresponda.
Tipo 2.D Parientes de impedidos del tipo 1.F del numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30. **Tipo 1.F** Servidor público distinto a las personas de los tipos 1.A, 1.B, 1.C, 1.D y 1.E, incluido aquel sujeto a carreras especiales y trabajadores de las empresas del Estado.	**Reglas para la aplicación del impedimento** 1. Durante la vigencia del vínculo laboral del impedido del tipo 1.F en todo proceso de contratación de la entidad contratante; y dentro de los 6 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral. 2. En todo proceso de contratación de la entidad contratante, siempre que, por la función desempeñada, hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida a tales procesos, o presenten conflicto de intereses.
Tipo 2.E Parientes de impedidos del tipo 1.G del numeral 1 del párrafo 30.1 del artículo 30º. **Tipo 1.G** Persona natural o jurídica que, como parte o representante de la entidad contratante, intervenga directamente en las siguientes actuaciones: a. Determinación del requerimiento o la estimación del presupuesto, salvo que se trate de la participación en la etapa de interacción con el mercado, prevista en el Título IV de la presente ley. b. Elaboración de documentos del procedimiento de selección. c. Calificación o evaluación de ofertas. d. Conformidad de los contratos derivados de dicho procedimiento, salvo en el caso de los contratos de supervisión.	**Reglas para la aplicación del impedimento** Durante el proceso de contratación de la entidad contratante siempre que el impedido del tipo 1.G, haya intervenido en las actuaciones del respectivo proceso de contratación.

4.3. Impedimentos para personas jurídicas o por representación

En la exposición de motivos de la LGCP se indica que se han mantenido los impedimentos, alcance y temporalidad de los impedimentos establecidos en la normativa derogada, respecto de los cuales citamos algunos criterios del fenecido OSCE.

4.3.1. La pertenencia a un mismo grupo económico

Un tema relevante es el de pertenencia a un mismo grupo económico, sobre el cual tenemos que en el anexo de definiciones del RLGCP se le define como "el conjunto de personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos de ellas, donde alguna ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión".

La finalidad de la relación descrita sería el "evitar prácticas que puedan limitar la competencia y afectar el interés público que subyace a la contratación"[95]. Asimismo, se indica que la *ratio legis*[96], reviste especial relevancia para determinar su alcance, pues deja clara la idea de que cuando dos o más personas que pertenecen a un mismo grupo económico participan o presentan ofertas individuales se estaría limitando la libre competencia. Sobre el particular, se debe señalar que la fundamentación de esta idea ha sido desarrollada por el Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE, en el literal b), del considerando 39 de la Resolución N.° 0640-2019-TCE-S3:

> [...] si un grupo económico se define por un conjunto de personas en el que una de estas ejerce el control sobre las demás o por personas naturales que actúan como una unidad de decisión, resulta razonable que la Ley haya establecido que sus integrantes también se encuentren impedidos de presentar más de una oferta en un procedimiento de selección (o en un ítem), por la afectación que ello pudiese generar a la competencia efectiva entre postores (en tanto, en principio, dicha competencia sería aparente, sin perjuicio de que el alcance de sus ofertas incluso pudiesen haber sido definido por un único decisor y de que el grupo económico, como tal, contaría con tantas opciones de ser adjudicado como miembros del mismo sean postores (Opinión N.° 117-2019/DTN).

95 Numeral 2.1.8, del apartado 2 de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1341.

96 Al respecto, cabe señalar que Rubio Correa (2009, p. 240) indica lo siguiente: "Según el método de la *ratio legis*, el 'qué quiere decir' de la norma se obtiene desentrañando su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto".

Respecto de los factores a considerar para determinar la existencia de un control respecto de otras personas (naturales o jurídicas), son los siguientes:

- La propiedad o titularidad de los activos.
- El giro de negocio.
- La confluencia entre directivos, representantes legales u otras personas que desempeñen cargos con capacidad para decidir en asuntos de relevancia como la dirección de actividades, operaciones, etc.
- La relación de parentesco entre titulares, propietarios, directivos o miembros con poder de decisión, entre otros elementos tanto de índole legal como fáctica que coadyuven a realizar dicha valoración[97] (Opinión N.° 091-2021/DTN).

4.3.2. La regulación en la LGCP

En la normativa se desarrollan los impedimentos respecto de las siguientes situaciones: personas jurídicas con fines de lucro; personas jurídicas sin fines de lucro; personas jurídicas donde los impedidos se desempeñen como miembros de los órganos de administración, apoderados o representantes legales en asuntos vinculados a contrataciones públicas; personas naturales que tengan como apoderados o representantes a los impedidos; personas jurídicas cuyos integrantes han sido sancionados; personas naturales o jurídicas que, encontrándose impedidas, constituyan, absorban o se fusionen con otra persona jurídica del mismo rubro; personas naturales o jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico.

El numeral 39.3 indica que, para efectos de la aplicación del impedimento tipo 3.C del inciso 3 del numeral 30.1 de la LGCP, referido a los impedimentos por participación en personas jurídicas, se considera como órganos de administración los siguientes: gerente general, directorio, administradores, junta directiva, junta de administración, consejo de administración, consejo universitario o consejo directivo, o el órgano equivalente inscrito ante autoridad competente en el país de origen, en el caso de personas jurídicas extranjeras.

97 Para tales efectos, las entidades contratantes se pueden valer de cierta información que administren otras instituciones, como, por ejemplo, la Superintendencia del Mercado de Valores, la Sunat, los Registros Públicos, entre otras.

Impedimentos para personas jurídicas o por representación de estas	Alcance del impedimento
Tipo 3.A **Personas jurídicas con fines de lucro** en las que los impedidos establecidos en los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30 tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al 30 % del capital o patrimonio social, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección o requerimiento de invitación al proveedor, en caso de contratos menores.	**Reglas para su aplicación** 1. El alcance y la temporalidad aplicables para los impedidos son los mismos de los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30, según el impedido que corresponda. 2. El impedimento para la persona jurídica se produce al inicio del cargo de la persona impedida, sea con su designación o juramentación en el cargo, conforme lo determine la normativa de la materia.
Tipo 3.B **Personas jurídicas sin fines de lucro** en las que los impedidos establecidos en los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30 participen o hayan participado como miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección o a la fecha del requerimiento de invitación al proveedor, en caso de contratos menores.	**Reglas para su aplicación** 1. El alcance y la temporalidad aplicables para los impedidos son los mismos de los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30, según el impedido que corresponda. 2. El impedimento para la persona jurídica se produce al inicio del cargo de la persona impedida, sea con su designación o juramentación en el cargo, conforme lo determine la normativa de la materia.
Tipo 3.C **Personas jurídicas**, salvo las empresas del Estado, donde los impedidos establecidos en los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30 se desempeñen como miembros de los órganos de administración, apoderados o representantes legales en asuntos vinculados a contrataciones públicas. En el caso de los apoderados, el poder debe estar referido a actuaciones o actos que como proveedor le corresponde en el marco de un proceso de contratación ante una entidad contratante.	**Reglas para su aplicación** 1. El alcance y la temporalidad aplicables para los impedidos son los mismos de los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30, según el impedido que corresponda. 2. El impedimento para la persona jurídica se produce al inicio del cargo de la persona impedida, sea con su designación o juramentación en el cargo, conforme lo determine la normativa de la materia.
Tipo 3.D Personas naturales que tengan como apoderados o representantes a los impedidos establecidos en los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30 en asuntos vinculados a contrataciones públicas. En el caso de los apoderados, el poder debe estar referido a actuaciones o actos que como proveedor le corresponde en el marco de un proceso de contratación ante una entidad contratante.	**Reglas para su aplicación** 1. El alcance y la temporalidad aplicables para los impedidos son los mismos de los numerales 1 y 2 del párrafo 30.1 del artículo 30, según el impedido que corresponda. 2. El impedimento para la persona jurídica se produce al inicio del cargo de la persona impedida, sea con su designación o juramentación en el cargo, conforme lo determine la normativa de la materia.
Tipo 3.E Personas jurídicas que realicen las mismas actividades societarias conforme a su objeto social, cuyos integrantes (representantes legales, miembros de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares, siempre que su participación individual o conjunta sea superior al 30 % del capital o patrimonio social) formen o hayan formado parte, en la fecha cuando se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o definitiva.	Durante la vigencia de la sanción, en todo proceso de contratación a nivel nacional.

Tipo 3.F Personas naturales o jurídicas que, encontrándose impedidas, constituyan, absorban o se fusionen con otra persona jurídica del mismo rubro.	Mientras dure el impedimento de la persona que lo origina, en todo proceso de contratación a nivel nacional.
Tipo 3.G Personas naturales o jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico, conforme se defina en el reglamento de la ley.	En un mismo procedimiento de selección o ítem correspondiente, y en los catálogos electrónicos de acuerdo marco, salvo cuando las personas del mismo grupo económico participen en forma consorciada, mientras dure dicho procedimiento.

4.4. Impedimentos derivados de sanciones administrativas, civiles y penales, o por la inclusión en otros registros

En este caso, la Exposición de Motivos de la LGCP indica que se han efectuado las siguientes precisiones:

1. Inclusión de los proveedores con sanción firme por infracción calificada como muy grave, previstos en la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N' 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y modificatorias, están incluidos aquí los casos de reducción de la sanción aplicable regulados en el citado decreto legislativo. Durante los doce meses siguientes desde que la sanción quedó firme. En todo proceso de contratación a nivel nacional.
2. El impedimento a las Personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios (REDAM) o el que haga sus veces. En este caso no aplica el impedimento si a la suscripción del contrato, el deudor acredita el cambio de su condición a través de la cancelación respectiva o autoriza el descuento del monto de la pensión mensual fijada en el proceso de alimentos. El impedimento es en todo proceso de contratación pública a nivel nacional, durante la permanencia en el registro, o la vigencia de la sanción.
3. En el caso del impedimento de las personas naturales inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles o el que haga sus veces, por la comisión de infracciones relacionadas a su actuación en materia de contratación pública (Poder Ejecutivo, 2024, p. 77).

4.4.1. Los consorcios

En relación con los consorcios, se estableció que esta disposición se aplica "en el caso de consorcios, únicamente a los integrantes del consorcio cuyos representantes legales o personas vinculadas han sido condenados o

han admitido la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el referido literal" (Opinión N.° 088-2017/DTN).

4.4.2. La colaboración eficaz

Un caso relevante en materia penal es el de la colaboración eficaz establecida en el Decreto Legislativo N.° 1301, que modificó el Código Procesal Penal, siendo que en la décimo tercera disposición complementaria final de la Ley N.° 30737, referida a los incentivos a la colaboración eficaz, la que tiene impacto en las contrataciones públicas al referirse al beneficio de inaplicación de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado.

Al respecto, se ha indicado, citando a la Ley N.° 30737, que si existiese un Acuerdo de Colaboración Eficaz que tenga como beneficio la inaplicación de los impedimentos previstos en la ley, este procede en la medida que haya cumplido con todos los requisitos, por lo que "no podría restringirse a la persona jurídica de participar en un procedimiento de selección o contratar con el Estado" (Opinión N.° 082-2020/DTN).

Por otro lado, se ha hecho referencia a la condición jurídica en que queda la persona jurídica luego de la salida del integrante que tenía cuestionamientos judiciales, respecto de lo cual indicó que "Producida la desvinculación dentro de la persona jurídica, de aquel o aquellos 'integrantes' que formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procedimientos de selección y para contratar con el Estado, ésta dejará de estar impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista" (Opinión N.° 127-2023/DTN).

4.4.3. Deudores de reparación civil

Otro aspecto relevante es la limitación para contratar con el Estado de las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), tema sobre el cual se ha indicado que "a efectos de determinar si una persona se encuentra impedida de ser participante, postora, contratista y/o subcontratista, en el marco del citado literal, debe verificarse si esta se encuentra inscrita en el Registro, creado y regulado por la ley de la materia, de funcionarios y servidores sancionados con destitución" (Opinión N.° 069-2019/DTN).

4.4.4. La regulación en la LGCP

La normativa regula las siguientes situaciones: proveedores sancionados con sanción de inhabilitación temporal o definitiva; personas naturales con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada por delito doloso, emitida en el país o el extranjero; personas jurídicas, cuyos representantes legales cuenten con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada emitida en el país o el extranjero, por la comisión de los delitos que se indican; proveedores con sanción firme por infracción calificada como muy grave; personas inscritas en el REDERECI; personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en alguna de las listas de organismos multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas.

Impedimentos derivados de sanciones o por la inclusión de otros registros	**Alcance del impedimento**
Tipo 4.A Proveedores sancionados por el Tribunal de Contrataciones Públicas con sanción de inhabilitación temporal o definitiva.	Durante el tiempo de la inhabilitación, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional.
Tipo 4.B Personas naturales con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada por delito doloso, emitida en el país o el extranjero. Personas jurídicas, cuyos representantes legales cuenten con sentencia condenatoria consentida o ejecutoriada emitida en el país o el extranjero, por la comisión de los siguientes delitos: delitos tipificados en los artículos 382 al 401 y 241 del Código Penal peruano, tales como concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países; así como los comprendidos en el Decreto Legislativo N.º 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y Otros Delitos relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado.	Durante el plazo de la condena, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional.
Tipo 4.C Proveedores con sanción firme por infracción calificada como muy grave, previstos en la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo N.º 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.	Durante los doce meses siguientes desde que la sanción quedó firme, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional.

Tipo 4.D Personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI) o el que haga sus veces a nombre propio o a través de una persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa. Las personas naturales inscritas en el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles o el que haga sus veces, por la comisión de infracciones relacionadas a su actuación en materia de contratación pública. Personas inscritas en el Registro de Deudores Alimentarios (REDAM) o el que haga sus veces. En este caso, no aplica el impedimento si, a la suscripción del contrato, el deudor acredita el cambio de su condición a través de la cancelación respectiva o autoriza el descuento del monto de la pensión mensual fijada en el proceso de alimentos.	Durante la permanencia en el registro, o la vigencia de la sanción, según corresponda, salvo las disposiciones previstas para el REDAM, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional.
Tipo 4.E Personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en alguna de las listas de organismos multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas.	Durante la permanencia en el listado, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional.

5. ACREDITACIÓN DE LOS IMPEDIMENTOS A TRAVÉS DE LA DECLARACIÓN JURADA

El artículo 33 de la LGCP indica, a través de sus distintos numerales, los términos en que se efectúa la acreditación de los impedimentos, estableciendo para tal efecto las siguientes reglas:

- Previamente a la contratación, los siguientes impedimentos se acreditan con la presentación de la declaración jurada de no encontrarse impedido para contratar con el Estado, según lo dispuesto en el párrafo 30.1 del artículo 30:
  - Respecto de personas jurídicas o por representación: tipos 3.A, 3.B, 3.E, 3.F y 3.G.
  - Derivados de sanciones administrativas, civiles y penales o por inclusión en otros registros: los señalados en el tipo 4.B.
  - En el supuesto de excepción referido a los impedimentos en razón del parentesco establecido en el numeral 2 del párrafo 30.1 del artículo 30, la entidad contratante remite al OCI la declaración jurada presentada por el proveedor, en la que se haga constar la condición de desafectación que habilite su participación en el proceso de contratación.

6. DISPOSICIONES PARA LA VERIFICACIÓN DE IMPEDIMENTOS Y DE LOS CASOS DE INAPLICACIÓN

Los artículos 32 y 33 de la LGCP establecen el trámite para la verificación de impedimentos, así como la acreditación de no estar afecto a estos a través de declaración jurada.

6.1. La verificación de impedimentos. Reglas

El artículo 32 de la LGCP determina el trámite a seguir respecto de la verificación de los impedimentos para contratar con el Estado, indicando que la dependencia encargada de las contrataciones de la entidad contratante revisa la FUP, a fin de verificar que los participantes, postores, contratistas y subcontratistas no se encuentren impedidos en la etapa que corresponda; disposición general que requiere su operativización, procedimiento que se encuentra establecido en los numerales siguientes:

> 3.2.2. La autoridad de gestión administrativa de cada entidad contratante es responsable de adoptar los mecanismos necesarios para que la dependencia encargada de las contrataciones revisa la existencia de impedimentos señalados en el párrafo 30.1 del artículo 30, conforme lo dispuesto en los artículos 31 y 33 y 32 de la LGCP.
>
> 3.2.3. Las inconsistencias en la información contenida en la FUP, respecto al párrafo 31.2 del artículo 31, son de responsabilidad del OECE.
>
> 3.2.4. La dependencia encargada de las contrataciones de la entidad contratante, bajo responsabilidad, verifica de forma previa a la contratación, la existencia de los siguientes impedimentos previstos en el párrafo 30.1 del artículo 30:
>
> a) De carácter personal: tipos 1.F y 1.G.
>
> b) Por parentesco: tipos 2.D y 2.E.

6.2. Las reglas de verificación de los impedimentos

El artículo 39 del RLGCP establece la relación entre FUP e impedimentos, por cuanto en él se señalan las reglas para la verificación de estos, ya que a través del FUP la entidad contratante visualiza si el proveedor se encuentra incurso en los impedimentos para contratar con el Estado.

6.2.1. Verificación de inaplicación por desafectación en el Redam y por parentesco

En este orden tenemos que para acreditar la inaplicación del impedimento tipo 4.D del inciso 4 del numeral 30.1, referido a las personas inscritas en el Redam, el proveedor debe presentar lo siguiente:

- La comunicación al juzgado correspondiente acreditando la cancelación respectiva de su deuda, la cual tiene carácter de declaración jurada, sujetándose al principio de presunción de veracidad o, en su defecto,
- La autorización de descuento del monto de la pensión mensual en el proceso de alimentos, adjuntado su sentencia y la información que la entidad solicite para realizar el descuento.

Por otro lado, en el numeral 39.4 del RLGCP, que trata sobre los casos de excepción de las causales de impedimento debido a parentesco, establecidos en el inciso 2 del numeral 30.1 del artículo 30 de la LGCP, indica que el proveedor, al registrarse como participante, presenta una declaración jurada de desafectación del impedimento, e incluye como requisito adicional de admisión de su oferta la acreditación documental de su condición de desafectación. En la oportunidad de la suscripción del contrato, actualiza la declaración jurada de desafectación con la acreditación documental correspondiente.

6.2.2. Supuestos de inaplicación temporal de impedimentos por riesgo de desabastecimiento, proveedor único y por contratación complementaria

- Por riesgo de desabastecimiento. El artículo 40 del RLGCP se refiere a los supuestos de inaplicación temporal de impedimentos por riesgo de desabastecimiento, respecto del cual indica que la entidad contratante puede inaplicar temporalmente el impedimento para contratar con un proveedor cuando exista el riesgo de desabastecimiento debidamente sustentado por la DEC.
- Proveedor único. La acreditación de la inaplicación temporal se cumple en el marco de las siguientes reglas:
  - La DEC sustenta que en la estrategia de contratación se ha verificado que el proveedor es el único con habilitación legal o con capacidad de brindar el servicio o con capacidad para proveer bienes en el momento de la contratación.
  - Que exista un riesgo de desabastecimiento de servicios públicos esenciales a cargo de la entidad contratante, o cuyo desabastecimiento ponga en peligro la salud, la vida o la integridad de las personas o el medio ambiente.
  - Contratación complementaria. Finalmente, el numeral 40.4 establece que la entidad contratante puede inaplicar temporalmente el impedimento para contratar al contratista en caso

requiera realizar una contratación complementaria, bajo las mismas condiciones del numeral 40.2. 40.5[98], debiendo publicar en la Pladicop el informe de evaluación y el contrato suscrito.

El procedimiento interno a seguir respecto de la inaplicación del impedimento se inicia con la sustentación por la entidad contratante, lo que debe ser previo a la aprobación del procedimiento de selección no competitivo por causal de desabastecimiento inminente o proveedor único, siempre que se cumplan las demás condiciones establecidas en los artículos 101, 102 y 103, según corresponda, referidos a las actuaciones preparatorias y fase de selección en los procedimientos de selección no competitivos; aprobación de procedimientos de selección no competitivos; ejecución contractual en procedimientos de selección no competitivos.

98 40.2. Para acreditar esta inaplicación temporal del impedimento se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) La DEC sustenta que en la estrategia de contratación se ha verificado que el proveedor es el único con habilitación legal o con capacidad de brindar el servicio o con capacidad para proveer bienes en el momento de la contratación.

b) Que exista un riesgo de desabastecimiento de servicios públicos esenciales a cargo de la entidad contratante, o cuyo desabastecimiento ponga en peligro la salud, la vida o la integridad de las personas o el medio ambiente.

[...]

40.5. La entidad contratante pública en la Pladicop el informe de evaluación y el contrato suscrito.

Capítulo VIII

SUPUESTOS EXCLUIDOS NO SUJETOS A SUPERVISIÓN Y SUJETOS A SUPERVISIÓN

SUMARIO: 1. El ámbito objetivo y subjetivo. – 2. De las otras organizaciones: unidad ejecutora, proyectos especiales. – 2.1. ¿unidad ejecutora cómo entidad? – 2.2. Los proyectos especiales. – 3. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGCP. – 3.1. Los tipos de supuestos excluidos: ley y discrecionalidad. – 4. Los supuestos excluidos no sujetos a supervisión. – 5. Los supuestos excluidos sujetos a supervisión

Para tratar el ámbito de aplicación de la LGCP debemos, previamente, determinar la organización del Estado peruano y los distintos niveles de gobierno, esquema que se encuentra establecido en las normas que los regulan. Así, tenemos que, mediante Ley N.° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se estableció la organización de dicho poder del Estado, precisándose que estaba conformado por la Presidencia de la República, el Consejo de Ministros, la Presidencia del Consejo de Ministros, los ministerios y las entidades públicas[99], pudiendo ser estas últimas organismos públicos ejecutores, organismos públicos especializados[100] y organismos técnicos especializados[101], y ser también parte del Poder Ejecutivo las comisiones[102], los programas[103] y proyectos especiales, las entidades administradoras de fondos intangibles de la seguridad social[104], las empresas de propiedad del Estado.

A nivel de Gobierno regional y Gobiernos locales se cuenta con la Ley N.° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley N.° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, en la que se establece la organización de estos niveles de gobierno. Por otro lado, se tiene a los organismos constitucionalmente autónomos, creados por la Constitución Política de 1993, siendo estos el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, el Ministerio Público, el Banco Central de Reserva, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Superintendencia de Banca y Seguros.

En este marco organizacional-estatal es que se desarrollan las actividades vinculadas las contrataciones públicas, donde el Estado, vía Administración pública, interviene en la esfera económica ejecutando gasto a través

99 Véase el artículo 5 de la Ley N.° 29185, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

100 Su creación y disolución se realiza por ley a iniciativa del Poder Ejecutivo.

101 Se crean por excepción en los casos establecidos en el artículo 33 de la citada ley.

102 Se crean para cumplir con las funciones de seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes que deben de servir de base para las decisiones de otras entidades.

103 El numeral 38.2 de la Ley del Poder Ejecutivo menciona lo siguiente: "Los programas son estructuras funcionales creadas para atender un problema o situación crítica, o implementar una política pública específica, en el ámbito de competencia de la entidad a la que pertenecen. Solo por excepción, la creación de un Programa conlleva a la formación de un órgano o unidad orgánica en una entidad".

104 El Fondo Consolidado de Reservas Provisionales (FCR) y el Seguro Social de Salud (EsSalud). Véase el artículo 39 de la ley citada.

de las contrataciones que realizan las distintas entidades públicas a título oneroso a fin de proveerse de bienes, servicios u obras.

Al respecto, el artículo 4 del RLGCP establece que tanto la ley como el reglamento son aplicables a las entidades para la contratación de bienes, servicios y obras que realicen conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la LGCP, con excepción de aquellos supuestos excluidos indicados en el artículo 7 de la citada norma, lo que nos pone inicialmente ante dos escenarios.

1. EL ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO

En cuanto al ámbito de aplicación objetivo y subjetivo, se ha precisado que se debe tomar en cuenta la actuación concurrente de los siguientes dos criterios:

- **Subjetivo.** Referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa.
- **Objetivo.** Referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito (Opinión N.° 102-2017/DTN).

Sobre el particular, en el numeral 3.1 del artículo 3 de la LGCP se delimita en sus distintos numerales el ámbito objetivo, indicando que la normativa se aplica a las contrataciones que deben realizar las entidades y órganos indicados en ella, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos; todas ellas gestionan las contrataciones públicas, lo que constituye el ámbito subjetivo.

Estas diferenciaciones se encuentran establecidas en los numerales que integran el citado artículo 3, en cuyo numeral 3.1 se establece que se encuentran comprendidos dentro de su alcance, bajo el término genérico de entidad(es) las siguientes:

• El Poder Legislativo, de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso de la República • El Poder Judicial • Los organismos constitucionalmente autónomos
• Los ministerios, sus organismos públicos, programas y proyectos especiales
• Los Gobiernos regionales, sus programas y proyectos
• Los Gobiernos locales, sus programas y proyectos
• Las universidades públicas
• Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno

• Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o de derecho privado
• El Seguro Social de Salud (EsSalud)
• Las Fuerzas Armadas
• La Policía Nacional del Perú
• Los órganos desconcentrados
• Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones

2. DE LAS OTRAS ORGANIZACIONES: UNIDAD EJECUTORA, PROYECTOS ESPECIALES

Los literales k) y l) del numeral 3.1 del artículo 3 del LGCP refieren, respectivamente, que están en el ámbito de aplicación de la norma los órganos desconcentrados[105] y las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones, así como los órganos desconcentrados.

2.1. ¿Unidad ejecutora cómo entidad?

Ante la consulta de si una unidad ejecutora, que a su vez constituía un proyecto especial, podía ser calificada como entidad, la DTN estableció, analizando la naturaleza jurídica de la misma, que "las unidades ejecutoras y los proyectos constituyen entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado", precisando seguidamente que en atención de que la función de la ley no es de tipo organizativo, sino de regulación de las contrataciones públicas, "para determinar cuáles serían las unidades ejecutoras y/o proyectos a los que hace referencia la ley es preciso recurrir a las normas mediante las cuales se regula la estructura y el funcionamiento del Sector Público, así como a la normativa presupuestal" (Opinión N.° 056-2011/DTN).

En este orden indica que al ser la "unidad ejecutora", una figura de carácter presupuestal, para su definición se debe recurrir a la normativa que regula dicho ámbito de la gestión pública, como es el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley N.° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, el que se indica que la unidad ejecutora "constituye el

105 Unidad administrativa que, dentro de una entidad pública, ejerce funciones y toma decisiones en un área territorial específica, sin perder su carácter de subordinación jerárquica a la entidad central. Esto significa que la autoridad central sigue teniendo el control final, pero la desconcentración permite que la gestión se realice más cerca de la ciudadanía.

nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del Sector Público, con el cual se vinculan e interactúan los órganos rectores de la administración financiera del Sector Público".

Esta unidad ejecutora debe contar con un nivel de desconcentración administrativa que le permita: (i) determinar y recaudar ingresos; (ii) contraer compromisos, devengar gastos y ordenar pagos con arreglo a la legislación aplicable; (iii) registrar la información generada por las acciones y operaciones realizadas; (iv) informar sobre el avance y/o cumplimiento de metas; (v) recibir y ejecutar desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o (vi) emitir y/o colocar obligaciones de deuda (Opinión N.° 056-2011/DTN, f. 2.1.3),

2.2. Los proyectos especiales

Cuando la citada opinión trata sobre los proyectos especiales, indica que debe recurrirse a la Ley N.° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo[106], indicando que el numeral 38.1 "otorga la calidad de 'entidad pública' a los 'proyectos especiales', definiéndolos como un conjunto articulado y coherente de actividades orientadas a alcanzar uno o varios objetivos en un periodo limitado, siguiendo una metodología definida" (Opinión N.° 056-2011/DTN).

Finalmente, la opinión considera que no basta con que nominalmente un ente u organismo se denomine "unidad ejecutora" y/o "proyecto especial"[107], para que este se considere una entidad, por cuanto deben analizarse "sus normas de organización interna a efectos de determinar si cuenta con autonomía organizacional, presupuestal, entre otros aspectos, que le permitan adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras por su propia cuenta, sin necesidad de recurrir a la autorización de un funcionario o autoridad superior fuera del propio ente u organismo"(Opinión N.° 056-2011/DTN).

106 El artículo 106 de la Constitución Política del Perú define el contenido de las "leyes orgánicas" en los siguientes términos: "Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por ley orgánica está establecida en la Constitución.
Los proyectos de ley orgánica se tramitan como cualquiera otra ley. Para su aprobación o modificación, se requiere el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso".

107 Ello debido a que existen entes u organismos que tienen una denominación que no se colige con la función que cumplen en la estructura del Estado. Así, por ejemplo, de acuerdo con la denominación del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), este debería ser un fondo; no obstante, en realidad es una empresa del Estado que hace las veces de *holding* de todas las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado.

3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LGCP

El fenecido OSCE, a través de los pronunciamientos, estableció reglas para determinar si una contratación pública se encuentra fuera del ámbito de la LGCP, definiendo el siguiente procedimiento:

- Debe analizarse si reúne las características de una contratación pública, con la configuración del ámbito objetivo y el subjetivo para la aplicación de dicha normativa.
- Luego corresponde determinar si dicha contratación "se encuentra incursa en alguno de los supuestos de excluidos del ámbito de aplicación previstos en la Ley o en cualquier otra ley" (Opinión N.° 117-2017/DTN).

En atención a lo expuesto, la inaplicación de la LGCP se materializaría por dos vías. Por un lado, las causales establecidas en la normativa especial, como es el caso de los regímenes especiales de contratación, tratados en la quinta disposición complementaria final de la ley, y por los que la propia norma de contrataciones públicas dispone que tendrán una vía especial, como son los casos de Proinversión, las contrataciones de las empresas del Estado, los contratos de productos farmacéuticos, los procedimientos especiales en el marco del párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.° 31841, que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura, las contrataciones en el marco de la Ley N.° 28840, Ley de fortalecimiento y modernización de la Empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S. A., los contratos gobierno a gobierno.

A lo expuesto se pueden agregar las normas especiales que exceptúan de la normativa a ciertas entidades públicas, como es, por ejemplo, la Ley N.° 29523, Ley de Mejora de la Competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito del Perú, que en su artículo 3 dispuso que se excluía a dichas cajas de la normativa, precisando que el "directorio de cada caja municipal aprobará por mayoría simple su reglamento de adquisiciones y contrataciones", el que contará con la opinión del OSCE y de la SBS; la Ley N.° 27728, Ley del Martillero Público; o en términos similares.

Finalmente, debe precisarse que las exclusiones siempre deben darse mediante una norma con rango de ley, tal como quedó establecido en la Opinión N.° 094-2018/DTN.

3.1. Los tipos de supuestos excluidos: ley y discrecionalidad

La norma distingue entre los supuestos excluidos sujetos a supervisión del OECE, de los que no estarían sometidos a dicha fiscalización, disposición que "no enerva la obligación de observar los principios que rigen

la contratación pública" (Opinión N.° 060-2017/DTN), siendo por ello un ámbito de discrecionalidad controlada.

En cuanto al rango de la norma que excluye, se tiene que "mediante ley[108] pueden establecerse otros supuestos que permitan a los órganos u organismos de la administración pública celebrar contratos para satisfacer los fines vinculados con el interés público, observando disposiciones distintas a las de la normativa de contrataciones del Estado, conforme a lo señalado en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el EXP. N.° 020-2003-AI/TC"[109] (Opinión N.° 121-2019/DTN).

En relación con la discrecionalidad y la forma de limitarla en casos de inaplicación, se ha precisado que, ante cualquier vacío o deficiencia en el marco legal aplicable a este tipo de contrataciones, "debe aplicarse supletoriamente las disposiciones de la Ley y el Reglamento, siempre que ello no resulte incompatible con las normas específicas de que regulan dichas contrataciones; debiendo hacerse, si correspondiera, un análisis comparativo de la norma a ser suplida y de la norma supletoria, a efectos de determinar si la naturaleza de ambas es semejante y, por tanto, si son normas compatibles" (Opinión N.° 083-2017/DTN)[110].

4. LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS NO SUJETOS A SUPERVISIÓN

Las situaciones de no aplicación no sujetas a supervisión que se consideran en la normativa, se encuentran establecidas en el numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCP, debiendo las entidades contratantes, en aras de la transparencia y de acuerdo con lo establecido en el numeral 7.3, publicar la información de sus procesos en el Pladicop. Los supuestos excluidos no sujetos a supervisión son los siguientes:

108 Los supuestos excluidos de la normativa de contrataciones del Estado solo pueden ser establecidos mediante ley.

109 El numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N.° 020-2003-AI/TC, del 17 de mayo del 2004, señala que "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" (el subrayado es agregado).

110 Respecto de la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado, pueden revisarse las Opiniones N.° 194-2016/DTN; N.° 132-2016/DTN; N.° 110-2015/DTN; N.° 053-2013/DTN; entre otras.

a) *Contratos bancarios y financieros que provienen de un servicio financiero, lo que incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros y el arrendamiento financiero, distinto de aquel que se regula en el Decreto Legislativo N.° 1437, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Endeudamiento Público.*

¿Qué es un contrato bancario y financiero? Si bien la LGCP no los define, "existe una característica particular en virtud de la cual se les puede identificar, toda vez que ambos tipos de contrato son celebrados en el ámbito de operaciones[111] y/o servicios[112] realizados en el marco del Sistema Financiero" (Opinión N.° 108-2017/DTN). Asimismo, debemos de tener presente que estamos ante un artículo remisivo a la ley especial, específicamente la Ley N.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS.

a.1) *Contrato bancario*

En cuanto a la precisión de la definición respecto de los contratos bancarios, se indica que estos "son los acuerdos celebrados por las empresas del sistema financiero con sus clientes, con la finalidad de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial orientada al desarrollo de una operación bancaria [...] son el instrumento mediante el cual se le da forma legal a las operaciones que realizan las empresas del sistema financiero" (Opiniones N.° 137-2009/DTN y N.° 037-2012/DTN), por lo que los servicios u operaciones bancarias cuya contratación se encuentra excluida del ámbito de aplicación de la normativa, aun cuando involucran la erogación de fondos públicos, "son aquellas reguladas por la Ley N.° 26702 y demás disposiciones emitidas por la Superintendencia de Banca,

111 De acuerdo con el Anexo - Glosario de la Ley N.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, las operaciones financieras son "aquellas autorizadas a las empresas conforme a las normas de la Sección Segunda de la presente ley, ya sea que se traten de operaciones pasivas, activas; servicios o inversiones".

112 De acuerdo con el Anexo - Glosario de la Ley N.° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, por servicio financiero se entiende "cualquier servicio de naturaleza financiera. Los servicios financieros comprenden todos los servicios bancarios, todos los servicios de seguros y relacionados con seguros y demás servicios financieros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera".

Seguros y AFP[113]", correspondiendo a la SBS indicar si determinados servicios constituyen o no operaciones bancarias que den lugar a la celebración de contratos bancarios.

a.2) *El contrato de leasing*

¿Un contrato de leasing es un contrato bancario y en consecuencia no se le aplica la normativa? Sobre el particular tenemos que esta modalidad (*leasing* o arrendamiento financiero), "tienen una finalidad financiera, pues buscan 'cubrir parte de los requerimientos de financiamiento del Sector Público'[114], e implican la celebración de un contrato con una empresa del Sistema Financiero, cuando esta operación se realice en las condiciones previstas en el artículo 3 de la Ley N.° 28563, se encontrará excluida del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado [...]" (Opinión N.° 020-2013/DTN).

a.3) *Las posibilidades del contrato financiero*

Este es un procedimiento que puede ser utilizado por las entidades públicas para la implementación de sus planes de desarrollo, como es el caso de las universidades públicas u otras, las que podrían acceder a financiamiento bancario para la ejecución de obras o adquisición de inmuebles con cargo al pago a través de los recursos directamente recaudados. Entre los contratos financieros y bancarios tenemos, entre otros, los de *factoring*, de *leasing*, de préstamo, de depósito, de cuenta corriente, de tarjetas de crédito y de débito, de custodia y gestión.

b) *Las contrataciones que realicen los órganos del servicio exterior de la república, exclusivamente para su funcionamiento y gestión*

Esta disposición tiene como objetivo facilitar el funcionamiento de nuestras representaciones diplomáticas.

c) *La contratación de notarios públicos por debajo de los montos que sean establecidos en el reglamento*

113 En el caso particular del arrendamiento financiero (*leasing*), pese a tratarse de un contrato bancario, se encuentra bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con lo dispuesto por el literal b) del artículo 14 de la Ley N.° 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009.

114 Como se indica en el artículo 1 de la Ley N.° 28563.

Se trata de la participación de los notarios en los procedimientos de selección, lo que deben ser contratados prontamente, porque de lo contrario el otorgamiento de la buena pro se podría postergar sin fecha cierta, tema sobre el cual la décimo sexta disposición complementaria final del RLGCP indica que a este supuesto es aplicable para montos por debajo de las 8 UIT.

d) *Las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, así como sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los acuerdos comerciales u otros compromisos internacionales de los que el Perú es parte*

En la Exposición de Motivos de la derogada LCE se indicaba que se había incorporado esta causal debido a que el costo de los requisitos y formalidades de la normativa superaban el beneficio obtenido en dicha contratación (Poder Ejecutivo, 2014 [p.90 de 152]), haciéndose referencia, además, de las razones por las que los eventos indicados debían contar con un procedimiento especial, siendo estos:

> (1) imposibilidad de conocer con antelación quiénes y qué cantidad de personas integrarán cada comitiva; (2) imposibilidad de conocer con antelación el momento de arribo y regreso de los participantes; (3) cambios en las programaciones de las actividades, los mismos que se suscitan por coordinaciones de último momento; y (4) capacidades instaladas inciertas de las empresas proveedoras nacionales, por cuanto hay que hacer mayores esfuerzos para cumplir con los compromisos en forma oportuna (Poder Ejecutivo, 2014 [p.90 de 152]).

e) *Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, peritos, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la junta de prevención de resolución de disputas, el amigable componedor y demás provenientes de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos o no en la LGCP y el RLGCP*

Con esta disposición se busca facilitar los distintos procedimientos de solución de controversias establecidos en la nueva normativa. En cuanto a la referencia a los "demás derivados" o "provenientes", diríamos que estos serían las inspecciones oculares, peritajes, gastos de transporte y viáticos de los participantes de la conciliación o arbitraje,

de secretaría, etc.; criterio que excluye "los servicios de asesoría especializada en conciliación y/o arbitraje, bajo responsabilidad del titular" (Opinión N.° 069-2017/DTN).

Con esta precisión, las entidades ya no pueden contratar, sin aplicación de la normativa, a la asesoría especializada, la cual deberá someterse a los rigores del procedimiento de selección o ser contratada vía contratación directa.

Finalmente, queremos destacar que las entidades tampoco le pueden pedir a los árbitros, para efectuar el pago de honorarios, la inscripción en el RNP, toda vez que no procede debido a la inaplicación.

f) *Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, organismo multilateral, Estados o entidades cooperantes, siempre que se financien por operaciones de endeudamiento externo o donaciones ligadas a dichas operaciones*

La disposición tiene un origen político, ya que de lo que se trata es de facilitar el actuar de los potenciales prestatarios o donantes de fondos, para lo que se les ha ubicado entre las contrataciones exceptuadas sujetas a supervisión.

Por otro lado, si bien es cierto que esta es una exigencia de los propios organismos internacionales, cabe indicar que el numeral 4.2 del artículo 4 del RLCE establece que este supuesto de inaplicación requiere contar con el informe técnico que lo sustente.

En cuanto al "endeudamiento externo"[115] y el posible porcentaje de la donación, se ha establecido que este comprende solo aquellas do-

115 De conformidad con lo previsto en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N.° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, por "operaciones de endeudamiento externo" debe entenderse a todas aquellas modalidades de financiamiento sujetas a reembolso, celebradas por una entidad del sector público con una persona natural o jurídica no domiciliada en el Perú. Dichas operaciones pueden materializarse a través de:

a) préstamos;
b) emisión y colocación de bonos, títulos y obligaciones constitutivos de empréstitos;
c) adquisiciones de bienes y servicios a plazos;
d) avales, garantías y fianzas;
e) asignaciones de líneas de crédito;
f) *leasing* financiero;
g) titulizaciones de activos o flujos de recursos; y,
h) otras operaciones similares, incluidas aquellas que resulten de la combinación de una o más de las modalidades mencionadas en los literales precedentes.

naciones realizadas en el marco de dichas operaciones, en tanto coadyuven a viabilizar su concertación, precisando que el supuesto "[...] no ha previsto regla alguna relacionada al porcentaje o cantidad de aportes que deba efectuar la organización internacional, Estado o entidad cooperante para que dicha(s) contratación(es) se encuentren fuera del ámbito de aplicación, bastando, únicamente, con que tal aporte derive de una operación de endeudamiento externo y/o donación ligada a dicha operación" (Opinión N.° 083-2017/DTN).

g) *Los contratos celebrados con los presidentes de directorios para desempeñar funciones a tiempo completo en las empresas del Estado*

La normativa se refiere a la posibilidad de contratar a los presidentes de directorio de las empresas del Estado o entidades, por lo que la contratación se regularía por las normas del Código Civil. La condición es que la labor a desempeñar sea a tiempo completo, esto a efectos de cualificar y facilitar el trabajo a nivel de la alta dirección.

h) *La contratación de abogados, estudios de abogados y otros profesionales necesarios para la participación en la etapa de trato directo y en la fase arbitral o de conciliación para la defensa del Estado en controversias internacionales de inversión que efectúe el Ministerio de Economía y Finanzas.*

Como consecuencia de la globalización y vinculación económica generada por los distintos tratados suscritos por el Perú, la inversión extranjera busca que las controversias que pudieran surgir entre el Estado peruano y ellos, se resuelvan ante organismos internacionales, como por ejemplo el CIADI, donde la defensa del Estado debe estar garantizada mediante la contratación de abogados expertos en esas instancias.

Desde esta perspectiva, deviene relevante la inaplicación con supervisión de este objeto contractual.

i) *La suscripción a publicaciones científicas o especializadas, así como la contratación de licencia, renovación o la suscripción para el uso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los acuerdos comerciales u otros compromisos internacionales de los que el Perú es parte.*

j) *Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga suscritos entre entidades contratantes, siempre que se brinden los bienes, servi-*

cios u obras propios de la función que por ley les corresponde, no se persigan fines de lucro, no se obtengan utilidades y solo se reconozcan los costos en que incurre la entidad a cargo de la entrega del bien, servicio u obra, previo informe técnico y legal.

La diferencia entre la norma derogada y la actual es que se han incrementado las condiciones para su viabilidad, aunque se mantiene el espíritu de esta. En cuanto a su procedencia, en la "Exposición de motivos" del derogado RLCE, se indicaba que este supuesto de exclusión estaba referido "[...] a un tipo de acuerdo de naturaleza particular: los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga que, en el marco de las relaciones de Derecho Administrativo, las entidades celebran para conseguir objetivos o fines distintos a los contratos regulados por la normativa de contrataciones del Estado, implicando además necesariamente el ánimo de cooperar mutuamente para obtener beneficios de carácter no lucrativo y debiendo cumplir con determinados requisitos".

En relación con la naturaleza jurídica de esta disposición que se sustenta en los convenios, en las opiniones N.° 049-2017/DTN y N.° 122-2019/DTN, se precisó que se fundamentaba en el principio de colaboración entre entidades previsto en la LPAG en razón del cual "[...] las entidades se encuentran sujetas al deber de colaborar recíprocamente para apoyar la gestión de otras entidades, constando tal colaboración mediante la suscripción de convenios obligatorios bilaterales o plurilaterales".

La opinión también precisa los requisitos que deben cumplir los convenios, siendo el primero de ellos el de la no onerosidad, que es la negación sustancial de los contratos que frecuentemente se realizan en la Administración pública, pero, además, deben tener las siguientes características:

i) **Acuerdo celebrado entre entidades.** [...] Resulta necesario precisar que por entidades se entiende aquellos organismos, órganos y organizaciones comprendidos dentro del criterio subjetivo que delimita la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado".

ii) **Acuerdo sin fin de lucro.** A través de la celebración del acuerdo, las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad), sino otro tipo de beneficios: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga.

En esa medida, la ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra

> obligada a pagarle una 'retribución' a su contraparte con cargo a fondos públicos.
>
> En relación al requisito "sin fines de lucro" se indica que "el carácter no lucrativo de los convenios se evidencia en que las partes que lo suscriben buscan alcanzar un objetivo común mediante la colaboración mutua, por lo que la contraparte de la entidad no recibe una retribución con cargo a fondos públicos".
>
> Al respecto, en la Opinión N.° 092-2023/DTN se precisó que una de las características de estos convenios "es que a través de estos las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad) sino que se brindan prestaciones propias de las funciones de dichas Entidades celebrantes; es decir, buscan otro tipo de beneficios: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga" (Opinión N.° 092-2023/DTN).
>
> iii) **Acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la entidad.** [...] por lo que no podrían ser materia de estos convenios, bienes, servicios u obras distintos a los antes indicados".

En este contexto normativo agrega que las entidades que celebren un convenio "tienen la obligación, bajo responsabilidad, de determinar que el mismo reúna las características antes descritas, debiendo cuidar que, mediante su celebración, no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado".

En conclusión, continúa la opinión citada, "los convenios se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, por carecer de fin lucrativo, en tanto que, mediante estos convenios, la entidad no se obliga a pagar una "retribución" con cargo a fondos públicos"[116].

En cuanto a la posibilidad de pago, se agrega:

> [...] a partir de la celebración de un convenio, puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir por cuenta propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría haber implicado la disposición de recursos del Estado, situación que no afectaría la naturaleza no lucrativa del convenio, en tanto no se trate de erogaciones de fondos públicos en favor de la contraparte como retribución por el cumplimiento de sus obligaciones.

116 Dicho criterio ha sido establecido en las Opiniones N.° 163-2015/DTN, N.° 073-2015/DTN, entre otras.

La opinión finaliza precisando que solo el convenio está fuera del ámbito de aplicación de la normativa, por lo que "aquellas contrataciones que la entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios sí deben realizarse conforme a dicha normativa" (Opiniones N.° 049-2017/DTN y N.° 122-2019/DTN).

k) *Las contrataciones internacionales que realice el Estado peruano con otros Estados en el marco de lo establecido por el Fondo Estratégico de la Organización Panamericana de la Salud u otros acuerdos supranacionales para el acceso equitativo a tecnologías sanitarias.*

5. LOS SUPUESTOS EXCLUIDOS SUJETOS A SUPERVISIÓN

Al lado de los supuestos excluidos no sujetos a supervisión existen los que se encuentran sujetos a esta. Así, el numeral 7.2 del artículo 7 de la LGCP establece los siguientes supuestos excluidos sujetos a supervisión:

l) *Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el 25 % del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto. En caso de que las donaciones provengan de organismos multilaterales financieros, no se requiere el porcentaje señalado.*

En relación con este literal, en la Opinión N.° 083-2017/DTN se precisó el nexo que hay entre esta causal y la Ley General del Sistema Financiero, indicándose que "el numeral 68.1 del artículo 68 de la Ley N.° 28411 "Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto", dispone que las contrataciones que se realicen en el marco de convenios internacionales para formalizar donaciones u operaciones oficiales de crédito a favor del Estado peruano, se someten a las reglas y procedimientos establecidos en el convenio, sin que deba verificarse el cumplimiento de requisitos adicionales, conforme a lo siguiente: "Las entidades que utilicen fondos públicos provenientes de donaciones o de operaciones oficiales de crédito sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos, así como, supletoriamente, a las disposiciones contenidas en la Ley General y las Leyes de Presupuesto del Sector Público" (Opinión N.° 083-2017/DTN), siendo supletoria la LGCP.

m) *La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor*

Esta causal de inaplicación es similar a la inaplicación del procedimiento de selección por proveedor único, pero se diferencia de él en que la causal se refiere a bienes, mientras que esta causal de inaplicación se refiere a servicios públicos donde exista un solo proveedor.

¿Pero qué se entiende por servicio público?[117] Al respecto, Cabanellas de Torres (2006, VII, p. 444) define al servicio público como aquel que satisface una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la Administración pública[118].

Por su parte, Gaspar Ariño (2005, p. 133)[119] señala que "Los servicios públicos son y han sido siempre actividades esenciales para la vida de la sociedad. Exigen continuidad, regularidad y seguridad en su prestación, pues nuestra vida –repito– descansa sobre ellos. Es responsabilidad del gobierno que estos funcionen adecuadamente: que sean servicios seguros, prestados con regularidad, universales, de calidad".

Finalmente, Nidia Karina Cicero (1996, p. 19)[120] precisa que existen "determinadas actividades económicas que, por configurar una necesidad imprescindible del conjunto social, y por ser desarrolladas en condiciones monopólicas, son declaradas por la ley 'servicio público'. Dicho rótulo se propone asegurar que la actividad así caracterizada, será prestada en condiciones de generalidad, uniformidad, continuidad y regularidad" (cfr. Opinión N.° 068-2013/DTN).

Estos aportes doctrinarios fueron complementados por el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional[121], que ha señalado:

> [...] nuestro ordenamiento jurídico no recoge una definición específica sobre el concepto de servicio público, y, nuestro texto Constitucional no ha establecido un listado de actividades que deban considerarse como tales, es innegable para este Tribunal que la voluntad del constituyente fue observar y encomendar al Estado, una tarea de especial promoción y resguardo en estos casos; de ahí, la importancia de que el legislador precise claramente

117 Opinión N.° 068-2013/DTN, f. 2.2.

118 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Nuevo Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.* Tomo VII. Heliasta, Buenos Aires, 2006, p. 444.

119 ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Servicios públicos, regulación y renegociación.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 133.

120 CICERO, Nidia Karina. *Servicios públicos, control y protección.* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 19.

121 En el fundamento 37 de la STC N.° 00034-2004-PI/TC, de fecha 15 de febrero de 2005.

> tal calificación y el régimen jurídico sometido en cada supuesto. [...] Ello en razón a que, el contenido del concepto servicio público, así como, el hecho que determinadas actividades económicas califiquen dentro del mismo, resulta una tarea que se resuelve en cada ordenamiento jurídico de manera particular. Su importancia radica por el hecho que de tal definición, depende el régimen de obligaciones y cargas a distribuir entre el Estado y los particulares" (STC N.° 00034-2004-PI/TC).

De lo señalado por el Tribunal Constitucional se advierte que el criterio determinante para calificar una actividad como servicio público es si esta ha sido definida como tal por la ley[122]. Ello sin perjuicio de que el legislador usualmente califique como "servicio público" a aquellas actividades que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, las cuales pueden ser prestadas por el Estado directamente o a través de un particular, reservándose en cualquier caso el control de su ejercicio.

Definiciones a las que se debía agregar el hecho de que no exista más de un proveedor, por lo que se indica que "la ley se ha cuidado de precisar que se encontrarán fuera de su ámbito de aplicación las contrataciones de 'servicio público' en los que exista un único proveedor, pues el objetivo del supuesto de inaplicación [...] es que las entidades contraten de forma célere al existir un único prestador del servicio".

En cuanto a las condiciones para su aplicación, se ha precisado que, en relación con el servicio público, esta se configura cuando se trate de la contratación de un servicio público, entendido este último como "aquellas actividades definidas como tal por la ley, las que buscan satisfacer una necesidad esencial y de interés general, cuya prestación corresponde, en principio, al Estado"[123]; agregándose que no bastaba que alguna entidad:

> [...] pretenda contratar un servicio público para que dicha contratación se encuentre fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, sino que debe cumplirse necesariamente con la segunda condición, es decir, que no exista la posibilidad de contratar con más de un solo proveedor.

122 Cassagne (2005, p. 62) señala lo siguiente: "[...] la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno. En rigor, ella traduce la incorporación de una actividad al sistema del derecho público y tan solo expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujeta a las potestades administrativas mediante un régimen especial. En cualquier caso, esa declaración formal, que debe ser efectuada siempre por el Poder Legislativo, se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad del que se desprende, a su vez, la idea de acotar [...] el servicio público a las actividades esenciales o primordiales que satisfacen necesidades públicas de la sociedad" (el resaltado es agregado).

123 Conforme al criterio contenido en la Opinión N.° 068-2013/DTN.

> Respecto a esta última condición, debe señalarse que las consideraciones para declarar a una actividad como servicio público no obedecen necesariamente a que tal actividad determine un mercado monopólico, razón por la cual en el ordenamiento jurídico pueden advertirse servicios públicos en los que existen varios prestadores; es decir, un mercado competitivo; mientras que a la par existen servicios públicos en los que solo hay un prestador o monopolio.
>
> En ese sentido, atendiendo a las peculiaridades propias de cada contratación, corresponde a la Entidad evaluar si respecto al servicio público que pretende contratar existe o no competencia; así, solo cuando el servicio público cuente con un único proveedor, dicha contratación se encontrará fuera del ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, en caso contrario corresponderá que se realice el procedimiento de selección que corresponda (Opinión N.° 255-2017/DTN).

n) *Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuando se cumpla uno de las siguientes supuestos: ante la imposibilidad de realizar la contratación a través de los mecanismos de contratación o los procedimientos de selección de la LGCP; cuando el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero; y para las contrataciones relacionadas a actividades de promoción y participación del Perú que tengan carácter oficial en ferias, cumbres, competiciones y similares, en materia comercial, de inversiones, exportaciones, turismo, así como de imagen país, en territorio extranjero. Los supuestos señalados precedentemente se sustentan con informe técnico y legal.*

En la Exposición de Motivos del derogado Decreto Legislativo N.° 1341 se establecía, respecto de esta causal de exclusión, y específicamente, "al supuesto referido a la ejecución del mayor valor de las prestaciones", que se buscaba aprovechar "las oportunidades que brinda el mercado internacional las que no serían posibles actualmente dados los plazos de contratación previstos en la Ley", que era difícil:

> [...] que un proveedor nacional cuente con la experiencia, representación en el destino, contactos, permisos de trabajo, permisos sanitarios, recursos humanos y materiales disponibles oportunamente en el destino, conocimiento del idioma local, y otras restricciones necesarias para la eficiente y efectiva prestación de servicios especializados en el exterior y ello puede inducir a la subcontratación de servicios (aun cuando ello esté restringido en los términos del servicio), adicionado al precio el sobrecosto que tal subcontratación implica, con el riesgo de la prestación del servicio sin los estándares de calidad adecuados.

i) La búsqueda en el mercado nacional

El procedimiento implica:

> [...] constatar previamente la inexistencia de proveedores en el mercado nacional, en capacidad de proveer el bien o prestar el servicio requerido para satisfacer la necesidad de la Entidad, o que el mayor porcentaje de las prestaciones se ejecutará en el extranjero. Para tal efecto, resulta necesario que la Entidad realice una indagación de mercado, producto de la cual se advierta que el bien o servicio requerido no puede ser prestado por ningún proveedor en el mercado nacional. (opiniones N.° 071-2018/DTN; N.° 102-2016/DTN; N.° 084-2011/DTN y N.° 009-2011/DTN).

El caso de los contratos internacionales, donde existe un proveedor no domiciliado en el país, se aplica en la medida que la prestación así lo exija, como podría ser el hecho de que la entidad determine previamente "la inexistencia en el mercado nacional de alguna oferta que satisfaga su necesidad de bienes, servicios u obras en las condiciones requeridas" (Opinión N.° 016-2006/GTN). Finalmente, la DTN, analizando el tema del Contrato Internacional o contratación o compra en el extranjero, precisó: "La contratación en el extranjero presupone que la entidad haya determinado previamente la inexistencia en el mercado nacional de alguna oferta que satisfaga su necesidad en las condiciones requeridas" (Opinión N.° 009-2011/DTN).

ii) Ejecución de la prestación en el extranjero

En cuanto al hecho de que la prestación deba ejecutarse mayoritariamente en el extranjero, la citada opinión hace referencia al principio general de derecho constituido por la competencia funcional y territorial de la legislación, del que se concluye "que las normas de un sistema jurídico se aplican a los hechos, situaciones y relaciones jurídicas producidas o celebradas dentro del territorio nacional. Por consiguiente, su aplicación no podría extenderse a situaciones o relaciones jurídicas acaecidas en territorio extranjero, como sucede cuando alguna de las prestaciones del contrato se ejecuta fuera del país"[124].

iii) Proveedor no domiciliado

Sobre la exigencia de ser proveedor no domiciliado en el país, la opinión de la DTN, desarrollando el principio de territorialidad de

124 Para que se configure esta condición, bastará con que más del 50 % de la prestación se ejecute en territorio extranjero.

la norma indica, que "de la revisión conjunta de los artículos 63[125] y 76[126] de la Constitución Política, se desprende que la normativa de contrataciones del Estado será aplicable cada vez que una entidad del sector público peruano contrate con una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, domiciliada en el Perú [...]"[127], agregando, además, que la acotada condición es consecuencia de las siguientes tres razones: "(i) la naturaleza excepcional de una causal de inaplicación de la Ley; (ii) las cautelas que mantiene el Estado cuando contrata sometido a sus normas internas; y (iii) las políticas de fomento e incentivo en el ámbito del sistema de contratación estatal, tal como lo ha señalado este organismo supervisor en anteriores oportunidades"[128].

Como consecuencia del análisis expuesto, se concluye en que, para el caso de la contratación de bienes y servicios, se deberá verificar el cumplimiento previo de las siguientes condiciones: "(i) que la prestación requerida por la entidad se ejecute mayoritariamente en territorio extranjero; (ii) que el proveedor que ejecutará dicha prestación no se encuentre domiciliado en el país; y (iii) que no exista proveedor en el mercado nacional que pueda satisfacer la necesidad de la entidad en las condiciones requeridas".

125 El segundo párrafo del artículo 63 de la Constitución Política establece: "En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero".

126 Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública
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.

127 De acuerdo con el artículo 33 del Código Civil, el domicilio de una persona natural se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. En cuanto a las sociedades, el artículo 20 de la Ley N.° 26887, Ley General de Sociedades, establece que el domicilio de una sociedad es el lugar señalado en el estatuto, donde desarrolla alguna de sus actividades principales o donde instala su administración, precisando que la sociedad constituida en el Perú tiene su domicilio en territorio peruano, salvo cuando su objeto social se desarrolle en el extranjero y fije su domicilio fuera del país. Este artículo también podría aplicarse a las demás personas jurídicas reguladas en el Código Civil, en defecto de norma expresa.

128 A manera de ejemplo, revisar las opiniones N.° 016-2006/GTN, N.° 058-2008/DOP, N.° 062-2008/DOP, 014-2009/DOP y N.° 004-2009/DTN.

iv) El margen de discrecionalidad de las entidades

La opinión hace referencia también al margen de discrecionalidad con que cuentan las entidades, indicando que estas deben:

> [...] discernir si en una determinada contratación de bienes se configuran las condiciones que la habiliten a realizar dicha contratación en el extranjero; para tal efecto, será necesario analizar las características y términos particulares de la contratación, así como si el estudio de posibilidades que ofrece el mercado determinó la inexistencia de proveedores nacionales, el domicilio del proveedor, los términos internacionales de comercio (INCOTERMS) utilizados, el lugar o lugares de entrega del bien o bienes, la forma de pago, las prestaciones accesorias a ser ejecutadas, etc.

v) Inscripción de los proveedores no domiciliados

Por otro lado, también se trata el tema de la inscripción de los proveedores no domiciliados en el país, precisando que estos "no requieren inscribirse en el RNP para participar en las contrataciones en el extranjero que llevan a cabo las entidades, pues estas contrataciones se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado..." (Opinión N.° 084-2011/DTN).

vi) "Imposibilidad" y "mayores prestaciones"

El literal que venimos analizando se encuentra integrado por dos conceptos, el de imposibilidad y el de mayor valor de las prestaciones, sobre los cuales se ha precisado el alcance del término "imposibilidad", indicando que este

> hace referencia a los casos en los cuales contratar con un proveedor no domiciliado en el país, utilizando la normativa de contrataciones del Estado es imposible o irrealizable, debido a diversas circunstancias que no permiten a la entidad efectuar la contratación mediante los métodos previstos en la Ley [...] ello puede responder a condiciones que el proveedor requiere que sean cumplidas, para contratar con la entidad; toda vez que en la aplicación de este supuesto, la entidad es la interesada en contratar con determinado proveedor no domiciliado en el país, (Opinión N.° 113-2017/DTN).

En cuanto al concepto "mayor valor de las prestaciones", la citada Opinión N.° 113-2017/DTN se precisó que su utilización se efectúa con base en el principio general de aplicación territorial de la legislación, por el cual "las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, que son parte del sistema jurídico nacional, no podrían aplicarse a situaciones o relaciones jurídicas acaecidas

en territorio extranjero, como sucede cuando el mayor valor de la prestación o prestaciones se ejecuta fuera del país".

o) *Las contrataciones gobierno a gobierno y sus contratos derivados conforme a los acuerdos del comercio internacional y a las normas y principios del derecho internacional, en observancia a lo referido en la vigésima primera disposición complementaria final de la ley*

En antecedente de esta causal de inaplicación se encuentra en la Exposición de Motivos de la derogada LCE, en la que se indicaba que constituía una limitación que este tipo de compras solo estuviera circunscrito al sector defensa, específicamente en la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, creada mediante Decreto Legislativo N.° 1128, obviándose el hecho de que podrían existir otro tipo de bienes y servicios.

En este contexto se afirmaba como justificación que de mantenerse la situación actual "el Gobierno estaría dejando de lado importantes oportunidades para contratar con otro Estado un grupo de bienes y servicios, dadas las ventajas en términos de garantías y servicios adicionales que pueden obtenerse en estas contrataciones" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 94 de 152]).

Por otro lado, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.° 1341 agregó que esta modalidad buscaba "evitar que sean privados los que, a través de esta modalidad, ejecuten las prestaciones y que solo lo haga el Estado contratante mediante sus dependencias, pues el sentido del supuesto es comprometer la responsabilidad de dicho Estado en la ejecución del contrato".

En la actual normativa, la vigésima disposición complementaria final de la LGCP se cambia el nombre por el de gobierno a gobierno, regulando en esta lo referente a este tipo de contrataciones, modalidad contractual que abordamos en el capítulo correspondiente, al que remitimos al lector.

p) *Las contrataciones de bienes, servicios, servicios de consultoría de obras y obras necesarias para los procesos de adquisición de predios y liberación de interferencias en los proyectos que se requieran en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.° 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencias de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos interna-*

cionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública de los que el Perú es parte.

En la Exposición de Motivos de la LGCP, se indica que el fundamento de esta causal reside en dos factores, por un lado, la especialidad y, por el otro, la complejidad de las gestiones administrativas que irrogan dichas contrataciones, a lo que se puede agregar el alto costo de las obras, así como los que generan las demoras en la entrega de los terrenos, por lo que deviene en necesario ejecutarlas de manera célere; perspectiva desde la cual el espíritu de la norma es "viabilizar la adquisición y liberación de interferencias, y a su vez, dinamizar la ejecución de inversiones públicas y público privadas, lo cual va a generar un impacto positivo en el cumplimiento de obligaciones contractuales del Estado corno es la entrega del área para la ejecución del proyecto de inversión" (Poer Ejecutivo 2024, p. 52).

q) *Las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.*

En relación con esta causal, remitimos al lector al capítulo correspondiente, donde tratamos ampliamente el tema.

Capítulo IX

PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Origen y devenir. Los principios en Kelsen, Alexy y Dworkin. Los principios en el derecho administrativo. Los principios en la doctrina de las contrataciones públicas: procedimientos de selección y contratación. La articulación de los principios. Finalidad y evolución de los principios en las contrataciones públicas. Los principios y el vacío normativo. Interpretación, integración. Finalidad y objeto de los principios de la LGCP. La articulación de los principios en la LGCP

SUMARIO: 1. El origen y devenir de los principios. – 2. Los principios en Kelsen. – 2.1. Valores, moral y derecho positivo en Kelsen. – 2.2. Principios y moral. – 2.3. La interpretación. – 3. Alexy, Dworkin y los principios. – 3.1. Reglas y principios. Tesis fuerte y tesis débil. – 3.2. Principios: mandato de optimización. Reglas: cumplimiento pleno. – 3.3. Colisión de principios. Conflicto de reglas. La diferencia prima facie (primera vista). – 3.3.1. Conflicto de reglas. – 3.3.2. La colisión de principios. – 3.4. Principios y reglas: razones para las normas y las acciones. – 4. Los principios en el derecho administrativo. – 4.1. La ponderación. – 4.2. La proporcionalidad. – 5. Los principios en la doctrina de las contrataciones públicas. – 5.1. Los principios en los procedimientos de selección. – 5.1.1. Principio de libre concurrencia. – 5.1.2. Principio de publicidad. – 5.1.3. Principio de igualdad o de trato igualitario entre los oferentes. – 5.1.4. Principio de transparencia. – 5.2. Los principios en la contratación administrativa. – 5.2.1. Principio lex inter partes. Relativización. – 5.2.2. Principio de continuidad. – 5.2.3. El principio de la mutabilidad. – 5.2.4. Principio de la administración-poder y del contratista-colaborador. – 5.2.5. Principio de equivalencia de las prestaciones o de equilibrio financiero. – 6. Finalidad y evolución de los principios en las contrataciones públicas. – 7. El tránsito de la nada a la inconsistencia en la función, finalidad y contenido de los principios en la normativa de contrataciones del estado. – 8. De la inconsistencia al sincretismo. – 8.1. La relación entre principio y norma. – 9. Los principios y el vacío normativo. – 10. La interpretación. – 11.la integración. – 12. La articulación de los principios en la LGCP. – 12.1. Los principios en la

ley sistema nacional de abastecimiento (decreto legislativo n.º 1439). – 12.2. El texto único ordenado de la ley n.º 27444, ley del procedimiento administrativo general. – 14. Los principios en la LGCP. – 14.1. Principio de legalidad. – 14.2. Eficacia y eficiencia. – 14.3. Valor por dinero. – 14.4. Integridad. – 14.5. Presunción de veracidad. – 14.6. Causalidad. – 14.7. Publicidad. – 14.8. Libertad de concurrencia. – 14.9. Transparencia y facilidad de uso. – 14.10 competencia. – 14.11. Igualdad de trato. – 14.12. Principio de equidad y colaboración. – 14.13. Sostenibilidad de las contrataciones públicas, – 14.14. Innovación. – 14.15. Vigencia tecnológica.

En un escenario normativo tan dinámico, como es el que caracteriza a las contrataciones públicas que se efectúan en el marco de la LGCP, donde concurren además organismos supervisores y contralores[129], la incertidumbre es la diaria compañera de los operadores de la norma. La tranquilidad del servidor público se puede acabar por una mala e involuntaria decisión en la aplicación de la norma; el postor puede perder la posibilidad de ganar la buena pro o ser pasible de sanción por una interpretación, considerada como sesgada, del TCP en un caso cuya solución que se prestaba a más de una definición; o ambos pueden terminar denunciados por el Ministerio Público, según la interpretación que de la norma efectúa el fiscal.

Demasiados riesgos para una actividad esencial del Estado. El qué hacer ante la duda en la interpretación o cuando existe más de una solución para un caso concreto o ante el vacío normativo parece tener una respuesta simple los actores deben recurrir a los principios como criterio interpretativo o integrador, así como para delimitar la potestad discrecional en la que pudieran considerar que se encuentran ubicados.

El problema surge cuando se vincula la solución normativa con la articulación de los principios consignados en la LGCP y con otros establecidos en distintas normas afines, como son los principios constitucionales, los del procedimiento administrativo general[130] y de control[131]; la consistencia en el tiempo de las definiciones y funciones establecidas en las distintas normas de contrataciones públicas y la articulación de las definiciones consignadas en la normativa con las citadas en la doctrina.

Este es el escenario en el que se genera nuestra preocupación inicial. La consistencia de las funciones de los principios establecidos en la normativa con las doctrinas que fundamentan a estos, como son las corrientes teóricas positivistas y antipositivistas, para lo que en las líneas que siguen analizaremos la doctrina de los principios venida desde las teorías positivistas, específicamente con basamento en la obra de Hans Kelsen, para luego

129 OECE y CGR.

130 TUO de la LPAG

131 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N.° 27785.

tratar las antipositivistas, en particular la formulada por Robert Alexy, después de lo cual abordaremos la posibilidad de realización de ambas en el derecho administrativo.

Establecido el marco doctrinario general, seguidamente analizaremos los principios establecidos en las distintas leyes de contrataciones que han regulado las contrataciones públicas, en cuanto a función y finalidad, consistencia e inconsistencia de estos en el tiempo, la articulación de los principios de la normativa de contrataciones con los establecidos en las normas de procedimiento administrativo, de control, y la discrecionalidad.

1. EL ORIGEN Y DEVENIR DE LOS PRINCIPIOS

Desde la perspectiva sociojurídica, los principios no tienen su fuente primaria en el derecho positivo, sino en el derecho natural y en la idea de otorgar validez al orden, el que inicialmente tuvo una explicación sobrenatural. Los griegos, Aristóteles y luego los estoicos, se referían a lo justo natural y lo justo legal, donde el primero informaba al segundo y este, a su vez, para ser válido no podía contradecir al primero. Ante el conflicto entre naturaleza y convención (principios y ley), primaba la naturaleza, ya que la convención era un tema de los hombres.

Esta idea, que pasó al cristianismo, en especial a San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino, representantes de la teología patrística y de la teología escolástica, que planteaban la creación del universo y de un orden gobernado por Dios, donde la ley divina informaba a la ley terrenal. Posteriormente, con la modernidad, esta noción de validez del orden y de la legislación se trasladó de lo sobrenatural a la razón, constituyendo la ley expresión de ella, con lo que el orden terminó basándose en el control social y en la norma positiva[132].

La modernidad condujo al reconocimiento de la ley como expresión del derecho. La escuela de la exégesis de finales del siglo XVIII y luego el positivismo jurídico, que se desarrolló durante los siglos XIX y XX, constituyeron la exteriorización de este proceso, por cuanto entendían que "la ley es

132 Russo (1995, p. 13) señala: "En la antigüedad, la legitimación del Derecho era trascendente, por cuanto el fundamento último de validez se colocaba más arriba del soberano: era el ámbito sobrenatural de lo sobrehumano. En Grecia era el *logos* (la razón universal); en la Edad Media, periodo de hegemonía del pensamiento judeo-cristiano, era el Dios creador; en la Modernidad, el fundamento de legitimación se desplaza de lo sobrenatural a lo natural, de Dios al hombre y a su razón. La soberanía se desplaza del filósofo rey platónico o del monarca teocrático hacia el pueblo. Pero el hombre de la Ilustración no es un ser concreto, históricamente dado, sino un prototipo ideal dotado de una racionalidad formal".

la única fuente del derecho", y siendo que la interpretación del derecho era "sinónimo de interpretación de la ley" (Carvallo, 1962, p. 6).

Lo que vino después fue la hegemonía teórica del positivismo jurídico y de su peculiar explicación de los principios, hegemonía que fue cuestionada desde las corrientes teóricas antipositivistas, como la de la argumentación jurídica, siendo los representantes destacados de ambas escuelas Hans Kelsen y Robert Alexy, respectivamente.

2. LOS PRINCIPIOS EN KELSEN

Cuando se revisa la literatura respecto de los principios, se encuentra como referencia el debate suscitado entre Hans Kelsen y Josef Esser, que se desarrolló como crítica del primero al segundo, siendo las obras que sirvieron de escenario del debate *Fundamento y norma en el desarrollo judicial del derecho privado,* de Esser, y *Teoría general de las normas,* de Kelsen.

En *Teoría general de las normas*, Kelsen, critica al derecho natural, la noción de justicia y, en esa ruta, la teoría de las transformaciones de Esser (Kelsen, 2003, p. 126 y 127); cuestionamiento de fondo que no se origina en este texto, sino que tiene antecedentes en otros debates que sostuvo a lo largo de su vida con los sociólogos del derecho que pretendían hacer de la sociología la ciencia del derecho (Ehlrich y Ihering).

Establecida la pureza del derecho positivo, Kelsen se plantea el problema de su validez, escenario en el que se articulan derecho positivo, orden jurídico y teoría del Estado; camino por el que llegaba a la noción de orden, y en especial a la de orden normativo, así como a la validez del mismo.

¿Qué es el orden normativo?, Kelsen lo define como "un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez", siendo la validez "una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden" (Kelsen, 2003, p. 44); posición teórica que conduce a la pirámide jurídica.

Este orden jurídico se vincula, a su vez, a la teoría del Estado cuando concluye en que el Estado "como objeto de la ciencia del Derecho, tiene que ser o la totalidad del orden jurídico o un orden jurídico parcial" (Kelsen, 1957, p. 8). Así, lo específico del Estado consiste "en ser un sistema de normas" (Kelsen, 1957, p. 18), siendo que la unidad del concepto de Estado radica en el reino de las normas y valores, y no en el reino de la realidad natural, por cuanto este es "por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema", por lo que el Estado, como

orden, "no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad" (Kelsen, 1957, p. 21). Este sería el fundamento del principio de legalidad, principio esencial para la actividad y comprensión del Estado.

2.1. Valores, moral y derecho positivo en Kelsen

La definición de Kelsen de orden jurídico y Estado nos conduce a normas y valores o juicio de valor positivo y negativo.

El juicio de valor positivo se materializa cuando la conducta fáctica se realiza conforme a la norma objetivamente válida (Kelsen, 1982, p. 30); mientras que el juicio de valor negativo se concretiza cuando la conducta no se corresponde con la norma jurídica; en este sentido, la norma considerada objetivamente válida "funciona como patrón valorativo del comportamiento fáctico" (Kelsen, 1982, p. 30). No es que la norma positiva legítima oriente la conducta, sino que la conducta se materializa conforme a derecho o en discordancia con el mismo.

El valor es producto de la creación de la voluntad humana, la que es "arbitraria", a diferencia de lo "absoluto" (valor absoluto) que se originaría en un acto sobrehumano, por lo que en "una teoría científica del valor solo corresponde, con todo, tomar en consideración las normas establecidas por actos de voluntad humanos y los valores constituidos por ellos" (Kelsen, 1982, p. 32), es decir, lo que constituye creación humana.

Pero esta definición no implica determinar la distinción entre derecho y moral. La distinción entre ambos viene dada porque la vigencia de una norma jurídica "es totalmente independiente de la vigencia de la norma moral"; para él, en crítica a Esser, "no se puede hablar de una 'transformación' de la moral o la sociopolítica en derecho. La moral y la sociopolítica de un lado, y el derecho del otro son distintos niveles obligatorios o distintas esferas normativas" (Kelsen, 2003, p. 127).

Así, concluye en que el carácter "autónomo" de las reglas y figuras del derecho positivo frente a lo "metajurídico" (la moral) o el derecho natural "es el hecho innegable de que la vigencia de las normas del derecho positivo" son independientes "de la vigencia de las normas de la moral y del derecho natural", por lo que las normas jurídicas "valen independientemente de que los actos de legislación correspondan o no a estas normas" (Kelsen, 2003, p. 128).

2.2. Principios y moral

Desde una perspectiva general de raíz iusnaturalista, la misma que es cuestionada por Kelsen, los principios se definen como criterios fundamen-

tales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación, los cuales tienen eficacia propia con independencia de las normas formuladas de modo positivo, perspectiva desde la cual adquiere una dimensión ética y jurídica, deviniendo así en criterios valorativos que coadyuvan a la solución justa de los conflictos, excluyendo cualquier solución arbitraria.

Si esta es la relación entre derecho natural y norma jurídica, luego de haber establecido, en términos kelsenianos, la autonomía de las normas respecto de los valores, ¿cuál es la relación entre principios y normas jurídicas para Kelsen? La respuesta pasa por comprender que, en él, la relación se establece a partir de la influencia que ejercen los principios en general en las autoridades que generan derecho. Así, nos indica que "la generación de normas jurídicas generales e individuales está influida por principios de la moral, la política y las costumbres, que se dirigen a las autoridades, que generan derecho, y que exigen un contenido determinado de las normas jurídicas que están por generarse" (Kelsen, 2003, p. 123).

En este orden refiere que los citados principios de la moral, la política y las costumbres solo podrán ser considerados como principios del derecho, "en la medida que influyen en la generación de normas jurídicas por medio de autoridades competentes", razón por la cual deben ser separados "de las normas jurídicas cuyos contenidos coinciden con los principios mencionados" (Kelsen, 2003, p. 124).

Para Kelsen, el hecho de que se les designe con el nombre de principios del derecho "no significa [...] que sean derecho, que tengan carácter de derecho. La circunstancia de que influyen en la generación de normas jurídicas no significa [...] que se hagan positivos" (Kelsen, 2003, p. 124), los principios no son derecho positivo. Tal como hemos expuesto, la vigencia de las normas de derecho positivo es independiente de las normas de la moral, de su vigencia y de que los actos de legislación se correspondan o no con las de la moral, la política y las costumbres.

En este contexto, la separación entre derecho positivo y el concepto principio jurídico es relevante por cuanto, de no ser así, "se borra el límite entre el derecho positivo, por un lado, y por el otro, la moral, la política y las costumbres" (Kelsen, 2003, p. 125).

2.3. La interpretación

Para la definición de lo que constituye la interpretación, Kelsen parte de la misma premisa y metodología expositiva. Critica a quienes intentan

afectar la pureza teórica del derecho, en particular a la teoría tradicional de la interpretación, la que establecía lo siguiente:

> [...] la determinación del acto jurídico por cumplirse, no efectuada por la norma jurídica por aplicar, pueda obtenerse mediante alguna especie de conocimiento del derecho ya existente, es un autoengaño lleno de contradicciones, en cuanto es contrario a los presupuestos de la posibilidad de una interpretación. La pregunta de cuál sea la posibilidad 'correcta' [...] es un problema político. La tarea de lograr, a partir de la ley, la única sentencia correcta, el único acto administrativo correcto, es en lo esencial la misma que la de crear, dentro del marco constitucional, la única ley correcta (Kelsen, 1982, p. 353).

En este contexto la aplicación de la ley no sería un conocimiento del derecho positivo, "sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción de derecho: normas morales, normas de justicia, juicios de valor sociales, etcétera, que se suele denominar con rótulos tales como: 'bien común', 'interés del Estado'" (Kelsen, 1982, p. 354).

Ya en el plano de la interpretación en la teoría positivista se indica que la que efectúa el órgano de aplicación del derecho es siempre auténtica; crea derecho (Kelsen, 1982, p. 354); con lo que se entiende que la interpretación que realiza el órgano aplicador conduce a la creación del derecho.

La interpretación es definida desde la esfera procedimental y conceptual. Desde el ámbito procedimental entiende la interpretación como "el procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior" (Kelsen, 1982, Capítulo VIII), procedimiento de aplicación en el que surge la discrecionalidad en razón de que la norma de rango superior "no puede determinar en todos los sentidos el acto mediante el cual se la aplica", por lo que siempre permanecerá "un mayor o menor espacio de juego para la libre discrecionalidad, de suerte que la norma de grado superior tiene, con respecto del acto de su aplicación a través de la producción de normas, o de ejecución, el carácter de un marco que debe llenarse mediante ese acto" (Kelsen, 1982, p. 350).

La interpretación de una ley "no conduce necesariamente a una decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse– tienen el mismo valor, aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo en el acto del órgano de aplicación de derecho, en especial, en el acto del tribunal" (Kelsen, 1982, p. 350).

Por otro lado, Kelsen se plantea distinguir entre la interpretación que efectúa la ciencia jurídica, de la que realiza el órgano jurídico, estableciendo que la interpretación que realiza la primera es "pura determinación cognoscitiva" del sentido de las normas jurídicas. Expone los significados posibles de esta evitando "la ficción de que una norma jurídica siempre admite solo un sentido, el sentido 'correcto'" (Kelsen, 1982, p. 356); mientras que la interpretación de los órganos jurídicos es "producción del derecho", la que tiene como misión colmar las lagunas del derecho (Kelsen, 1982, p. 355), así la aplicación del derecho por un órgano jurídico, la interpretación cognoscitiva del derecho aplicable "se enlaza con un acto de voluntad en el cual el órgano de aplicación de derecho efectúa una elección entre las posibilidades que la interpretación cognoscitiva muestra", siendo este acto volitivo el que distingue esta interpretación de toda otra interpretación, en especial, de la interpretación del derecho por la ciencia jurídica.

3. ALEXY, DWORKIN Y LOS PRINCIPIOS

Una propuesta diferente a la del positivismo kelseniano es la formulada por Dworkin y Alexy, quienes desde perspectivas afines replantean el tema de los principios. Para los efectos de la presente parte nos detendremos en la formulación teórica del segundo (Alexy, 1988, 1993, p. 39 y ss.).

Mientras Kelsen comienza su análisis deslindando con el derecho natural, Alexy lo hace estableciendo la determinación teórica del positivismo, indicando que, desde esta perspectiva el sistema jurídico, es, en lo esencial, "un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y/o eficacia" (Alexy, 1988, p. 139), por lo que en un sistema abierto, "si un caso cae en un espacio vacío del sistema jurídico que no pueda [...] ser llenado en forma intersubjetivamente obligatoria con ayuda de la metodología jurídica"; entonces, "por definición el juez no está vinculado por el sistema jurídico" (Alexy, 1988, p. 139), debiendo decidir "por medio de fundamentos extrajurídicos", caso en el que no se puede hablar "de una única respuesta correcta ya dada por el sistema jurídico", el mismo que se encuentra conformado por reglas y principios, siendo esta conformación el punto de inicio de las diferencias.

3.1. Reglas y principios. Tesis fuerte y tesis débil

Alexy subsume reglas y principios en las normas debido a que ambas "dicen lo que debe ser", indicando que "son razones para juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de nor-

mas" (Alexy, 1993, p. 83), o una "distinción dentro de la clase de normas" (Alexy, 1988, p. 140).

Pero esta subsunción, tal como indica, no niega las diferencias entre reglas y principios. Un criterio inicial de distinción es el de generalidad, en atención a la cual se considera que "los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad" (Alexy, 1993, p. 83); apreciación que conduce al distingo entre tesis fuerte y tesis débil de la distinción entre reglas y principios. Así, quien asume a la generalidad como decisiva "llega a la conclusión de que entre las reglas y los principios existe solo una distinción de grado. Esto puede designarse como la 'tesis débil de la separación'", pero quien considera que la diferencia entre reglas y principios no es simplemente de grado, sino de tipo cualitativo", se ubica en la tesis fuerte de la separación, siendo esta la "tesis es correcta" (Alexy, 1988, p. 141).

3.2. Principios: mandato de optimización. Reglas: cumplimiento pleno

Pero ¿cuál es la diferencia cualitativa entre reglas y principios a la que alude Alexy?

La respuesta tiene que ver con el mandato de optimización y la determinación fáctica y jurídicamente posible. Así, por el lado de los principios, desde la perspectiva del mandato de optimización, indica que los principios "son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes [...] son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas" (Alexy, 1993, p. 86), con lo que se precisan dos criterios: mandato de optimización y cumplimiento en diversos grados.

Respecto de las reglas, establece que estas "son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible" (Alexy, 1993, p. 88), ya que "exigen un cumplimiento pleno" (Alexy, 1988, p. 143).

Establecida la diferenciación, podría afirmarse como corolario que estaremos ante un principio cuando se exige "la mayor medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas", mientras que se estará ante una regla cuando se exija una determinada medida de cumplimiento.

3.3. Colisión de principios. Conflicto de reglas. La diferencia *prima facie* (primera vista)

Los principios colisionan, las reglas conflictúan, y se exterioriza ante la aplicación de dos normas, aplicadas independientemente, las cuales pueden conducir a resultados incompatibles "es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios" (Alexy, 1993, p. 87), escenario en que la diferenciación se plantea por la forma en que se soluciona el conflicto.

3.3.1. Conflicto de reglas

El conflicto surgido entre reglas se realiza en la dimensión de la validez, y se parte del criterio de que el concepto de validez jurídica no es graduable. Así, "una norma vale o no vale jurídicamente. Que una regla vale y es aplicable a un caso significa que vale también su consecuencia jurídica [...] Si se constata la aplicabilidad de dos reglas con consecuencias recíprocamente contradictorias en el caso concreto y esta contradicción no puede ser eliminada mediante la introducción de una cláusula de excepción, hay entonces que declarar inválida, por lo menos, a una de las reglas" (Alexy, 1993, p. 88).

En síntesis, en casos de conflictos entre reglas, se plantean las siguientes soluciones:

- Se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto.
- Se declara inválida por lo menos una regla.

3.3.2. La colisión de principios

La colisión de principios se ubica en la dimensión de peso, donde la controversia se soluciona cuando uno cede ante el otro, situación distinta a la de las reglas. Así se indica que cuando dos principios entran en colisión, "uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro", lo que no significa "declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción", sino que bajo ciertas circunstancias "uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso" (Alexy, 1993, p. 89).

Desde esta perspectiva de abordar y resolver las diferencias, Alexy establece el diferente carácter *prima facie* de los principios y las reglas. En cuanto a los principios, tal como hemos expuesto, estos ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, "teniendo en cuenta las posibilidades

jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo prima facie" (Alexy, 1993, p. 99). El principio vale para un caso, no siendo por tanto un resultado definitivo, pudiendo las razones que sustentan los principios ser desplazadas por otras razones opuestas.

En relación con las reglas, se concluye en que estas "exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena", conteniendo por ello "una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas", la que puede fracasar "por imposibilidades jurídicas y fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice" (Alexy, 1993, p. 99).

En este esquema se propone un modelo diferenciado respecto del carácter *prima facie* de los principios y las reglas. Para el caso de las reglas, el modelo diferenciado se aplicaría cuando la regla pierde su carácter definitivo para la solución del caso, situación en la cual será posible introducir en las reglas "una cláusula de excepción" sobre la base de un principio; cuando se trata de principios, el carácter *prima facie* se realiza cuando en un caso concreto se presentan dos principios a aplicar, optándose por el de mayor peso, sin desconocer la vigencia del excluido.

3.4. Principios y reglas: razones para las normas y las acciones

Para Alexy, en el marco de la subsunción de las reglas y los principios en las normas, estos serían considerados razones para normas, concluyendo en que también serían "razones para acciones" (Alexy, 1993, p. 102). Pero, tal como hemos reseñado, esta asimilación no niega el hecho de que existan diferencias entre las razones para las reglas y los principios: la regla "es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar", siendo por tanto una razón definitiva; los principios, indica, "son siempre razones *prima facie*", son generales "porque no están referidos a las posibilidades del mundo real o normativo"; permiten conocer el contenido valorativo de las reglas; son relevantes, por su contenido, para el ordenamiento jurídico; su fundamentación va de lo general a lo especial (Alexy, 1993, pp. 103-104).

4. LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

¿Cuál de las teorías expuestas es aplicable a la singularidad sustancial del derecho administrativo? Inicialmente tenemos que este se define como "un Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho

común" (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 42), o como el que se encuentra comprendido como aquella parte del derecho público "que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquellas y otros sujetos" (Parada, 2002, p. 12), siendo este contexto conceptual en el que se desenvuelven los principios.

Desde la configuración normativista, los principios en el derecho administrativo dejaron de ser una abstracción para convertirse en algo definible, con lo que en este ámbito y en particular en las contrataciones del Estado, pasaron a tener nombre y contenido concreto; perspectiva teórica que, como hemos indicado, se agotó cediendo el paso a las nuevas corrientes antipositivistas provenientes de la teoría de la argumentación, donde, a pesar de que la propuesta de Alexy se vincula a los principios en el marco de los derechos fundamentales, existiría la posibilidad de extenderlo al "rígido" ámbito del derecho administrativo (Arroyo Jiménez, 2009, p. 4), a través de la ponderación, proporcionalidad y discrecionalidad.

4.1. La ponderación

La noción de cumplimiento en grados diversos, según las posibilidades jurídicas y fácticas, conduce a la ponderación y no a la prioridad. El juicio de ponderación es un método de decisión, siendo "el método característico de resolución de los conflictos integrados por principios", y es empleado "por todos los operadores jurídicos llamados a interpretar y aplicar las normas que pertenecen a esa categoría" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 23).

Al aludir la ponderación a la actividad "consistente en tomar en consideración simultáneamente exigencias que presionan en sentidos opuestos", ponderar significaría entonces "sopesar o valorar criterios que demandan acciones diferentes, a medir el peso de razones opuestas mediante su colocación en los platillos de una balanza", por lo que en este contexto en la solución que se plantean los entes y órganos administrativos están obligados "a tomar en consideración la totalidad de los intereses afectados por su actividad, incluso cuando no se trate de intereses cuya tutela les haya sido normativamente encomendada", debiendo valorar "las exigencias de sentido opuesto que se deriven de esos intereses públicos en relación con cada decisión que adopten" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 4).

4.2. La proporcionalidad

El otro aspecto relevante que se desenvolvería en la Administración pública sería la proporcionalidad, que es un método de control de la decisión,

la que se desenvolvería de forma más evidente en el derecho de policía y sancionador.

En la medida que más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, "tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro" (Alexy, 1988, p. 147), siendo este, en realidad, la formulación de principio de proporcionalidad "en sentido estricto", criterio que abriría espacio a la discrecionalidad.

La ponderación alcanza a la actividad no normativa de la Administración, así esta no se encuentre gobernada por reglas, caso en el cual estará gobernada por los principios. Desde esta perspectiva, el espacio de la actuación administrativa a ser ocupado por la ponderación "es el propio de la discrecionalidad administrativa, que representa esencialmente una 'competencia para la actuación administrativa a través de la ponderación'" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 27).

En este escenario se entiende que la discrecionalidad no es libertad de elección entre opciones jurídicamente diferentes, "sino ponderación administrativa de principios jurídicos dirigida normativamente a través de programas finales" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 27), con lo que se le reconoce a la Administración la habilitación "para adoptar decisiones a través de la ponderación de los principios que gobiernan la materia de que se trate" (Arroyo Jiménez, 2009, p. 27).

5. LOS PRINCIPIOS EN LA DOCTRINA DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Establecida la posibilidad de que la teoría de los principios venida de las corrientes positivistas y antipositivistas puedan ser aplicadas al ámbito del derecho administrativo y, en consecuencia, en las contrataciones públicas, corresponde analizar específicamente su desenvolvimiento partiendo para ello de la doctrina.

Los principios se desenvuelven en todas las fases de los procedimientos de selección; sin embargo, para fines expositivos seguidamente efectuaremos solo una diferenciación académica respecto de cada uno de ellos, a efectos de ubicarlos en alguna de las etapas indicadas.

A nivel de doctrina se establecen como principios esenciales, el de libre concurrencia; el de igualdad entre los oferentes; el de publicidad; el de transparencia (Dromi, 1995, p. 98); el de continuidad; el del contrato *lex inter partes* y de la aplicación subsidiaria del derecho civil; el de la mutabilidad; el

principio de la Administración-poder y del contratista-colaborador; y el del equilibrio financiero.

5.1. Los principios en los procedimientos de selección

En los procedimientos de selección se establecen en la doctrina, como principios esenciales, los siguientes: el de libre concurrencia, el de igualdad entre los oferentes, el de publicidad y el de transparencia (Dromi, 1995, p. 98).

5.1.1. Principio de libre concurrencia

Se encuentra vinculado al de publicidad. A través de él se busca una doble finalidad, por un lado, proteger los intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible; y, por el otro, el garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la Administración (García de Enterría y Fernández, 2001, p. 699). Su correcta aplicación, además de permitir la competencia y oposición, involucra la prohibición de imponer "condiciones restrictivas que impidan el acceso a este procedimiento" (Dromi, 1995, p. 99).

En el ámbito de la contratación pública, su vulneración se puede producir cuando las bases contengan cláusulas "que limitan la participación de los oferentes sin que existan razones legales o reglamentarias para ello" (Diez, 1979a, p. 140); disposición que no es absoluta, por cuanto su aplicación no niega la posibilidad de establecer restricciones respecto del control de la calidad de los postores, como la exclusión de los postores incapaces, como los que se encuentran impedidos para contratar con el Estado, los sancionados (Dromi, 2004, p. 503).

5.1.2. Principio de publicidad

La publicidad, el acto de publicitar constituye parte de la actividad material de la Administración, es un hecho administrativo (Dromi, 1995, p. 292-295), que se desenvuelve en dos etapas. En la convocatoria, significa "la posibilidad de que el mayor número de interesados tome conocimiento del pedido de ofertas de la Administración, ampliando así su concurrencia y competencia", mientras que en el desarrollo del procedimiento de selección implica "que la licitación debe efectuarse en forma pública" (Dromi, 1995, p. 104)[133]. En todos los casos es una obligación esencial de la entidad, pero esta tiene distintas modulaciones según el tipo de proceso de selección.

133 Este mismo autor (1995, p. 292) sostiene lo siguiente: "De acuerdo con este principio las autoridades no solo deben limitarse a su aplicación al momento del anuncio de la licitación para convocar a

Este principio tiene una triple forma de abordarlo. La primera se relaciona con el control que realiza la opinión pública sobre la administración pública; la segunda, como medio para conseguir una mejor oferta y concurrencia; y la tercera, referida a la publicidad del procedimiento de selección y el acceso a las actuaciones vinculadas a él (Mata, 2014, p. 785 y ss.).

El principio acotado permite el saber ciudadano del obrar público, tanto en la dimensión administrativa como financiera, por lo que su aplicación acompaña a todos los actos inherentes a los procedimientos de selección desde su etapa preparatoria hasta el consentimiento de la buena pro[134], y continúa durante la ejecución del contrato; razón por la cual cumple una función de garantía (Dromi, 1995, p. 292), no constituyendo una oferta de contrato, sino solo un aviso de demanda (Dromi, 1995, p. 292) de bienes, servicios u obras.

En este orden, la publicidad deviene en una fase esencial, por cuanto su omisión acarrea la ausencia de competencia, y su defecto en ejecutarla afecta la concurrencia de postores; por ello, en ambos casos vician de nulidad al acto[135].

5.1.3. Principio de igualdad o de trato igualitario entre los oferentes

Comprende, para el postor, derechos como los siguientes: consideración de su oferta en competencia con la de los demás concurrentes; respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento, debiendo cualquier modificación ser igual para todos los concurrentes; cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen en el procedimiento de elección del contratista; notificación de todas las aclaraciones y demás informes que hacen al desarrollo del procedimiento; inalterabilidad de la esencia de los pliegos de condiciones que deben establecer reglas generales e impersonales; respeto del secreto de las ofertas hasta el acto de apertura de los sobres; acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de

la concurrencia de los participantes en un pie de igualdad y favoreciendo la competencia, sino que el ente licitante debe dar a conocer, en todo momento del procedimiento licitatorio, sus decisiones. En tal sentido, el principio de publicidad debe regir a lo largo del procedimiento de selección del futuro contratista estatal, permitiendo a través de publicaciones, notificaciones y comunicaciones, la igualdad, y competencia de todos los participantes. La publicidad cumple así una función de garantía".

134 Dromi (1995, p. 292) señala que "la publicidad es, en todos los casos, indispensable como presupuesto fáctico, esencial de los procedimientos administrativos de contratación".

135 Dromi (1995, p. 304) afirma lo siguiente: "El incumplimiento de la publicación o la publicación incompleta, confusa, deficiente o imprecisa, provocan la nulidad del procedimiento de contratación, por vicio de forma y, por supuesto, del contrato mismo si hubiera sido celebrado".

apertura; que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; que se lo invite a participar en el procedimiento que se promueva ante el fracaso de la licitación (Dromi, 1995, p. 101).

Desde esta perspectiva se indica que la igualdad ha quedado configurada "como 'correcto tratamiento' o 'correcto comportamiento', por lo que el deber de la administración pública de otorgar un trato igualitario a quienes participan de la selección se ha transformado en un deber de obrar con corrección que pesa sobre todos los que participan en ella" (Mata, 2014, p. 793).

5.1.4. Principio de transparencia

Conlleva apreciar con claridad el manejo que de los fondos públicos hace la Administración en la contratación administrativa, así como el acceso a la documentación del procedimiento.

5.2. Los principios en la contratación administrativa

Luego de consentida la buena pro y suscrito el contrato entre la Administración y el postor ganador, se pasa a la etapa de ejecución de contrato, la que es cualitativamente distinta a la del procedimiento de selección, pero que a la vez lo comprende, ya que incorpora las bases y todos los documentos que las partes presentaron y se obligaron.

Esta etapa de ejecución del contrato también incorpora algunos principios, como el principio de continuidad[136], el principio del contrato *lex inter partes* y de la aplicación subsidiaria del derecho civil; el principio de la mutabilidad; el principio de la Administración-poder y del contratista- colaborador; y el principio del "equilibrio financiero" (Garrido Falla, 2002, p. 107). Abordemos cada uno de ellos.

5.2.1. Principio *lex inter partes*. Relativización

Se asume que el contrato es ley entre las partes; pero en el ámbito administrativo se relativiza con la aplicación del *ius variandi* por parte de la Administración.

5.2.2. Principio de continuidad

La Administración queda habilitada para exigir al contratista la no interrupción de la ejecución del contrato, "de modo que, en principio, no se vea ella interrumpida o suspendida por causa alguna"; perspectiva desde

136 Dromi (1995, p. 504) considera este principio y el de mutabilidad.

la cual cualquier controversia no debería implicar la suspensión de la ejecución contractual, ya que "el interés público exige que esa ejecución sea ininterrumpida o continuada" (Dromi, 1995, p. 504). En este contexto, solo cabe como excepción el caso fortuito o la fuerza mayor, no siendo viable la excepción del contrato no cumplido.

5.2.3. El principio de la mutabilidad

Constituye una de las piedras angulares de la doctrina del contrato administrativo, en oposición al de *lex inter partes*. La mutabilidad ofrece una doble vertiente, de una parte, es una consecuencia del *ius variandi* que se reconoce a la Administración; de otra, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas.

Las modificaciones en mención pueden significar un aumento o decremento de prestaciones, pudiendo las modificaciones ser directas "que atañen al contrato o a alguna de sus disposiciones, o indirectas, originadas en los actos cuyo fin no es la modificación, pero que producen ese efecto" (Dromi, 1995, pp. 505-506).

En este ámbito, el *ius variandi* tiene como parámetros la disposición de que la modificación debe respetar la sustancia del contrato y la esencia de su objeto; "debe mantener el equilibrio económico-financiero a favor del contratista, debiendo la Administración indemnizarlo cuando dichas alteraciones produzcan la ruptura de ese equilibrio, o hacer los reajustes correspondientes para evitar que aquella obtenga un beneficio indebido" (Dromi, 1995, pp. 505-506). Aquí el equilibrio económico-financiero actúa como contrapartida del principio de mutabilidad.

5.2.4. Principio de la Administración-poder y del contratista-colaborador

Por el cual se permite a la Administración, en atención de la consecución del fin público, no se despoja de sus prerrogativas como las llamadas "cláusulas exorbitantes" del contrato administrativo (Garrido Falla, 2002, p. 111).

5.2.5. Principio de equivalencia de las prestaciones o de equilibrio financiero

Al respecto, se precisa que el equilibrio financiero puede afectarse por cualquiera de las siguientes razones: "a) imputables directamente al estado contratante (responsabilidad contractual del estado, por ejemplo hecho de

la Administración); b) imputables indirectamente al estado contratante (responsabilidad extracontractual del estado, v. gr. hecho del príncipe); c) no imputables al estado (responsabilidad extracontractual, por ejemplo teoría de la imprevisión)" (Dromi, 1995, p. 518), en tales situaciones corresponde al contratista tener derecho a que el equilibrio sea restablecido, manteniendo de esta manera la ecuación financiera del contrato.

6. FINALIDAD Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

En las contrataciones públicas los principios son instrumentalizados por los operadores de la norma, para la formulación de los requerimientos y bases, absolución de consultas y observaciones, el otorgamiento de la buena pro, y demás actos vinculados a la preparación de la voluntad estatal; pero también son utilizados por el TCP al momento de dirimir controversia o al aplicar sanciones. En todas las situaciones descritas, la decisión alcanza a los administrados.

Al respecto, en la Resolución N.° 1243-2010-TC-S2, el TCP estableció que el procedimiento administrativo se rige por principios, que sirven, por un lado, "para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento"; y, por el otro, "para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias" (resoluciones N.° 1243-2010-TC-S2; N.° 526-2012-TC-S2 y N.° 0835-2017-TCE-S3).

En la misma línea reflexiva, se estableció que estos deben ser entendidos como integrales por cuanto "no se materializan en forma individual o independiente uno de otro, sino que su observancia debe ser conjunta o concurrente durante todo el desarrollo del procedimiento, desde la elaboración de las bases hasta el otorgamiento de la buena pro y suscripción del contrato respectivo. El cumplimiento de un principio no puede proscribir de otros u otros" (Pronunciamiento N.° 030-2001 [GTN]).

Desde la esfera normativa, tenemos que, en el antecedente más reciente de la actual normativa de contrataciones del Estado, como son el RUA y el RULCOP, siendo que se puede constatar que solo el RUA contaba con principios, los que se encontraban establecidos en el artículo 1.1.3, en el que se indicaba la relación y contenido de estos, sin establecer su función o finalidad.

La determinación de la función y finalidad de los principios en las contrataciones públicas recién se materializó en 1997 con la promulgación de la Ley N.° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que derogó al RUA y al RULCOP y demás normas que se opusieran a dicha ley, estableciendo en el artículo 3 que los procedimientos de contratación y adquisición se regían por los principios considerados en dicha norma, "sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho común"; indicándose que su finalidad[137] estaba orientada a:

- Servir de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la ley y su reglamento.
- Como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables.
- Como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables.

Posteriormente el Decreto Legislativo N.° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, que derogó la Ley N.° 26850, establecía que los procedimientos de contratación se regían por los principios consignados en la norma, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público, excluyéndose de esta forma a los del derecho común, como hacía referencia la Ley N.° 26850, precisando, en cuanto a finalidad, que estos servían de:

- Criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la normativa. En esta norma se agrega el criterio integrador.
- Como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones.

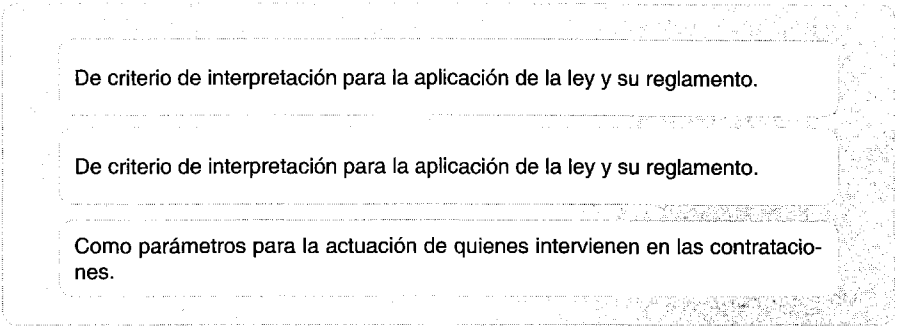
La Ley N.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que a su vez derogó al Decreto Legislativo N.° 1017, establecía que las contrataciones

137 Una de las finalidades de los principios consignados en la Ley N.° 26850 era la de "garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados". No abordamos este aspecto por cuanto correríamos el riesgo de apartarnos de nuestro objetivo.

del Estado se desarrollaban con fundamento en los principios consignados en la norma, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público, los que sirven de:

- Criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la norma.
- Como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones, disposición con la que se ampliaría el ámbito de aplicación.

Finalmente, el Decreto Legislativo N.° 1341, que modificó la Ley N.° 30225, efectuó algunas precisiones a la forma de instrumentalizar los principios, los que se han mantenido en el actual TUO de la LCE, indicando que estos servían:



Como se puede constatar de la breve reseña efectuada, la legislación en contrataciones públicas ha pasado del silencio en cuanto a la finalidad de los principios (RUA-RULCOP), con lo que el sentido del fin de los mismos quedaba a libre albedrío de los operadores de la norma para la determinación precisa de la función y finalidad.

7. EL TRÁNSITO DE LA NADA A LA INCONSISTENCIA EN LA FUNCIÓN, FINALIDAD Y CONTENIDO DE LOS PRINCIPIOS EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Tal como hemos expuesto, el RUA y el RULCOP se caracterizaban por no establecer finalidad específica a los principios, solo los mencionaba; después de la cual se promulgó la Ley N.° 26850, la que determinó para ellos un relevante fin operativo que después fue indebidamente suprimido en las normas posteriores, como era la de "garantizar que las entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados".

Otro aspecto que fue suprimido por las normas posteriores fue la posibilidad de invocar los principios de derecho común; las normas que se promulgaron luego solo admitieron la invocación a los principios del derecho administrativo. Asimismo, también se suprimió en las posteriores normas la disposición de que los principios tenían por finalidad el suplir los vacíos de la normativa.

Los dos elementos que pasaron al Decreto Legislativo N.° 1017 y a la Ley N.° 30225 fueron los de entender a los principios como criterio integrador y como parámetro de actuación de los funcionarios y servidores públicos, pero respecto de estos tampoco se mantuvo una sola posición. Inicialmente se entendía que los principios servían como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la aplicación de la norma, para luego quedar en las posteriores como criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la normativa. Se parecen, pero no son iguales.

En cuanto a los parámetros, la Ley N.° 26850 establecía que era para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables, criterio que se mantuvo en el Decreto Legislativo N.° 1017, pero que se modificó con la Ley N.° 30225 y el Decreto Legislativo N.° 1341, cuando indicó que servían como como parámetros para la actuación de quienes intervenían en dichas contrataciones, con lo que el alcance trascendía a los funcionarios y servidores públicos.

Pero si estas eran las inconsistencias en cuanto a las funciones, la situación se agrava cuando se trata de la determinación y contenido de estos en las normas glosadas, cuyo cuadro comparativo seguidamente presentamos.

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
Austeridad Entendida como la estimación equilibrada de necesidades de bienes y de servicios, su adquisición racional, su empleo mesurado y adecuada combinación.	**Principio de economía** En toda adquisición o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias.	**Principio de economía** En toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las bases y en los contratos.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Planeamiento de necesidades La necesidad de bienes y servicios serán previstas, técnica y racionalmente, como condición previa a la adquisición.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Unidad en las adquisiciones Todas las adquisiciones deben efectuarse a través del órgano de abastecimiento o el que haga sus veces. No se admitirán regularizaciones.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Cobertura integral Los procedimientos establecidos en este reglamento son aplicables tanto en la adquisición de bienes como en la adquisición de servicios no personales.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
Eficiencia y eficacia El uso óptimo de recursos y logro de resultados en materia de adquisición, aplicando los criterios de calidad, cantidad, oportunidad, lugar y costo, en ese orden de prioridad.	**Principio de eficiencia** Los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final.	**Principio de eficiencia** Las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.	**Eficacia y eficiencia** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.	**Eficacia y eficiencia** El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.	**Eficacia y eficiencia** Las entidades contratantes actúan de forma eficaz y eficiente para lograr el cumplimiento de los fines públicos, priorizando estos por encima de formalidades no esenciales para sus objetivos. La aplicación de estos principios garantiza la calidad técnica de los expedientes técnicos, especificaciones técnicas y términos de referencia, así como la ejecución contractual. Los procesos, procedimientos, contratos, programas, sistemas y trámites son revisados y evaluados de forma periódica a fin de identificar y retirar aquellos que no son racionales o proporcionales para optimizar de forma permanente el proceso de contratación pública.
Celeridad en los trámites Procurando emplear el menor tiempo posible al tramitar una adquisición, sin menoscabo de las racionales acciones de control previo y concurrente, las cuales no deben significar instancia, retraso o demora.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Equidad Todo proveedor de bienes y/o servicios debe, potencialmente tener iguales oportunidades para colocar sus productos en entidades del Estado.	**No se menciona**	**Principio de equidad** Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.	**Equidad** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.	**Equidad** Las prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.	**Equidad y colaboración** Todos los participantes de los procesos de contratación deben procurar el equilibrio y la proporcionalidad entre los derechos y las obligaciones asumidos, así como la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad pública que se persigue, sin perjuicio de las facultades que correspondan a las entidades contratantes de acuerdo con el marco normativo vigente.

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
Moralidad Todos los actos referidos a la adquisición, antes, durante y después del suministro o la prestación deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, reserva, equidad, justicia y probidad por parte de los servidores y funcionarios públicos intervinientes	**Principio de moralidad** Los actos referidos a las contrataciones y adquisiciones deben caracterizarse por la honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad	**Principio de moralidad** Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Eficacia en los pagos Procurando que los organismos del sector público a través de los órganos correspondientes, responda con procedimientos simples y oportunos a su obligación de pago de las adquisiciones realizadas.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
Responsabilidad compartida En el proceso de adquisición la responsabilidad queda distribuida entre el órgano de abastecimiento y el comité de adjudicación.	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**
No se menciona	**Principio de imparcialidad** Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y contrataciones de la entidad se adoptarán en estricta aplicación de la ley y el reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.	**Principio de imparcialidad** Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas	**No se menciona**	**No se menciona**	**No se menciona**

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
No se menciona	**Principio de transparencia** Toda adquisición o contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación de las adquisiciones y las contrataciones. Salvo las excepciones previstas en la ley y el reglamento, la convocatoria, el otorgamiento de buena pro y resultados deben ser de público conocimiento.	**Principio de transparencia** Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.	**Transparencia** Las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.	**Transparencia** Las entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.	**Transparencia y facilidad de uso** Son principios rectores de las actuaciones y decisiones de quien participe en el proceso de contratación basados en reglas y criterios claros y accesibles. Las entidades contratantes garantizan el acceso público y oportuno a dicha información, salvo las excepciones previstas en la ley de la materia. El acceso a toda plataforma, sistemas, procedimientos y trámites debe ser sencillo, amigable al usuario y oportuno, de modo que garantice la seguridad y brinde información confiable, oficial y útil.
No se menciona	**Principio de vigencia tecnológica** Los bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son adquiridos o contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.	**Principio de vigencia tecnológica** Los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.	**Vigencia tecnológica** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.	**Vigencia tecnológica** Los bienes, servicios y obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para los que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse, si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.	**Vigencia tecnológica** Las entidades contratantes deben adquirir bienes, servicios y obras que reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para la que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, debiendo preverse la posibilidad de repotenciarse, integrarse o adecuarse a los nuevos avances científicos y tecnológicos.

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
No se menciona	**Principio de trato justo e igualitario** Todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.	**Principio de trato justo e igualitario** Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.	**Igualdad de trato** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.	**Igualdad de trato** Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia	**Igualdad de trato** Las entidades contratantes deben garantizar a los proveedores las mismas oportunidades en todas las etapas de la contratación pública. Por tanto, está prohibido el otorgamiento de privilegios o el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que situaciones similares no se traten de manera diferenciada, y que situaciones diferentes no se traten de manera idéntica, siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, que favorezca el desarrollo de una competencia efectiva.
No se menciona	**Principio de libre competencia** En los procedimientos de adquisiciones y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales	**Principio de libre concurrencia y competencia** En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.	**Libertad de concurrencia** Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores. **Competencia** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.	**Libertad de concurrencia** Las entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores. **Competencia** Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.	**Libertad de concurrencia** Las entidades contratantes promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades innecesarias.

RUA	Ley N.° 26850	Decreto Legislativo N.° 1017	Ley N.° 30225	Decreto Legislativo N.° 1341 / se mantienen en el TUO de la Ley N.° 30225	Ley N.° 32069
No se menciona	**No se menciona**	**Principio de sostenibilidad ambiental** En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia. **Principio de promoción del desarrollo humano** La contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.	**Sostenibilidad ambiental y social** En el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano	**Sostenibilidad ambiental y social** En el diseño y desarrollo de la contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como al desarrollo social y humano.	**No se menciona como tal, sino a la sostenibilidad de las contrataciones públicas** Las entidades contratantes deben promover prácticas responsables en los procesos de adquisición de bienes, servicios y obras, considerando los aspectos económicos, sociales y medioambientales, que contribuyan a alcanzar objetivos de sostenibilidad en todo proceso de contratación pública.
		Principio de razonabilidad En todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.			**No se menciona**
				Integridad La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.	**Integridad** Es la conducta obligada de todo aquel que participe en el proceso de contratación, quien, guiado por la honestidad, veracidad y la apertura a la rendición de cuentas, evita y denuncia cualquier práctica indebida o corrupta ante las autoridades competentes.

8. DE LA INCONSISTENCIA AL SINCRETISMO

En este extremo corresponde evaluar lo expuesto en la norma respecto de la función y finalidad, con lo establecido en la doctrina. Teniendo en cuenta que desde la perspectiva positivista kelseniana los principios no constituyen norma jurídica alguna, sino que las normas jurídicas recogen, vía la influencia en el legislador, determinados principios, la distinción entre norma y principio formulada en todas las normas glosadas carecería de relevancia teórica, siendo en su caso importante la relación entre los distintos articulados que componen la ley de contrataciones como integrante de un orden jurídico positivo y en su estructuración piramidal. Pero si nos limitamos a esta conclusión, podríamos limitar el análisis a lo estrictamente positivo y sistémico. Es decir, el clásico análisis normativista.

8.1. La relación entre principio y norma

En el caso del RUA y el RULCOP, la relación entre principio y norma positiva se presenta, de acuerdo con la sistemática de dichos cuerpos normativos, como una relación jerárquica. Si los principios preceden el texto de la norma, entonces los artículos que la componen (reglas) deberán orientarse en su aplicación por dichos principios, pero, además, en caso de conflicto entre principio y norma deberá prevalecer el primero. Este criterio se ha mantenido en todas las normas sobre contrataciones que hemos citado, incluyendo a la vigente LGCP.

9. LOS PRINCIPIOS Y EL VACÍO NORMATIVO

Por otro lado, y en la misma línea de análisis, la Ley N.° 26850 hace referencia a la recurrencia de los principios en caso de vacíos de la norma. ¿Qué es un vacío de la norma? Kelsen hace referencia del vacío normativo como la teoría de las "lagunas" del derecho, la que según él se ubicaría en la teoría tradicional, para la que el derecho válido no sería aplicable en un caso concreto "cuando ninguna norma general se refiere a ese caso" (Kelsen, 1982, p. 255), por lo que se deberá resolver "mediante la producción de la norma jurídica correspondiente" (Kelsen, 1982, p. 255), teoría que considera errada, "puesto que reposa en la ignorancia del hecho de que cuando el orden jurídico no estatuye ninguna obligación a cargo de un individuo, su comportamiento está permitido" (Kelsen, 1982, p. 255), con lo que la existencia de la laguna respondería más a criterios jurídico-políticos del órgano encargado de la aplicación.

Kelsen considera que en estos casos la aplicación del orden jurídico no es imposible debido a que "si bien en el caso de que no sea posible la aplicación de una norma jurídica aislada, es posible en cambio la aplicación del orden jurídico, y ello constituye también aplicación de derecho" (Kelsen, 1982, p. 255), la solución a la "laguna" estaría en el sistema jurídico más que en la norma jurídica. La existencia de la "laguna" solo sería posible cuando se excluya a la lógica jurídica en aras de la prevalencia de la comprensión jurídico-política. Así indica que la existencia de una "laguna" "solo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación lógicamente posible del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación" (Kelsen, 1982, p. 255).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la remisión que se ha efectuado en las normas de contrataciones públicas, primero a los "otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho común", y luego solo a los otros principios generales del derecho público, y después con la precisión de "los que resultan aplicables al proceso de contratación", implicaría la pretensión de resolver en el contexto de positivización de los principios solo sobre la base de aquellos que se articularían al derecho público, siendo esta perspectiva el reconocimiento de la distinción al interior de la generalidad de los principios del derecho. Así como hay principios de derecho público, también los hay de derecho privado, de derecho penal, de derecho procesal, etc. Especialización riesgosa, por cuanto puede terminar perdiendo la perspectiva de totalidad.

La solución ante "el vacío" o "la laguna" de la norma jurídica se resolvería en el marco de los principios positivizados, de la integración, y no en referencia a principios generales de contenido moral o político, con lo que el contenido de los mismos adquiere relevancia; contenido que, como se podrá apreciar en el cuadro citado, no se ha caracterizado por su consistencia.

10. LA INTERPRETACIÓN

En la interpretación participan tres actores. El operador de la norma, que es quien la va a aplicar; la norma jurídica a interpretar; y la situación o caso sobre el que va a recaer la norma objeto de interpretación. Kelsen distingue entre la interpretación procedimental y cognoscitiva, la primera conlleva a la aplicación de la norma en una relación jerárquica, la segunda se refiere al "conocimiento del sentido del objeto interpretado"; interpretación que conduce a la discrecionalidad, por cuanto, no existe una sola

interpretación, sino que el derecho positivo brinda varias posibilidades, por lo que la discrecionalidad se desenvuelve en la escogencia de una de ellas, la pertinente.

En este contexto corresponde interrogarse respecto de cómo interpretar una norma en el marco de la normativa de contrataciones públicas, la respuesta pasaría por articular las posibilidades de aplicación con los principios, es decir, que cualquiera de las interpretaciones de la norma a aplicar deberá mantener vinculación con los principios glosados en ella o, en su defecto, en los principios del derecho público.

11. LA INTEGRACIÓN

El criterio integrador de los principios va de la mano con el de interpretación. La integración es una vía de interpretación, residiendo la diferencia en el hecho de que la integración por defecto normativo se genera cuando se presenta el vacío normativo o laguna del derecho, debiéndose recurrir para ello a los principios, mientras que en la interpretación se opta, también en relación con los principios, por una de las interpretaciones posibles.

El problema es el siguiente: ¿cuál es el principio a aplicar como criterio interpretativo? Para ello Alexy nos brinda algunas alternativas, como la distinción entre reglas y principios, considerando a ambos como normas, siendo este el caso de la LGCP, la que al positivizar los principios y al ubicarlos en el cuerpo normativo, les otorga la categoría de norma.

En este contexto se plantea el mandato de optimización para los principios y el de cumplimiento pleno para las reglas. En la relación principio-regla sería de aplicación el mandato de optimización, es decir, el cumplimiento en distinto grado, siendo esta la vía de la ponderación. Los principios, a diferencia de las reglas, no se excluyen unos a otros, como negación, sino que, según el caso, uno puede ser más pertinente que otro para la solución de la controversia, considerando los valores e intereses involucrados.

12. LA ARTICULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS EN LA LGCP

Tal como hemos expuesto, por defecto, inicialmente se podía recurrir a los principios del derecho común y del derecho público, para luego quedar solo en la posibilidad de recurrencia a los últimos, donde el numeral 5.3 del artículo 5 de la LGCP indica que las contrataciones públicas también se rigen por los principios del Sistema Nacional de Abastecimiento, consignados en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1439, agregando que también

se puede recurrir a los principios generales del derecho público que resulten aplicables, escenario en el cual se complejiza la operatividad de los principios.

Al respecto, tenemos que nuestra legislación administrativa se caracteriza porque cada ley ha desarrollado sus propios principios, algunas veces conceptualizados de manera distinta; dispersión que termina agravando la incertidumbre, por cuanto en vez de tener un cuerpo normativo administrativo sistematizado y orientado por principios comunes, contamos con normas dispersas donde cada una aparenta tener su propia autonomía, pretensión que es ajena a la realidad por cuanto la unicidad jurídica del ordenamiento jurídico nos obliga a tener una visión integradora o sistemática de estos.

El principio de interpretación sistemática o de unidad normativa "obliga al operador jurídico a no considerar aisladamente el texto de la norma objeto de interpretación, sino en el conjunto integral de la disposición que la contiene, a fin de evitar contradicciones con dispositivos constitucionales, principio que no solo resulta aplicable en el ámbito jurisdiccional, sino también en el administrativo" (Resolución N.° 274/2008/TC-S1).

Pero ¿cuáles son los principios establecidos en otras normas administrativas que se articulan a los principios establecidos en la LGCP? En nuestra opinión, entendiendo que las contrataciones estatales constituyen un procedimiento de gestión sujeto a control, podríamos establecer que en ellas confluyen los principios consignados en la ley del SNA, el TUO de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; y en la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, los que se articulan en la cotidianidad de las contrataciones estatales.

12.1. Los principios en la Ley Sistema Nacional de Abastecimiento (Decreto Legislativo N.° 1439)

El artículo 2 de la norma acotada establece que adicionalmente a los principios de la administración financiera del sector público y los del derecho público en lo que resulte aplicable, el Sistema Nacional de Abastecimiento se rige por los siguientes principios:

1. **Economía.** Consiste en una gestión desarrollada aplicando criterios de simplicidad, ahorro en el uso de bienes, servicios y obras, empleo razonable de los recursos públicos y maximización del valor por dinero.

2. **Eficacia.** Consiste en una gestión orientada al cumplimiento de las metas y objetivos, con los recursos disponibles, en la oportunidad requerida, cumpliendo las normas y procedimientos establecidos.
3. **Eficiencia.** Consiste en una gestión empleando los medios necesarios, con criterios de calidad y buscando siempre el máximo rendimiento de los recursos humanos y materiales asignados.
4. **Oportunidad.** Consiste en que las áreas involucradas en la gestión de la cadena de abastecimiento público doten a las entidades, en tiempo y modo oportuno, de los bienes, servicios y obras dentro de las fechas programadas para el cumplimiento de sus funciones y actividades.
5. **Predictibilidad.** Consiste en la realización de procedimientos y la elaboración de información con la finalidad de generar confianza y certidumbre en las decisiones de los actores a través del empleo de criterios uniformes y objetivos en el desarrollo de las actividades del sistema.
6. **Racionalidad.** Consiste en una gestión desarrollada mediante el empleo de métodos y procedimientos lógicos que permitan optimizar el empleo eficiente de los fondos públicos.
7. **Sostenibilidad ambiental, social y económica.** Consiste en una gestión basada en el desarrollo sostenible en la cadena de abastecimiento público, respetando el medio ambiente y el desarrollo social y económico, a fin de priorizar estratégicamente las necesidades de la ciudadanía y el empleo eficiente de los recursos públicos.
8. **Transparencia.** Consiste en que las entidades del sector público proporcionan información clara y coherente, con el fin que las actividades del abastecimiento sean comprendidos por todos los actores que participan del SNA, garantizando que la información que contienen sea pública, accesible, confiable y oportuna, con base en la aplicación de instrumentos y herramientas para el registro y seguimiento integral del Sistema.

12.2. El Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

El artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LAPG establece que los principios consignados en la norma no tienen carácter taxativo, con lo que amplía el espectro, y que sirven "de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones admi-

nistrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo".

Los principios que se consignan en la norma en mención son: de legalidad, del debido procedimiento, de impulso de oficio, de razonabilidad, de imparcialidad, de informalismo, de presunción de veracidad, de buena fe procedimental, de celeridad, de eficacia, de verdad material, de participación, de simplicidad, de uniformidad, de predictibilidad, de privilegio de controles posteriores.

De estos, los principios relevantes en las contrataciones públicas, por su invocación frecuente, son los de: de legalidad[138], de razonabilidad[139], de informalismo[140], de imparcialidad[141], de presunción de veracidad[142], de privilegio de controles posteriores[143], de eficacia.

Como ejemplo de aplicación del principio de legalidad, tenemos la Resolución N.° 435-2012-TC-S1, en la que el TCP estableció:

> [...] es deber de las autoridades administrativas actuar con respeto a la Constitución, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los propósitos para los que les fueron conferidas. Debe tenerse presente, que el imperio de la ley establece que ella debe ser obedecida y respetada [...] Es así, que las autoridades administrativas que tienen a su cargo la conducción de los procesos de selección o que son responsables de emitir acuerdos o resoluciones respecto de ellos, deben asumir conductas y tratamientos que garanticen la mayor imparcialidad y objetividad a los postores, de modo que con sus actuaciones no excedan los límites o facultades que les han sido otorgadas y no se beneficie o perjudique a un postor de manera indebida, garantizando de esta manera la igualdad de trato a todos los participantes en relación al sometimiento y cumplimiento de las bases como reglas de juego (Resolución N.° 435-2012-TC-S1).

El principio de razonabilidad instituye que las decisiones que adopte la Administración respecto de los administrados deben darse en el marco de la facultad atribuida y en atención a la proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines a tutelar. Así, en los procedimientos de selección, en los casos de aplicación de sanciones o declaratoria de nulidad, la entidad debe tener en cuenta la razonabilidad de la decisión. La viabilidad de invocar

138 Resolución N.° 2227-2007-TC-S4, Resolución N.° 435-2012-TC-S1.
139 Resolución N.° 1211/2007.TC-S1.
140 Resolución N.° 1994-2007-TC-S1.
141 Resolución N.° 1952-2007-TC-S1.
142 Resolución N.° 080/2006/TC-SU, Resolución N.° 1208-2010-TC-S2.
143 Resolución N.° 1949-2007-TC-S4.

este principio ha quedado establecida en distintas resoluciones del TCP, en las que se ha indicado que estos se rigen por los principios enumerados en la normativa, "sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales de Derecho Administrativo y del Derecho común. En virtud de ello, el Tribunal tiene la potestad de apelar a los principios generales, como son, entre otros, el principio de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que se interpreten en su cabal sentido las regulaciones contenidas en las bases Administrativas" (Resolución N.° 1211/2007.TC-S1).

En atención al principio de informalismo, la Administración se obliga a interpretar las normas en forma favorable a la admisión y decisión final de la pretensión de los administrados, aplicándose respecto de la admisión de la propuesta del postor. En relación con la aplicación de este principio, el TCP ha precisado que "las normas deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales" (Resolución N.° 1994-2007-TC-S1).

En cuanto al principio de imparcialidad, la norma dispone que la Administración se encuentra obligada a brindar un trato igualitario a los administrados; criterio que fue aplicado en la Resolución N.° 1952-2007-TC-S1, donde el Tribunal estableció que "los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de las adquisiciones y contrataciones de la entidad, se adoptarán [...] en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas" (Resolución N.° 1952-2007-TC-S1).

En el principio de presunción de veracidad debido al cual la Administración se encuentra obligada a creer en lo afirmado, mediante declaración jurada, por el Administrado, admitiéndose prueba en contrario, la que corre a cargo de quien denuncia. Esta presunción dinamiza el trabajo del comité de selección, pero recarga el de la Administración por cuanto es ella la llamada a verificar la documentación. Sobre el particular, el TCP ha determinado que "al no haber ofrecido el impugnante medios suficientes para rebatir la presunción de veracidad de la documentación presentada por el postor adjudicatario de la buena pro, el Tribunal no se encuentra en condiciones de emitir una decisión al respecto. En estos casos es de aplicación el Principio de Presunción de Veracidad" (Resolución N.° 080/2006/TC-SU). Asimismo, las declaraciones formuladas por los postores constituyen "medios que buscan mantener la seguridad jurídica y, en consecuencia, permitir a la entidad tener la certeza de la voluntad de obligarse del postor con una determinada oferta" (Resolución N.° 1208-2010-TC-S2).

Por el principio de privilegio de controles posteriores la entidad debe fortalecer su sistema de control interno a fin de detectar presuntas vulneraciones al principio de presunción de veracidad. Con relación a este principio, el TCP ha manifestado: "La fiscalización posterior integra parte de los procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa que tiene por finalidad verificar de oficio la autenticidad de las declaraciones, documentos e informaciones proporcionadas por los administrados [...] cuya aplicación puede ser ejercitada por el conjunto de los organismos que forman la administración pública nacional" (Resolución N.° 1949-2007-TC-S4).

Finalmente, tenemos el principio de eficacia por el cual ante los formalismos se debe hacer prevalecer la finalidad del acto, criterio que en las contrataciones del Estado se vincula a la conservación del acto, principio que se articula al accionar del Sistema Nacional de Control, tal como seguidamente exponemos.

12.3. La Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

Al igual que en el caso del TUO de la LAPG, no todos los principios consignados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control se articulan con la misma intensidad con los que rigen las contrataciones estatales. Es más, en este caso la racionalidad es distinta, por cuanto estamos ante los principios que orientan el accionar del encargado de auditar los procedimientos de selección y la ejecución de los contratos suscritos como consecuencia de ellos.

En este contexto constatamos que la normativa de control tiene algunos principios que son importantes en especial para los funcionarios y servidores públicos. Así, tenemos al principio de legalidad, por el que la acción de control debe sujetarse a la legislación vigente; el principio de materialidad, en razón del cual solo se revisaran los procedimientos de selección de mayor significación económica; el principio de control selectivo, por el cual la auditoría se centrará en las áreas u órganos de mayor riesgo, como es el área de logística y los comités de selección; el principio de presunción de licitud, en mérito del cual el auditor debe partir del cumplimiento de la legalidad por parte de los funcionarios y servidores públicos, el problema aquí es que en algunos casos el razonamiento es en contrario; el principio de acceso a la información, por el cual el auditor tiene acceso a la información que requiera para el cumplimiento de su labor, no correspondiendo negársela; el principio de flexibilidad, por el que "al realizarse el control, ha de otorgarse prioridad al logro de las metas propuestas, respecto de aquellos

formalismos cuya omisión no incida en la validez de la operación objeto de la verificación, ni determinen aspectos relevantes en la decisión final", disposición que es concordante con el principio de eficacia de la LPAG, y que es poco usado por los auditores, ya que en la evaluación optan por privilegiar el formalismo, situación que deriva en determinación de responsabilidades y los subsiguientes procesos administrativos disciplinarios. Para evitar estos hechos los lindantes, deberían exigir que los integrantes del Sistema Nacional de Control cumplan con este principio.

13. FINALIDAD Y OBJETO DE LOS PRINCIPIOS EN LA LGCP

El numeral 5.3 del artículo 5 de la LGCP recoge este sentir al indicar que las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los principios que ella consigna, sin perjuicio de la aplicación de los principios que rigen el Sistema Nacional de Abastecimiento Público, regulado por el Decreto Legislativo N.° 1439, y de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. El problema que se presenta es que, en la operatividad de la norma, que se desenvuelve en tres fases, (preparatoria, de selección y de ejecución contractual), se van aplicando otras normas complementarias que concurren con sus propios principios, aunque no todos con la misma intensidad.

Los articulados pueden variar, tal como sucede con la LGCP que se caracteriza por su constante mutabilidad, pero los principios se van a mantener y ampliar, siempre cumpliendo el rol de orientadores, razón por la cual los funcionarios y servidores públicos deben tenerlos presentes al momento de tomar decisiones.

Tal como hemos expuesto, en el ámbito de las contrataciones del Estado los principios son esencialmente de índole procedimental, y contribuyen a resolver incertidumbres en los procedimientos de selección y a asegurar en estos el cumplimiento de las garantías constitucionales, siendo también de aplicación en la fase de ejecución contractual. Seguidamente el numeral 5.3. de la LGCP indica que estos sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la norma, de integración de vacíos y como parámetros para la actuación de todos aquellos involucrados en el proceso de contratación.

En relación con lo indicado, el TCP estableció que, en el ámbito de las contrataciones públicas, "el procedimiento administrativo se rige por principios, los que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos como criterios de interpretación [...] como criterios de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros que encausan y delimitan la actuación

de quienes intervienen en el proceso de contratación. Garantizan ello, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia e igualdad de trato" (Resolución N.° 2380-2019-TCE-S3).

En nuestra legislación no se ha seguido la pauta establecida por la doctrina, que es la de considerar en forma independiente los principios de ejecución contractual; por el contrario, estos se hallan dispersos a lo largo de la normativa.

14. LOS PRINCIPIOS EN LA LGCP

Los principios deben ser entendidos como integrales, por cuanto "no se materializan en forma individual o independiente uno de otro, sino que su observancia debe ser conjunta o concurrente durante todo el desarrollo del procedimiento, desde la elaboración de las bases hasta el otorgamiento de la buena pro y suscripción del contrato respectivo. El cumplimiento de un principio no puede proscribir de otros u otros" (Pronunciamiento N.° 030-2001 (GTN)), por lo que no se puede hablar del principio de libre competencia y obviar el de moralidad o transparencia o el de trato justo e igualitario. Todos deben ser tratados en forma articulada, debiendo ser asumidos desde una perspectiva moderna donde el contratista ya no es visto como un adversario sino como un colaborador de la Administración, ya que coadyuva las logro d ellos fines institucionales.

Finalmente, el artículo 5 de la LGCP ha traído innovaciones en el ámbito de los principios, los mismos que en algunos casos han sido fusionados, siendo en otros que han adquirido autonomía o, finalmente, han sido eliminados, tal como se puede apreciar en el cuadro comparativo presentado líneas arriba, siendo que en la presente exposición hemos optado por exponerlos según el orden de prelación establecido en la norma.

14.1. Principio de legalidad

Este es el principio estelar del derecho administrativo, y que ha sido incorporado por la LGCP, respecto del cual indica que las partes involucradas en el proceso de contratación deben actuar con respeto a la Constitución Política del Perú, la Ley y al derecho dentro de las facultades atribuidas y de acuerdo con los fines conferidos.

> [...] las normas legales del ordenamiento jurídico nacional ostentan una presunción de constitucionalidad; en tal sentido, mientras dichos dispositivos no hayan sido derogados o su inconstitucionalidad no haya sido declarada mediante sentencia del Tribunal Constitucional, los funcionarios deben apli-

carlos, de conformidad con el principio de legalidad que rigen el ejercicio de la Función Administrativa del Estado. Asimismo, cabe agregar que tanto el artículo VII del Código Procesal Constitucional, como el propio Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el Exp. N.° 04293-2012-PA/TC (dictada por el pleno en modificación de un precedente vinculante) disponen que el control difuso de normas infraconstitucionales sólo puede ser ejercido por el Poder Judicial (Opinión N.° 029-2022/DTN).

14.2. Eficacia y eficiencia

Este principio viene de normas anteriores, por lo que en relación con él existen criterios formulados por el TCP, que permanecen válidos. Así, tenemos que se ha determinado, articulando el principio de eficiencia y los factores de evaluación, que si estos últimos tienen como propósito elegir la mejor propuesta:

> [...] la imposición de factores que no cumplan dicha finalidad es contraria al principio de eficiencia, según el cual los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final. Esta finalidad se alcanza con factores que permitan seleccionar la mejor oferta en cuanto a sus condiciones y calidad del bien ofrecido (Resolución N.° 1010/2005/TC-SU).

Normativamente tenemos que el literal b) del numeral 5.1 de la LGCP establece que, en función de este principio, las entidades contratantes actúan de forma eficaz y eficiente para lograr el cumplimiento de los fines públicos, priorizando estos por encima de formalidades no esenciales para sus objetivos.

En este orden, se agrega que su aplicación garantiza la calidad técnica de los expedientes técnicos, especificaciones técnicas y términos de referencia, así como la ejecución contractual.

Como consecuencia de ello, los procesos, procedimientos, contratos, programas, sistemas y trámites son revisados y evaluados de forma periódica, a fin de identificar y retirar aquellos que no son racionales o proporcionales para optimizar de forma permanente el proceso de contratación pública.

14.3. Valor por dinero

Este principio se enmarca en la nueva perspectiva de las contrataciones públicas, la que se inauguró con la gestión por resultados incorporada por la legislación derogada. En este caso, el literal c) del numeral 5.1 indica

que las entidades contratantes maximizan el valor de lo que obtienen en cada contratación, en términos de eficiencia, eficacia y economía, lo cual implica que se contrate a quien asegure el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, considerando la calidad, la sostenibilidad de la oferta y la evaluación de los costos y plazos, entre otros aspectos vinculados a la naturaleza de lo que se contrate, y que no procure únicamente el menor precio.

Con esta disposición se restaura la jerarquía en las contrataciones públicas, priorizando la calidad, hecho que se desnaturalizó desde la promulgación del derogado Decreto legislativo N.° 1017, que impregnó con el espíritu de la subasta inversa a las contrataciones estatales.

14.4. Integridad

Este principio podría tener como antecedente el pacto de integridad, el mismo que estaba considerado en las derogadas normas técnicas de control de la Contraloría General de la República. Por otro lado, tenemos que en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N.° 1341 se indicaba, respecto de este principio, que, en función de él: "La conducta de quienes intervienen en cualquier etapa del proceso de contratación debe estar guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada de manera directa y oportuna a las autoridades competentes". Asimismo, se precisaba que, en la esencia de este principio, "se encuentra la lucha contra la corrupción y al introducirlo como uno de los principios rectores de las contrataciones del Estado, se otorga relevancia jurídica y no solo ética a la honradez y a la veracidad"; con la incorporación de este principio, se indica "se quiere subrayar la importancia de la actuación honesta y veraz en el proceso de contratación, como una forma de prevenir y combatir las prácticas inmorales".

En cuanto a la vinculación de este principio, en la citada Exposición de Motivos, se indicaba que guarda relación con el principio de probidad, que es uno de los principios de la función pública consignados en la Ley N.° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

En conclusión, este principio viene de la legislación anterior, manteniendo la actual casi la totalidad de su redacción, indicándose en el literal d) del numeral 5.1 de la LGCP, que es la conducta obligada de todo aquel que participe en el proceso de contratación, quien, guiado por la honestidad, veracidad y la apertura a la rendición de cuentas, evita y denuncia cualquier práctica indebida o corrupta ante las autoridades competentes.

14.5. Presunción de veracidad

En la Exposición de Motivos de la LGCP, se indica que se ha considerado pertinente incorporar este principio a fin de "enfatizar el cumplimiento del principio de la buena fe o de confianza respecto de los administrados que se relacionan con la administración pública" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 45).

Al igual que el principio de legalidad, este principio viene de la LPAG, siendo que su conceptualización específica se encuentra en el literal e) del numeral 5.1, el que establece que es la presunción, en la tramitación de documentos dentro del proceso de contratación, de que los documentos y declaraciones formulados por los administrados corresponden a la verdad de los hechos que afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

14.6. Causalidad

Este principio constituye un avance en el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones públicas, ya que el literal e) del numeral 5.1 establece que la responsabilidad recae en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. No es responsable ni puede ser sancionado un servidor público o contratante por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

Con esta disposición ya no se podrá sancionar a un contratista o postor por la comisión de alguna infracción cometida por alguien ajeno a él, es decir, que, si bien es cierto que él presenta los documentos, la responsabilidad de la veracidad de estos se deriva a quien lo presentó.

14.7. Publicidad

En relación con este principio, en la Resolución N.° 462/2006/TC-SU, el TCP estableció, al analizar la importancia del calendario, que "radica en que a través de él, los potenciales postores toman conocimiento de las fechas en las cuales se llevarán a cabo los actos propios de cada etapa del proceso de selección (consultas, observaciones, integración de bases, presentación de propuestas, evaluación y calificación de propuestas y otorgamiento de la buena pro), lo que proporciona una idea de su importancia de cara a la participación de los postores" (Resolución N.° 462/2006/TC-SU).

En la actual normativa, el literal g) del numeral 5.1 indica que las entidades contratantes garantizan que el proceso de contratación sea objeto de publicidad y difusión, con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, de modo que facilite la supervisión y el control de las contrataciones.

14.8. Libertad de concurrencia

Antes estaba vinculado al de libertad de competencia, por lo que ha adquirido autonomía respecto de este último, manteniendo siempre la norma el principio de libre competencia.

En aplicación del principio de libre concurrencia, es responsabilidad de la Administración establecer las reglas que permitan la participación del mayor número de postores, por cuanto "sin concurrencia no es posible realizar la selección, una concurrencia menguada, sin garantías suficientes, impide una correcta selección [...] los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación" (Fiorini, 1976, p. 635).

El literal h) del numeral 5.1 indica que las entidades contratantes promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades innecesarias.

¿Y cuáles son estas prácticas? Veamos algunos ejemplos:

a) Exceso de exigencias y formalismos

En cuanto a las exigencias y formalismos, el TCP estableció:

> Mientras más exigencias y formalismos innecesarios se consideren al momento de realizar la evaluación y calificación de las propuestas presentadas por los postores, más se corre el riesgo de afectar una mejor y mayor competencia y por ende sacrificar el desarrollo eficiente del proceso de selección, dejando de lado el precio y la calidad del bien a adquirir [...] [L]as decisiones que se adopten [...] deben responder al equilibrio armónico que debe existir entre los derechos de los postores y su connotación en función de las razones de bien común e interés general a efectos de garantizar la participación de diversas personas en la calificación de las ofertas, para elegir la mejor entre ellas (Resolución N.° 986/2006-TC-SU).

b) Exigencia de acreditar la posesión o propiedad de los bienes

Al respecto, el TCP ha establecido:

> [...] la acreditación de la propiedad o posesión de equipos o vehículos ofertados por los postores, constituye una obligación verificable y exigible únicamente al adjudicatario de la buena pro, a efectos que pueda cumplir con la ejecución del servicio u obra ofertada. Lo contrario, supondría que todos los postores, en el transcurso del proceso de selección, tendrían la obligación de acreditar la propiedad o posesión de

> equipos o vehículos sin tener la certeza que serán beneficiados con el otorgamiento de la buena pro [...] (Resolución N.° 020/2007/TC-SU).

14.9. Transparencia y facilidad de uso

Este principio viene de la legislación anterior, siendo el mismo espíritu que lo anima, al cual se ha agregado la facilidad de uso, aunque ya subyacía en la normativa derogada.

En el Pronunciamiento N.° 695-2019/OSCE-DGR, se puso de relieve los distintos aspectos que comprendía este principio, al indicar que:

> [...] contempla el derecho a la información en la compra pública, el cual tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la Entidad convocante; para lo cual, se exige que todas las condiciones del procedimiento estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en las Bases o en las respuestas brindadas en el pliego absolutorio, con el fin de que, por una parte, todos los postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la Entidad convocante pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los postores responden a los criterios aplicables al contrato (Pronunciamiento N.° 695-2019/OSCE-DGR).

Sobre este tema, en la Resolución N.° 454/2004/TC-SU, el Tribunal amplió el criterio expuesto indicando que toda adquisición o contratación "debe realizarse sobre la base de criterios y calificaciones claras, objetivas y debidamente sustentadas" (Resolución N.° 454/2004/TC-SU).

¿Cuál es el alcance de la objetividad? Al respecto, tenemos que la objetividad se refiere a "que la objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación" (pronunciamientos N.° 513-2019/OSCE-DGR y N.° 513-2019/OSCE-DGR)[144].

Este principio se realiza, por ejemplo, en la obligación que existe de absolver "fundamentada y sustentadamente las consultas y aclaraciones formuladas por el adquiriente de bases" (Resolución N.° 1144/2007/TC-S4),

144 Véase las opiniones N.° 197-2015/DTN y N.° 023-2017/DTN

así como en la obligación de entregar la documentación sobre el proceso de selección solicitada por el postor (Pronunciamiento N.° 036-2003 [GTN])

En cuanto a la articulación entre este principio y la integración de bases, se ha establecido que "si bien no existe un método definido para integrar las Bases; cierto es que, dicha integración deberá permitir que los potenciales postores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender el alcance exacto de las mismas, conforme al Principio de Transparencia que regula toda contratación estatal" (Pronunciamiento N.° 704-2019/OSCE-DGR).

En el literal i) del numeral 5.1 de la LGCP, se indica, recogiendo mucho de la norma derogada, que transparencia y facilidad de uso son principios rectores de las actuaciones y decisiones de quien participe en el proceso de contratación basados en reglas y criterios claros y accesibles.

Seguidamente se agrega que las entidades contratantes garantizan el acceso público y oportuno a dicha información, salvo las excepciones previstas en la ley de la materia. El acceso a toda plataforma, sistemas, procedimientos y trámites debe ser sencillo, amigable al usuario y oportuno, de modo que garantice la seguridad y brinde información confiable, oficial y útil.

14.10. Competencia

Este principio también viene de la normativa derogada, siendo la exteriorización en el derecho administrativo de la relación derecho-economía. La libre competencia se articula en su desarrollo a la economía de mercado, donde la oferta y la demanda se convierten en los reguladores por excelencia.

En este orden, se refiere a la libertad que existe entre los distintos postores para presentar propuestas y competir entre ellos a efectos de ganar el procedimiento de selección en el que participan; no cabe restricción alguna, más allá de las señaladas por ley expresa. Se asume que, ante el llamado de la Administración, todos los postores hábiles pueden formular ofertas.

La libre competencia afianza "la posibilidad de oposición entre los oferentes, como la contrapartida de la prohibición para el Estado de imponer condiciones restrictivas para el acceso al concurso", el que no es absoluto, "pues la normativa jurídica le impone ciertas limitaciones, dado que el interés público exige un control de la capacidad del concurrente [...]. Como contrapartida del principio de libre concurrencia, se exige a los oferentes un control de la capacidad y solvencia" (Dromi, 2004, p. 230).

Este principio ha sido objeto de distintos pronunciamientos del fenecido OSCE, los que han quedado plasmados en resoluciones del TCP, opiniones, y pronunciamientos. Así se ha determinado, respecto de una exigencia en las bases de que el postor fije domicilio en la localidad, que dicha decisión afectaba el principio de libre competencia, ya que los domicilios "no necesariamente deben ser los mismos. La entidad no puede asumir que el domicilio señalado por el postor impugnante en la localidad es su único domicilio y tenga necesariamente que estar allí un representante del Consorcio, por cuanto en la propuesta se puede establecer que su domicilio se encuentra en la ciudad de Lima" (Resolución N.° 2165-2007-TC-S1). Criterio concordante con el establecido en la Resolución N.° 610-2010-TC-S2, donde el Tribunal determinó cómo debían entender los domicilios, indicando:

> [...] conforme a lo establecido en el artículo 11 del Capítulo I del Título II del Libro Primero del Código Tributario, el domicilio consignado al momento de inscribirse una persona, ya sea natural o jurídica, en el Registro Único de Contribuyentes (RUC) se conoce como domicilio fiscal, y constituye el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario.
>
> Por otro lado, el domicilio legal que aparece en el Registro de Participantes es aquel señalado para efectos de su notificación de los actos acaecidos en el proceso de selección con anterioridad a la presentación de propuestas; mientras que el domicilio legal fijado en la declaración jurada de datos del postor que presentan los postores en sus ofertas es aquel señalado por estos para efectos de su notificación de los actos acaecidos en el proceso de selección hasta su culminación (Resolución N.° 610-2010-TC-S2).

Otro aspecto importante es el de interpretación de las bases, tema sobre el cual particular, el TCP fijó el criterio al considerar que "las bases deben ser interpretadas de manera tal que, ante la duda en alguna de sus disposiciones, teniendo en cuenta el principio de libre competencia, prevalezca la interpretación más favorable para la admisión de la propuesta [...]" (resoluciones N.° 415/2016/TC-SU, N.° 371/2006/TC-SU, N.° 335/2006/TC-SU). Asimismo, en la Resolución N.° 808/2006/TC-SU, se precisó respecto de las posibles interpretaciones de un factor de evaluación, que "de existir dos posibles interpretaciones de un factor, atendiendo a su deficiente redacción, debe preferirse aquella interpretación que fomente y permita la mayor concurrencia, participación y competencia de postores —en aplicación del Principio de Libre Competencia— lo que sitúa al Estado en una mejor posición de adquirir el bien solicitado con la calidad requerida, en forma oportuna y a un precio adecuado".

Otro ejemplo es la exigencia en las bases de que el postor acredite una cuota de participación de personal por género como requisito técnico mínimo, donde el TCP estableció que dicha participación obligatoria de mujeres en un determinado porcentaje, "no tiene, por sí misma, incidencia y relevancia directa en la posibilidad de ejecutar las prestaciones a las que se ha comprometido un postor al formular su oferta, por lo que dicho extremo al haber sido solicitado como requerimiento técnico mínimo, significa una vulneración de los principios de libre competencia, imparcialidad y trato justo e igualitario que rigen las contrataciones estatales" (Resolución N.° 814/2007/TC-S2).

Sobre el requerimiento de "marca reconocida mundialmente", se indicó que dicha referencia era:

> [...] contraria a la normativa sobre contrataciones públicas ya que se concluye, *a priori*, que solo los equipos de marcas 'reconocidas y registradas internacionalmente' son de calidad, no obstante que la calidad de un producto debe verificarse durante el proceso de selección a partir del cumplimiento de las especificaciones técnicas mínimas y del ofrecimiento de mejoras por parte de los postores; lo cual, además de resultar subjetivo e impreciso, supone un trato discriminatorio respecto de marcas que si bien no se comercializan en el ámbito internacional pueden ofrecer la misma calidad que aquellas (Pronunciamientos N.° 222-06/GNP y N.° 479-06/GNP).

En el Pronunciamiento N.° 699-2019/OSCE-DGR, referido a la colegiatura y habilitación de los profesionales, se indicó que, en atención a los principios de economía, libre concurrencia y competencia, estos debían "requerirse para el inicio de su participación efectiva en el contrato, tanto para aquellos titulados en el Perú o en el extranjero; por lo que no resultaría razonable exigir dicha documentación durante la presentación de ofertas o suscripción del contrato [...] la acreditación [...] será para el inicio de su participación efectiva en el contrato, no siendo válida cualquier disposición que se oponga a ello" (Pronunciamiento N.° 699-2019/OSCE-DGR).

En cuanto a la vulneración del principio de competencia, se estableció, sobre la visita e inspección del lugar donde se ejecutará la prestación:

> [...] la visita debe ser considerada como un elemento opcional, no pudiendo exigirse documentación que acredite la visita de campo ni la presentación de una propuesta de contingencia como parte de la propuesta técnica, máxime cuando podría constituir una barrera a la mayor participación de postores, vulnerando el Principio de Libre Competencia y Concurrencia [...] toda vez que requerir como requisito obligatorio que los postores realicen visita previa al lugar donde se ejecutará el contrato y además de ello, la presentación de

una propuesta de contingencia, vulneraría el Principio de Competencia y Concurrencia (Pronunciamiento N.° 513-2019/OSCE-DGR).

Normativamente, tenemos que el literal j) del numeral 5.1 de la LGCP se indica, respecto del principio de competencia, que los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación, de modo que garantice el equilibrio entre la calidad y el precio. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

Sobre este tema debemos indicar que la vigésima cuarta disposición complementaria final de la LGCP establece la protección y promoción de la competencia y prevención del delito, indicando que cuando las entidades contratantes, el OECE o el TCP verifiquen la existencia de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, deben remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, para que esta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables.

Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables, a fin de asegurar la eficacia de la investigación.

Cuando el OECE, en el marco de sus funciones, tome conocimiento de que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afectan la competencia, contraviniendo los principios de publicidad, libertad de concurrencia y competencia, ordena a la entidad contratante que los elimine. Adicionalmente, si el OECE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público.

14.11. Igualdad de trato

Sobre el sustento ético de este principio, Bartolomé Fiorini indica que es producto:

> [...] del comportamiento correcto, el cual se juzga a través de la conducta de sus agentes, de la insospechabilidad de los funcionarios y de la corrección de todos los actos integrantes de la operación selectiva. El temor a la connivencia [...] es el temor a la quiebra de la imparcialidad [...] es la sospecha sobre corrección de la conducta administrativa. La connivencia entre el agente y un oferente, que provoca el trato desigual, es tan perniciosa como la que acontece entre los mismos oferentes (Fiorini, 1976, p. 638).

En su desenvolvimiento consiste en establecer con los proveedores una relación legal y ética, que permita cumplir con el objetivo de adquirir bienes y servicios con la calidad requerida en forma oportuna y a precios o costos adecuados, relación que debe significar un beneficio mutuo. El trato igualitario "debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección [...] y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte. La igualdad es, pues, una garantía de que la concurrencia será sana y genuina" (Comadira, 2000, p. 44).

El literal k) del numeral 5.1. indica que en el marco de este principio las entidades contratantes deben garantizar a los proveedores las mismas oportunidades en todas las etapas de la contratación pública. Por tanto, está prohibido el otorgamiento de privilegios o el trato discriminatorio manifiesto o encubierto.

Este principio exige que situaciones similares no se traten de manera diferenciada, y que situaciones diferentes no se traten de manera idéntica, siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable que favorezca el desarrollo de una competencia efectiva.

14.12. Principio de equidad y colaboración

¿Qué significa la equidad? La equidad es consustancial al derecho, como indica Cabanellas, es la "sombra del derecho", e implica "la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que les es propio y se adapta a su naturaleza íntima" (Cabanellas, 1989, III, p. 491). La equidad, continua Cabanellas, "no es incompatible con la justicia; sino que, al contrario, aquilata el valor de esta, la afianza, le da vida. La equidad atenúa en efecto la norma de Derecho positivo, disminuye el rigor de la ley cuando esta es concebida como contraria a los principios de justicia; pero no es, en realidad, una fuente del derecho" (Cabanellas, 1989, III, p. 492).

Por su parte, el literal l) del numeral 5.1 de la LGCP refiere que por este principio todos los participantes de los procesos de contratación deben procurar el equilibrio y la proporcionalidad entre los derechos y las obligaciones asumidos, así como la colaboración oportuna y eficaz para el logro de la finalidad pública que se persigue, sin perjuicio de las facultades que correspondan a las entidades contratantes de acuerdo con el marco normativo vigente.

14.13. Sostenibilidad de las contrataciones públicas

Este es un principio asociado al de desarrollo humano, que tiene su origen en la legislación europea sobre contrataciones públicas y constituye un avance social en las contrataciones estatales en el Perú, por cuanto permitirá que en los expedientes técnicos en general se evalúen aspectos económicos, sociales y el impacto ambiental.

En cuanto al desarrollo humano, tenemos que el PNUD lo define como "un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutan los individuos y que se traduce en la libertad general que deberían tener los individuos para vivir como les gustaría" (PNUD, 1990); proceso que implica la búsqueda de la ampliación de "las oportunidades para las personas, aumentando sus derechos y sus capacidades. Este proceso incluye varios aspectos de la interacción humana como la participación, la equidad de género, la seguridad, la sostenibilidad, las garantías de los derechos humanos y otros que son reconocidos por la gente como necesarias para ser creativos y vivir en paz" (PNUD, 1990).

Desde la perspectiva del PNUD, se entiende que el desarrollo humano "significa mucho más que el crecimiento del ingreso nacional per cápita, el cual constituye solamente uno de sus medios para ampliar las opciones de las personas".

En principio, las oportunidades del ser humano pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. Sin embargo, las tres más esenciales y comunes, a efectos del desarrollo humano y medidas por el índice de desarrollo humano (IDH), son:

- Una vida longeva y sana, medida por las esperanzas de vida al nacer.
- El conocimiento, medido por la tasa de analfabetismo adulto (con una ponderación de dos tercios) y la tasa de matrícula total combinada de primaria, secundaria y terciaria (con una ponderación de un tercio).
- Un nivel de vida decente, medido por el producto interior bruto *per capita* (PNUD).

En relación con este principio, en el Pronunciamiento N.° 039-2010/DTN, ante la observación de la presentación de la estructura de costos al momento de suscribir el contrato, el OSCE estableció que, "de acuerdo al principio de desarrollo humano, la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia [...]" (Pronunciamiento N.° 039-2010/DTN).

Normativamente, tenemos que el literal m) del numeral 5.1 de la LGCP indica que las entidades contratantes deben promover prácticas responsables en los procesos de adquisición de bienes, servicios y obras, considerando los aspectos económicos, sociales y medioambientales, que contribuyan a alcanzar objetivos de sostenibilidad en todo proceso de contratación pública.

14.14. Innovación

En la Exposición de Motivos de la LGCP se hace referencia de este principio destacando que cobra relevancia debido a los rápidos cambios tecnológicos que terminan por afectar la gestión pública, la que casi siempre queda a la zaga de ellos, por lo que a través de él se busca:

> [...] optimizar el uso de los recursos públicos, apalancar sectores, promover la competitividad y mejorar la prestación de servicios públicos en las citadas materias, que contribuya a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos [...] es fundamental en la medida que habilita a las entidades contratantes a aplicar la innovación para impulsar la generación de soluciones y crear o desarrollar bienes, servicios u obras o adquirir los resultados innovadores que no existen en el mercado a fin de satisfacer las necesidades que surjan en el marco del cumplimiento de las funciones de la entidad contratante, así como para el cumplimiento de los fines públicos que permitan el desarrollo integral de la comunidad, siempre que cumplan los requisitos de rendimiento y costos máximos acordados por las partes (Poder Ejecutivo, 2024, p. 46).

Al respecto, el literal n) del numeral 5.1. establece que las entidades contratantes deben promover la innovación a través de la contratación de bienes, servicios u obras, ya sea para la creación de bienes y servicios que no existen en el mercado o la optimización de aquellos existentes, con lo que la innovación se constituye en un medio generador de soluciones para la satisfacción de las necesidades ciudadanas.

14.15. Vigencia tecnológica

Este es un principio que se mantiene de normas anteriores. Al respecto, debemos tener presente que la innovación tecnológica es constante, por lo que el bien a adquirir debe permitir mantener el servicio en forma adecuada en el mediano plazo. Siempre es conveniente adquirir, teniendo en cuenta las necesidades del presente y mediano plazo, la tecnología que viene siendo incorporada y no la que está siendo reemplazada.

En cuanto a los servicios, se debe asegurar que estos cuenten con la calidad, innovaciones organizacionales, administrativas e implementos modernos, a fin de que el servicio que se brinda sea eficiente y que el trabaja-

dor pueda desarrollar su actividad en condiciones adecuadas; respecto a las consultorías, asesorías externas y demás, es necesario garantizar la calidad de las mismas mediante la selección debida teniendo en consideración la formación académica, experiencia y trayectoria profesional. El contratar un mal servicio o consultoría siempre significará un lastre para la Administración e, inevitablemente, el cuestionamiento de la gestión del titular.

En relación con este principio, en la Resolución N.° 299/2007/TC-SU, el TCP, analizando las pautas para la evaluación del servicio, estableció las implicancias del principio de vigencia tecnológica, indicando:

> [...] si para garantizar el acceso o la ejecución de un servicio se requiere de la utilización de bienes, resulta indispensable que estos cuenten con las mejores cualidades que determinen un óptimo cumplimiento de las prestaciones requeridas. En otras palabras, para los servicios cuyo acceso está supeditado al uso de equipos, resulta ser una cuestión implícita (aun cuando las bases no lo digan expresamente) que dichos equipos deban reunir las más adecuadas condiciones de calidad y tecnología, a fin de garantizar una correcta ejecución de las prestaciones [...]. Lo antes señalado encuentra sustento [...] en el principio de vigencia tecnológica, mediante el cual dichos bienes, servicios o ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos [...] (Resolución N.° 299/2007/TC-SU).

En relación con la vigencia tecnológica, tenemos, como extremo contrario a la obsolescencia, que se concretiza cuando el producto está:

> [...] cayendo en desuso, de lo cual se desprende que incluso cuando pudiera seguir siendo utilizado, dicha utilización ya no será la mejor opción en el corto plazo por haber quedado desfasada. En consecuencia, aun cuando los equipos pudieran cumplir con el principio de eficiencia, es decir que pudieran utilizarse eficazmente para los fines requeridos, ello no implica que cuenten con vigencia tecnológica, por cuanto su propia calidad de obsoletos no permite avalar que durante todo el periodo de ejecución contractual se cuente con las garantías técnicas y de modernidad exigidas por ley [...] (Resolución N.° 299/2007/TC-SU).

Por el lado normativo el literal o) del numeral 5.1 establece que las entidades contratantes deben adquirir bienes, servicios y obras que reúnan las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad la finalidad pública para la que son requeridos, por un determinado y previsible tiempo de duración, debiendo preverse la posibilidad de repotenciarse, integrarse o adecuarse a los nuevos avances científicos y tecnológicos.

PARTE III

EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO X

EL CONTROL GUBERNAMENTAL

El servicio de control previo, simultáneo y posterior. La obligación de remitir información a la CGR

SUMARIO: 1. El control gubernamental: el servicio de control, las acciones de control y los tipos de control. – 1.1. Control interno. – 1.2. El control externo. – 1.3. El control previo, simultáneo y posterior. – 2. El servicio de control previo. – 3. El servicio de control simultáneo. – 3.1. El control concurrente. – 3.2. La visita de control. – 3.3. La orientación de oficio. – 4. El servicio de control posterior. – 4.1. Las auditorías. – 4.1.1. La auditoría financiera. – 4.1.2. La auditoría de desempeño. – 4.1.3. La auditoría de cumplimiento. – 4.2. El servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad. – 4.3. Acción de oficio posterior. – 5. La obligación de remitir información a la CGR.

El control es consustancial al acto de poder. A la acción de la autoridad corresponde la verificación procedimental-legal y de fines. En términos generales, el control tiene por objetivo "fiscalizar el ajuste que debe operarse entre los *fines* señalados por el legislador y las conductas manifestadas por el administrador" (Dromi, 2004, p. 171), donde se confronta la legalidad de los medios para la obtención de los fines.

A través del control se asegura el obrar de la Administración "a las reglas y principios del Derecho y buena administración", debiendo imperar en él "la perspectiva finalista del bien común (causa-fin), a la que debe ajustarse el poder (causa-medio)", constituyéndose así en el instrumento "para verificar esa correspondencia entre medios y fines" (Dromi, 2004, p. 171).

Normativamente, tenemos que el artículo 6 de la Ley N.° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, indica que el control gubernamental:

> [...] consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes [pudiendo ser previo, simultáneo o posterior].

En el ámbito de las contrataciones públicas el tema es por demás relevante, por cuanto estas son consideradas por el SNC como una de las áreas críticas de la gestión pública, que se ve afectada por los mayores casos de corrupción; pero, además, porque estas tienen la peculiaridad de involucrar, en la probable determinación de responsabilidades, tanto a los funcionarios y servidores públicos de menor jerarquía como a la máxima autoridad administrativa y titular de la entidad, así como a postores y contratistas; de ahí la necesidad de que el titular cuente con una asesoría eficiente.

1. EL CONTROL GUBERNAMENTAL: EL SERVICIO DE CONTROL, LAS ACCIONES DE CONTROL Y LOS TIPOS DE CONTROL

El control gubernamental se desenvuelve a través de las acciones de control, la que es definida en el artículo 10 de la Ley N.° 27785 como "la herramienta esencial del Sistema", mediante la cual se "efectúa la verificación y evaluación, objetiva y sistemática, de los actos y resultados producidos por la entidad en la gestión y ejecución de los recursos, bienes y operaciones institucionales".

Las normas generales de control gubernamental, aprobadas por Resolución de Contraloría N.° 295-2021-CG, definen al servicio de control como "el conjunto de procesos cuyos productos tienen como propósito dar respuesta satisfactoria a las necesidades de control gubernamental que corresponde atender a los órganos del SNC".

En cuanto a los tipos de control, tal como hemos indicado, estos pueden ser, externo e interno, y asumiendo una dimensión temporal de la actividad, previo, simultáneo y posterior.

1.1. Control interno

El control interno está constituido por las acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la propia entidad sujeta a control, con la finalidad de que sus recursos, bienes y operaciones se gestionen correcta y eficientemente.

En este contexto, el desarrollo de forma previa y simultánea es ejercido por las autoridades, funcionarios y servidores públicos de las entidades que ostenten funciones de control interno, conforme a las normas que rigen la organización: políticas, métodos de autorización, registro, verificación, evaluación, seguridad y protección establecidos en los planes, reglamentos, manuales y disposiciones institucionales.

El desarrollo de forma posterior es ejercido por los responsables superiores del servidor o funcionario ejecutor y por el órgano de control institucional, que evalúan y verifican los aspectos administrativos del uso de los recursos y bienes del Estado, así como la gestión y ejecución, en relación con las metas trazadas y los resultados obtenidos.

El titular de la entidad es responsable de fomentar y supervisar el funcionamiento y la confiabilidad del control interno. Con ese objeto, está obli-

gado a definir las políticas institucionales en los planes y/o programas anuales que se formulen, que luego serán objeto de verificación[145].

1.2. El control externo

Por otro lado, el control externo se encuentra conformado por un conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos aplicados por la Contraloría General de la República (Contraloría) para llevar a cabo su función fiscalizadora, la cual comparte con otros órganos que forman parte del sistema nacional de control, por encargo o designación. De esta forma, se alertan posibles riesgos, hechos adversos, y se determinan responsabilidades de carácter administrativo, civil y penal, permitiendo crear valor a favor de la gestión pública con la formulación de recomendaciones.

El desarrollo de carácter selectivo y posterior es ejercido por la CGR y, por encargo o designación de esta, cualquier otro órgano del SNC; el desarrollo de carácter simultáneo y posterior es ejercido por los órganos de control institucional, de manera autónoma en el interior de la propia entidad pública sobre la cual ejerce el control gubernamental, con la finalidad de promover la correcta y transparente gestión de los recursos y bienes del Estado.

1.3. El control previo, simultáneo y posterior

En lo que respecta a las contrataciones estatales, tenemos que se requiere control previo en los casos de autorizaciones de presupuestos adicionales de obra y mayores servicios de supervisión, y en la contratación directa con carácter de secreto militar u orden interno; el control simultáneo puede tener cualquiera de las siguientes modalidades: control concurrente, visita de control, orientación de oficio; por su parte, el control posterior comprende a las auditorías (auditoría financiera, autoría de desempeño, auditoría de cumplimiento), el control específico a hechos con presunta irregularidad, acción de oficio posterior.

Cada una de estas modalidades se encuentra regulada en las respectivas directivas, y se vinculan a las contrataciones estatales, porque a través de cualquiera de ellas se pueden efectuar las evaluaciones que correspondan a esta actividad.

145 Previsto en el artículo 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

2. EL SERVICIO DE CONTROL PREVIO

Las normas generales de control establecen que este tipo de servicio corresponde a la CGR y se materializa con anterioridad a la ejecución del acto u operación de una entidad, estableciendo las siguientes modalidades para el caso de contrataciones estatales:

- Otorgar autorización previa a la ejecución y pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obra, cuyos montos excedan a los previstos en la normativa de la materia, cualquiera sea la fuente de financiamiento.
- Emitir opinión previa vinculante sobre contrataciones de bienes, servicios u obras, que conforme a ley tengan el carácter de secreto militar o de orden interno exonerados de licitación pública, concurso público o adjudicación directa. Dicha opinión previa se otorga exclusivamente sobre las contrataciones que cumplan las condiciones antes señaladas y que no se refieran a bienes, servicios u obras de carácter administrativo u operativo.

Estos aspectos se encuentran regulados específicamente por la Directiva N.° 011-2016-CG/GPROD, "Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra"; y en la Directiva N.° 010-2021-CG/SIE, "Servicio de control previo a las contrataciones directas con carácter de secreto militar o por razones de orden interno".

3. EL SERVICIO DE CONTROL SIMULTÁNEO

De acuerdo con lo establecido en las normas generales de control, mediante el servicio de control simultáneo, se examina de forma objetiva y sistemática los hitos de control o las actividades de un proceso en curso, con el objeto de identificar y comunicar oportunamente a la entidad o dependencia la existencia de situaciones adversas, para la adopción de las acciones que correspondan, contribuyendo de esta forma a que el uso y destino de los recursos y bienes del Estado se realice con eficiencia, eficacia, transparencia, economía y legalidad.

Este servicio se encuentra regulado en la Directiva N.° 002-2019-CG/NORM, "Servicio de Control Simultáneo", cuya versión integrada fue aprobada por la CGR mediante Resolución de Contraloría N.° 025-2021-CG y modificada por Resolución de Contraloría N.° 264-2021-CG, y considera las siguientes modalidades:

3.1. El control concurrente

Se realiza a modo de acompañamiento sistemático, multidisciplinario, y tiene por finalidad realizar la evaluación, a través de la aplicación de diversas técnicas, de un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada, en el momento de su ejecución.

En este tipo de control se formulan dos tipos de informes, el informe hito de control y el informe del control concurrente. El primero se elabora al concluir la ejecución de un hito de control, y en él se describen las situaciones adversas detectadas, así como las acciones preventivas y correctivas; el segundo, se elabora luego de concluido el control concurrente.

3.2. La visita de control

Se aplica principalmente, a través de las técnicas de inspección u observación de una actividad o un único hito de control que forma parte de un proceso en curso, en el lugar y momento de su ejecución; siendo que bajo esta modalidad se pueden realizar operativos de control simultáneo, que consisten en intervenciones de carácter masivo que se realizan en paralelo, de forma estandarizada y con un objetivo común, a un conjunto previamente determinado de entidades o dependencias, respecto de un mismo hito de control o actividad de un proceso en curso.

La Directiva N.° 002-2019-CG/NORM indica que, por esta modalidad, se identifican y comunican oportunamente a la entidad o dependencia de la existencia de hechos que afecten o pueden afectar la continuidad, elresultado o el logro de los objetivos del proceso, a fin que esta adopte las acciones preventivas y correctivas que correspondan, contribuyendo de esta forma a que el uso y destino de los recursos y bienes del Estado se realice con eficiencia, eficacia, transparencia, economía y legalidad.

Las visitas de control, indica la directiva de control simultáneo, se aplica cuando por disposición legal se requiera la presencia de órganos del SNC en la prestación de servicios, ejecución de obras, el estado y mantenimiento de la infraestructura pública, recepción, almacenamiento, distribución y entrega de bienes.

3.3. La orientación de oficio

La Directiva N.° 002-2019-CG/NORM indica que esta actividad de control se efectúa principalmente mediante la revisión documental y el análisis de información vinculada a una o más actividades de un proceso en

curso, siendo su finalidad la de verificar si estas se efectúan conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas o estipulaciones contractuales u otra análoga que resulten aplicables, e identificar alguna situación adversa que afecte o puede afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso, y comunicarla a la entidad o dependencia a cargo del proceso en curso, a fin que esta adopte las acciones preventivas y correctivas que correspondan.

Esta orientación de oficio no implica necesariamente el desplazamiento físico del profesional oequipo de profesionales a cargo de la misma, y se realiza a partir de información proveniente u obtenida de diversas fuentes, no requiriendo para ello estrictamente realizar acciones de planeamiento o contar con una etapa de planificación, ni está sujeta a plazos predeterminados.

4. EL SERVICIO DE CONTROL POSTERIOR

El servicio de control posterior comprende varios tipos específicos de servicio, y se realizan con el objeto de examinar de forma objetiva y oportuna los actos y resultados ejecutados en la utilización y gestión de los recursos, bienes y operaciones institucionales, siendo que su ejecución está a cargo de los órganos del SNC, pudiendo adoptar cualquiera de las siguientes formas: auditorías, servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad, acción de oficio posterior y otros que se establezcan.

4.1. Las auditorías

Las auditorías pueden ser financiera, de desempeño y de cumplimiento, estando cada una de ellas regulada por normativa específica.

4.1.1. La auditoría financiera

Las normas generales de control la definen como el examen a los estados financieros de las entidades, que se practica para expresar una opinión profesional e independiente sobre la razonabilidad de los estados financieros, de acuerdo con el marco de información financiera aplicable para la preparación y presentación de información financiera, teniendo como finalidad el incrementar el grado de confianza de los usuarios de los estados financieros; constituyéndose igualmente en una herramienta para la rendición de cuentas y de evaluación del sector público para la realización de la auditoría a la Cuenta General de la República.

La auditoría financiera incluye la auditoría de los estados financieros y la auditoría de la información presupuestaria, y se encuentra regulada por

la Directiva N.° 005-2014-CG, modificada por Resolución de Contraloría N.° 324-2020-CG.

4.1.2. La auditoría de desempeño

Las normas generales de control establecen que este tipo de auditoría consiste en el examen independiente, objetivo y confiable en relación a si los proyectos, sistemas, operaciones, programas, actividades o entidades públicas operan de conformidad con las dimensiones de economía, eficiencia, eficacia, efectividad, equidad, ética, sostenibilidad ambiental y coherencia política.

Por otra parte, la Directiva N.° 002-2022-CG/VCSCG amplía la definición consignada en las normas generales, indicando que a través de ella se fomenta la gestión por resultados, que también orienta a la normativa de contrataciones del Estado, también busca fortalecer una buena gobernanza, la rendición de cuentas y la transparencia.

Una peculiaridad de este tipo de auditoría es que no identifica responsabilidad administrativa funcional, civil o penal, debiéndose comunicar a la instancia pertinente para la ejecución de la evaluación complementaria.

4.1.3. La auditoría de cumplimiento

Este tipo de auditoría consiste, según las normas generales, en un proceso sistemático en el que, de manera objetiva e independiente, se recopila, obtiene y evalúa evidencia para determinar si los aspectos significativos de las operaciones, procesos, actividades o asuntos específicos financieros, presupuestales y administrativas realizadas por las entidades o dependencias sujetas al ámbito del SNC, cumplen con la normativa, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales identificadas como criterio.

En la versión integrada de la Directiva N.° 007-2014-CG/GCSII, se precisa que este tipo de auditoría es realizado por las unidades orgánicas de la CGR y los OCI, siendo un examen objetivo y profesional que tiene como propósito determinar en qué medida las entidades sujetas al ámbito del sistema han observado la normativa aplicable, disposiciones internas y las estipulaciones contractuales establecidas, en el ejercicio de la función o la prestación del servicio público y en el uso y gestión de los recursos del Estado, teniendo como finalidad el fortalecer la gestión, transparencia, rendición de cuentas y buen gobierno de las entidades, mediante las recomendaciones incluidas en el informe de auditoría, que permitan optimizar sus sistemas administrativos, de gestión y de control interno.

4.2. El servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad

Consiste en la intervención oportuna, puntual y abreviada, con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad, e identificar las posibles responsabilidades civiles, penales o administrativas funcionales que correspondan, respecto de la utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales aplicables.

Sobre este tipo de servicio de control, la Directiva N.° 007-2021-CG/NORM estableció que este consiste en una modalidad de control posterior, que consiste en una intervención oportuna, puntual y abreviada, con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad e identificar las posibles responsabilidades civiles, penales o administrativas.

4.3. Acción de oficio posterior

Las citadas normas generales de control establecen que se realiza de manera oportuna y puntual, cuyo objetivo es comunicar al titular de la entidad o responsable de la dependencia la existencia de hechos con indicio de irregularidad que afecten la correcta captación, uso y destino de los recursos y bienes del Estado; con el fin que se adopten las acciones inmediatas que correspondan. La peculiaridad de este servicio es que no genera la identificación de responsabilidades.

Al respecto, la Directiva N.° 023-2022-CG/VCIC establece que este tipo de servicio se realiza a partir de la información proveniente u obtenida del servicio de gestión de denuncias, la que se encuentra regulada por la Directiva N.° 020-2022-CG/GCSD.

5. LA OBLIGACIÓN DE REMITIR INFORMACIÓN A LA CGR

La duodécima disposición complementaria de la LGCP establece, dentro de la política de control, que el OECE y Perú Compras informan a la CGR las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico o perjuicio a la prestación de servicios al Estado, o de comisión de delito o de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo con el marco legal vigente.

Por otro lado, se agrega que el supervisor de obra está obligado a remitir a la CGR, cuando este órgano lo solicite y bajo responsabilidad, la información de la ejecución de la obra, de acuerdo con los lineamientos regulados por dicho organismo autónomo de control a través de directiva. Esta obligación no representa la paralización del plazo de ejecución de obra, sin perjuicio del ejercicio del control simultáneo que realice la CGR o el órgano de control al que este encargue, de ser el caso.

Capítulo XI

EL RIESGO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

LAS GUÍAS DE AUDITORÍA

SUMARIO: 1. Los riesgos en las contrataciones del estado y los criterios de evaluación establecidos por la contraloría general de la república. – 2. La "guía de auditoría en bienes y servicios" y el riesgo. – 3. La "guía de auditoría de obras públicas por contrata" y el riesgo.

El tiempo presente nos impone una sociedad basada en el riesgo, el que se desenvuelve en distintos ámbitos de nuestras vidas, tanto en la esfera privada como en la pública, por lo que la gestión pública no es ajena a él.

En cuanto a su estudio, este se ha gestado tanto en el derecho como en otras áreas de las ciencias sociales, como la sociología (Beck, 1998). En este orden tenemos que el concepto de riesgo lo podemos encontrar tanto en el derecho civil como en el derecho penal y el DAS, teniendo en todos un rol preponderante en la determinación de la responsabilidad.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, la Administración pública es, en general, una actividad por riesgo[146], debido a que por la peculiaridad de la gestión es muy probable que se cause algún daño. A partir de esta posibilidad, que descansa en la teoría de la responsabilidad objetiva, se asume que es factible determinar la responsabilidad a partir del riesgo[147].

Por otra parte, en el ámbito penal, se plantea la relación entre riesgo e imputación objetiva (Jakobs, 2001), donde se asume que cualquier contacto social es capaz de generar un riesgo, siendo imposible la existencia de una sociedad sin él, constituyendo esta situación el riesgo permitido, el que ha de ser "irremediablemente tolerado".

En el DAS el riesgo constituye, conjuntamente con la diligencia debida y la buena fe, una de las particularidades de la culpabilidad (Nieto, 2000, p. 347) y el sustrato de la responsabilidad (Nieto, 2000, p. 37). Se entiende así que el riesgo es el núcleo del DAS en una sociedad que se complejiza aceleradamente, y que, consecuentemente, se va configurando en una "sociedad de riesgo" donde "el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos" (Nieto, 2000, p. 38) a fin de garantizar la coexistencia armónica. En este contexto, el riesgo permitido es aquel que se encuentra predeterminado en una norma, no dependiendo de la realización de la acción, "sino de las circunstancias que rodean la puesta

146 De Trazegnies (1995, p. 48) menciona que este criterio emerge de la responsabilidad objetiva donde "solo se atiende a los hechos del caso (al nexo causal) [...] demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo", apreciación a la que posteriormente se le agregó la noción de riesgo.

147 A esta teoría después se le agregará el criterio de la distribución social del riesgo (ej., el SOAT).

en marcha de tal actividad" (Nieto, 2000, p. 353), la que involucra a la relación Administración-administrado, así como a la que se establece al interior de la propia Administración, como es el tema que nos concita.

Desde el ámbito del control gubernamental tenemos que el riesgo ha sido definido como una "incertidumbre acerca de ocurrencia de ciertos eventos y sus resultados que podrían tener un efecto significativo sobre la ejecución y marcha del proceso o sobre su resultado final. Un riesgo dejará de serlo en el momento en que se presente, ya que en ese momento pasará a ser un hecho [...]" (Contraloría General de la República, 2005, p. 102), con lo que el riesgo termina siendo el daño potencial, un probable hallazgo de auditoría, una posible imputación, deviniendo en relevante para la delimitación de la tipificación de la falta.

Establecidas las concepciones de riesgo en el ámbito del derecho privado y sancionador en sus dos manifestaciones penal y administrativo, corresponde analizar la forma en que el riesgo se exterioriza y desenvuelve en la normativa administrativa vinculada al control de la actividad interna de la Administración en el ámbito de las contrataciones estatales.

1. LOS RIESGOS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN ESTABLECIDOS POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

En este orden de ideas, mediante Resoluciones de Contraloría N.° 532-2005-CG, N.° 177-2007-CG y N.° 181-2007-CG, la CGR aprobó, respectivamente, los siguientes documentos de control: la "Guía de auditoría de contratación de bienes y servicios" y la "Guía de auditoría de obras por contrata", documentos con los cuales uniformizó criterios en el ámbito específico de las contrataciones del Estado sobre los aspectos riesgosos del procedimiento, y que constituyen un buen referente para que los funcionarios y servidores públicos determinen los riegos en esta actividad.

De una apreciación general de los documentos de control acotados concluimos en que la sistematización efectuada permitió a los auditados conocer los criterios que implementarán las distintas comisiones auditoras al momento de la evaluación tanto en la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras como en la contratación de estudios vinculados a obras. Así, ambas establecen cuatro criterios que deberán ser aplicados por los auditores en la evaluación de los procesos de selección, siendo estos: eficacia, utilizado para evaluar la oportunidad de la compra o contratación; eficiencia, con el que el auditor mide la calidad, precio, plazo

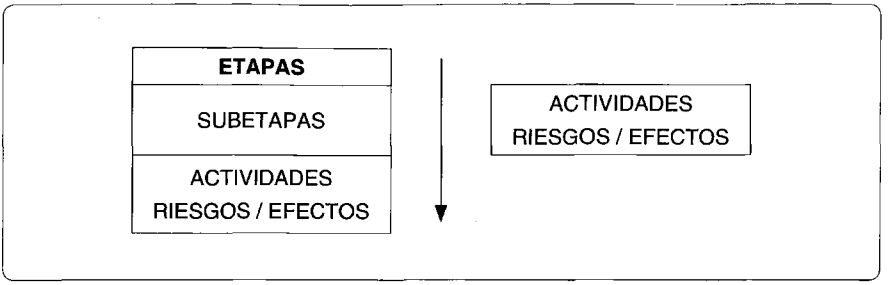
de ejecución y entrega; economía, se refiere a los términos y condiciones bajo los cuales la entidad adquiere o contrata "a un nivel razonable de calidad, en la oportunidad y lugar apropiado y al menor precio posible"; y legalidad, referido al cumplimiento de la normativa.

2. LA "GUÍA DE AUDITORÍA EN BIENES Y SERVICIOS" Y EL RIESGO

En cuanto a los aspectos específicos, en el caso de bienes y servicios, la Guía dividió la evaluación de los procedimientos de selección en etapas, subetapas y actividades, correspondiendo a cada una de ellas procedimientos de auditoría específicos y consiguientes riesgos. El documento en comento consideraba que las etapas de los procesos de selección que deben ser consideradas para las acciones de control son siete:

1. Necesidad de adquirir
2. Organización de las adquisiciones
3. Bases y la convocatoria
4. Evaluación y otorgamiento de la buena pro
5. Suscripción del contrato
6. Ejecución de la prestación
7. Conformidad de la prestación

Estas etapas citadas se dividían en subetapas y, a su vez, en actividades, las mismas que comprenden el análisis de riesgos y los efectos que pueda causar, teniendo cada una de ellas procedimientos de auditoría específicos, tal como presentamos en el gráfico:



Este lineamiento que deviene en la regla general de evaluación de procedimientos de selección establecía una nueva forma de organización y de determinación de funciones en la entidad, la que debía tener en cuenta el cumplimiento de cada uno de los aspectos que involucraban las etapas, subetapas y actividades; pero, además, establecía riesgos en cada etapa, subetapa y actividad, algunos de los cuales seguidamente presentamos a modo de ejemplo.

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Revisión de la planificación de las adquisiciones y contrataciones Necesidad de adquirir o contratar	Definición de objetivos	Planificación de las adquisiciones o contrataciones	*Los bienes, servicios u obras requeridos en el PAAC no son congruentes con el logro de los objetivos de la entidad*
Verificación de las asignaciones presupuestales para el PAAC Necesidad de las adquisiciones o contrataciones	Disposición de recursos presupuestales	Disposición de partidas presupuestales	*- Retrasos en la atención de requerimientos presupuestales* *- Captación de recursos propios menores a los estimados*
Comprobación de requerimientos de las áreas usuarias Necesidad de las adquisiciones y contrataciones	Identificación de necesidades	Requerimientos de las adquisiciones y contrataciones de las áreas usuarias	*- Dimensionamiento no adecuado de las características y/o especificaciones del bien, servicio u obra a requerirse, con respecto a la necesidad real del área usuaria* *- Existencia de variaciones significativas en número y plazos de la adquisición o contratación* *- Incumplimiento del principio de vigencia tecnológica* *- Requerimientos sobredimensionados por una inadecuada estimación de la frecuencia de uso de bienes*

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Verificación de la elaboración del PAAC Necesidad de las adquisiciones o contratación	PAAC	Elaboración del PAAC	*- PAAC inadecuado a las necesidades y funciones de la entidad, los bienes u obras no guardan relación con el cumplimiento de las metas de la entidad* *- Inclusión indebida de casos especiales: fraccionamiento, contratación de servicios personalísimos, declaración de desabastecimiento inminente* *- Combinación desfavorable en las modalidades de adquisiciones y contrataciones*
Verificación de la aprobación del PAAC Necesidad de las adquisiciones o contratación	PAAC	Aprobación y difusión del PAAC	*- Aprobación inoportuna del PAAC* *- Difusión inoportuna del PAAC*
Verificación de la dependencia responsable Organización de las adquisiciones	Asignación de responsabilidades	Designación de la dependencia responsable de la planificación y ejecución de los PS	*Inadecuada asignación de responsabilidades*
Verificación de la formulación de un cronograma de las convocatorias de los PS Organización de las adquisiciones	Organización y coordinación de los PS	Elaboración del cronograma detallado de los PS	*- Desabastecimiento por no cumplir el calendario de los PS*
Comprobación y elaboración de las bases de los PS Bases y convocatoria	Elaboración y aprobación de bases	Elaboración de las bases de los PS	*- Mayor número de consultas, observaciones y recursos impugnativos al PS* *- Distorsión de los resultados en precio y calidad del PS* *- Demoras en la obtención de bienes, servicios u obras* *- Adicionales de obra y ampliaciones de plazo*
Verificación de la aprobación oportuna de las bases	Elaboración y aprobación de bases	Aprobación de las bases de los PS	*Vicios del PS, de los bienes, servicios u obras no corresponden a objetivos estratégicos de la entidad*
Verificación de la realización de la convocatoria Bases y convocatoria	Difusión de la convocatoria	Convocatoria y difusión de los PS	*- Inadecuada difusión de la convocatoria, colisionando con el principio de transparencia, libre competencia y trato justo e igualitario* *- Orientación a determinados postores* *- Vicios en el PS* *- Incumplimiento de plazos*
Comprobación de la formulación y absolución de las consultas de las bases Bases y convocatoria	Integración de bases	Formulación y absolución de consultas de las bases	*- Evaluación sesgada en la absolución de consultas sobre las bases* *- Distorsionar el verdadero sentido de los PS* *- Afectar el principio de transparencia y trato justo e igualitario*

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Verificación de la formulación y absolución de las observaciones a las bases Bases y convocatoria	Integración de bases	Formulación y absolución de observaciones a las bases	*- Evaluación sesgada de las observaciones a las bases* *- Distorsionar el verdadero sentido de los PS* *- Afectar el principio de transparencia y trato justo e igualitario*
Constatar la integración de las bases y convocatoria	Integración de bases	Integración de bases	*- Que las reglas del proceso sean confusas* *- Genera vicios en el PS*
Comprobación de la recepción de propuestas Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Evaluación de propuestas	Recepción de propuestas	*- Falta de transparencia* *- Irregularidades en el acto de presentación de propuestas*
Verificación de la evaluación de propuestas Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Evaluación de propuestas	Evaluación de propuestas	*- Concertación entre los servidores públicos y postores para defraudar al Estado* *- Otorgar la buena pro a un postor que no le corresponde* *- Direccionar los resultados a una determinada marca o postor*
Constatación del otorgamiento y difusión de la buena pro Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Adjudicación de la buena pro	Otorgamiento y difusión de la buena pro	*- Falta de transparencia en los actos de otorgamiento de la buena pro* *- Otorgamiento de la buena pro a un postor que no corresponde* *- Generación de recursos impugnativos o nulidades del PS*
Verificación del procedimiento de declaración de nulidad Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Adjudicación de la buena pro	Nulidad de los PS	*- Generar demoras en los PS* *- Aprobar la nulidad de los PS sin el sustento debido* *- Recurrir a las exoneraciones de los PS para atender las necesidades*
Verificación del procedimiento de declaración de desierto Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Adjudicación de la buena pro	Declaración de desierto del PS	*- Generar sobre costos y demoras en los PS* *- Sesgo en el otorgamiento de la buena pro*
Revisión del procedimiento de cancelación Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro	Adjudicación de la buena pro	Cancelación del PS	*- Se efectúe una adquisición o contratación que no sea necesaria* *- Se asuma compromisos de pago sin contar con los recursos económicos correspondientes* *- Que utilice este mecanismo para direccionar las adquisiciones o contrataciones*

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Verificación de la citación a la suscripción del contrato Suscripción del contrato	Acciones previas a la suscripción del contrato	Citación a la suscripción del contrato	*- Retraso en la suscripción del contrato* *- Causales de nulidad del acto de notificación* *- Contratación de postores no necesariamente idóneos al no haber ocupado los primeros puestos en la selección* *- Desabastecimiento o la continuidad del servicio*
Verificación de los documentos legales para la suscripción del contrato Suscripción del contrato	Acciones previas a la suscripción del contrato	Documentos legales para la suscripción del contrato	*- La documentación no ha sido presentada o está fuera de plazo* *- La documentación presentada no es la pertinente*
Revisión de los términos del contrato Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Términos del contrato	*Que en el contrato no consideren las condiciones, ni penalidades previstas en el PS*
Revisión de cláusulas obligatorias Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Cláusulas obligatorias	*No resguarden apropiadamente los intereses de la entidad*
Confirmación de las Garantías Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Garantías de fiel cumplimiento y del diferencial	*Que ante el incumplimiento del contratista no se cuente con cobertura de los intereses del Estado*
Verificación de la suscripción del contrato Suscripción del contrato	Firma del contrato	Suscripción del contrato	*- Demora en la prestación de los bienes, servicios y obras* *- Se generan vicios en el contenido del contrato*
Comprobación de los procedimientos ante la no suscripción del contrato Suscripción del contrato	Firma del contrato	Procedimientos seguidos ante la no suscripción por parte del contratista	*Si se declara desierto se tendrá que hacer un nuevo proceso*
Verificación de la definición del plazo de inicio contractual Ejecución del contrato	Definición del plazo contractual	Definición del inicio y culminación del plazo contractual	*- Determinación errónea de la fecha de inicio del plazo de ejecución contractual de la obra* *- Resolución del contrato* *- Beneficios adicionales a los previstos en el proceso de selección para el contratista*
Verificación del cumplimiento de los adelantos de materiales Ejecución del contrato	Entrega de recursos al contratista	Entrega de adelantos de materiales según el contrato	*- Causales de ampliación de plazo de ejecución* *- Entrega indebida de fondos al contratista*
Verificación del cumplimiento de los adelantos en efectivo según contrato Ejecución de contrato	Entrega de recursos al contratista	Entrega de adelantos directos (en efectivo) según el contrato	*- Retraso en el inicio del plazo contractual* *- Ampliación del plazo contractual* *- Pago de adelantos sin las garantías suficientes* *- Resolución del contrato*
Comprobación de la amortización de adelantos Ejecución del contrato	Entrega de recursos al contratista	Amortización de adelantos	*- Otorgar beneficios adicionales al contratista* *- Distraer recursos públicos*

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Verificación de los pagos a cuenta / verificaciones Ejecución de contrato	Pagos al contratista	Pagos a cuenta / valorizaciones	*- Se efectúen pagos de bienes y servicios sin haber recibido las respectivas prestaciones* *- Errores en el cálculo de valorizaciones de ejecución y supervisión de las obras* *- Exista incumplimiento en la ejecución y supervisión de obras* *- Los pagos a cuenta se realicen fuera de los plazos establecidos*
Verificación de la designación del inspector/ supervisor Ejecución del contrato	Supervisión de la ejecución del contrato	Designación y actuación del supervisor/inspector	*- Que el supervisor o inspector no sea profesional idóneo* *- Un deficiente control de la ejecución de los trabajos ejecutados y de las obligaciones del contratista de la ejecución de la obra*
Comprobación del cumplimiento de los plazos del contrato Ejecución del contrato	Seguimiento del cumplimiento del contrato	Cumplimiento de plazos	*El reconocimiento de ampliaciones de plazo y mayores gastos generales injustificados*
Verificación del cumplimiento de la calidad de la prestación Ejecución del contrato	Seguimiento del cumplimiento del contrato	Cumplimiento de la calidad de la prestación	*La recepción de bienes, servicios u obras de menor calidad a la requerida*
Verificación de la aprobación de prestaciones adicionales Ejecución del contrato	Prestaciones adicionales, complementarias y ampliaciones de plazo	Aprobación de las prestaciones adicionales	*- Ejecución de las prestaciones adicionales que no eran necesarias* *- Ejecución de prestaciones adicionales con mayores costos*
Verificación de la aprobación de prestaciones complementarias Ejecución del contrato	Prestaciones adicionales, complementarias y ampliaciones de plazo	Aprobación de las prestaciones complementarias	*- Que sea utilizado este mecanismo indebidamente para evitar los PS de convocatoria abierta* *- Adquisiciones de bienes y servicios no necesarios*
Comprobación de cumplimiento de los procedimientos de administración de controversias Ejecución de contrato	Administración de las controversias	Cumplimiento de los procedimientos de administración de controversias	*- Que la administración de la controversia no sea susceptible de cuestionamiento por las partes* *- Que se recurra al mecanismo de conciliación o arbitraje por hechos que no se justifican* *- Demora en la solución de una controversia* *- Retraso en la liquidación de los contratos, en espera de la solución de controversias* *- Que no exista imparcialidad en los árbitros*

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Verificación de la gestión legal de la defensa en el proceso de administración de controversias. Ejecución del contrato	Administración de las controversias	Gestión legal de la defensa en el proceso de administración de controversias	- *Inadecuada defensa de los intereses del Estado* - *Laudos desfavorables para el Estado* - *Generación de mayores obligaciones frente al contratista*
Comprobación de la conformidad de recepción del área usuaria Conformidad de la prestación	Recepción del bien, servicio u obra	Conformidad de recepción	*- Recibir una obra con características técnicas por debajo a las especificadas en el contrato por una evaluación superficial en la recepción de obra o por no disponer de la opinión del especialista o pruebas de calidad*
Verificación de la formulación y aprobación de la liquidación Conformidad del contrato	Liquidación del contrato	Formulación y aprobación de la liquidación	- *Pagar en exceso por errores de cálculo en los metrados y valorizaciones empleados para la liquidación de obra* - *No contar con la obra oportunamente por incumplimiento de los plazos del contrato por el contratista*

3. LA "GUÍA DE AUDITORÍA DE OBRAS PÚBLICAS POR CONTRATA" Y EL RIESGO

Luego de aprobada la guía en bienes y servicios, la Contraloría procedió a aprobar la "Guía de auditoría de obras públicas por contrata", la que tenía como objetivo específico presentar los criterios técnicos para la evaluación de las obras por contrata, así como el definir etapas, objetivos, procedimientos, riesgos y efectos sobre la base de la aplicación de los criterios de eficiencia, eficacia, economía y legalidad, cuyas definiciones hemos glosado. A fin de visualizar las distintas etapas, subetapas, actividades y riesgos, seguidamente presentamos el cuadro respectivo.

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Necesidad de contratar la ejecución de obras y servicios de supervisión	Definición del procedimiento general de la contratación	Planificación de las contrataciones	- Que las obras y servicios de supervisión considerados en el PAAC no sean las necesarias, indispensable o prioritarias para el logro de los procedimientos generales de la entidad
Necesidad de contratar la ejecución de obras y servicios de supervisión	Disposición de recursos presupuestales	Disposición de partidas presupuestales	- No se logra contar con los recursos presupuestales - Captación de recursos propios menores a los estimados

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Necesidad de contratar la ejecución de obras y servicios de supervisión	Identificación de necesidades (estudios de preinversión)	Requerimientos de las contrataciones de las áreas usuarias	- Dimensionamiento no adecuado de las características y/o especificaciones de la obra o servicio a requerirse, con respecto a la necesidad real del área usuaria - Existencia de variaciones significativas en los plazos establecidos para la contratación de obras y servicios de supervisión - La contratación no cumple el principio de vigencia tecnológica - Requerimientos sobredimensionados por una inadecuada estimación del área usuaria
Necesidad de contratar la ejecución de obras y servicios de supervisión	Plan anual de adquisiciones y contrataciones (PAAC)	Elaboración del plan anual de adquisiciones y contrataciones (PAAC)	- PAAC inadecuado a las necesidades y funciones de la entidad, las obras y servicios de supervisión no guarden relación con las metas. - Inclusión indebida de casos especiales: fraccionamiento, servicios personalísimos, declaración de desabastecimiento inminente, etc. - Combinación desfavorable en las modalidades de las contrataciones
Necesidad de contratar la ejecución de obras y servicios de supervisión	Plan anual de adquisiciones y contrataciones (PAAC)	Aprobación y difusión del plan anual de adquisiciones y contrataciones (PAAC)	- Aprobación inoportuna del PAAC - Difusión inoportuna del PAAC
Organización de las adquisiciones y contrataciones de obras y servicios de supervisión	Organización y coordinación de los procesos de selección	Elaboración del cronograma detallado de los procesos de selección	- Desabastecimiento por no cumplir el calendario de procesos de selección
Bases y convocatoria de los procesos de selección para ejecución de obras y servicios de supervisión	Elaboración y aprobación de las bases	Elaboración de las bases de los procesos de selección	- Mayor número de consultas, observaciones y recursos impugnativos al proceso de selección - Distorsión de los resultados en precio y calidad del proceso de selección - Demoras en la obtención de bienes, servicios u obras - Adicionales de obra y ampliaciones de plazo
Bases y convocatoria de los procesos de selección para ejecución de obras y servicios de supervisión	Elaboración y aprobación de las bases	Aprobación de las bases de los procesos de selección	- Vicios en el proceso de selección de obras y servicios de supervisión, no correspondan a procedimientos generales estratégicos de la entidad
Bases y convocatoria	Difusión de la convocatoria	Convocatoria y difusión de los procesos de selección	- Inadecuada difusión de la convocatoria, colisionando con el principio de transparencia, libre competencia y de trato justo e igualitario - Orientación a determinados postores - Vicios en el proceso de selección - Incumplimiento de plazos

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Integración de las bases y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de ejecución de obras y servicios de supervisión	Integración de bases	Formulación y absolución de consultas de las bases	- Evaluación sesgada en la absolución de consultas sobre las bases - Distorsión del objeto de la contratación - Afectar el principio de transparencia y trato justo e igualitario
Integración de las bases y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de ejecución de obras y servicios de supervisión	Integración de bases	Formulación y absolución de las observaciones a las bases	- Evaluación sesgada de las observaciones a las bases - Distorsión del objeto de la contratación - Afectar el principio de transparencia y trato justo e igualitario
Integración de las bases y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de ejecución de obras y servicios de supervisión	Integración de bases	Integración de las bases	- Que las reglas del proceso sean confusas - Genera vicios en el proceso de selección
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de ejecución de obras y servicios de supervisión	Evaluación de propuestas	Recepción de propuestas	- Falta de transparencia - Irregularidades en el acto de presentación de propuestas
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de ejecución de obras y servicios de supervisión	Evaluación de las propuestas	Evaluación de las propuestas	- Concertación entre los servidores públicos y postores para defraudar al Estado - Otorgar la buena pro a un postor que no le corresponde - Direccionar los resultados a un determinado postor
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Adjudicación de la buena pro	Otorgamiento y difusión de la buena pro	- Falta de transparencia en los actos de otorgamiento de la buena pro - Otorgamiento de la buena pro a un postor que no corresponde
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Adjudicación de la buena pro	Nulidad de los procesos de selección	- Generar demoras de los procesos de selección - Aprobar la nulidad de los procesos de selección sin el sustento debido - Recurrir a las exoneraciones de los procesos de selección para atender las necesidades
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Adjudicación de la buena pro	Declaración de desierto del proceso de selección	- Generar sobre costos y demoras en los procesos de selección - Sesgo en el otorgamiento de la buena pro

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Adjudicación de la buena pro	Cancelación del proceso de selección	- Se efectúe una contratación que no es necesaria - Se asuma compromisos de pago sin contar con los recursos económicos correspondientes - Que se utilice este mecanismo para direccionar las adquisiciones o contrataciones
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Exoneración de procesos	Aprobación de las exoneraciones	- Se presente fraccionamiento de los procesos de contratación - Se presente contrataciones dirigidas - Se utilice el mecanismo de la exoneración para evitar un proceso de selección abierta - Se otorguen exoneraciones que no cuenten con los requisitos exigidos por ley
Evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro en procesos de selección de obras y servicios de supervisión	Exoneración de procesos	Sustentación de las causales de la exoneración	- Se presente exoneraciones que no correspondan a lo previsto en la normativa vigente - Se den condiciones desfavorables en precios, oportunidad y calidad técnica de las obras y servicios de supervisión
Suscripción del contrato	Acciones previas a la suscripción del contrato	Citación a la suscripción del contrato	- Retraso en la suscripción del contrato - Causales de nulidad del acto de la notificación - Contratación de postores no necesariamente idóneos al no haber ocupado el primer lugar en el proceso de selección
Suscripción del contrato	Acciones previas a la suscripción del contrato	Documentos legales para la suscripción del contrato	- La documentación no haya sido presentada o esté fuera de plazo - La documentación presentada no sea la pertinente
Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Términos del contrato	- Que, en el contrato, no consideren las condiciones ni penalidades previstas en el proceso de selección.
Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Cláusulas obligatorias	- No se resguarden apropiadamente los intereses de la entidad
Suscripción del contrato	Definición de los términos del contrato	Garantías de fiel cumplimiento	- Ante el incumplimiento del contratista no se cuente con cobertura de los intereses del Estado
Suscripción del contrato	Firma del contrato	Suscripción del contrato	- Demora en el inicio de ejecución de la obra y en la prestación del servicio de supervisión - Se generen vicios en el contenido del contrato
Suscripción del contrato	Firma del contrato	Acciones seguidas ante la no suscripción del contrato por parte del contratista	- Si se declara desierto se tendrá que hacer una nueva convocatoria

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Ejecución del contrato de obra	Definición del plazo de ejecución de la prestación	Definición del inicio del plazo contractual	- Determinación errónea de la fecha de inicio del plazo de ejecución contractual de la obra - Resolución del contrato - Beneficios adicionales a los previstos en el proceso de selección para el contratista por reajustes. - Controversias respecto a la fecha de inicio del plazo contractual
Ejecución del contrato de obra	Control de adelantos	Entrega de adelantos directos (en efectivo) según el contrato	- Retraso en el inicio del plazo contractual - Ampliación del plazo contractual - Pago de adelantos sin las garantías suficientes - Resolución del contrato
Ejecución del contrato de obra	Control de adelantos	Entrega de adelantos de materiales según el contrato	- Causales de ampliación de plazo de ejecución - Pago de adelantos sin las garantías suficientes
Ejecución del contrato de obra	Control de adelantos	Amortización de adelantos directos	- Otorgar beneficios adicionales al contratista - Amortización incompleta o tardía del adelanto
Ejecución del contrato de obra	Control de adelantos	Amortización de adelanto para materiales	- Otorgar beneficios adicionales al contratista
Ejecución del contrato de obra	Control de garantías	Garantías de fiel cumplimiento	- Ante incumplimiento del contratista en la ejecución de las prestaciones contratadas, no se cobertura los bienes e intereses del Estado
Ejecución del contrato de obra	Control de garantías	Garantías de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias	- Ante incumplimiento del contratista en la ejecución de las prestaciones accesorias, no se cuente con cobertura de los intereses del Estado
Ejecución del contrato de obra	Control de garantías	Garantías por adelantos	- Ante el inadecuado uso de los adelantos otorgados, no se cuente con cobertura de los intereses del Estado
Ejecución del contrato de obra	Cuaderno de obra	Apertura del cuaderno de obra	- No se cumpla con las formalidades establecidas en la normativa - Las anotaciones efectuadas en el cuaderno de obra no surtan efecto legal para las partes
Ejecución del contrato de obra	Cuaderno de obra	Contenido del cuaderno de obra	- No se encuentre los registros sobre la calidad de los trabajos ejecutados - No se constituya en evidencia para trámites administrativos como ampliaciones de plazo

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Ejecución del contrato de obra	Proceso constructivo y controles de calidad	Proceso constructivo de la obra	- Que no se logre cumplir con la meta física - Que la obra se ejecute con deficiencias - Se presenten modificaciones sustanciales en el proceso de ejecución de obra, sin contar con la opinión del proyectista
Ejecución del contrato de obra	Proceso constructivo y controles de calidad	Controles de calidad durante la ejecución de la obra	- La obra no cuente con la calidad debida
Ejecución del contrato de obra	Pagos al contratista	Pagos a cuenta / valorizaciones	- Se efectúen pagos por supuestos trabajos sin haber recibido las respectivas prestaciones - Errores en el cálculo de valorizaciones de obras, reajustes y otros - Exista incumplimiento del contratista en la ejecución de los trabajos a ejecutar según el calendario de avance de obra - Los pagos a cuenta se realicen fuera de los plazos establecidos
Ejecución del contrato de obra	Prestaciones adicionales	Aprobación de las obras adicionales	- Ejecución de prestaciones adicionales que no eran necesarias - Ejecución de prestaciones adicionales con mayores costos
Ejecución del contrato de obra	Prestaciones adicionales	Aprobación de ampliaciones de plazo y mayores gastos generales	- El reconocimiento de ampliaciones de plazo y mayores gastos generales injustificadas
Ejecución del contrato de obra	Administración de las controversias	Cumplimiento de los procedimientos específicos de administración de controversias	- Que la solución de la controversia no sea susceptible de cuestionamiento por las partes - Que se recurra al mecanismo de la conciliación o arbitraje por hechos que no se justifican - Demora en la solución de una controversia y que no exista imparcialidad en los árbitros - Retraso en la liquidación de los contratos, en espera de la solución de controversias
Ejecución del contrato de obra	Administración de las controversias	Gestión legal de la defensa en el proceso de administración de controversias	- Inadecuada defensa de los intereses del Estado - Laudos desfavorables para el Estado - Generación de mayores obligaciones frente al contratista
Ejecución del contrato de obra	Pagos al contratista	Intervención económica	- Ante el inadecuado manejo de la intervención económica existe el riesgo que no cautelen adecuadamente los intereses del Estado

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Ejecución del contrato de supervisión	Definición del plazo de ejecución de la prestación	Definición del inicio y culminación del plazo contractual	- Determinación errónea de la fecha de inicio del plazo de ejecución contractual de la supervisión - Controversias con respecto a la fecha de inicio del plazo contractual - Beneficios adicionales a los previstos en las bases del proceso de selección para la supervisión
Ejecución del contrato de supervisión	Control de adelantos	Entrega de adelantos directos (en efectivo) según el contrato	- Retraso en el inicio del plazo contractual - Ampliación del plazo contractual - Pago de adelantos sin las garantías suficientes - Resolución del contrato
Ejecución del contrato de supervisión	Control de adelantos	Amortización de adelantos directos	- Otorgar beneficios adicionales al supervisor al no descontarle en la oportunidad debida el adelanto otorgado - Amortización incompleta o tardía del adelanto
Ejecución del contrato de supervisión	Control de garantías	Garantías de fiel cumplimiento	- Ante incumplimiento del contratista en la ejecución de las prestaciones contratadas, no se coberture de los intereses del Estado
Ejecución del contrato de supervisión	Control de garantías	Garantías por adelantos	- Ante el inadecuado uso de los adelantos otorgados, no se cuente con cobertura de los intereses del Estado
Ejecución del contrato de supervisión	Verificación del cumplimiento del contrato	Verificación del cumplimiento de obligaciones establecidos en el contrato de supervisión	- Deficiente control de la ejecución de los trabajos ejecutados - No se cumplan los plazos de ejecución de la obra
Ejecución del contrato de supervisión	Verificación del cumplimiento del contrato	Cumplimiento de plazos	- El reconocimiento de ampliaciones de plazo y mayores gastos generales injustificadas
Ejecución del contrato de supervisión	Facturaciones o pagos parciales	Pagos parciales	- Se efectúen pagos de servicios sin haber recibido las respectivas prestaciones - Errores en el cálculo de valorizaciones de supervisión de las obras - Exista incumplimiento en la supervisión de obras - Los pagos parciales se realicen fuera de los plazos establecidos
Ejecución del contrato de supervisión	Mayores prestaciones de supervisión	Aprobación de las prestaciones adicionales	- Ejecución de las prestaciones adicionales que no eran necesarias - Ejecución de prestaciones adicionales con mayores costos

ETAPA	SUBETAPA	ACTIVIDAD	RIESGO
Ejecución del contrato de supervisión	Administración de las controversias	Cumplimiento de los procedimientos específicos de administración de controversias	- Que la solución de la controversia no sea susceptible de cuestionamiento por las partes - Que se recurra al mecanismo de la conciliación o arbitraje por hechos que no se justifican - Demora en la solución de una controversia - Retraso en la liquidación de los contratos, en espera de la solución de controversias - Que no exista parcialidad en los árbitros
Ejecución del contrato de supervisión	Administración de las controversias	Gestión legal de la defensa en el proceso de administración de controversias	- Inadecuada defensa de los intereses del Estado - Laudos desfavorables para el Estado - Generación de mayores obligaciones frente al contratista
Conformidad de la prestación	Recepción de obra	Conformidad de recepción de obra	- Recibir una obra con características técnicas que no reúna la cantidad y calidad especificada en el contrato, debido a una evaluación superficial en la recepción de obra o por no disponer de la opinión del especialista o pruebas de calidad. - Demora en la entrega y recepción de obra
Conformidad de la prestación	Recepción del servicio de supervisión de obra	Conformidad del servicio de supervisión de obra	- Demora en la entrega y recepción de los servicios de Supervisión - Que se otorgue conformidad a los servicios de Supervisión prestados de manera deficiente
Conformidad de la prestación	Liquidación del contrato de obra	Formulación y aprobación de la liquidación de obra	- Errores de cálculo e inadecuado sustento en el monto de la liquidación de obra - Demora en la transferencia de la obra ejecutada y liquidada
Conformidad del contrato de supervisión	Liquidación del contrato de supervisión de obra	Formulación y aprobación de la liquidación de servicios de supervisión	- Errores de cálculo e inadecuado sustento en el monto de la liquidación del servicio de supervisión de obra

Capítulo XII

LAS NORMAS DE CONTROL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

El control mediante la potestad reglada y discrecional.
La constitucionalización de las contrataciones públicas y el control.
Las normas de control vinculadas a las contrataciones públicas.
Las acciones de control de la CGR y su impacto

SUMARIO: 1. El control mediante el ejercicio de la potestad reglada y la discrecional. – 2. La constitucionalización de las contrataciones públicas y del control. – 3. Las potestades regladas en las contrataciones públicas. – 4. Las normas de control vinculadas a las contrataciones públicas. – 4.1. La ley n.º 27785, sus modificatorias y la sentencia del tribunal constitucional. – 4.2. Normas generales de control gubernamental (NGCG) y sus modificatorias. – 4.3. Las normas de control previo. – 4.4. Las normas de control simultáneo. – 4.5. El control concurrente. La expansión del control. – 4.6. El control posterior. – 4.7. Las opiniones vinculantes. – 4.8. Remisión de informes u opiniones emitidos por el supervisor a la contraloría general de la república. – 5. Las acciones de control que ha efectuado la contraloría general de la república. – 5.1. El incremento del presupuesto, la modificación constitucional y otras normas de fortalecimiento del sistema nacional de control - contraloría general de la república. – 5.2. Informes sobre el accionar del sistema nacional de control - contraloría general de la república en el período 2018-2023. – 5.3. Las consecuencias del accionar de control. – 5.4. La eficacia de la labor del sistema nacional de control - contraloría general de la república. – 6. El impacto del accionar del sistema nacional de control en la gestión pública. – 7. Evolución de los proveedores del estado.

La Administración pública se encuentra conformada, entre otros, por dos componentes esenciales que se articulan constantemente en la dinámica administrativa: la gestión y el control de esta, no pudiendo existir la primera sin la segunda; siendo ambas ejecutadas por el componente burocrático del Estado, que constituye el factor humano o subjetivo, el que se encuentra organizado en un órgano, denominado Contraloría General de la República, que es el factor objetivo o institucional, cuyo accionar se regula en base a normas.

En el caso peruano, la General de la República (CGR), que es el órgano superior de control, se define como una:

> [...] institución autónoma del Estado peruano encargada de supervisar la legalidad de la gestión pública. Como guardián de los recursos del Estado, su misión es asegurar que estos se utilicen de manera efectiva, eficiente, económica y ética, contribuyendo así al desarrollo sostenible y al bienestar de toda la nación peruana. Su labor es fundamental para prevenir, detectar, investigar y sancionar la corrupción y la inconducta funcional, así como también fomentar una cultura de transparencia e integridad en la administración pública (Contraloría General de la República, 2024, p. 8).

El control de la gestión puede ser interno o externo, y estar a cargo de los funcionarios de la entidad o de los órganos desconcentrados de la Contraloría General de la República (Órganos de Control Institucional [OCI]) que integran el Sistema Nacional de Control, o las sociedades de auditoría (SA), correspondiendo su intensidad a la condición que posee el área de gestión sobre el que recaerá dicha acción.

En cuanto a la definición de la condición del área, se tiene que esta estará en relación directa con la significación económica y social, materialidad, que posee en el cumplimiento de los fines de la entidad o de la Administración pública, en el escenario de la atención del interés general.

En este orden, la revisión de los planes anuales de control y de las directivas para la formulación del plan anual de control de los distintos OCI de la Contraloría General de la República, así como las presentaciones del Contralor General de la República (Shack Yalta, 2024a), nos permiten concluir en que las contrataciones públicas poseen la condición de área crítica en la gestión gubernamental (Shack Yalta, 2024).

Pero esta área no solo es crítica para el SNC, sino también para la gestión pública en general, y desde el ámbito político deviene en esencial, ya que, mediante la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la ejecución de obras de calidad, el Estado y el Gobierno que lo administra se legitiman día a día. A lo que se debe agregar la condición de redistribuidor económico que en este ámbito tiene el gasto público.

En este contexto, y en el marco del control de la legalidad[148] que efectúa la CGR, nos interrogamos sobre el impacto de las normas de control en la eficacia de las contrataciones públicas, específicamente en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, hoy denominada Ley General de Contrataciones del Estado, la que se caracteriza por la volatilidad y profusa legislación complementaria; lo que significa medir el impacto de dicha normativa en la ejecución del gasto público atención del interés general, es decir, en la ejecución de la actividad de los controlados.

En consecuencia, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿las normas de control contribuyen a la eficacia del gasto público en las contrataciones del Estado? La respuesta a la interrogante formulada se vincula a la apreciación que tiene la OCDE, organismo supranacional al que se quiere adherir el Perú, y quien plantea que en la contratación pública eficiente cuenta, además del control, el diseño organizacional general y la gobernanza, los que determinan la eficacia y responsabilidad de esta; agregando que las estructuras y sistemas de gobernanza débiles "obstaculizan la eficiencia y afectan directamente los gastos públicos y los recursos de los contribuyentes. Para optimizar el valor público a lo largo del ciclo de adquisiciones, es esencial garantizar la efectividad, la transparencia y la rendición de cuentas a través de la estructura y gobernanza de la función de contratación" (OCDE, 2017, p. 26).

Esta visión se encuentra ausente en el Estudio formulado por la CGR, cuyos datos hemos tomado para el análisis respectivo; pero, además, dicho actuar es concordante con el apartado i) de la Recomendación VII de la OCDE sobre contratación Pública, referida a la simplificación del sistema de contratación pública.

1. EL CONTROL MEDIANTE EL EJERCICIO DE LA POTESTAD REGLADA Y LA DISCRECIONAL

El Estado liberal nació con el discurso de libertad frente a la arbitrariedad que encarnaba el Estado absoluto, donde el titular del poder y su Con-

148 Artículo 82 de la Constitución Política del Perú de 1993.

sejo de Estado disponían, sin dar cuenta, de la administración y recursos del Estado; discurso que se plasmó normativamente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y en la Constitución Francesa de 1791, en la que la soberanía se trasladó del monarca al Parlamento.

Pero no solo fue un traslado de soberanía, sino del sometimiento del poder a la ley, pero, además, de la sustracción del fuero común de los funcionarios de la Administración pública, creándose una vía distinta, que daría origen al derecho administrativo.

Este Estado, que pasó a denominarse Estado mínimo o de policía, se concentró en actividades de fomento y de protección del orden, no avanzado hacia la economía, por lo que participación social era mínima en ese extremo, por lo que la excesiva regulación no fue una de sus características, situación que cambiaría en el siglo XX con el Estado intervencionista o asistencialista, hijo de la Comuna de París, la Constitución de Querétaro y de Weimar, que se consolidaría luego de concluida la Segunda Guerra mundial, y que se caracterizó por su relevante participación en la economía y, en consecuencia, en la regulación y sobreregulación de las actividades públicas.

A finales del siglo XX, este tipo de Estado, que en América Latina se denominó Estado populista, procesó su crisis existencial, la que se manifestó en la inviabilidad de las economías nacionales, significando el retorno del discurso liberal (neoliberal) en lo económico, y la reducción del aparato estatal en lo político. Pero, en sentido contrario a lo esperado, la cultura regulatoria no sufrió mayores cambios, por lo que se tuvo una economía de mercado con exceso de regulación, problema aún no resuelto y que constituye el gran escenario de nuestro planteamiento del problema.

2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS Y DEL CONTROL

El Perú no fue ajeno al proceso descrito, la crisis y el cambio sustancial en el modelo económico se produjo a finales del siglo XX. En el tema que nos concita, las dos últimas constituciones del siglo pasado, la de 1979 y 1993, se caracterización por constitucionalizar las contrataciones públicas y el control gubernamental[149], con lo que la regulación de la gestión de las contrataciones públicas y el control adquirieron rango constitucional, ubicándose así en la cima del ordenamiento jurídico peruano.

149 Artículos 143 y 146 de la Constitución Política de 1979; artículos 76 y 82 de la Constitución Política de 1993.

El sentido de los artículos glosados es similar. Las obras y la adquisición de bienes y servicios se efectúa por contrata y licitación pública, derivando a la ley especial el procedimiento; en cuanto al control, se precisa que la CGR supervisa "la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control"; estas disposiciones constituyen el primer nivel normativo en ambos casos, dando origen a las respectivas normas especiales y demás normas de menor jerarquía.

Los términos del relacionamiento de las normas de control con el resto del ordenamiento jurídico-administrativo y la Administración pública tienen que ver con el ejercicio, alcance y control de las potestades regladas y discrecionales, así como el de la prevalencia normativa, lo que en términos sencillos podría resolverse aplicando el principio de especialidad de la norma; pero, como trataremos más adelante, los hechos demuestran que no necesariamente es así, ya que en el desenvolvimiento de las normas de control no solo actúan factores objetivos, sino también subjetivos cuya exteriorización debemos buscarla en datos objetivos.

3. LAS POTESTADES REGLADAS EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

El ámbito de las contrataciones públicas se caracteriza por la fuerte presencia de las potestades regladas. A la disposición constitucional le siguen la Ley N.° 32069, en cuyo artículo 27[150], que es de carácter remisivo, se regula la potestad discrecional de los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones, a lo que se agrega lo dispuesto en el reglamento, las directivas, los acuerdos del Tribunal de Contrataciones del

150 Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas:
Artículo 27. Discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones
27.1. La facultad para actuar discrecionalmente se fundamenta en el rigor técnico empleado por los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas para optar por la mejor decisión debidamente sustentada que permita el cumplimiento oportuno de los fines públicos.
27.2. Dicha decisión debe ser la más conveniente para alcanzar la finalidad pública del contrato, de modo que garantice la contratación de bienes, servicios u obras que maximicen el valor de los recursos públicos. Esta decisión se toma en observancia del principio de valor por dinero, entre otros de la ley y a los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 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.
27.3.El control referido en el párrafo anterior se concentra en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan.

Estado, los precedentes vinculantes, las opiniones, los pronunciamientos, y hasta los comunicados del OSCE (hoy OECE). Estas normas propias de la contratación pública deben ser complementadas e integradas a otras, como son la Ley de Presupuesto Anual de la República, la Ley del Procedimiento Administrativo General, la normativa que regula el control gubernamental, etc.

En este contexto, sin contar con las normas de control, los funcionarios y servidores públicos que desenvuelven su actividad en el ámbito de contrataciones públicas tienen poco margen para poner en práctica su "libertad estimativa", que es la esencia de la potestad discrecional, situación que de por sí ralentiza la actividad de las compras públicas, además de que incrementa el riesgo de infracción normativa por parte de los operadores de la norma.

Estando a lo expuesto, y continuando con la interrogante formulada, reiteramos si es que la situación descrita se puede agravar si a las normas glosadas se le agregan las normas de control, las que por su naturaleza abordan el análisis de la contratación desde una perspectiva distinta a la de la gestión.

4. LAS NORMAS DE CONTROL VINCULADAS A LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Desde esta perspectiva, tal como hemos indicado, el Sistema Nacional de Control, cuyo Órgano Rector es la CGR, en atención a la gran significación económica, social y política de las contrataciones públicas ha aprobado un conjunto de normas que son aplicadas por los auditores cuando evalúan las contrataciones que ha efectuado y efectúa cualquier entidad estatal; normas que mayormente son desconocidas por quienes hacen gestión. Así, en ese espacio de la gestión pública, complejo y riesgoso, confrontan, respecto de un mismo objeto, dos racionalidades, la del operador de la norma y la del auditor, cuyo impacto tiene que ver directamente con la atención del interés general.

4.1. La Ley N.º 27785, sus modificatorias y la sentencia del Tribunal Constitucional

Definido el nivel constitucional del control y de la Contraloría, la que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 82, goza de autonomía, supervisa la legalidad del presupuesto público, así como de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control, lo que viene en el orden piramidal de nuestro ordenamiento jurídico, como segundo nivel, es la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y su modificatoria, Ley N.° 30742, Ley de fortalecimiento de la CGR.

La Ley N.° 27785 tiene como alcance regular el ámbito, organización, atribuciones y funcionamiento del SNC, estableciendo en el artículo 2 que su objeto es:

> [...] propender al apropiado, oportuno y efectivo ejercicio del control gubernamental, para prevenir y verificar, mediante la aplicación de principios, sistemas y procedimientos técnicos, la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, el desarrollo honesto y probo de las funciones y actos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos, así como *el cumplimiento de metas y resultados* obtenidos por las instituciones sujetas a control, *con la finalidad de contribuir y orientar el mejoramiento de sus actividades y servicios en beneficio de la Nación.* [Las letras cursivas son nuestras].

Las letras cursivas que hemos destacado en la cita son de índole teleológico, por lo que, según lo consignado, la actividad de control debe coadyuvar al logro de las metas de la Entidad y a la oportuna y eficiente atención del interés general.

En cuanto al ámbito de aplicación, tenemos que el artículo 3 establece una larga relación de entidades, por lo que, en términos generales, nada de lo que esté vinculado al sector y fondos públicos escapa a su accionar, lo que debe concordar con las amplias atribuciones establecidas en el artículo 15.

Pero esta amplitud del accionar de la Contraloría, se incrementó sustancialmente mediante la Ley N.° 30742 y la Ley N.° 31288, las que, respectivamente, entre otras cosas, incorporaron la potestad sancionadora, y determinaron la tipicidad de las infracciones graves y muy grave, estando muchas de ellas vinculadas a las contrataciones públicas, siendo en relación con esta última que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 193/2024, declaró inconstitucionales varias infracciones establecidas en el modificado artículo 46 de la Ley N.° 27785, así como el artículo 68 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador (Sentencia N.° 193/2024, 2024).

Más allá de los problemas de constitucionalidad, estas normas avanzaron en la tipificación de las infracciones, atenuando con ello la arbitrariedad de la tipificación genérica que primaba antes de ella.

4.2. Normas Generales de Control Gubernamental (NGCG) y sus modificatorias

Aprobadas por Resolución de Contraloría N.° 295-2021-CG y modificada por RC N.° 253-2024-CG, RC N.° 062-2024-CG, RC N.° 223-2023-CG, RC N.° 245-2023-CG, RC N.° 158-2023-CG, informan a las demás

normas de control, por lo que en importancia le siguen a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General, y tienen como finalidad regular y dirigir el ejercicio del control gubernamental, siendo de observancia obligatoria (Contraloría General de la República, 2021, [p. 2 de 26]).

La NGCG establecen tres tipos de servicios de control, el previo, el simultáneo y el posterior, desenvolviéndose cada uno de ellos en el ámbito de las contrataciones públicas. El control previo se aplica en las autorizaciones de adicionales de obra y supervisión, así como en las contrataciones de secreto militar y orden interno; el control simultáneo opera de forma concurrente, visita de control, orientación de oficio y otros; el control posterior, que considera a las auditorias financiera, de desempeño, de cumplimiento, así como el servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad, la acción de oficio posterior y otros.

Cada uno de estos tipos de control son desarrollados en las NGCG, así como en documentos específicos.

4.3. Las normas de control previo

Mediante RC N.° 268-2023-CG se aprobó la Directiva N.° 010-2023-CG/VCST "Servicio de control previo de las prestaciones adicionales de obra", la que además de ser extensa y minuciosa, y de considerar al programa "Reconstrucción con cambios", tiene como objetivo establecer los requisitos, plazos y procedimiento, respecto de la autorización previa a la ejecución y al pago de prestaciones adicionales de obra, así como las que deban de realizarse con carácter de emergencia, considerando también el trámite respecto del recurso de apelación contra el pronunciamiento que pudiera emitir la CGR.

4.4. Las normas de control simultáneo

Con RC N.° 281-2022-CG se aprobó la Directiva N.° 013-2022-CG "Servicio de control simultáneo", siendo modificada por RC N.° 270-2022-CG, N.° 062-2023-CG y N.° 429-2023-CG, la que tiene como objetivo regular las etapas de planificación, ejecución y elaboración de informe, y el seguimiento de los resultados, así como establecer disposiciones específicas a dicho tipo de control.

De acuerdo con lo indicado en la Directiva, este tipo de control se ejecuta a través del control concurrente, de la visita de control y de la orientación de oficio, teniendo cada uno su propio procedimiento.

4.5. El control concurrente. La expansión del control

Por Ley N.° 31358 se estableció la expansión del control concurrente, la que fue modificada por Ley N.° 31500. La norma citada establecía lo que podía ser objeto del control concurrente, indicando que su objeto era

> [...] la ejecución de inversiones que significaran desembolso de recursos públicos y/o garantías financieras o no financieras por parte del Estado, lo que incluye a las obras públicas, las inversiones mediante los mecanismos de obras por impuestos y asociaciones público privadas u otros mecanismos de inversión, a cargo de los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyos montos superen los diez millones de soles [...].

Al poco tiempo se promulgó la Ley N.° 31500, que modificó la Ley N.° 31358, ampliando y estableciendo el carácter vinculante del control concurrente, y precisando desde qué momento de la contratación pública se comenzaba a ejecutar "el control concurrente tiene carácter vinculante y obligatorio generando responsabilidad en todos los intervinientes, si a partir de ello se ocasiona perjuicio a la ejecución de la obra o servicio. El control concurrente se efectúa desde la formulación de los términos de referencia, comprendiendo también la elaboración del expediente técnico, la ejecución, supervisión y conformidad de la obra o servicio".

4.6. El control posterior

Para el control posterior la Contraloría ha emitido también un conjunto de normas, como la Directiva N.° 007-2023, de acción de oficio posterior, que fue aprobada mediante RC N.° 253-2023-CG, la que tiene como finalidad establecer el marco normativo, a efectos de que los órganos conformantes del SNC pongan en conocimiento del titular de la entidad las situaciones irregulares que encuentren en su accionar, a efectos de que tome las medidas pertinentes.

La acción de oficio posterior se origina a partir de la información que se obtiene de los servicios de control, y otras fuentes internas o externas, pudiendo determinar responsabilidades civiles, penales o administrativas, en

este contexto el hecho irregular se define como "la situación que cuenta con evidencia del incumplimiento de la normativa, disposición interna, estipulación contractual o parámetro de medición aplicable, originados en la acción u omisión de los funcionarios y servidores públicos" (Contraloría General de la República, 2023a, [p. 3 de 18]).

Otro documento importante es la RC N.° 001-2022-CG, del 7 de enero de dicho año, por la que se aprobó el compendio de la "auditoría de cumplimiento", en el que se define como un servicio de control posterior, realizado por órganos desconcentrados y las unidades orgánicas de la Contraloría, así como las contratadas por ella, y se desenvuelve en atención a la "relevancia de las operaciones en la gestión de las entidades; los riesgos de incumplimientos normativos y de ineficiencia administrativa; resultados de la evaluación del control interno; las denuncias, servicio de control efectuados, seguimiento de medidas correctivas, entre otros" (Contraloría General de la República, 2022a, [p. 8 de 190]).

En esta misma línea tenemos a la Auditoría Forense, cuya Directiva N.° 008-2024-CG/FIS, se aprobó por RC N.° 254-2024-CG, la que es definida como:

> [...] una modalidad de los servicios de control posterior [...] que consiste en el examen especializado que permite obtener evidencia suficiente y apropiada, a través del uso de un conjunto de técnicas de auditoría, con el fin de identificar la existencia de hechos con presunta responsabilidad penal de los funcionarios o servidores públicos por la comisión del delito de enriquecimiento ilícito y otros relacionados al uso y gestión de los bienes y fondos públicos (Contraloría General de la República, 2024a, [p. 5 de 67]).

Pero la Contraloría también regula las contrataciones por ejecución de obras públicas por administración directa, lo que hace mediante la Directiva N.° 017-2023-CG/GMPL, la que fuera aprobada con RC N.° 432-2023-CG.

En este proceso de regular las actividades de la gestión pública desde el ámbito del control, tenemos que la Directiva N.° 005-2023-CG-GMPL, denominada "Gestión del registro de las obras públicas en el Sistema Información de Obras Públicas - INFOBRAS", define a la obra pública, y se determinan las responsabilidades en las entidades públicas a cargo de la ejecución, recopilándose mediante "datos de las obras hasta su publicación y difusión, incluyendo la gestión de accesos, plazos de registro, responsabilidades, entre otros en el marco de Gestión y Registro de Avance de Obras Públicas" (Contraloría General de la República, 2023, [p. 3 de 15]).

Con Resolución de Contraloría N.° 134-2021-CG se aprobó la Directiva N.° 007-2021-CG/NORM, denominada "Servicio de Control Específico a Hechos con Presunta Irregularidad", la que fue objeto de modificaciones mediante resoluciones de Contraloría N.° 140-2021-CG, N.° 043-2022, N.° 159-2023 y N.° 239-2023, constituyendo "una modalidad de servicios de control posterior que forma parte del control gubernamental y consiste en la intervención oportuna, puntual y abreviada, con el objeto de verificar la existencia de hechos con evidencias de presunta irregularidad e identificar las posibles responsabilidades civiles, penales o administrativas funcionales que correspondan" (Contraloría General de la República, 2021b, [p. 5 de 34]).

Conjuntamente con estas disposiciones de reciente data, tenemos otras que también se ubican en el control posterior, como la Directiva N.° 020-2013-CG/OEA, "Verificación selectiva de las prestaciones adicionales de obra que no superan el monto requerido para la opinión previa de la Contraloría General de la República", que fuera aprobada por RC N.° 425-2013-CG; la "Guía de auditoría de obras públicas por contrata", aprobada por RC N.° 177-2007-CG; y la "Guía de auditoría de las adquisiciones y contrataciones del Estado", aprobada por RC N.° 532-2005-CG.

4.7. Las opiniones vinculantes

Esta es una actividad propia, interna, de la CGR, y están referidas a la "interpretación y alcance de la normativa de control relacionada a los servicios de control y servicios relacionados", siendo emitidas en atención a las consultas que formulen los distintos órganos conformantes del SNC, así como una entidad o de oficio, formalizándose mediante un informe legal que contiene la opinión vinculante.

A la fecha se han emitido seis opiniones vinculantes, de los cuales el último, emitido el año 2022, tiene relación con las contrataciones públicas, específicamente en el procedimiento especial "reconstrucción con cambios".

4.8. Remisión de informes u opiniones emitidos por el supervisor a la Contraloría General de la República

Mediante RD N.° 161-2025-CG se aprobó la Directiva N.° 0001-2025-CG/VCST, por la que, en cumplimiento de la décimo tercera disposición complementaria final del derogado TUO de la Ley N.° 30225, la CGR estableció las disposiciones para que el supervisor de obra remita, en la misma oportunidad que a la entidad, los informes u opiniones respecto de los adicionales de obra, solicitudes de mayores gastos generales, variación de calendario de obra, ampliación de plazo y otros que emita en ejercicio de sus funciones.

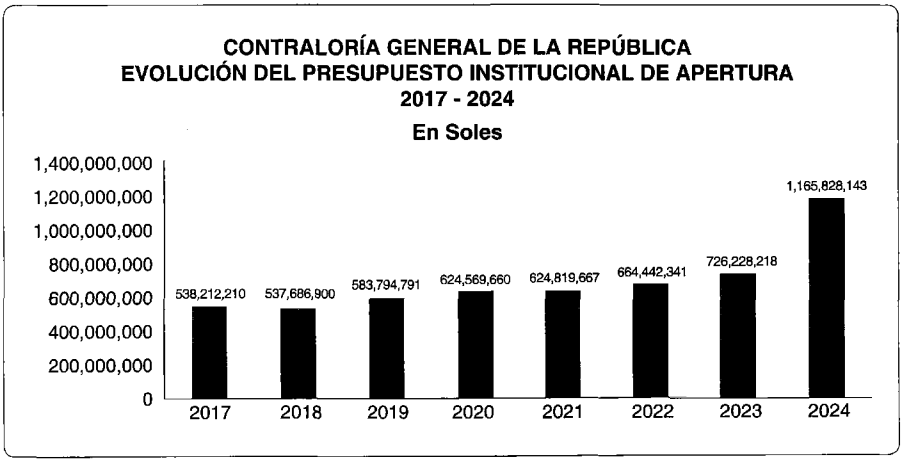
5. LAS ACCIONES DE CONTROL QUE HA EFECTUADO LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Establecido el marco legal del accionar del SNC respecto de las contrataciones públicas, corresponde determinar las acciones de control que al respecto se han efectuado en la Administración pública nacional, para lo que recurriremos a los informes emitidos por la CGR, comenzando por establecer la evolución de su presupuesto, el que es esencial para la amplificación o reducción de su accionar.

5.1. El incremento del presupuesto, la modificación constitucional y otras normas de fortalecimiento del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República

La revisión del presupuesto de la CGR en los últimos siete años nos permite constatar el incremento constante de este, hasta llegara duplicarse; incremento significativo que nos conduce a concluir en que ha sido preocupación del Poder Ejecutivo y del Parlamento dotar al órgano contralor de los recursos económicos necesarios para ejercer su labor de control.

De esta forma, esta institución ha podido incorporar personal y ampliar la cobertura de sus actividades, para efectuar el control de la legalidad a través de las acciones de control previo, concurrente y posterior, siendo el objetivo general detectar y evitar que se produzcan desviaciones del poder y actos de corrupción en la gestión pública.



Fuente: Contraloría General de la República (2024b).

El incremento presupuestal no fue el único apoyo a la función contralora. En el período citado se promulgaron un conjunto de normas que busca-

ron fortalecer su rol, incluyendo a la Ley de Reforma Constitucional del año 2022, Ley N.° 31507, por la que se modificó el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política de 1993, a efectos de permitirle requerir, sin necesidad de autorización judicial, el levantamiento del secreto tributario y bancario de funcionarios y servidores públicos en los tres niveles de gobierno en el marco de una acción de control.

La Ley de Reforma Constitucional forma parte de un conjunto de normas que se han venido promulgando desde el año 2018. Así, el 28 de marzo de 2018 se promulgó la Ley N.° 30472, Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control"; el 30 de julio del mismo año se promulgó la Ley N.° 30833, por la que se modificó la Ley N.° 27785, a efectos de incrementar las atribuciones de dicha institución, pudiendo, en mérito de ella, tomar declaraciones bajo los apremios establecidos para los testigos e incautar documentación; el 23 de junio de 2021, se promulgó la Ley N.° 31227, por la que se le transfirió la competencia para recibir y ejercer el control, fiscalización y sanción respecto a la declaración jurada de intereses de autoridades, servidores y candidatos a cargos públicos; el 20 de julio de 2021, se promulgó la Ley N.° 31288, por la que se tipificaron conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional, regulando a la vez, el ejercicio de la potestad sancionadora; el 16 de noviembre de 2021 se promulgó la Ley N.° 31358, por las que se establecieron medidas para la expansión del control concurrente; el 3 de julio de 2022, mediante Ley N.° 31506, se modificó el artículo 13 de la Ley N.° 31227, e efectos de viabilizar el oportuno cumplimiento de la obligación de la presentación de la declaración jurada de intereses de los candidatos a cargos públicos de elección popular; el 12 de agosto del 2022 se promulgó la Ley N.° 31559, por la que se creó el Registro para el Control de Contratos de Consultoría en el Estado; el 5 de julio de 2023, mediante Ley N.° 31812, se modificó la ley de Gobiernos regionales, así como la de Gobiernos locales, a efectos de asegurar el financiamiento de la labor fiscalizadora.

A este importante marco normativo, se le suma la reciente pretensión de la CGR, plasmada en el Proyecto de Ley N.° 7316/2023, de considerar a los contratistas, subcontratistas, proyectistas y supervisores, contratados para la ejecución de obras públicas, como funcionarios públicos por delegación en el ámbito de la entidad, a efectos de proceder a la determinación de responsabilidades; propuesta que ha sido rechazada desde distintos sectores de la sociedad civil y que significa un cambio cualitativo en el accionar del SNC-CGR.

En síntesis, desde el año 2018 el apoyo del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República al SNC-CGR ha sido constante. A pesar de los se-

guidos cambios presidenciales, de parlamento y crisis políticas la línea de trabajo se ha mantenido, así como el contralor general de la república.

En este contexto, habiendo sido dotado el sistema del presupuesto requerido, así como del marco legal también solicitado, procedió a incorporar personal y a mejorar su sistema administrativo.

5.2. Informes sobre el accionar del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República en el período 2018-2023

Entre los años 2018 al 2023, el órgano superior de control ejecutó servicios de control, los que comprendían sus diversas formas, como son control previo (secreto militar, adicionales de obra y supervisión, endeudamiento, APP y obras por impuestos); control simultáneo (control concurrente, orientación de oficio, visita de control); control posterior (auditoría de cumplimiento, auditoría financiera).

En este orden, y tomando como referencia el año 2018, ya que a partir de ese momento se empezó a fortalecer la CGR, tenemos que, hasta el 2023, se ejecutaron la siguientes acciones de control: en el 2018 se ejecutaron 20 337 servicios de control (Contraloría General de la República, 2018, p. 28); el 2019, fueron 25 139 (Contraloría General de la República, 2019, p. 36); para el año 2020, fueron 26 509 (Contraloría General de la República, 2020, p. 54); el 2021 la CGR reportó la ejecución de 35 806 (Contraloría General de la República, 2021a, p. 47); para el 2022 la cantidad de acciones de control ejecutadas se elevó a 42 734 (Contraloría General de la República, 2022, p. 51), finalmente, el año 2023, se ejecutaron 56 513 acciones de control (Contraloría General de la República, 2023c, p. 55). Los detalles de este accionar se encuentran en los distintos informes que hemos glosado, los que además brindan importante información complementaria.

La revisión de las cifras nos pone ante la constatación de que la CGR ha mantenido un incremento constante y significativo de las acciones de control en los tres niveles de gobierno, por lo que su presencia al lado de la gestión es incuestionable, por lo que corresponde determinar los resultados de su participación.

5.3. Las consecuencias del accionar de control

En principio, efectuar las acciones de control no constituye un resultado, sino el desarrollo y ampliación de la actividad. En este orden, si sumamos las acciones de control o servicios de control realizadas, tenemos que entre los años 2018 a 2023 tenemos que estas llegan a 20 038 en seis años,

teniendo un promedio anualizado de 34 506, cifra que demuestra trabajo por parte del SNC-CGR.

Año	Servicios de control	Fuente
2018	20 337	Informe de Gestión 2018, pág. 27
2019	25 139	Informe de Gestión 2019, pág. 35
2020	26 509	Informe de Gestión 2020, pág. 54
2021	35 806	Informe de Gestión, 2021, pág. 47
2022	42 734	Informe de Gestión 2022 pág. 51
2023	56 513	Informe de Gestión 2023, pág. 55
Total	207 038	

Estas acciones de control tuvieron, en cuanto a la determinación de responsabilidades, su correlato a nivel administrativo y judicial, tal como se puede apreciar en los informes citados.

En cuanto a la responsabilidad administrativa, debemos distinguir entre las propiamente administrativas y las que se trataron en el procedimiento administrativo sancionador (PAS), ya que este proceso estuvo en suspenso por varios años, pero además porque no todas las infracciones administrativas condujeron al PAS. Así, hacía fines del año 2018, se tenían 1949 sanciones administrativas vigentes a funcionarios y servidores públicos; para el 2019 ya se tenían 3110 sanciones administrativas vigentes; el año 2020 la cifra pasó a 6228, mientras que el 2021 fue de 6967; en el informe del año 2022 no se precisa esta cifra; pero en el del 2023 se indica que a diciembre de dicho año se tenían 5436 responsabilidades administrativas.

Las acciones judiciales siguieron un trámite similar. El informe de gestión del año 2018 indicaba que a diciembre de dicho año se habían iniciado 98 procesos judiciales, entre civiles y penales, estando involucrados 762 funcionarios, habiéndose obtenido 28 sentencias favorables y 31 condenas, siendo 15 efectivas y 16 suspendidas (Contraloría General de la República, 2018, pp. 54-55); el 2019 se iniciaron 111 acciones judiciales penales que involucraron a 755 funcionarios, y 31 procesos civiles que afectaron a 163 funcionarios, también se logró un total de 19 procesos favorables y uno desfavorable (Contraloría General de la República, 2019, pp. 94-95).

Los años 2020 y 2021 mantuvieron la misma tendencia. Para el año 2020 se determinaron 2662 funcionarios con responsabilidad penal y 2032 con civil (Contraloría General de la República, 2020, p. 61); el 2021 se tuvieron 2472 funcionarios con responsabilidad penal y 3299 con civil (Con-

traloría General de la República, 2021, p. 53); el año 2022, siempre según el informe de gestión, se establecieron 130 denuncias penales y 295 demandas civiles, que involucraron, en el primer caso, a 785 funcionarios, y a 1702, en el segundo; el 2023, se formularon denuncia penal contra 4030 funcionarios, y en materia civil a 3394.

Como se puede apreciar en el siguiente cuadro, las denuncias penales y demandas civiles han ido en constante aumento, lo que hace de la gestión pública un espacio sensible a actos de corrupción, pero también riesgosa para quienes quieran acceder a dicha actividad laboral y pudieran verse incursos por errores.

Funcionarios involucrados en denuncias o demandados

Año	Denuncia penal	Demanda civil
2018	El informe de gestión no discrimina entre una y otra	El informe de gestión no discrimina entre una y otra
2019	755	163
2020	2662	2032
2021	2472	3299
2022	785	1702
2023	4030	3394

La otra variable relevante está referida al impacto económico de estas acciones irregulares en la Administración pública. En el informe de gestión del año 2019 se estableció un perjuicio económico al Estado de S/ 792,738, 519; para el 2020, fue de S/ 513,104,228; el 2021 el perjuicio económico ascendió a S/ 2,281,000,000; el año 2022 ascendió a S/ 1,134,400,000, y el 2023, fue de S/ 3,832,800,000 millones de soles, tal como sintetizamos en el siguiente cuadro.

Perjuicio económico por años en millones de soles

Año	Monto del perjuicio económico
2019	792,738,519
2020	513,104,228
2021	2,281,000,000
2022	1,134,400,000
2023	3,832,800,000

En síntesis, el perjuicio económico al Estado, por actos de corrupción ha ido en constante aumento, al igual que las denuncias penales y las demandas civiles, además de las responsabilidades administrativas, situación

que se produce luego de que el SNC-CGR ha sido fortalecido económica e institucionalmente, pero, además, después del significativo incremento de las acciones de control.

5.4. La eficacia de la labor del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República

En un escenario como el descrito, el que con seguridad debe ser mucho más grave, cabe preguntarse si son suficientes los resultados materiales de las distintas acciones de control, donde, a pesar del amplio accionar del sistema en los tres niveles de gobierno, así como la emisión de informes y determinación de responsabilidades, se aprecia, de acuerdo con los propios informes, el incremento constante de las conductas y daños que se quieren evitar o atenuar. Lo que conduce a plantearse sí existe correspondencia entre el monto de dinero público invertido en el fortalecimiento del SNC-CGR y los resultados obtenidos hasta la fecha en la lucha contra la nueva amenaza al Estado, como es la corrupción en el sector público, a lo que se debe agregar el impacto negativo en la gestión pública.

6. EL IMPACTO DEL ACCIONAR DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL EN LA GESTIÓN PÚBLICA

En vía de absolución de las interrogantes que nos formuláramos en las líneas precedentes, y habiendo establecido el marco normativo y accionar de la CGR, corresponde determinar el impacto de este actuar.

En cuanto a la eficacia en la lucha contra la corrupción, de los resultados que se establecen en el rubro precedente podemos concluir en que estos no han sido del todo satisfactorios. La corrupción en el sector público no ha disminuido, con lo que uno de los fines de la propuesta contralora no viene dando los resultados esperados.

Pero no es el único problema. El SNC también debe contribuir a obtener una gestión más eficiente; es decir, con la amplitud de su accionar y la profusa promulgación de disposiciones vinculadas a la CGR, la Administración pública debe ser eficiente en la ejecución del gasto público, en particular en las contrataciones públicas. El reto es encontrar un factor que exteriorice si las normas de control tal como están planteadas coadyuvan a una gestión pública eficiente o no.

En vía de absolución, hemos recurrido a los informes que sobre contrataciones públicas han emitido distintos organismos del Estado, como el OSCE, el MEF y la CGR. Comencemos por el último, el *Análisis de la con-*

tratación pública en el Perú (2018-2022): una mirada desde el control gubernamental, elaborado por la CGR, en el que se puede encontrar algunos elementos que van configurando lo que esta institución denomina "una mirada distinta", y ello comienza en la introducción.

> Las contrataciones públicas implican el uso de recursos públicos (Constitución Política del Perú, artículo 76), y tal como se indica en el Sistema Nacional de Abastecimiento, se deben ejecutar bajo una gestión basada en resultados, así que debe ser de forma oportuna y en las mejores condiciones de precio y calidad, que permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (Decreto Legislativo N.° 1439) (Contraloría General de la República, 2023b, [p. 5]).

Este es el eje programático que se impuso en las contrataciones públicas desde la época del segundo gobierno del presidente Alan García, en el que se buscó privilegiar precio a calidad, recogiendo el espíritu de las derogadas normas técnicas de control de la CGR, a lo que luego se agregó gestión por resultados, después de lo cual surgía la primera contradicción, cómo se puede gestionar eficientemente adquiriendo productos baratos, pero, además, sembró en la práctica burocrática el definir por esta vía el proceso de contratación.

Tal como indicáramos, esta visión programática de las contrataciones públicas se originó en el segundo gobierno del presidente García (2006-2011), por lo que ha orientado las contrataciones de los 18 años, período en el cual la relación gasto público en contrataciones - gasto público y población, que constituye la materialización del interés general, se ha ido modificando, tal como lo refiere el informe citado.

AÑO	2018	2019	2020	2021	2022
Gasto público en contrataciones (S/ 2007)	42 042	42 020	40 007	42 258	45 281
Habitantes	31.6	32.1	32.6	33.0	33.4

Fuente: Elaboración propia con datos tomados de la Tabla N.º 4 (Contraloría General de la República, 2023b, [p. 29]).

En los últimos 5 años se ha mantenido el incremento en el gasto público en contrataciones, lo que ha ido de la mano con el aumento de la población. La interrogante que surge es determinar si lo presupuestado se llegó a gastar en su totalidad, o si el incremento tuvo su correlato en el número de requerimientos, para lo que recurrimos al informe citado.

NÚMERO DE REQUERIMIENTOS DE PROCESOS DE SELECCIÓN REGISTRADOS EN EL PLAN ANUAL DE CONTRATACIONES, PERIODO 2018-2022

Objeto contractual	2018	2019	2020	2021	2022	Total	%
Bien	242,906	241,756	184,050	156,905	169,727	995,344	82.1%
Servicio	26,773	27,965	32,716	25,760	30,268	143,482	11.9%
Obra	10,270	8,449	8,515	7,848	10,580	45,662	3.6%
Consultoría de obra	4,691	5,321	3,893	5,296	6,427	25,628	2.0%
Total general	284,640	283,461	229,174	195,809	217,057	1,212,114	100%
% En el periodo	**23.5%**	**23.4%**	**19.1%**	**16.2%**	**17.9%**	**100%**	

ELABORACIÓN: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control
FUENTE: Portal de datos abiertos del OSCE (Contraloría General de la República, 2023b, p. 31).

Un dato que fluye de inmediato es que el número de requerimientos, cuya formulación corresponde al área usuaria, ha disminuido constantemente, a pesar del incremento del presupuesto en este sector, situación problemática que se debe reflejar en la evolución de los distintos procedimientos de selección.

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN ESTABLECIDAS EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (LCE), PERIODO 2018-2022, MONTO EN MILLONES DE SOLES

Modalidad		2018	2019	2020	2021	2022	total en el período	% del total	Tasa de crecimiento promedio 2018-2022
Licitación pública	Proceso	2850	2835	2155	2578	2508	12 926	5%	-3.1%
	S/	S/ 13 890	S/ 11 230	S/ 9712	S/ 12 036	S/ 12 894	S/ 59 763	26%	-1.8%
Concurso público	Proceso	1901	2030	1642	2075	1961	9629	4%	1.0%
	S/	S/ 6759	S/ 7648	S/ 7153	S/ 6118	S/ 4260	S/ 31 938	14%	-10.9%
Adjudicación simplificada	Proceso	29 274	27 307	19 888	23 415	30 925	130 809	52%	1.4%
	S/	S/ 8232	S/ 8617	S/ 6580	S/ 7694	S/ 12 799	S/ 43 821	19%	11.7%
Subasta inversa electrónica	Proceso	3955	5054	4275	5686	6771	25 631	10%	14.4%
	S/	S/ 1733	S/ 1567	S/ 904	S/ 1746	S/ 1906	S/ 7846	3%	2.4%
Comparación de precios	Proceso	2506	3084	2823	3364	4377	16 154	6%	15.0%
	S/	S/ 129	S/ 162	S/ 150	S/ 185	S/ 256	S/ 882	0.4%	18.8%
Contratación directa	Proceso	2242	2811	9362	6350	4045	24 810	10%	15.9%
	S/	S/ 2676	S/ 2815	S/ 6786	S/ 5856	S/ 4727	S/ 22 860	10%	15.3%
Procedimientos especiales	Proceso	5163	6059	9355	6136	5855	32 568	13%	3.2%
	S/	S/ 13 307	S/ 9887	S/ 15 640	S/ 18 459	S/ 8339	S/ 65 633	28%	-11.0%
LCE-otros	Proceso	14	30	17	45	125	231	0.1%	70.9%
	S/	S/ 1	S/ 203	S/ 182	S/ 59	S/ 162	S/ 606	0.3%	15.9%
Total	**Procesos**	**47 905**	**49 210**	**49 517**	**49 539**	**56 587**	**252 758**	**100%**	**4.3%**
	MM S/	**S/ 46 726**	**S/ 42 020**	**S/ 47 108**	**S/ 52 153**	**S/ 45 343**	**S/ 233 350**	**100%**	**-0.7%**

■ Crecimiento □ Descenso

FUENTE: CONOSCE: Adjudicación 2018 a 2021 descargado 02/09/2022 y Adjudicación 2022 descargado 16/01/2023.
ELABORACIÓN: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción (Contraloría General de la República, 2023b, p. 33).

Los datos que se consignan en el cuadro nos permiten arribar a las siguientes conclusiones: en el último quinquenio se ha producido una contracción de los procedimientos de mayor significación económica, como son la licitación pública y concurso público; así como procedimientos especiales, que son los regulados por normas específicas. En la vía inversa se han incrementado las contrataciones directas, la comparación de precios, y la adjudicación simplificada ha tenido un crecimiento mínimo.

En síntesis, en la Administración pública se viene optando por procedimientos de contratación menos complejos. ¿Esta evolución es eficiente en el gasto público? ¿Si la mayor partición de la CGR se ha producido en estos años, como explicar el significativo incremento de las contrataciones directas y comparación de precios? Los cuadros que siguen nos permiten apreciar donde se agravan los problemas descritos, para lo que se hace la comparación entre lo que sucede a nivel de Gobierno nacional y Gobiernos regionales:

MODALIDADES DE SELECCIÓN POR GOBIERNO NACIONAL, PERIODO 2018-2022
(MONTO EN MILLONES DE SOLES)

Modalidad		2018	2019	2020	2021	2022	total en el período	% del total	Tasa de crecimiento promedio 2018-2022
Licitación pública	Proceso	837	940	598	681	545	3 601	5%	-10.2%
	S/	S/ 3678	S/ 3776	S/ 2548	S/ 2744	S/ 1951	S/ 14 696	17%	-14.7%
Concurso público	Proceso	928	1 003	742	957	708	4338	6%	-6.5%
	S/	S/ 3394	S/ 4186	S/ 4134	S/ 3275	S/ 1904	S/ 16 893	19%	-13.5%
Adjudicación simplificada	Proceso	7617	8121	5182	6021	6098	33 039	44%	-5.4%
	S/	S/ 1851	S/ 2353	S/ 1531	S/ 1948	S/ 2122	S/ 9805	11%	[illegible]
Subasta inversa electrónica	Proceso	603	651	568	777	749	3348	4%	[illegible]
	S/	S/ 933	S/ 499	S/ 163	S/ 561	S/ 280	S/ 2436	3%	-26.0%
Comparación de precios	Proceso	421	541	429	415	527	2333	3%	[illegible]
	S/	S/ 21	S/ 29	S/ 23	S/ 23	S/ 31	S/ 127	0.1%	[illegible]
Contratación directa	Proceso	1599	1739	3621	2978	2116	12 053	16%	[illegible]
	S/	S/ 1709	S/ 1742	S/ 4245	S/ 3264	S/ 2973	S/ 13 932	16%	[illegible]
Procedimientos especiales	Proceso	2198	3536	3040	3225	3958	15 957	21%	[illegible]
	S/	S/ 5316	S/ 5468	S/ 4518	S/ 11 400	S/ 3017	S/ 29718	34%	-13.2%
LCE-otros	Proceso	4	18	5	28	50	105	0.1%	[illegible]
	S/	S/ 0.1	S/ 201	S/ 90	S/ 55	S/ 91	S/ 437	0.5%	[illegible]
Total	**Procesos**	**14 207**	**16 549**	**14 185**	**15 082**	**14 751**	**74 774**	**100%**	**0.9%**
	MM S/	**S/ 16 902**	**S/ 18252**	**S/ 17 252**	**S/ 23 271**	**S/ 12 369**	**S/ 88 046**	**100%**	**-7.5%**

Crecimiento Descenso

FUENTE: CONOSCE: Adjudicación 2018 a 2021 descargado 02/09/2022 y Adjudicación 2022 descargado 16/01/2023.

ELABORACIÓN: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción (Contraloría General de la República, 2023b, p. 35).

PROCESOS DE SELECCIÓN POR GOBIERNO REGIONAL, PERIODO 2018-2022
(MONTO EN MILLONES DE SOLES)

Modalidad		2018	2019	2020	2021	2022	total en el período	% del total	Tasa de crecimiento promedio 2018-2022
Licitación pública	Nº	388	415	310	351	567	2031	5%	9.9%
	S/	S/ 2755	S/ 2344	S/ 2253	S/ 2500	S/ 4391	S/ 14 243	45%	12.4%
Concurso público	Nº	239	200	227	220	414	1300	2%	14.7%
	S/	S/ 322	S/ 253	S/ 311	S/ 307	S/ 593	S/ 1785	6%	16.5%
Adjudicación simplificada	Nº	5201	5067	3172	4041	6522	24 003	54%	5.8%
	S/	S/ 1547	S/ 1796	S/ 1050	S/ 1303	S/ 2623	S/ 8321	26%	14.1%
Subasta inversa electrónica	Nº	876	1169	848	1183	1525	5601	13%	14.9%
	S/	S/ 180	S/ 212	S/ 145	S/ 235	S/ 375	S/ 1148	4%	20.1%
Comparación de precios	Nº	840	974	801	982	1139	4736	11%	7.9%
	S/	S/ 43	S/ 51	S/ 42	S/ 53	S/ 66	S/ 256	1%	11.2%
Contratación directa	Nº	171	291	2634	1948	1104	6148	14%	59.1%
	S/	S/ 97	S/ 99	S/ 922	S/ 1055	S/ 669	S/ 2843	9%	62.1%
Procedimientos especiales	Nº	100	104	345	146	87	783	2%	-34%
	S/	S/ 417	S/ 769	S/ 623	S/ 704	S/ 767	S/ 3279	10%	16.6%
LCE-otros	Nº	2	3	6	4	48	63	0%	118.0%
	S/	S/ 0.1	S/ 0	S/ 1	S/ 1	S/ 5	S/ 7	0%	118.0%
Total	Nº	**7817**	**8223**	**8344**	**8875**	**11 406**	**44 665**	**100%**	**9.9%**
		S/ 5361	**S/ 5525**	**S/ 5348**	**S/ 6158**	**S/ 9490**	**S/ 31 882**	**100%**	**15.3%**

■ Crecimiento □ Descenso

FUENTE: CONOSCE: Adjudicación 2018 a 2021 descargado 02/09/2022 y Adjudicación 2022 descargado 16/01/2023.
ELABORACIÓN: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción (Contraloría General de la República, 2023b, p. 36).

En estos dos cuadros estadísticos consignados en el informe de la CGR, que son de naturaleza comparativa en relación con el reporte nacional, tenemos que a nivel de Gobierno Nacional es donde se produce la mayor incidencia de omisión de los procedimientos de licitación pública, concurso público, subasta inversa electrónica, adjudicación simplificada y procedimientos especiales.

7. EVOLUCIÓN DE LOS PROVEEDORES DEL ESTADO

Establecidos el monto de lo programado y ejecutado, así como el escenario de los procedimientos de contrataciones que ejecuta la Administración pública, en los que se ha podido apreciar el incremento de los más simples y la disminución de los complejos, corresponde determinar si el mercado de la contratación pública es atractivo para los proveedores sea que se trate de una persona natural o persona jurídica, siempre manteniendo el mismo plazo y utilizando la información de la CGR.

TIPO DE CONFORMACIÓN DE LOS PROVEEDORES CONTRATADOS SIN PROCESO, PERIODO 2018-2022

Año	Tipo de conformación			Proveedores en total
	Personería natural	Personería jurídica	No domiciliada en el país	
2018	649 768	183 100	-	832 868
2019	764 496	198 759	-	963 255
2020	714 245	174 632	-	888 877
2021	703 065	173 299	-	876 364
2022	772 712	187 791	362	960 865
Total	**1 510 654**	**148 913**	**362**	**1 659 929**

FUENTE: CONOSCE: SIAF ejecución de gastos para contratar bienes y servicios al 16 de enero de 2023.
ELABORACIÓN: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción - CGR (Contraloría General de la República, 2023b, p. 50).

Como se puede apreciar del cuadro precedente, el incremento de los proveedores no ha sido significativo en el marco de la Ley N.° 30225 y de la fuerte actividad de control, pero el monto adjudicado en el mismo período sí ha sido importante, aunque siempre teniendo presente que este se ha realizado en los procedimientos menos complejos. Así, se tiene que entre los años 2018 al 2022 se ejecutó un gasto efectivo respecto del 89 % del 100 % de los procesos programados.

PROCESOS ADJUDICADOS Y CON GASTO EN EL SIAF, PERIODO 2018-2022

Detalle	Cantidad de procesos	% del total
Procesos adjudicados que ejecutaron gasto	196 866	89%
Procesos adjudicados que no ejecutaron gasto	25 040	11%
Detalle	**221 906**	**100%**

FUENTE: SIAF ejecución de gastos para contratar bienes y servicios al 16 de enero de 2023.
ELABORACIÓN: Subgerencia del Observatorio Anticorrupción - CGR (Contraloría General de la República, 2023b, p. 53).

PARTE IV

LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo XIII

PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los principios del orden sustantivo. Principios del procedimiento sancionador. Concurso de infracciones. Continuación de infracciones

SUMARIO: 1. Los principios del derecho administrativo sancionador. – 1.1. Los principios en la doctrina. – 1.2. Principios de orden sustantivo. – 1.2.1. Principio de legalidad: la reserva legal y el mandato de tipificación. – 1.2.2. Proporcionalidad y razonabilidad. – 1.2.3. La presunción de inocencia. La prueba cumplida. – 1.2.4. Non bis in idem. – 1.2.5. La prescripción. – 1.2.6. La irretroactividad. – 2. Principios del procedimiento sancionador. – 2.1. Principio de debido procedimiento – 2.2. Derecho de defensa. – 2.3. Principio de conducta procedimental. – 2.4. Principio de separación orgánica entre fase instructora y fase sancionadora. – 3. Concurso de infracciones. – 4. Continuación de infracciones

Como proyección de la unicidad del poder, el Estado tiene una sola potestad sancionadora (*ius puniendi*), la que se divide en la penal y la administrativa, de ahí la articulación entre ambas, y también sus peculiares desarrollos, con lo que la sanción del delito y de la infracción administrativa devienen en "manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, la cual ha sido otorgada por medio del contrato social a este para la tutela de los bienes jurídicos" (Gómez Tomillo, Manuel; Sanz Rubiales, Iñigo, 2013, p. 90).

En este contexto, el DAS debe ser comprendido en el marco del surgimiento y consolidación del Estado, de la Administración pública moderna y del derecho penal, siendo este último quien inicialmente le informa en cuanto a su contenido, adquiriendo con el devenir y complejización de la Administración pública su propia especificidad, sin desconocer los nexos con el derecho penal (Nieto, 2000, p. 27), por cuanto, debido al mayor desarrollo de este, "toma en préstamo los instrumentos que le proporciona" (Nieto, 2000, p. 81).

La racionalización que el DAS procesó en la modernidad significó la formalización y conceptualización de este, integrándose en su evolución por una parte sustantiva (dogmática) y otra adjetiva o procedimental (procedimiento), y en su desenvolvimiento, a dos dimensiones: la primera vinculada al orden social; y la segunda, a su organización interna.

En la primera dimensión aparecen como actores, por un lado, la Administración pública, con su potestad reguladora y sancionadora; y por el otro, los administrados, investidos de garantías y derechos subjetivos públicos frente a la Administración, siendo este uno de los escenarios en que se desenvuelve el DAS y donde tutela el orden social general. En la segunda, la Administración tutela su organización y orden interno para lo que instrumentaliza la denominada potestad sancionadora de autoprotección, siendo esta la potestad doméstica, que tiene como objeto su propia protección "con efectos solo respecto de quienes están directamente en relación con su organización y funcionamiento y no contra los ciudadanos en abstracto" (Nieto, 2000)[151].

151 Se cita en este extremo a García de Enterría, 1976, pp. 399-430. Este artículo es relevante para el tema de la potestad sancionadora de autoprotección, siendo citado por diversos tratadistas

La aplicación de cada una de ellas estará en función de la afectación del bien jurídico que tutelan. Así, mientras que para el derecho penal prevalece la protección del normal funcionamiento de los órganos de gobierno, así como la "regularidad funcional del Estado", y en consecuencia el buen funcionamiento de la Administración pública; para el DAS serán imperativos el interés general, así como el evitar exponer a cualquier riesgo a estos intereses colectivos.

Desde esta última perspectiva, la del riesgo, se exige el cumplimiento de la norma que contiene "una orden (mandato o prohibición) acompañada de amenaza de una sanción "el disvalor de la conducta sancionable habría de ser [...] la producción de un riesgo", por lo que para este Derecho "la infracción de la norma constituye [...] la esencia de la infracción" (Nieto, 2000, pp. 33 y 185).

1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1.1. Los principios en la doctrina

En el citado artículo "El problema jurídico de las sanciones administrativas", García de Enterría establece, en la parte sustantiva, la distinción entre principios del DAS que tienen identidad con el derecho penal y aquellos que están referidos a la compatibilidad entre sanciones administrativas y penas judiciales, haciendo referencia también a los que orientan el procedimiento administrativo sancionador. Posteriormente, en el tomo II de su obra *Curso de derecho administrativo* se volvió a referir al tema, aunque con algunos matices.

Debido a que los distintos autores citados toman como referente la propuesta inicial de García de Enterría, asumiremos la pauta que establece como guía de la siguiente exposición en la que se distinguen los principios de orden sustantivo y procesal.

1.2. Principios de orden sustantivo

1.2.1. Principio de legalidad: la reserva legal y el mandato de tipificación

Este principio ha sido tratado precedentemente, encontrándose establecido como primer principio de la LPAG, incorporado como tal en la nue-

del tema. Para el presente trabajo hemos seguido la denominación planteada por García de Enterría sobre la autoprotección.

va normativa de contrataciones, y se refiere a la vinculación positiva de la Administración a la legalidad, por la cual solo puede hacer lo que se le está permitido por ley, y que involucra a la vez dos garantías, la de la reserva legal y el del mandato de tipificación (Nieto, 2000, p. 199).

En el ámbito sancionador, el principio de legalidad tiene una doble vertiente: "Por una parte, no hay infracción ni sanción administrativas posibles sin Ley que las determine, de una manera previa; en segundo término, esa previsión legal, que tiene aquí además el carácter propio de la legalidad administrativa [...] la atribución a la Administración de potestad para sancionar tiene que realizarse [...] a través de la Ley formal" (García de Enterría, 1976).

Además de la denominación de principio de legalidad, se tiene: el principio del injusto típico, principio de tipicidad, donde distingue entre la tipicidad de faltas disciplinarias de las que se refieren al orden público; el principio *nulla poena sine culpa*, referido a la "concurrencia del dolo o culpa en el autor de la infracción como un requisito del reproche sancionatorio", excluyendo la responsabilidad objetiva; y el principio de prescripción.

La reserva legal implica:

> [...] algunas materias no pueden ser reguladas libremente por la Administración, sino que han de ser reguladas directamente por la Ley, ya sea de modo exclusivo o con permisión de la colaboración de la Administración a través de reglamentos, pero en este caso con sujeción y sometimiento al contenido material sustantivo que la Ley debe contener en todo caso. Si no se permite por la Ley colaboración reglamentaria alguna, nos encontramos ante una reserva de Ley absoluta, mientras que si se permite la colaboración reglamentaria, con sujeción en todo caso a la Ley, nos encontramos ante una reserva de ley relativa (Fuentes Bardaj, 2005, p. 126).

Sobre este mismo tema, y en términos similares, trata Alejandro Nieto la reserva de la ley en su relación con el reglamento, indicando que la reserva puede funcionar de dos formas diferentes: en primer término, donde "la Ley regula por sí misma toda la materia reservada", forma consistente con la propuesta auroral del liberalismo democrático, pero inviable en la realidad por cuanto no se puede pretender que la ley regule todos las conductas a sancionar, situación que conduce a la segunda variante, donde la ley no regula exhaustivamente la materia, "sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite al reglamento, al que invita (u ordena) a colaborar en la normación". Así, se tiene que la reserva legal se desarrolla en dos fases: "primero por ley, con un desarrollo parcial y una remisión; y luego, por el re-

glamento remitido, que completa el régimen parcial de la ley y desarrolla su contenido de acuerdo con sus instrucciones expresas" (Nieto, 2000, p. 260).

a) El Tribunal Constitucional, el TCP y el principio de legalidad

Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú ha ido precisando, mediante diversas sentencias, las distintas dimensiones que componen lo que constituye el principio de legalidad en el ámbito sancionador. Así tenemos que este principio "constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: 'Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley'" (Expediente N.° 00197-2010-PA/TC).

En cuanto a su alcance en materia sancionadora, precisa lo siguiente:

> [...] impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si esta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (cfr. STC Exp. N.° 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*) (Expediente N.° 00197-2010-PA/TC).

No puede existir falta, ni sanción si una ley previa o la ley cierta (reserva legal) que tipifique la conducta reprochable, disposición con la cual se limita la arbitrariedad de la Administración y se brinda seguridad jurídica a los administrados. Por lo tanto, si la conducta reprochada (falta) no se encuentra previamente tipificada esta no existe, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 013/2004-TC-S1[152]. Asimismo, tenemos que en la Resolución N.° 016-2006-TC-SU, el TCP, invocando el artículo 230 de la LPAG vigente en aquel entonces, y refiriéndose a las sanciones que se debían aplicar al administrado, precisó que "no todos los preceptos legales imponen una sanción administrativa ante el incumplimiento de deberes de conductas personales, sino que a fin de

152 En esta resolución el Tribunal estableció que no corresponde sancionar al postor cuando su conducta no se encuentra contemplada como supuesto de aplicación de sanción.

limitar la discrecionalidad de la entidad en materia sancionadora, se requiere previamente determinar y definir los supuestos de hecho sancionables que permitan al administrado prever las acciones administrativas que puedan efectuarse en su contra" (Resolución N.° 016-2006-TC-SU; N.° 1503-2010-TC-S2).

b) La responsabilidad objetiva, la culpa y la causalidad

En el ámbito administrativo sancionador, la exigencia de la ley cierta ha llevado a considerar que ante la constatación de la comisión de una falta previamente tipificada, lo que corresponde es la aplicación de la sanción correspondiente, obviando con ello la discusión de la culpa y privilegiando la responsabilidad objetiva, donde para la configuración de la infracción "basta medir la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores como la intencionalidad, diligencia debida o el daño causado, los cuales podrán entrar a tallar únicamente al momento de graduar la sanción" (Resolución N.° 1438-2007-TC-S3).

El DAS es el escenario de la responsabilidad. Para la afirmación de la responsabilidad, "es imprescindible que pueda imputarse el hecho constitutivo de infracción a una persona (principio de personalidad), así como que su conducta pueda ser calificada de culpable (principio de culpabilidad)" (Fuentes Bardaj, 2005, p. 173).

Pero, ¿cómo se define la culpabilidad? En doctrina se entiende por esta como "la capacidad de obrar de otro modo, es decir, en la capacidad de adoptar una resolución de voluntad diferente, acorde con las exigencias del ordenamiento jurídico" (Fuentes Bardaj, 2005, p. 176), criterio general que se modula cuando se desenvuelve en el DAS donde se considerarían aspectos como la diligencia debida, la buena fe y el riesgo.

En este orden de ideas, para la aplicación de la sanción se requiere, además de la ley cierta y de la tipificación, la imputación. A alguien se le debe imputar la comisión de una conducta reprochable o antijurídica. Pero aquí entra en discusión si es suficiente con la subsunción (responsabilidad objetiva) o se requiere evaluar la subjetividad (la culpa). Al respecto, tenemos que, en la Resolución N.° 397-2012-TC-S2, el TCP estableció que "imputar una responsabilidad al administrado es algo más que hacer calzar los hechos en los tipos previstos en la ley sin hacer valoración adicional, concepto que guarda relación con la conexión existente entre el principio de causalidad y el principio de culpabilidad del infractor, es

decir que la sanción solo puede sustentarse en la comprobación de la responsabilidad subjetiva del agente infractor" (Resolución N.° 397-2012-TC-S2).

En esta línea, el principio de culpabilidad es un principio que forma parte de uno más amplio, como es el de legalidad, y constituye un nuevo límite a la potestad punitiva del Estado (el primero fue el de la ley cierta) y una garantía para las personas. Sobre el particular tenemos que el Tribunal Constitucional ha interpretado que dicho principio no se limita al ámbito penal, sino que es de naturaleza constitucional implícita[153], es decir, considera que existen normas constitucionales que "pueden encontrarse dentro de la razón de ser o de la finalidad de las normas existentes en el derecho positivo, pero que no han sido escritas literalmente dentro de ellas" (Rubio Correa, 2008).

Vinculado a estos principios se encuentra el principio de causalidad, que significa que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Así, se indica lo siguiente:

> [...] resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto [...] es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado. No puede sancionarse a quien no realiza conducta sancionable, pues en el ámbito administrativo no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que esta conducta sea prevista como falta propia. Del mismo modo, la Administración no puede imputar a su arbitrio responsabilidades solidarias o subsidiarias, sino cuando la ley expresamente lo ha previsto (Morón Urbina, 2011, p. 728).

1.2.2. Proporcionalidad y razonabilidad

Por este principio se establece que debe existir "un equilibrio entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, una correspondencia entre la gravedad de una conducta y la consecuencia punitiva que se le atribuye" (Fuentes Bardaj, 2005, p. 245).

153 Rubio Correa (2008, p. 88) señala: "Una interpretación que considera que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que como exigencia de la cláusula del Estado de derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado [...]".

Sobre este tema tenemos que en la STC Exp. N.° 2192-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional precisó que este principio es esencial en un estado de derecho, siendo que en el caso peruano se encuentra establecido en los artículos 3, 43 y 200 de la Constitución Política, agregando:

> [...] que si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida en que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (STC Expediente N.° 2192-2004-AA/TC).

Luego de establecer la articulación entre razonabilidad y proporcionalidad, avanza hacia el ámbito administrativo, precisando que es en ella:

> [...] donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (STC Expediente N.° 2192-2004-AA/TC).

1.2.3. La presunción de inocencia. La prueba cumplida

García de Enterría, en el texto citado, se refiere al principio de la prueba cumplida, de rango constitucional, de alcance sustantivo y procesal, por el cual "solo sobre la base de pruebas cumplidas, cuya aportación es carga de quien acusa (aquí la propia Administración, en su fase instructoria), podrá alguien ser sancionado" (García de Enterría y Fernández, 2001a, p. 178).

1.2.4. *Non bis in idem*

La aplicación de este principio implica la concurrencia de tres identidades: de sujeto infractor, de hecho y de fundamento, y supone que nadie pue-

de ser condenado dos veces por un mismo hecho (Nieto, 2000, p. 398). Así, no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento; prohibición que se extiende a las sanciones administrativas.

La aplicación del referido principio exige la existencia de tres presupuestos:

Identidad subjetiva
Referido a la coincidencia en la figura del administrado en ambos procedimientos

Identidad objetiva
Respecto a la coincidencia de los hechos constitutivos de la infracción

Identidad causal o de fundamento
Referido a la identidad entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras

1.2.5. La prescripción

Constituye una de las causas de extinción de la responsabilidad por el transcurso del tiempo.

1.2.6. La irretroactividad

En atención a este principio son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Al respecto, en la STC Exp. N.° 0002-2006-PI/TC, se hace referencia a este principio indicando, como premisa general, que en nuestro ordenamiento jurídico existen límites, tanto constitucionales como legales, para la aplicación de las normas, citando para tal efecto los artículos 103 y 109 de la Constitución, en los que textualmente se precisa, respectivamente, lo siguiente:

> La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.
>
> La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte (STC Expediente N.° 0002-2006-PI/TC).

La sentencia concluye que, a tenor de la normativa constitucional expuesta, y en el contexto de la aplicación de la norma, es posible inferir que, como regla, las normas rigen a partir del momento de su entrada en vigencia y carecen de efectos retroactivos. Si bien esta regla resulta bastante clara, es innegable que al momento de su aplicación podrían generarse ciertos conflictos; por ejemplo, cuando una nueva norma entra a regular una relación o situación jurídica, derogando la norma reguladora anterior, suele suceder que durante cierto periodo se produce una superposición parcial entre la antigua y la nueva norma. Es decir, la nueva norma podría desplegar cierto grado de efectos retroactivos y, a su vez, la norma derogada podría surtir efectos ultraactivos.

A fin de resolver este problema, la doctrina plantea dos posibles soluciones radicalmente diferentes: la teoría de los hechos cumplidos y la teoría de los derechos adquiridos (denominadas también teoría del efecto inmediato y teoría de la ultractividad o de la supervivencia de la ley antigua, respectivamente), respecto de las cuales el Tribunal Constitucional ha manifestado que "nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes" (STC N.° 0606-2004-AA/TC, f. j. 2). Por tanto, para aplicar una norma tributaria en el tiempo debe considerarse la teoría de los hechos cumplidos y, consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas.

2. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Algunos de los principios considerados en la parte sustantiva se desenvuelven en el procedimiento sancionador, como son, entre otros, el de presunción de inocencia y el de prescripción, a los que se pueden agregar los siguientes:

2.1. Principio de debido procedimiento

El principio general del procedimiento sancionador es que la sanción debe ir precedida "*ad solemnitatem* de un procedimiento *ad hoc*"; procedimiento ordinario que debe comprender una "fase de instrucción y otra de resolución". Pero, además, este principio comprende el debido proceso, el derecho a la defensa, el de ser informado de la acusación, el de un proceso público, el de presunción de inocencia y la carga de la prueba a quien imputa al formular alegaciones, y por él las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

En relación con el debido proceso, tenemos que en la STC Exp. N.° 3075-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que este:

> [...] es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, [...] las dimensiones del debido proceso no solo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etc.), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas (STC Expediente N.° 3075-20016-PA/TC).

2.2. Derecho de defensa

Comprende, entre otros derechos y garantías: el derecho a ser notificado y participar del procedimiento sancionador a través de la presentación de escritos, descargos, recursos, pruebas, así como ser asesorado por abogado.

Sobre este principio, en la STC Exp. N.° 5514-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció:

> El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo dere-

> cho de defensa. Se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa (STC Expediente N.° 5514-2005-PA/TC).

Criterio reiterado en diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, debiéndose constituirse en el norte del actuar de los tribunales administrativos.

2.3. Principio de conducta procedimental

Comprende la buena fe procesal que deben mantener las partes en tanto dure el procedimiento sancionador, lo que resulta aplicable tanto para las autoridades, el administrado, los abogados y los auditores[154].

2.4. Principio de separación orgánica entre fase instructora y fase sancionadora

Este principio constituye una garantía para quien va a ser sometido al procedimiento administrativo sancionador y constituye a la vez una limitación al accionar discrecional de la Administración: quien instruye no sanciona, lo que implica no solo la separación del procedimiento, sino la posibilidad de una valoración diferente de lo actuado (Fuentes Bardaj, p. 324).

3. CONCURSO DE INFRACCIONES

Este principio significa que cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

Sobre esta situación, el artículo 367 del RLGCP establece que, en caso de incurrir en más de una infracción en un mismo procedimiento de selección, convocado como ítem único por relación de ítems o ítem paquete, y/o en la ejecución de un mismo contrato, se aplica la sanción que resulte mayor. En el caso que concurran infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación.

4. CONTINUACIÓN DE INFRACCIONES

El concepto de infracción continuada "presupone una pluralidad de acciones, constitutivas cada una de ellas de otras tantas infracciones, pero

154 Los auditores tienen, además, un Código de Ética.

que en función de un propósito infractor unitario o bien de una unidad objetiva en cuanto a las formas y circunstancias de la comisión, reciben un tratamiento unitario como si constituyesen un solo ilícito" (Fuentes Bardaj, 2005, p. 266).

Para la aplicación de este principio se han establecido algunos presupuestos necesarios, como son identidad subjetiva activa, identidad subjetiva pasiva, pluralidad fáctica, proximidad temporal e identidad en los preceptos administrativos lesionados.

Capítulo XIV

LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

La potestad sancionadora disciplinaria y funcional. Diferencias. El riesgo. La tipicidad y el conflicto de intereses

SUMARIO: 1. La responsabilidad. – 2. La potestad sancionadora disciplinaria y funcional. – 3. La responsabilidad funcional. – 4. Diferencias entre la potestad administrativa disciplinaria y funcional. – 5. La responsabilidad funcional en la LGCP. – 5.1. El riesgo. – 6. La tipicidad de la falta y el conflicto de intereses en la LGCP.

En el proceso de articulación y de toma de decisiones al interior de cada uno de los distintos órganos, los funcionarios y servidores públicos ejercen su actividad de acuerdo con lo dispuesto en los documentos de gestión, teniendo en cuenta que cada uno tiene deberes y derechos determinados, así como responsabilidades que pueden emerger de la omisión de alguna de sus obligaciones.

En este contexto se asume que el deber básico de todo funcionario y servidor público es cumplir diligentemente la función o empleo que se le ha encomendado, por lo que debe dedicarse al cargo y cumplirlo en forma eficiente, manteniendo una conducta asentada en la ética pública; actuar en contrario significa incurrir en falta, lo que, según la gravedad e implicancias, pueden ser de índole administrativo y/o hasta penal.

1. LA RESPONSABILIDAD

La responsabilidad —que en términos generales significa estar obligado, y cuyo incumplimiento (de la obligación) constituye el presupuesto fundamental para la existencia y efectos jurídicos de la potestad sancionadora del Estado— es el factor de coacción de las obligaciones establecidas para los órganos, funcionarios y servidores públicos del nivel directivo y ejecutor. Así, en el nivel procedimental los distintos funcionarios y servidores públicos pueden, por comisión u omisión, verse involucrados en algún tipo de responsabilidad funcional.

Quienes trabajan en la Administración pública asumen un conjunto de deberes, los que le generan la obligación de cumplimiento, siendo que en caso de incumplimiento opera inmediatamente la responsabilidad. En este sentido la responsabilidad se genera por incumplimiento de las obligaciones legalmente establecidas, con lo que se le otorga un significado ético al derecho disciplinario, por cuanto su objetivo primordial "es la salvaguarda del prestigio y dignidad corporativa y la garantía de la normal actuación de los funcionarios en la doble vertiente del eficiente funcionamiento del servicio que les está encomendado y que su actividad como tal se desarrolle en el marco que le fija la Ley" (García Gómez de Mercado, 2002).

La responsabilidad derivada de la comisión u omisión de los deberes impuestos por la norma objetiva a los funcionarios y servidores públicos se exteriorizan en los actos de gestión y en los actos administrativos, en el que se presentan, a nivel administrativo, la responsabilidad administrativa, la civil y penal. La primera, la administrativa, se produce por infracción de una obligación administrativa, lo que se vincula al desempeño deficiente o negligente por parte del funcionario o servidor público; la responsabilidad civil se origina cuando el funcionario o servidor público produce un daño o perjuicio económico a la entidad; la responsabilidad penal sucede cuando el funcionario o servidor público incurre en una conducta tipificada como falta o delito en el Código Penal, la responsabilidad es consecuencia del delito.

Entre la responsabilidad administrativa y penal existe una fina línea de separación, distinguiéndose entre ambas por la concurrencia del dolo, la relevancia de las infracciones y en función de lo que determinen las normas y reglamentos, criterios que en algunos casos son obviados por los auditores, quienes prontamente establecen la presunción de comisión de delito.

En el ámbito de las contrataciones públicas el tema es por demás relevante, por cuanto estas son consideradas por el Sistema Nacional de Control como una de las áreas críticas de la gestión pública, que se ve afectada por los mayores casos de corrupción; pero, además, porque estas tienen la peculiaridad de involucrar en la probable determinación de responsabilidades tanto a los funcionarios y servidores públicos de menor jerarquía, como a la autoridad administrativa de mayor jerarquía y al titular de la entidad; de ahí la necesidad de que el titular cuente con una asesoría eficiente.

2. LA POTESTAD SANCIONADORA DISCIPLINARIA Y FUNCIONAL

La singularidad de la potestad sancionadora viene dada por su articulación con lo público, por cuanto también puede desenvolverse en el ámbito privado.

¿Qué protege o tutela? El funcionamiento eficiente de la organización administrativa estatal. ¿Con qué finalidad? La de garantizar la atención oportuna y eficiente del interés general. Por lo tanto, la protección de los intereses organizativos internos y la atención del interés general son dos aspectos de un mismo problema: el del funcionamiento eficiente de la Administración pública en general, para lo que se requiere que sus integrantes actúen con disciplina.

El Estado es uno solo y se desenvuelve en distintas administraciones (entidades), las que han incorporado como parte de su estructura orgánica a las

áreas especializadas encargadas del control de la gestión. Podemos concluir que, coincidentemente con la realidad, la determinación de la responsabilidad puede producirse como consecuencia de la detección de la omisión o incumplimiento del deber a partir de la propia gestión; o como producto de una acción de control efectuada por alguno de los órganos especializados que se encuentran integrados a la Administración pública en general.

El primero dará origen a la conocida y reconocida potestad sancionadora disciplinaria, mientras que el segundo generará la potestad sancionadora funcional; estando ambas dentro de la potestad sancionadora de autoprotección; siendo este, aparentemente, el parecer del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República.

¿Qué es la disciplina? Jurídicamente se la define como la "relación intersubjetiva entre quien pretende la observancia de una regla y quien viene obligado a respetarla", por lo que constituye el "conjunto de reglas a las que debe conformarse la conducta de un individuo en las relaciones con otros individuos. Desde esta perspectiva existen dos tipos de situaciones, una situación jurídica activa, el poder disciplinario, y otra situación jurídica pasiva, la sujeción o responsabilidad disciplinaria" (Marina Jalvo, 2006, p. 27).

3. LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL

Los textos revisados no se refieren a esta posibilidad, ya que estos solo abordan el tema de la potestad sancionadora disciplinaria como parte de la gestión de la Administración pública, pero no la articulan al control.

Pero ¿qué es la responsabilidad funcional para el Sistema Nacional de Control? A efectos de delimitar el concepto dentro del marco del Sistema Nacional de Control recurrimos al Glosario de Términos de la Ley N.° 27785, la que establece que responsabilidad administrativa funcional, agregando las definiciones por responsabilidad civil y responsabilidad pena. Así, la responsabilidad funcional sería:

> [...] aquella en la que incurren los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, se encuentre vigente o extinguido el vínculo laboral o contractual al momento de su identificación durante el desarrollo de la acción de control.
>
> Incurren también en responsabilidad administrativa funcional los servidores y funcionarios públicos que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente, para cuya configuración se requiere la existencia,

previa a la asunción de la función pública que corresponda o durante el desempeño de esta, de mecanismos objetivos o indicadores de medición de eficiencia.

Sobre el particular, tenemos que, en el Acuerdo Plenario N.° 01-2013-CG/TSRA, el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR, analizando la aplicación del principio *non bis in idem* a los casos de concurrencia de un proceso disciplinario iniciado por entidades de la Administración pública[155] en ejercicio del poder disciplinario como Estado empleador y de un procedimiento administrativo sancionador iniciado por la CGR, estableció la distinción entre el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional y el procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria.

A efectos de sustentar la distinción planteada, el acuerdo comenzaba estableciendo la diferencia entre el poder disciplinario del Estado empleador y la potestad sancionadora de la CGR. En el primer caso, analizaba el contrato de trabajo, el que al implicar una relación de subordinación conllevaba por parte del empleador "al ejercicio del poder de dirección" que emanaba del poder jerárquico que ostentaba el Estado y que le permitía realizar "una serie de actividades necesarias para el normal funcionamiento de la entidad", mientras que para el trabajador significaba el deber de obedecer. La consecuencia de la relación expuesta era que el Estado tenía además del poder de dirección, el poder disciplinario, siendo esta consecuencia del anterior.

155 Para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se entiende como entidad pública tipo A aquella organización que cuente con personería jurídica de derecho público, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto, se encuentran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Asimismo, y solo a efectos del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, se considera como entidad pública tipo B a aquellos órganos desconcentrados, proyectos, programas o unidades ejecutoras conforme a la Ley N.° 28411 de una entidad pública tipo A, que, conforme a su manual de operaciones o documento equivalente, cumplan los siguientes criterios:

a) Tener competencia para contratar, sancionar y despedir.
b) Contar con una oficina de recursos humanos o la que haga sus veces, un titular, entendiéndose como la máxima autoridad administrativa y/o una alta dirección o la que haga sus veces.
c) Contar con resolución del titular de la entidad pública a la que pertenece definiéndola como entidad Tipo B.

Cuando en el presente Reglamento se haga mención expresa a entidades, se entenderá indistintamente a las entidades públicas tipo A o tipo B, salvo que se haga mención expresa a alguna de ellas.

Esta definición se aplica exclusivamente para el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos y no tiene implicancias para aspectos de estructura y organización del Estado ni para otros sistemas administrativos o funcionales.

Por lo tanto, el poder disciplinario implicaba que el Estado podía iniciar procedimientos sancionadores para "determinar y aplicar las medidas disciplinarias que correspondan en razón de la inconducta del trabajador", donde la razón de la sanción era "castigar la transgresión, en ejercicio de sus funciones, de determinadas disposiciones que rigen el correcto desempeño de las actividades que realizan los trabajadores que prestan servicios para el Estado como empleador".

En el segundo caso analizaba la potestad sancionadora de la CGR. Sobre este tema se indicaba que esta emanaba de la potestad constitucional de supervisión de los bienes jurídicos establecidos en el artículo 82 de la Constitución Política de 1993[156], competencia que se plasmaba en la Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, entre los que se encontraba la potestad sancionadora, siendo esta facultad sancionadora "en materia de responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control", y que estaba referida a las infracciones graves o muy graves. Así, la potestad sancionadora de la CGR por responsabilidad administrativa funcional se originaba en "las funciones y atribuciones constitucionales y legales", que tenía respecto de la cautela del interés público en el funcionamiento de la Administración pública, "en estricta observancia a los parámetros que impone el Principio de la Buena Administración"[157], establecido en los artículos 39 y 82 de la Constitución Política[158] "en pos de una actuación de los funcionarios y servidores públicos que se traduzca en un adecuado servicio a los ciudadanos".

156 Artículo 82.- *La Contraloría General de la República*
La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

157 En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de la buena administración se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 39 de la Constitución Política, cuando señala que "los órganos, funcionarios y trabajadores públicos están al servicios de la Nación", y supone, por un lado, la facultad de la ciudadanía de exigir a la administración determinado comportamiento en tutela de sus intereses y, por otro, el deber de la administración de actuar en resguardo de dichos intereses públicos; deber que, en el marco del control gubernamental y de conformidad con el artículo 82 de la Constitución Política, es fiscalizado por la CGR en cuanto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos por parte de la Administración Pública.

158 Artículo 39.- *Funcionarios y trabajadores públicos*
Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal

El acuerdo establece la inexistencia de identidad de fundamento entre ambos tipos de responsabilidades, a pesar de que ambas se producen dentro de la Administración pública y que les une la finalidad de tutelar el interés público o interés general, precisando las características del procedimiento sancionador de cada una de ellas en el siguiente cuadro.

4. DIFERENCIAS ENTRE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA Y FUNCIONAL

DIFERENCIAS ENTRE LA POTESTAD ADMINISTRATIVA DISCIPLINARIA Y FUNCIONAL

	Procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa disciplinaria	**Procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional**
Autoridad competente	Titular de cada entidad Segunda instancia: Tribunal de Servir	CGR Primera instancia: órgano instructor Segunda instancia: órgano sancionador
Sujeto del procedimiento	Servidor o funcionario público que mantiene una relación de subordinación con la entidad en la cual ejerce sus funciones.	Servidor o funcionario público que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene el vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza.
Tipificación	Faltas disciplinarias desarrolladas generalmente de manera abierta.	Conducta infractora desarrollada en forma descriptiva, exhaustiva.
Finalidad de la sanción	Castigar el incumplimiento de funciones que respecto de una determinada actividad constituye falta en la prestación del servicio a favor del empleador.	Castigar hechos que configuren responsabilidad administrativa funcional por la comisión de las conductas tipificadas como infracciones en la Ley N.º 27785, modificada por la Ley N.º 29622 y su Reglamento.
Finalidad de la potestad	Asegurar que las actividades que desarrolla en el marco de sus funciones se ejerzan en cumplimiento de la normativa aplicable, sin perjuicio del poder público de tutela del interés general.	Tutelar el interés público respecto a la correcta gestión y uso de los recursos públicos —en estricta observancia a los parámetros que impone el principio de la buena administración— frente a conductas que privilegian intereses distintos de aquel.

Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.

5. LA RESPONSABILIDAD FUNCIONAL EN LA LGCP

Las contrataciones estatales constituyen un ámbito de la gestión pública que se caracteriza por su profusa legislación. No solo están reguladas por la norma especial, sino, también, por los acuerdos y precedentes vinculantes emitidos por el TCP, los pronunciamientos, los reglamentos, directivas y hasta comunicados, regulación a la que se le debe agregar la Ley Anual de Presupuesto General de la República, la Ley General de Presupuesto, las directivas de Tesorería, los acuerdos del FONAFE, las directivas presupuestarias municipales, las directivas que al respecto emite la CGR, las normas del Sistema Nacional de Abastecimiento, debiéndose considerar además la dinámica modificativa que afecta a la normativa.

En este escenario de profusión y dinámica normativa, de regulación directa e indirecta por parte de normas de diversa índole y jerarquía, las posibilidades de incurrir en responsabilidad por incumplimiento de la legalidad se amplían en extremo, correspondiendo al Sistema Nacional de Control, a través de sus distintos procedimientos de control, verificar el cumplimiento de dicha legalidad.

Pero si se trata de cuidar el cumplimiento de la normativa en la ejecución de los distintos procedimientos de selección y ejecución de contratos, así como de establecer infracciones cuando corresponda, ¿cuáles son las infracciones en tan complejo escenario normativo?; ¿cómo se configuran?; ¿qué garantías tienen los funcionarios respecto de quien tiene a su cargo la determinación de la infracción y la tipificación de la falta?

El contexto descrito se complejiza cuando constatamos que en la Administración pública existen y coexisten distintos regímenes laborales. Así, si nos detenemos en los distintos regímenes que regulan la actividad del personal en la Administración pública, podemos hallar los siguientes vínculos contractuales: los regulados por el Decreto Legislativo N.° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público; por el Decreto Legislativo N.° 728, régimen privado; y por el Decreto Legislativo N.° 1057, que regula los contratos administrativos de servicios, los que paulatinamente se irán incorporando al régimen de la Ley N.° 30057, Ley del Servicio Civil. Además de estos tenemos a los funcionarios designados, los elegidos por voto popular, los contratados por servicios de terceros, los contratados en el marco de la Ley N.° 29806, Ley que regula la Contratación de Personal Altamente Calificado en el Sector Público y que son remunerados con el Fondo de Asistencia Gerencial (FAG), pudiendo todos ellos incurrir en responsabilidad.

5.1. El riesgo

El riesgo es un tema que hemos tratado cuando abordamos las normas de control, siendo que en el presente capítulo lo haremos desde la perspectiva de la responsabilidad.

En relación con el riesgo, podemos encontrar perspectivas analíticas desde la vertiente del derecho civil, del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, teniendo en todos un rol preponderante en la determinación de la responsabilidad.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, la Administración pública es, en general, una actividad por riesgo[159], debido a que por la peculiaridad de la gestión es muy probable que se cause algún daño. A partir de esta posibilidad, que descansa en la teoría de la responsabilidad objetiva, se asume que es factible determinar la responsabilidad a partir del riesgo[160]. Por otra parte, en el ámbito penal, se plantea la relación entre riesgo e imputación objetiva (Jakobs, 2001), donde se asume que cualquier contacto social es capaz de generar un riesgo, siendo imposible la existencia de una sociedad sin él, constituyendo esta situación el riesgo permitido, el que ha de ser "irremediablemente tolerado".

En el derecho administrativo sancionador el riesgo constituye, conjuntamente con la diligencia debida y la buena fe, una de las particularidades de la culpabilidad (Nieto, 2000, p. 347) y el sustrato de la responsabilidad (Nieto, 2000, p. 37). Se entiende así que el riesgo es el núcleo del derecho administrativo sancionador en una sociedad que se complejiza aceleradamente, y que, consecuentemente, se va configurando en una "sociedad de riesgo" donde "el Estado se ve en la necesidad de aumentar correlativamente las normas de prevención de riesgos" (Nieto, 2000, p. 38), a fin de garantizar la coexistencia armónica. En este contexto, el riesgo permitido es aquel que se encuentra predeterminado en una norma, no dependiendo de la realización de la acción, "sino de las circunstancias que rodean la puesta en marcha de tal actividad" (Nieto, 2000, p. 353), la que involucra a la relación Administración-administrado, así como a la que se establece al interior de la propia Administración, como es el tema que nos concita.

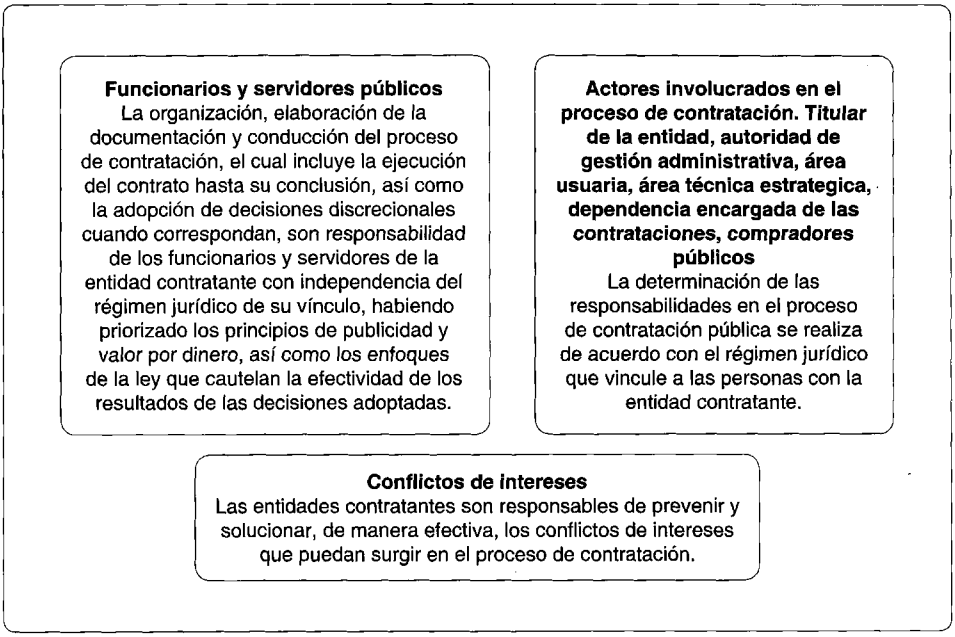
159 De Trazegnies (1995, p. 48) menciona que este criterio emerge de la responsabilidad objetiva donde "solo se atiende a los hechos del caso (al nexo causal) [...] demostrado el daño, el causante queda obligado a repararlo", apreciación a la que posteriormente se le agregó la noción de riesgo.

160 A esta teoría después se le agregará el criterio de la distribución social del riesgo (ej., el SOAT).

Por otro lado, en la Guía de Auditoría de Procesos de Selección se define al riesgo como una "incertidumbre acerca de ocurrencia de ciertos eventos y sus resultados que podrían tener un efecto significativo sobre la ejecución y marcha del proceso o sobre su resultado final. Un riesgo dejará de serlo en el momento en que se presente ya que en ese momento pasará a ser un hecho [...]" (Contraloría General de la República, 2025, [p. 104]), con lo que el riesgo termina siendo el daño potencial, un probable hallazgo de auditoría, una posible imputación, deviniendo en relevante para la delimitación de la tipificación de la falta en el momento en que se materializa.

6. LA TIPICIDAD DE LA FALTA Y EL CONFLICTO DE INTERESES EN LA LGCP

En el marco de lo establecido en la LGCP, los funcionarios y servidores que intervienen en los procedimientos de contratación por o a nombre de la entidad, asumen responsabilidad con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta. Al respecto, el artículo 26 de la LGCP establece las siguientes reglas para la determinación de responsabilidades en el proceso de contratación:



¿Qué es un conflicto de intereses? En la Exposición de Motivos del derogado Decreto Legislativo N.° 1341 se recurre para su definición a la Guía sobre el Manejo de Conflictos de Intereses en el Sector Público y Ex-

periencias Internacionales de la OCDE, que lo define como el "conflicto entre el deber público y los intereses privados y podría ser influenciando incorrectamente, afectando el funcionamiento de sus deberes y responsabilidades oficiales". Por su parte, el anexo de definiciones del Decreto Supremo N.° 056-2017/EF, por el que se modificó el Reglamento de la Ley N.° 30225, se le define como la "Situación o relación en la que los intereses personales, laborales, económicos o financieros del servidor pudieran estar en conflicto con el interés público o el cumplimiento de las funciones y deberes a su cargo". La Exposición de motivos clasifica a los conflictos de intereses en:

Conflicto de interés propiamente dicho

Cuando existe un inaceptable conflicto de hecho entre los intereses individuales o privados del funcionario público y sus obligaciones públicas.

Conflicto de interés aparente

Cuando existe un interés personal que no necesariamente influiría en el funcionario público, pero que podría dar lugar a que otros consideren que puede influir en el cumplimiento de sus deberes.

Conflicto de interés potencial

Que alude al caso en el que un funcionario público tiene un interés personal que puede convertirse en un conflicto de interés en el futuro.

Capítulo XV

LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN LA TUTELA DEL ORDEN SOCIAL

El principio de presunción de inocencia. El principio de causalidad. El principio de retroactividad. La potestad sancionadora respecto de los participantes, postores y contratistas. Formas de iniciar el PAS. Infracciones en los contratos menores. La determinación de responsabilidades y el procedimiento sancionador en el caso de consorcios. Las sanciones y su autonomía. Inhabilitación definitiva: catálogos electrónicos de acuerdo marco, las infracciones en los contratos menores. La suspensión de sanciones. La prescripción. La caducidad del PAS. El proceso contencioso-administrativo

SUMARIO: 1. Principio de presunción de inocencia. – 2. El principio de causalidad. – 3. Principio de retroactividad. – 4. La potestad sancionadora del TCP para instruir el procedimiento y aplicar sanciones. – 4.1. Formas de iniciar el procedimiento sancionador. – 4.1.1. Contenido de la denuncia. – 4.1.2. La obligación de la entidad de informar y la decisión del inicio del PAS. – 5. La tipificación de las faltas y los criterios del TCP. – 6. Las infracciones en los contratos menores. – 7. La determinación de responsabilidades y el procedimiento sancionador en el caso de consorcios. – 8. Criterios para la aplicación de sanciones por parte del TCP. La gradualidad. – 8.1. Reconocimiento de la infracción, aplicación debajo del mínimo y el eximente de responsabilidad. – 8.2. La responsabilidad en el caso de los consorcios y los casos de reorganización societaria. – 9. Las sanciones y su autonomía. – 9.1. La multa. – 9.1.1. Los tipos de determinación del monto de la multa y las consecuencias del no pago y del pronto pago. – 9.1.2. El trámite de pago de la multa y del descuento por pronto pago. – 9.1.3. La gradualidad en la imposición de la multa. – 9.1.4. La retención de la multa y el Pladicop. – 9.2. La inhabilitación temporal. Niveles. –

9.2.1. Primer nivel. – 9.2.2. Segundo nivel. – 9.2.3. El tercer nivel. – 9.2.4. El cuarto nivel. – 9.3. La inhabilitación definitiva. – 10. Inhabilitación definitiva: catálogos electrónicos de acuerdo marco, las infracciones en los contratos menores. – 11. Cuando el postor ya cuenta con inhabilitación definitiva. – 12. El debido procedimiento. La actividad probatoria. – 13. Suspensión de las sanciones. 14. La prescripción. – 14.1. Suspensión del plazo de prescripción. – 14.2. Criterios del tribunal. – 15. La caducidad del PAS. – 15.1. Cuando son varios administrados y las consecuencias de la caducidad. – 16. El recurso de reconsideración. – 17. Notificación y vigencia de las sanciones. – 18. El ilícito penal. –19. La acción contencioso administrativa. – 20. El PAS. – 20.1. Las autoridades competentes del PAS. – 20.2. Las reglas del PAS en la fase instructiva y sancionadora. – 20.3. La suspensión del PAS. – 20.4. Efectos de la suspensión. – 20.5. Procedimientos administrativos sancionadores a cargo del TCP.

En el presente capítulo, manteniendo siempre la referencia a la parte general expuesta en los capítulos precedentes, analizaremos dicha potestad sancionadora vinculada a la tutela de la organización social, específicamente respecto de los proveedores, participantes, postores y contratistas.

Desde esta perspectiva, la relación que se establece entre Administración y administrado es mucho más compleja de la que se produce al interior de la propia entidad, por cuanto incorpora la aplicación de sanciones que por incumplimiento de la normativa el tribunal impone a los participantes, postores y contratistas por infracciones cometidas en la fase de selección y en la ejecución del contrato, a lo que se ha agregado las sanciones por actividades vinculadas a la corrupción.

Esta situación nos pone ante la comisión de faltas que se pueden cometer en cualquiera de las fases descritas, teniendo cada una de ellas su peculiar desenvolvimiento, tal como se estableció en la Resolución N.° 403-2012-TC-S1, donde se precisó:

> La norma ha previsto supuestos de hecho distintos, con temporalidad de ocurrencia diferente para la configuración de la infracción invocada. Así, tenemos de un lado: La participación en un proceso de selección, entendida como el momento del registro de participantes o el momento de la presentación de las propuestas y la suscripción de un contrato; los cuales suponen etapas distintas e independientes durante el desarrollo de un proceso de selección, y por ende poseen plazos y formalidades propias (Resolución N.° 403-2012-TC-S1).

Pero ¿cuál es la peculiaridad de este tipo de potestad sancionadora? A diferencia de la potestad sancionadora funcional, esta se caracteriza porque con ella la Administración cuida el cumplimiento de la legalidad por parte de los administrados, y tutela, a la vez, el interés general, persiguiendo garantizar el cumplimiento de la ley, así como "las limitaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos por las normas jurídicas o a través de actos administrativos de obligado cumplimiento" (Sánchez Morón, 2013, p. 683).

Tal como hemos indicado, el sustrato en ambos tipos de ejercicio de potestad sancionadora es el mismo, manteniendo por ello total vigencia los

principios que hemos referido tanto a nivel sustantivo como procedimental, los mismos que solo nos limitamos a enunciar, por cuanto han sido desarrollados en el capítulo precedente. Así, estarán presentes principios de orden sustantivo, como son el principio de legalidad, comprendiendo el de reserva legal y el mandato de tipificación; el de responsabilidad y la culpabilidad; el de proporcionalidad; el de presunción de inocencia; el principio *non bis in idem*; el de prescripción; los principios vinculados al procedimiento sancionador, como son el de garantía de procedimiento, el debido proceso; y el de derecho de defensa, a los que agregamos los de presunción de inocencia, causalidad y retroactividad.

1. PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia constituye un principio básico del procedimiento administrativo sancionador. La inocencia se presume, la culpabilidad se demuestra.

> [...] la presunción de inocencia forma parte del principio del debido proceso y aplica tanto en el procedimiento jurisdiccional como en el administrativo. [...] el Tribunal Constitucional ha declarado que: 'El derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe prueba plena que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos [...] La presunción de inocencia, en suma, puede ser destruida por pruebas incriminatorias pero solo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio' (Garberí y Buitrón, 2001, p. 339). En ese sentido y, ante la falta de prueba fehaciente y objetiva que confirme la imputación formulada por la denunciante, se considera que debe prevalecer el principio de licitud[161] que rige la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal, conforme al cual en los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, la Administración Pública se encuentra obligada a la no responsabilidad del administrado (Resolución N.° 972/2010/TC-S1).

2. EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

El tema lo tratamos en el capítulo donde analizamos los principios que orientan el procedimiento administrativo sancionador, el que en este rubro ampliamos en atención a lo consignado en la Opinión N.° 052-2015/DTN, donde, absolviendo una consulta respecto de la responsabilidad de una so-

161 El artículo 230, numeral 9, de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala: "Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

ciedad absorbente, la DTN estableció que, de acuerdo con el principio de causalidad, "la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable".

Al respecto, Morón Urbina señala que, por dicho principio, "la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. La norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros [...]. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios". Precisa que "no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable" (Morón Urbina, 2011, p. 723 y 724).

Por su parte, el Tribunal de Contrataciones del Estado[162] ha señalado que "un acto con finalidad represiva, no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del principio de causalidad [...]".

3. PRINCIPIO DE RETROACTIVIDAD

En cuanto a la aplicación temporal de la norma y la retroactividad benigna, en la Opinión N.° 163-2016/DTN se estableció que para el análisis sobre la aplicación temporal de estas se debían tener en cuenta los siguientes conceptos:

Aplicación inmediata de una norma	Por el que debía entenderse que es "la que se realiza respecto de los hechos, relaciones y situaciones jurídicas que ocurren mientras tiene vigencia; es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquel en que es derogada o modificada".
Aplicación ultractiva de una norma	Se entiende por tal como "aquella que se realiza respecto de los hechos, relaciones y situaciones jurídicas que ocurren luego que ha sido derogada o modificada de manera expresa o tácita; es decir, luego que termina su aplicación inmediata".
Aplicación retroactiva de una norma	Es aquella "que se realiza para regir hechos, relaciones o situaciones jurídicas que tuvieron lugar antes del momento en que entra en vigencia; es decir, antes de su aplicación inmediata" (Rubio Correa, 2013, p.15).

Desde el ámbito normativo constitucional, en el numeral 2.1.3 de la Opinión 076-2016/DTN se estableció:

162 Para mayor información, pueden revisarse los fundamentos de las Resoluciones N.° 2379-2009-TC-S3, N.° 129-2010-TC-S3, entre otras.

> [...] de conformidad con los artículos 103 y 109 de la Constitución[163], la ley desde su entrada en vigencia se aplica de manera inmediata, incluso a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas surgidas durante la vigencia de la legislación anterior.
>
> Cabe precisar que la regla señalada en el párrafo anterior tiene dos excepciones: i) la misma ley puede establecer la postergación de su entrada en vigencia en todo o en parte, o incluso prever que la legislación anterior (derogada) siga produciendo efectos (aplicación ultractiva), de conformidad con lo señalado en el artículo 109 de la Constitución; y ii) en materia contractual, pues el artículo 62 de la Constitución[164] establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes —se entiende posteriores a la suscripción del contrato—, estableciéndose una regla de inmutabilidad de los términos contractuales (Opinión N.° 076-2016/DTN).

Pero este principio tiene una excepción: "[...] con relación a la aplicación de las normas en el tiempo, el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú prescribe que 'ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo'".

Como se observa, esta norma establece el principio de irretroactividad de las normas jurídicas; sin embargo, reconoce la retroactividad penal como un principio universal que consiste en que al reo (aún después de sentenciado) se le aplica la norma más favorable que haya existido para su delito desde que la acción delictiva fue cometida.

En la citada Opinión N.° 076-2016/DTN se cita también al Acuerdo de Sala Plena del Tribunal, Acuerdo N.° 003/001 por el que decidió:

> [...] adoptar (como de observancia obligatoria) el criterio [...] relacionado con la gradualidad de la sanción, la que será aplicada de manera inmediata incluso a los expedientes de aplicación de sanción en trámite, y cuyos hechos fueron cometidos antes de la vigencia del nuevo Reglamento, en atención al principio constitucional de retroactividad benigna de la norma penal, que es aceptada por la doctrina en materia administrativa, siendo aplicable

163 El artículo 103 de la Constitución establece: "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; [...]". Por su parte, el artículo 109 señala: "La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte" (el resaltado es agregado).

164 El primer párrafo del artículo 62 de la Constitución establece: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase [...]" (el subrayado es agregado).

al derecho sancionador administrativo, en tanto favorezca al administrado. (Acuerdo N.° 003/001)

En este orden, el TCP precisa que la retroactividad benigna solo puede aplicarse cuando la "norma sancionadora" que se quiere aplicar al caso en concreto resulte más favorable al administrado, ya sea porque: (i) la nueva norma deroga el ilícito administrativo; o bien porque (ii) contempla una sanción más benigna que la prevista al momento de la comisión de la infracción, ruta en la que la Opinión N.° 119-2017/DTN estableció que las disposiciones sancionadoras posteriores que sean más favorables (retroactividad benigna) al infractor o posible infractor —según corresponda— serán aplicadas a los procedimientos en trámite, e incluso a las sanciones impuestas que se encuentran en la etapa de ejecución de la sanción administrativa; siendo que el procedimiento a través del cual se solicita la aplicación del principio de este principio se efectúa conforme a lo establecido en el TUO de la LPAG.

4. LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TCP PARA INSTRUIR EL PROCEDIMIENTO Y APLICAR SANCIONES

La competencia del TCP para instruir y aplicar sanciones es de índole legal tiene su fuente en el artículo 16 de la LGCP, el que establece la potestad de este para imponer sanciones, concordante con el numeral 88.1 del artículo 88 de la misma norma y con el artículo 355 del RLGCP, el que textualmente indica que este tribunal sanciona a los participantes, postores, proveedores y subcontratistas, cuando incurran en las infracciones señaladas en la normativa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiera lugar.

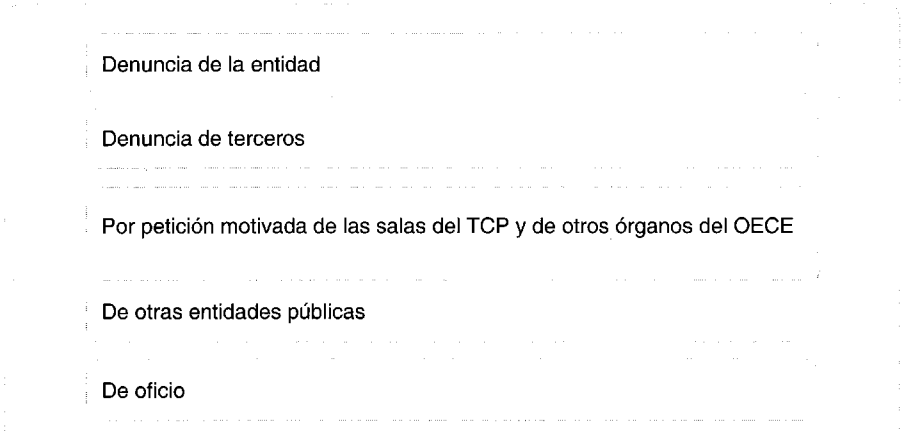
Esta disposición general es ampliada por el citado artículo 355 del RLGCP, el que agrega esta potestad sancionadora alcanza a los regímenes especiales de contratación cuando así se encuentre establecido en las normas que los regulan.

4.1. Formas de iniciar el procedimiento sancionador

¿De qué forma el TCP puede iniciar un procedimiento administrativo sancionador? Si tenemos en cuenta el número de procedimientos de selección, más el de entidades y de personas que intervienen, podemos concluir rápidamente que la tarea sería casi imposible, y que en todo caso demandaría contar con un TCP conformado por una amplia burocracia y abundantes recursos para el financiamiento de este, lo que podría generar impunidad,

por lo ante esta posibilidad se plantearon vías para que pudiera tomar conocimiento de las infracciones.

Así, el numeral 359.1 del artículo 359 del RLGP refiere que el TCP "toma conocimiento de hechos" que pueden dar lugar a la imposición de sanción, por cualquiera de las siguientes vías:



4.1.1. Contenido de la denuncia

La norma distingue entre denuncia y petición, tal como se indica en el numeral 359.2, estableciendo que estas deben contener como mínimo siguiente:

- Identificación del procedimiento de selección.
- Identificación del presunto infractor.
- Infracción imputada al presunto infractor, según lo previsto en el artículo 87 de la LGCP.
- Documentos que sustenten la denuncia, salvo la documentación que obra en el Pladicop.

4.1.2. La obligación de la entidad de informar y la decisión del inicio del PAS

La obligación de informar involucra a la vez la de cumplir con los requisitos que la norma impone para el cumplimiento de dicho deber ser, lo que se encuentra regulado en los numerales 359.3 y 359.4.

Así, en el primero de ellos, se establece que cuando la infracción pueda ser detectada por la entidad, esta se encuentra obligada a comunicarla al

TCP, bajo responsabilidad, la misma que es de tipo funcional. Esta obligación general implica otra accesoria, como es la de remitir un informe técnico que contenga además de lo ya indicado: una opinión sobre la existencia de la infracción y del daño causado a la entidad.

Por su parte, el siguiente numeral indica que el incumplimiento de la obligación de la entidad de comunicar la comisión de presuntas infracciones o no coadyuvan al esclarecimiento de los hechos que resulten ser materia de procedimiento sancionador genera responsabilidad administrativa.

Finalmente, se precisa que en todos los casos la decisión de iniciar el respectivo PAS corresponde al TCP.

5. LA TIPIFICACIÓN DE LAS FALTAS Y LOS CRITERIOS DEL TCP

En atención al principio de reserva legal que orienta al DAS, cuya consecuencia es el principio de tipicidad, solo serán conductas sancionables aquellas que previamente se encuentren debidamente tipificadas en la norma correspondiente, no cabiendo interpretación extensiva o por analogía, por lo que estas conductas deben estar expresamente delimitadas, siendo la norma pertinente la que tenga rango de ley, disposición que se cumple con la determinación de la relación de infracciones administrativas establecidas en el artículo 87 de la LGCP.

A efectos de que la concordancia con otros artículos se puede hacer de forma eficiente, mantendremos los literales de cada una de las infracciones tipificadas en el artículo citado, y que tienen como sujeto activo a los participantes, postores, proveedores y subcontratistas, siendo estas las siguientes:

a) Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta de manera reiterada (literal a)

Desde la normativa derogada se le había otorgado autonomía a esta falta, por cuanto el desistimiento o retiro injustificado es un acto de manifestación de voluntad "expresa e indubitable" por parte del postor, condición que implica además que se acredite la condición de injustificado, realizándose como falta desde la presentación de la propuesta y hasta antes de la suscripción del contrato. La tipicidad no está referida al ganador de la buena pro, sino al postor en general, quien sería el sujeto activo.

En cuanto al sustento de esta figura típica, en la Exposición de motivos de la derogada Ley N.° 30225 se indicaba que la causal tiene su origen "en la obligación que tiene todo postor, de mantener su propuesta hasta el

perfeccionamiento del contrato respectivo" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 47 de 152]).

¿Qué debe hacer la entidad ante el retiro de la propuesta? Al respecto, se refiere que luego de retirada la propuesta o de haberse producido el desistimiento del postor, esta "continuará con el desarrollo del procedimiento de selección prescindiendo de la misma, ya sea para adjudicar la buena pro a otro postor y suscribir el contrato, sin necesidad de que transcurran los plazos establecidos para las correspondientes etapas" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 47 de 152]).

En el numeral 356.1 del artículo 356 del RLGCP, concordante con lo hasta aquí expuesto, se establece que, para que se configure la infracción, la conducta se produce de manera reiterada, cuando se verifica que, respecto del proveedor, hubo un primer procedimiento sancionador en el que el TCP determinó un desistimiento injustificado.

b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar acuerdos marco (literal b)

Al igual que en el caso anterior, con la nueva normativa esta falta ha adquirido autonomía y ha sido mejorada en cuanto a su redacción, tal como refiere la Exposición de motivos de la Ley N.° 30225, la que indica que "la redacción adoptada incluye todas las formas o posibilidades que existen para formalizar un contrato; es decir, tanto la suscripción de un documento que contenga un contrato como la recepción de la orden de compra o de servicio" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 47 de 152]). Asimismo, se agrega que la nueva redacción "ayuda a precisar y entender que la obligación de perfeccionar el contrato incluye el cumplimiento de todas aquellas actuaciones conducente a concretar dicho objetivo", señalando como ejemplo la entrega oportuna de la documentación pertinente para el perfeccionamiento del contrato.

En el Acuerdo de Sala Plena N.° 006-2021/TCE, el Tribunal estableció que esta infracción "se configura en el momento en que el postor adjudicado incumple con alguna de sus obligaciones que impiden el perfeccionamiento del contrato o la formalización del Acuerdo Marco, según la normativa aplicable" (Acuerdo de Sala Plena N.° 006-2021/TCE).

Este criterio es concordante con lo dispuesto en las resoluciones N.° 0831-2017-TCE-S2 y N.° 1102-2017-TCE-S3, donde se indicó lo siguiente:

> [...] la negativa a la suscripción del contrato no solo se traduce con la omisión de consignar la firma en el documento que lo contiene, sino que va de la mano con los actos previos habilitantes, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases, lo cual constituye un requisito indispensable para concretizar y viabilizar la suscripción del contrato. Por tanto, una vez consentida la buena pro [...] todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato, bajo apercibimiento de la aplicación de las sanciones correspondientes, no obstante, la excepción de no sancionar la omisión justificada (Resoluciones N.° 0831-2017-TCE-S2 y N.° 1102-2017-TCE-S3).

Sobre este tema, en la Resolución N.° 761/2005.TC-SU se indicaba, en un caso donde el postor ganador había renunciado a la buena pro, lo siguiente:

> [...] la renuncia cierta, expresa e indubitable [...] amerita por sí misma la existencia de responsabilidad de dicho postor, sin que los argumentos esgrimidos por su parte resulten elementos justificantes. Debe reiterarse, una vez más, que las mejores expectativas de una convocatoria futura o las trabas o impedimentos que la misma pueda contener, no son óbice para que un postor no asuma obligaciones existentes, tales como las que nacen del otorgamiento firme de una buena pro, ni agote todos los medios verosímilmente a su alcance para procurar su realización (Resolución N.° 761/2005.TC-SU).

A lo expuesto tenemos que en la Resolución N.° 04433-2021-TCE-S2 se precisó, respecto de la configuración de la infracción, que "un postor queda obligado con la Entidad respecto de las condiciones del procedimiento de selección y las bases, desde el momento en que presenta su oferta, siendo una de dichas obligaciones la de formalizar el respectivo instrumento contractual en caso sea favorecido con la buena pro, lo cual implica no retirar o desistirse de su oferta de forma injustificada" (Resolución N.° 04433-2021-TCE-S2).

i) Incumplimiento de la formalidad para el perfeccionamiento del contrato y el plazo

En relación con esta falta, en la Sesión de Sala Plena del 26 de junio de 2009 el Tribunal aprobó el Acuerdo N.° 007/2009, donde se estableció lo siguiente:

> [...] cuando una entidad cita al postor ganador de la buena pro para que suscriba el contrato sin haber observado estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa y, posteriormente [...] dicha entidad no ha cumplido con una de las condiciones o requisitos mínimos que la normativa establece para el inicio del procedimiento

> administrativo sancionador, como es el incumplimiento del procedimiento para suscripción del contrato, por lo que cabe su desestimación, debiendo declararse en dichos supuestos, no ha lugar al inicio del procedimiento sancionador" (Acuerdo N.° 007/2009).

Como consecuencia del análisis efectuado, el Acuerdo del Tribunal fue que las entidades "están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables" (Acuerdo N.° 007/2009). Este criterio se encuentra plasmado en diversas resoluciones del Tribunal[165].

Finalmente, refiriéndose a los plazos, indicaba que estos "han sido previstos por la norma de la materia a favor del postor ganador de la buena pro, constituyendo un límite a la actuación de la entidad, a fin de que esta no le otorgue plazos arbitrarios que le impidan recabar los documentos necesarios para la respectiva suscripción".

Con relación a la falta de precisión en los plazos, el TCP indicó que este hecho

> no puede limitar y/o perjudicar el derecho del postor a la suscripción del contrato, siendo que en situaciones como esta es arreglado a derecho considerar que este cuenta con el plazo máximo posible que la entidad, en condiciones normales, podía establecer [...] la falta de precisión en el plazo para la suscripción del contrato, opera como si-

165 Respecto a la pérdida de la buena pro y obligación de citar al postor ganador, la Resolución N.° 056-2011-TC-S1 estableció que "en caso que el postor no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la imposición administrativamente aplicable", siendo el cumplimiento del procedimiento "condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción", condición necesaria para la determinación de responsabilidad por la no firma del contrato.
Respecto a la configuración de la falta de incumplimiento de suscripción de contrato, en la Resolución N.° 575-2012-TC-S1 estableció que para que la infracción deba acreditarse, en principio, se requiere "que la entidad haya observado el procedimiento formal para la suscripción del contrato [...] y de haberse efectivamente seguido tal procedimiento, verificar que la falta de esa suscripción se haya debido a causa imputable al postor, es decir, que no exista justificación para tal omisión y, en caso contrario, esta deberá haber quedado debidamente acreditada (análisis sustancial)".
Respecto a la configuración de la negativa a suscribir el contrato, la Resolución N.° 320-2011-TC-S4 estableció: "Es irrelevante la sola negativa injustificada de suscribir el contrato, siendo que su configuración se encuentra condicionada al hecho que la entidad haya efectivamente cumplido y observado estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor".

> tuación habilitante para que el postor alegue el plazo máximo [...] para la suscripción del contrato, no pudiendo la entidad pretender subsanar dicha omisión o deficiencia de las bases a través de la carta de citación, pues ello implicaría convalidar situaciones que afectan la seguridad jurídica del postor adjudicado y atentan contra los principios de transparencia y trato justo e igualitario de postores (Resolución N.° 565-2012-TC-S1).

ii) La diligencia debida/fuerza mayor. La presunción de incumplimiento

Tanto en el perfeccionamiento del contrato, como en su ejecución, existe la presunción legal de que el incumplimiento es por responsabilidad del obligado, presunción que admite prueba en contrario. En este sentido, en cuanto al perfeccionamiento del contrato, en la Resolución N.° 457-2012-TC-S1, se hizo referencia a esta presunción indicando que "el incumplimiento de obligaciones o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es atribuible a la parte que debió ejecutarlas, salvo que esta demuestre que el incumplimiento se produjo, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación o que la causa de ella fue un caso fortuito o fuerza mayor" (Resolución N.° 457-2012-TC-S1)[166].

Otro aspecto vinculado a la diligencia debida es el de la remisión de la documentación incompleta por parte del postor ganador de la buena pro, siendo que, respecto de ella, en la Resolución N.° 1126-2010-TC-S4, el Tribunal estableció que "el postor es quien debe tener la diligencia y precaución necesaria para recabar la documentación necesaria para la firma del respectivo contrato, no eximiendo de responsabilidad objetiva del postor el hecho de remitir de manera incompleta la documentación, a fin que la entidad le observe para una posterior subsanación de los mismos" (Resolución N.° 1126-2010-TC-S4).

En este contexto, se considera que la fuerza mayor es un eximente de responsabilidad, pero esta debe estar debidamente acreditada. Sobre el particular, el Tribunal ha determinado lo que no constituye fuerza mayor, indicando en la Resolución N.° 1283-2011-TC-S4 que "la justificación de no contar con la documentación para la

166 La anotada presunción legal se sustenta en el artículo 1329 del Código Civil, el cual establece que "se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor", artículo aplicable al presente caso de conformidad con el artículo IX, del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo: "Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

suscripción de contrato por ser un imposible jurídico no se condice con el concepto de fuerza mayor, ni con ninguna causa eximente de responsabilidad de la suscripción del contrato" (Resolución N.° 1283-2011-TC-S4).

iii) *Sobreexigencias para la suscripción del contrato e improcedencia de la aplicación de sanción. Prevalencia de las bases*

En relación con esta situación fáctica, en la Resolución N.° 571-2012-TC-S1, el TCP precisó que no resultaba pasible de sanción la no suscripción del contrato originada por sobreexigencias al postor fijadas durante el procedimiento de suscripción, "dado que dichas exigencias y/o requisitos deben fijarse en las bases [...] siendo que un proceder contrario resulta atentatorio de los principios de transparencia, moralidad y trato justo e igualitario de postores" (Resolución N.° 571-2012-TC-S1); caso similar al descrito en la Resolución N.° 565-2012-TC-S1, referida a la firma del contrato, donde el Tribunal estableció que prevalecía el contenido de las bases a la carta de citación, por cuanto eran estas:

> [...] las que determinan los documentos que obligatoriamente el postor ganador de la buena pro debe presentar para la suscripción del contrato. En consecuencia, las omisiones o defectos de la entidad al detallar, en la carta de citación, los documentos necesarios para la firma del contrato, no pueden ser interpretadas como modificaciones a las bases [...] correspondiendo al postor sujetar su actuación al imperio de estas, pues son las bases las que contienen las reglas de juego a las que se sometió en el momento en que comprometió su participación en el proceso.

Por lo tanto, no resulta válido interpretar que el contenido de la carta de citación debe tener mayor fuerza obligatoria que las bases del proceso, pues ello implicaría apañar un incumplimiento flagrante de los principios de transparencia y trato justo e igualitario de postores, consagrando la potestad de la entidad de variar extemporáneamente las reglas del proceso sin tener en cuenta la afectación de los derechos de los postores. (Resolución N.° 565-2012-TC-S1)

iv) *Las diversas formas en que se concreta la no firma del contrato*

En cuanto a las diversas formas de no perfeccionamiento del contrato, se ha establecido que "el no perfeccionamiento del contrato no sólo se concreta con la omisión a firmar el documento que lo contiene, sino también con la no realización de los actos que prece-

den a su perfeccionamiento, como es la presentación de los documentos exigidos en las Bases, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar su suscripción (Resolución N.° 4024-2021-TCE-S1)".

v.) Obligaciones accesorias a la de firmar el contrato

En relación a las obligaciones accesorias, en la Resolución N.° 3442-2022-TCE-S2 se estableció lo siguiente:

> [...] con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del procedimiento de perfeccionar el contrato con la Entidad; sin embargo, dicho perfeccionamiento, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta el respectivo perfeccionamiento del contrato, lo cual involucra, no solo la obligación de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también de presentar la totalidad de los requisitos requeridos en las bases para ello.

vi) La justificación para no firmar el contrato, la imposibilidad física y jurídica

Respecto de esta causal, en la Resolución N.° 3547-2022-TCE-S5 se indicó lo siguiente:

> La imposibilidad física del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la imposibilidad jurídica consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados (Resolución N.° 3547-2022-TCE-S5).

vii) Manifestación del desistimiento

En cuanto al desistimiento, en la Resolución N.° 04385-2021-TCE-S1 se estableció que "la manifestación expresa del desistimiento, para que sea considerada como tal, debe haber sido presentada antes de que se cumpla el plazo que el postor ganador de la buena pro tiene para perfeccionar el contrato" (Resolución N.° 04385-2021-TCE-S1).

c) Subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad contratante o en porcentaje mayor al permitido por el reglamento, o cuando el subcontratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP o esté impedido para contratar con el Estado (literal c)

La falta tipificada ha incorporado otras variables complementarias a la principal, que es la de subcontratar sin autorización, siendo en todas el sujeto activo el contratista que subcontrata:

- Subcontratar sin autorización.
- Subcontratar en porcentaje mayor al permitido por la normativa.
- Subcontratar a quien no cuenta con inscripción vigente en el RNP.
- Subcontratar a quien esté impedido.

Al respecto, en el Acuerdo de Sala Plena N.° 003-2019/TCE se estableció el procedimiento de configuración de la infracción:

1. Se requiere la acreditación de un acuerdo de voluntades que tenga por objeto la cesión o traslado de la ejecución de prestaciones, del contratista a un tercero, ajeno a la relación contractual que celebró con la Entidad, sin autorización de la Entidad o en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando subcontratista no cuente con inscripción vigente en el [...] RNP, esté impedido [...] para contratar con el Estado.
2. No es necesario acreditar que el acuerdo de subcontratación se haya celebrado por escrito.
3. La acreditación de la ejecución de prestaciones que estaban a cargo del contratista, por parte de un tercero a favor de la Entidad, constituye, entre otros, un medio probatorio que demuestra la existencia de un acuerdo de subcontratación.

d) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago (literal d)

Esta conducta típica viene de la legislación derogada, debiendo destacarse que deja la posibilidad a la existencia de la negativa justificada. Así, indica que esta infracción "establece las responsabilidades del contratista en la ejecución de la prestación a su cargo, como es el caso de la calidad, exceptuando el caso de los vicios ocultos".

Al mantenerse de la legislación derogada, los criterios del Tribunal mantienen su vigencia, por lo que seguidamente exponemos algunos de ellos.

i) Verificación después de otorgada la conformidad y obligación de consignar los plazos en las bases

En la Resolución N.° 1568-2010-TC-S4, el Tribunal estableció que la norma determina "como supuesto de hecho indispensable para su configuración, que se constate después de otorgada la conformidad que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato, distintas de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las bases" (Resolución N.° 1568-2010-TC-S4).

ii) El tipo de obligaciones incursas en la falta: complementarias y accesorias

Al respecto, se ha establecido que la causal de infracción "resulta aplicable a aquellos casos en los que se ha verificado que los contratistas, una vez que recibieron la conformidad de la prestación principal y les fue devuelta la garantía de fiel cumplimiento, no han cumplido con las demás 'obligaciones complementarias o accesorias' a las que se comprometieron y que debían prestarse con posterioridad, lo cual ha significado perjuicios para las entidades ya que, pese a que pagaron por estas prestaciones, no pueden satisfacer cabalmente sus requerimientos y necesidades, debido al incumplimiento de algunas obligaciones por parte del contratista, cuya exigencia se torna difícil, pues el contrato habría culminado formalmente al otorgarse la conformidad" (Resolución N.° 428-2012-TC-S1). Asimismo, se ha precisado que debe entenderse que las obligaciones de cargo del contratista cuyo incumplimiento es sancionado, "son aquellas de carácter accesorio o complementario, cuyo cumplimiento debe producirse después de otorgada la conformidad a la prestación principal, entendida como tal a aquella que definió el objeto de la convocatoria" (Resolución N.° 440-2011-TC-S2).

En cuanto al inicio del procedimiento sancionador, la citada Resolución N.° 440-2011-TC-S2 indica que solo puede iniciarse "una vez que la entidad haya emplazado al contratista a cumplir y no medie controversia en curso sobre el supuesto incumplimiento", debiendo el requerimiento, para el cumplimiento de las obligaciones pendientes de ejecutar, reunir los requisitos formales, acreditando la debida notificación. La normativa no ha establecido en este caso un procedimiento específico.

iii) Procedimiento para incumplimiento de la obligación luego de verificado el pago

Sobre la comisión de esta falta, en la Resolución N.° 3409-2022-TCE-S1 se estableció:

> [...] a efectos de determinar si existe negativa del Contratista para cumplir con las obligaciones a su cargo, es imprescindible que la Entidad haya cursado un requerimiento expreso, identificando la obligación cuyo cumplimiento requiere, así como haberle otorgado un plazo para que cumpla con dicha obligación. Solo si, pese a haberse cursado dicho requerimiento, el Contratista mantiene el incumplimiento, puede considerarse que dicha conducta constituye una negativa a cumplir con sus obligaciones contractuales. Finalmente, también debe analizarse si la negativa del Contratista para cumplir con las obligaciones requeridas resulta injustificada o si, por el contrario, se ha acreditado que concurrió alguna circunstancia que le impidió cumplir con las obligaciones requeridas por la Entidad (Resolución N.° 3409-2022-TCE-S1).

e) Suscribir contrato o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el RNP (literal e)

El tipo subsume dos infracciones que antes tenían autonomía. La primera está vinculada solamente al RNP, la infracción considera la vulneración de la obligación de inscripción en el Registro, por lo que, para la configuración de la falta, se debe acreditar, tal como lo estableció la Resolución N.° 1266-2011-TC-S3, "que el proveedor en la fecha en que se inscribió como participante no contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores" (Resolución N.° 1266-2011-TC-S3).

La segunda infracción se ubica en el ámbito del contrato, concretamente luego de su suscripción, y tiene que ver con la habilitación que otorga el RNP no solo para contratar con el Estado, sino para hacerlo cumpliendo determinadas condiciones, como son la libre contratación, la especialidad y categorías, siendo que, a diferencia del caso anterior, el sujeto activo es el contratista habilitado para contratar con el Estado, pero que excede en la autorización que este le otorga.

f) Elaborar expedientes técnicos de obra con deficiencias o información equivocada, aun cuando se haya otorgado la conformidad respectiva, siempre que estos hayan generado el retraso en la ejecución de la obra al ser detectados, o no absolver oportu-

namente las consultas formuladas por la entidad contratante respecto del expediente técnico durante la ejecución contractual de la obra, de modo que ocasionen retraso en su ejecución (literal f)

g) Supervisar la ejecución de obras de manera negligente, de modo que perjudique económicamente a las entidades contratantes (literal g)

El literal g) impone un deber estricto a las autoridades y equipos de supervisión de contratos de obra pública para que ejerzan su labor con responsabilidad, evitando conductas negligentes. La negligencia en la supervisión implica la omisión o falta de acción en el control efectivo del cumplimiento de las condiciones técnicas, administrativas y legales del contrato de obra.

La consecuencia central de la negligencia en la supervisión es el perjuicio económico que sufra la entidad contratante. Dicho perjuicio puede manifestarse en forma de gastos innecesarios, pagos indebidos, atrasos que generan sobrecostos, mala calidad de obra o incumplimiento del contrato que obliga a la entidad a asumir responsabilidades adicionales.

El Tribunal Constitucional ha establecido que la falta de diligencia se configura, claramente, como una conducta negligente en materia de responsabilidad administrativa funcional (Expediente N.° 00026-2021-PI/TC, f. j. 86).

La Contraloría General de la República, a través de sus informes y resoluciones, ha reiterado que la supervisión negligente en la ejecución de obras que deriva en perjuicio económico configura una infracción funcional sancionable, fundamentando su potestad sancionadora en el marco del artículo 46.7 y 46.32 de la Ley N.° 31288.

h) Perfeccionar el contrato, luego de notificada la suspensión en la Pladicop o recomendación de nulidad por el OECE o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Tribunal de Contrataciones Públicas, en el ejercicio de sus funciones (literal h)

Esta infracción referida a la prohibición de suscribir el contrato se desenvuelve en tres momentos distintos. Así, de acuerdo con lo establecido en la figura típica, el postor ganador de la buena pro no puede suscribir el contrato cuando se produzcan cualquiera de las siguientes situaciones:

- Que el OECE haya notificado a la entidad, vía el Pladicop, la suspensión del proceso de contratación, caso en el cual la norma pone como condición la notificación, la que en consecuencia debe estar acreditada en cuanto a la oportunidad de llegada.

- Que el OECE haya emitido un oficio dirigido a la entidad o el pliego de absolución de las observaciones elevadas para pronunciamiento, donde se recomiende la nulidad del procedimiento de selección.
- Que haya dispuesto la nulidad del proceso de contratación, lo que podría suceder como consecuencia de una decisión del Tribunal; por lo tanto, estamos refiriéndonos a una resolución.

i) Contratar con el Estado estando impedido conforme a ley, con independencia del régimen legal de contratación aplicable, conforme al artículo 30 de la LGCP (literal i)

En atención a la extensión de los impedimentos, remitimos al lector al artículo correspondiente de la LGCP y, a la vez, citamos el Acuerdo de Sala Plena N.° 008-2021/TCE, en el que se precisa la forma de acreditar el contrato: "1. [...] la existencia del contrato en contrataciones [...] puede acreditarse mediante la recepción de la orden de compra o de servicio, o con otros documentos que evidencien la realización de otras actuaciones, siempre que estos medios probatorios permitan identificar de manera fehaciente que se trata de la contratación por la que se atribuye responsabilidad al proveedor" (Acuerdo de Sala Plena N.° 008-2021/TCE).

En cuanto a los criterios del OSCE tenemos que, respecto a esta infracción, se han establecido los siguientes:

i) La verificación previa de contratar estando impedidos

El procedimiento a seguir para la verificación de la comisión de la infracción imputada es el siguiente:

> [...] debe en primer término, identificar si se ha celebrado un contrato, o de ser el caso, si se ha perfeccionado una orden de compra o de servicio con la recepción de la misma, en tanto que, para la configuración de la infracción bajo análisis, se debe verificar que efectivamente se haya perfeccionado un contrato y que, en dicho momento, el administrado imputado se encontraba impedido para contratar con el Estado (Resolución N.° 3552-2022-TCE-S1).

j) Ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato, incluidos aquellos contratos que se perfeccionen a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, siempre que dicha resolución no haya sido sometida a los mecanismos de solución de controversias o haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral (literal j)

La Exposición de Motivos de la derogada Ley N.° 30225, se indicaba que en el procedimiento sancionador "no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 48 de 152]).

i) El procedimiento para la configuración

Por otro lado, mediante Acuerdo de Sala Plena N.° 002-2022/TCE, el TCP estableció el procedimiento respecto de la infracción citada, por un lado, por unanimidad, y por otro, por mayoría, siendo que en la decisión unánime se indicó lo siguiente:

> 1. Las entidades formulan la denuncia por la infracción consistente en ocasionar que la entidad resuelva el contrato, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, a partir de notificada la decisión de resolver el contrato, conforme al procedimiento que corresponda.
>
>   Para ello debe adjuntarse:
>
>   i. Contrato, orden de compra u orden de servicios, debidamente perfeccionado.
>
>   ii. Documentación que acredite el cumplimiento del procedimiento de resolución del contrato, según corresponda.
>
>   iii. Documento a través del cual se notificó la decisión de resolver el contrato.
>
>   iv. Informe de la Entidad sobre el consentimiento o no de la resolución del contrato, adjuntando la documentación que lo acredite, cuando corresponda.

ii) Cuando ambas partes resuelven el contrato

Cuando se trate de situaciones en que las partes resuelvan el contrato en forma paralela o recíproca, que "ambas decisiones hayan quedado consentidas, el vínculo contractual concluye a partir de la primera resolución del contrato que ha cumplido con el procedimiento previsto en la normativa, la cual es considerada válida a efectos de determinar si corresponde atribuir responsabilidad administrativa". Asimismo, en esta misma condición, para la configuración de la infracción consistente en resolver el contrato perfeccionado a través de orden de compra u orden de servicio en el marco de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, "el Tribunal verificará el cumplimiento del procedimiento de resolución de la orden de compra u orden de servicio, según lo establecido en las disposiciones establecidas por PERÚ COMPRAS, las que se registran en la plataforma de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco" (Acuerdo de Sala Plena N.° 002-2022/TCE).

iii) Suspensión del PAS

Seguidamente, se acordó, por mayoría, que el PAS se suspendía "cuando se verifique que el contratista ha sometido la resolución de contrato a alguno de los medios de solución de controversia, dentro del plazo de caducidad establecido en la Ley".

También se acordó por unanimidad lo siguiente respecto de la infracción de dar lugar a la resolución del contrato:

- Se concreta con la notificación de la decisión de resolver el contrato, conforme al procedimiento establecido en el Reglamento, según corresponda.
- Que en el PAS "no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para determinar responsabilidad administrativa, verificar que esa decisión ha quedado consentida por no haberse iniciado los medios de solución de controversias, o que, habiéndose sometido a estos, haya quedado firme, conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento".
- Y, finalmente, se dispuso dejar sin efecto el Acuerdo de Sala Plena N.° 006/2012.

iv) Requisitos para la configuración de la falta

Respecto de la tipificación, debemos indicar que la falta tipificada en este literal está mejor integrada en sus distintas variables que la anterior, siendo la principal la que se refiere al hecho de que la entidad se ve obligada a resolver el contrato, pero observando el procedimiento establecido, lo que significa que "la inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la entidad, implica la exención de responsabilidad del contratista, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y/o servidores responsables" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 48 de 152]). Así, se indica, reiterando y ampliando lo expuesto, que para la realización de la falta no basta que la entidad haya resuelto el contrato por responsabilidad o culpa del contratista, sino que además dispone que se deben cumplir las siguientes condiciones:

- Se cumpla con el procedimiento para resolución.
- Que la resolución del contrato haya quedado firme, sea por vía conciliatoria o arbitral, lo que supone estar a resultas de lo dispuesto en el laudo arbitral. Al respecto, en la citada exposición de motivos se indica que, de haberse iniciado una conciliación

o procedimiento arbitral, "un requisito para la imposición es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 48 de 152]).

- En relación con este requisito, en la Resolución N.° 0834-2017-TCE-SE, se estableció que "no se cumplen los supuestos necesarios para la configuración de la infracción, al no subsumirse el hecho denunciado en el tipo infractor referido a dar lugar a la resolución del contrato por causal atribuible al contratista, precisamente porque el Tribunal Arbitral [...] ha determinado que la resolución del contrato no es atribuible al contratista" (Resolución N.° 0834-2017-TCE-SE).
- Que la decisión haya quedado consentida, "por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversias".

Sobre este tema, seguidamente citamos algunos criterios del Tribunal.

- **Prórroga del plazo contractual y lo que no constituye diligencia debida**

  Al respecto, tenemos que, en la Resolución N.° 1188-2010-TC-S3, el Tribunal determinó lo que "no constituye muestra de una diligencia ordinaria debida aquella actitud que se limita a solicitar repetidas prórrogas del plazo contractual, sino la que pone de manifiesto la búsqueda de soluciones oportunas y agota los medios posibles a fin de cumplir a cabalidad con los compromisos contractuales asumidos" (Resolución N.° 1188-2010-TC-S3).

- **Improcedencia de la sanción por exigencia de obligaciones inexistentes**

  En relación con este tema, se tiene que el TCP estableció que no se puede compeler a la empresa a cumplir obligaciones no previstas en el contrato, las bases y/o en su propuesta técnica y, por lo tanto, no puede ser pasible de sanción administrativa (Resolución N.° 1241-2011-TC-S2).

- **Necesidad de que la Entidad previamente resuelva el contrato. Configuración de la infracción**

  El TCP ha establecido que, para la configuración de la infracción, "es menester que la Entidad, efectivamente, haya resuelto

el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aun en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad la exclusiva responsabilidad respecto a tal situación" (Resolución N.° 03454-2022-TCE-S2).

k) No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la entidad contratante, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral (literal k)

En la acotada exposición de motivos de la norma derogada se efectúan algunas precisiones adicionales para la configuración de la infracción al indicar que "debe existir un requerimiento previo de la entidad, a fin de acreditar el conocimiento del contratista de los vicios ocultos que se atribuyen a la prestación que se ejecutó y su negativa a sanearlos; que, para configurar esta infracción, los vicios ocultos no solo sean declarados en la vía judicial o arbitral, sino que también pueden ser reconocidos por el contratista" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 48 de 152]).

En cuanto a la configuración de la responsabilidad, tenemos que esta "exige, en primer lugar, que la entidad haya otorgado la conformidad, requisito cuya observancia es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo [...]" (Resolución N.° 123-2011-TC-S2). Asimismo, en la Resolución N.° 4051-2021-TCE-S2, se estableció respecto del reconocimiento de existencia de vicios ocultos que si "no se encuentra acreditado que la Contratista haya reconocido la existencia de los vicios ocultos cuestionados por la Entidad, o que exista laudo arbitral que lo declare, por tal motivo no se ha configurado el primer elemento constitutivo del tipo infractor [...]" (Resolución N.° 4051-2021-TCE-S2).

l) Presentar información inexacta a las entidades, al TCP, al RNP, al OECE o Perú Compras. En el caso de las entidades contratantes, siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos y que incidan necesaria y directamente en la obtención de una ventaja o beneficio concreto en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al TCP, al RNP o al OECE, la ventaja o el beneficio concreto debe estar relacionado con el procedimiento que se sigue ante estas instancias, (literal l)

Al respecto, se ha establecido sobre la información inexacta que: "requiere para su configuración, que pueda representar potencialmente un beneficio o ventaja al administrado que la presenta, y no necesariamente un resultado efectivo favorable a sus intereses" (Acuerdo de Sala Plena N.° 02-2018/TCE), comprendiendo las siguientes situaciones:

- Que la información inexacta presentada ante la Entidad esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección. Comprende aquellos casos en que los proveedores presentan ofertas conteniendo información inexacta para acreditar el cumplimiento de un requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, o requisito de calificación) o para obtener puntaje en el factor de evaluación o documentos para suscribir el contrato.
- Que la información inexacta presentada ante la Entidad le represente una ventaja o beneficio en la ejecución del contrato. En este supuesto, el tipo infractor comprende aquellos casos en que los contratistas presentan información inexacta a las Entidades con el fin de obtener un beneficio o ventaja durante la ejecución del contrato, como ocurre cuando efectúan pedidos o solicitudes (prestaciones adicionales. ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, etc.). realizan anotaciones (por ejemplo, en el cuaderno de obra), renuevan garantías, tramitan pagos, entre otros supuestos, a fin de cumplir los requisitos fijados para tal efecto (requerimiento). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes.
- Que la información inexacta presentada ante el Tribunal le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de apelación o de sanción. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir un requisito para impulsar su trámite (requisitos de admisibilidad de un recurso de apelación, o requisitos para presentar denuncias, por ejemplo) u obtener un resultado favorable a sus intereses en el marco de un recurso de apelación o procedimiento de sanción, o inclusive obtener la inhabilitación o suspensión de un potencial competidor (en el caso de denunciantes que presentan información inexacta). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes.
- Que la información inexacta presentada ante el RNP le represente una ventaja o beneficio. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir con los requisitos que se presentan en los procedimientos seguidos ante el registro (inscripción, renovación, ampliación, entre otros). Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos

(requerimientos) que se presentan en los procedimientos ante el registro (Acuerdo de Sala Plena N.° 02-2018/TCE).

Por otro lado, en el Acuerdo de Sala Plena N.° 004-2019/TCE, el Tribunal estableció que en los casos en que el PAS:

> se haya iniciado por la presunta comisión de las infracciones consistentes en presentar documentos falsos o adulterados y/o presentar información inexacta, a las Entidades, al Tribunal [...], al RNP, al OSCE o a la Central de Compras Públicas – Perú Compras, respecto de un mismo documento, y se determine que el documento cuestionado es falso o adulterado, corresponde que la Sala también emita un pronunciamiento sobre la responsabilidad por la presentación de presunta información inexacta contenida en aquel" (Acuerdo de Sala Plena 004-2019/TCE).

i) Diferencia entre información inexacta y documentos falsos

La diferenciación se sustenta en la gravedad, por cuanto la experiencia ha demostrado:

> [...] que no necesariamente quien presenta un documento que no corresponde a la realidad —por su inexactitud—, tendría responsabilidad de tal incongruencia en la información, ya que esta puede haberle sido brindada u otorgada por un tercero como, por ejemplo, en el caso de constancias o certificados emitidas, inclusive, por la misma Administración Pública, la cual con posterioridad reconoce que se trató de un error material atribuible a ella; con lo cual, esta conducta no resulta tan grave como sí lo es el presentar documentos falsos. (Poder Ejecutivo, 2014, (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 49 de 152]).

En este contexto, se indica:

> [...] considerando que para este tipo infractor puede existir la posibilidad de incurrir en la conducta sancionable debido a la responsabilidad de terceros" se ha propuesto que dicha conducta sea sancionable "siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja, situación que de configurarse, demostraría el aprovechamiento por parte del administrado en la presentación de la documentación con información inexacta (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 49 de 152]).

ii) Magnitud de la información inexacta y configuración

Un aspecto relevante al momento de determinar la inexactitud, y la aplicación de la sanción, es la magnitud de esta, tema sobre el cual en la se ha establecido que esta "debe ser de tal grado que suponga

una clara distorsión de la realidad, de tal manera que se pretenda falsearla, y no simplemente una mera imprecisión en la consignación de datos que ni siquiera repercuta en la condición del postor o en su evaluación, teniendo en cuenta para ello el contexto dentro de la cual fue formulada" (Resolución N.° 759-2008-TC-S4).

En cuanto a su configuración, en la Resolución N.° 1386-2011-TC-S4, se indica que se realiza con la presentación de manifestaciones no concordantes con la realidad; es decir, cuando se produzca un falseamiento de esta.

iii) Información inexacta, incongruente y no idónea

Sobre el particular se ha establecido que existen diferencias entre documentos con información inexacta, incongruente y no idónea. El primer caso, información inexacta, se genera "cuando la información ofrecida en un procedimiento de selección, no se ajusta a la verdad de los hechos, produce falseamiento de la realidad; es decir, da la apariencia de algo que en el plano fáctico no es" (Resolución N.° 1115-2017-TCE-S4); la incongruencia "se concreta cuando las propias propuestas contienen información que resulta contradictoria o excluyente entre sí; es decir, se brinda diversa información que no permite tener certeza de cuál es el alcance de la propuesta o de la información proporcionada"; y los documentos con información no idónea "son aquellos que no cumplen su finalidad para la que fueron emitidos".

iv) Determinación de la información inexacta

Sobre el particular, el TCP ha establecido que "a efectos de determinar la configuración de dicha infracción, corresponde evaluar si se ha acreditado la inexactitud contenida en el documento presentado, en este caso, ante la Entidad, independientemente de quién haya sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a la inexactitud; ello en salvaguarda del principio de presunción de veracidad [...]" (N.° 3465-2022-TCE-S1).

Finalmente, en el numeral 356.2 del artículo 356 del RLGCP, se indica que, para la configuración de la infracción, la ventaja o beneficio concreto se obtiene cuando, con la información inexacta presentada, la oferta es admitida, se le asigna el puntaje requerido, es calificada, obtiene la buena pro, o se perfecciona el contrato o se consigue una decisión o prestación en la ejecución del contrato.

m) Presentar documentos falsos o adulterados a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OSCE, o a Perú Compras (literal m)

La presentación de documentos falsos o adulterados constituye una conducta más grave que la de información inexacta por cuanto en ella "un administrado presenta un documento 'creado' para aparentar ostentar determinada calidad y/o condición o que cuenta con alguna experiencia, tratando de sorprender a la Administración Pública y vulnerando el principio de presunción de veracidad" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 49 de 152]).

i) Cómo se configura la falta

En cuanto a las formas de presentarse la falsedad del documento, en la Resolución N.° 1145-2011-TC-S4 se estableció que esta puede plasmarse de dos maneras:

- La primera de ellas supone que el documento cuestionado no haya sido expedido por su emisor.
- La segunda se realiza aun cuando el documento haya sido válidamente expedido, este haya sido posteriormente adulterado en su contenido (Resolución N.° 1145-2011-TC-S4).

Asimismo, en la Resolución N.° 587-2012-TC-S2[167], precisó que, para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere:

- Acreditar la falsedad o inexactitud del documento cuestionado; es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente, o que siendo válidamente expedido haya sido adulterado en su contenido, o que este sea incongruente con la realidad, produciendo un falseamiento de esta.
- Que haya sido presentado durante el proceso de selección, ocasionando el quebrantamiento de los principios de moralidad y de presunción de veracidad (Resolución N.° 587-2012-TC-S2).

ii) La prueba

En cuanto a la prueba, el TCP ha indicado que ellas deben permitir "crear convicción respecto de la falsedad de las constancias presentadas" (Resolución N.° 027/2006.TC-SU)[168].

167 Véase también la Resolución N.° 1375-2011-TC-S1.

168 Respecto a la prevalencia de la presunción de veracidad, la Resolución N.° 007-2011-TC-S2 establece que "atendiendo que no obran en autos medios probatorios que acrediten objetivamente fehacientemente que el certificado en cuestión es un documento falso o inexacto, esta

iii) El incumplimiento de un deber

Otro tema relevante es el de la responsabilidad del postor por la veracidad de la documentación que presenta, tal como quedó ratificado en la Resolución N.° 1174-2010-TC-S4 donde el Tribunal precisó que dicha responsabilidad le alcanza "con independencia de si fue tramitado por sí mismo o por un tercero, toda vez que el beneficio por la falsificación incurrida recae directamente sobre él" (Resolución N.° 1174-2010-TC-S4).

Tanto esta apreciación, como el tipo, tienen su fundamento en el incumplimiento de un deber, el cual establece "que los administrados tienen el deber de comprobar, previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad" (N.° 0895-2017-TCE-S1).

iv) Casos en que no se configura la infracción de documentos falsos

Este tema no se encuentra explícitamente regulado en la normativa, sino que ha sido desarrollado en resoluciones por el Tribunal, por lo que seguidamente presentamos algunos criterios del citado colegiado.

iv.1) Homologación de firma, relativización de la pericia técnica y error excusable Homologación de firma

En cuanto a la homologación de la firma, el TCP estableció, respecto de la homologación de una firma, lo siguiente:

No obstante que existe una contradicción entre la manifestación del representante del adjudicatario y lo señalado en el dictamen pericial, lo cual podría llevar a este Colegiado a establecer una duda razonable respecto de la imputación formulada, resulta relevante traer a colación que el único interesado a realizar el trámite ante el RNP es el propio titular de la empresa interesada, ello dado el particular interés que solo le corresponde a quien solicita la rogación. Siendo así, dicho titular perfectamente podría homologar cualquier firma realizada en su nombre, más aún, si en el presente caso lo que se cuestiona es su firma en documentos en los que no se discute la veracidad de su contenido, sino la firma sobrepuesta [...] (Resolución N.° 451-2012-TC-S2).

sala concluye que debe prevalecer la presunción de veracidad que reviste al citado documento, al no contarse con elementos de juicio que evidencien lo contrario".

iv.2) Relativización de la pericia técnica

Sobre la relativización de la pericia técnica, se ha indicado, a nivel del TCP, lo siguiente:

> [...] si bien una pericia grafotécnica practicada sobre documentos originales y con las formalidades del caso, constituye un medio probatorio válido y correcto a efectos de determinar la falsedad de un documento, tal idoneidad de medio probatorio suficiente solo puede mantenerse incólume en tanto no exista otro que lo desvirtúe de manera clara y precisa, como lo es en el caso particular que nos ocupa, la manifestación efectuada por propio agente que supuestamente habría suscrito la declaración jurada (Resolución N.° 1470-2011-TC-S2).

iv.3) Error excusable, documento legitimado por la entidad

En la Resolución N.° 478-2011-TC-S2, se establece al respecto:

> [...] se tiene que el postor presentó como parte de su propuesta técnica [...] la Constancia N.° 078 expedida por la Capitanía del Puerto del Callao, la que al haber sido expedida por una Institución Pública, mantiene la calidad de "Documento Público" [...] lo cual según la doctrina, se presume su autenticidad, da fe de su otorgamiento, de la fecha y las declaraciones del funcionario que lo autoriza y, además, tiene valor probatorio (Resolución N.° 478-2011-TC-S2).

Siendo que el cuestionado documento reviste las características mencionadas en el párrafo precedente, esto estuvo fuera de la esfera de responsabilidad del postor, puesto que, en principio, dicho documento estaba legitimado por la entidad y como tal se presumía que la información contenida en este dotaba de autenticidad, conforme a lo dispuesto por el citado artículo; no obstante, con posterioridad a su emisión, fue la misma entidad la que reconoció el error incurrido al expedir dicha constancia y consignar la información inexacta.

Es en este sentido que el postor habría incurrido en error por la creencia de que el documento expedido por una institución del Estado contenía información cierta, lo que podría traducirse en lo que la doctrina califica como error excusable, siendo que por tal efecto la persona realiza un acto sin tener en cuenta que está incurriendo en una conducta sancionable, el cual es inducido por la misma Administración, siendo que dicha conducta no podría razonablemente devenir en sancionable (Nieto, 2000, p. 411). En este caso, la de-

mostración de la inevitablidad del hecho pasaría a un plano inferior, que solo está reservado para el ámbito penal.

iv.4) Información insuficiente

En la Resolución N.° 159/2005.TC-SU, el Tribunal estableció que no constituye información falsa "aquellos supuestos en los cuales la documentación presentada únicamente resulta insuficiente o inconsistente para acreditar un aspecto requerido en las bases, ya sea porque deviene en incompleto, se presenta de modo confuso o contradictorio, o simplemente no cumple con cualquier otro requisito que sea determinante para su validez" (Resolución N.° 159/2005.TC-SU).

iv.5) La sospecha de documentos falsos

Sobre el particular, el TCP indicó, respecto de la sospecha de documentos falsos, que "las sospechas, suposiciones o indicios respecto de una supuesta falsedad no son razón suficiente para desvirtuar dicha presunción, la cual solo puede ser destruida mediante la probanza respectiva por parte de quien haga tal imputación..." (Resolución N.° 108-2011-TC-S4).

iv.6) La duda como criterio errado para determinar la documentación falsa

El Tribunal ha establecido:

> [...] resulta cuestionable que la entidad haya indicado que la falta de coincidencia entre el número del contrato indicado en el acta final de conformidad y el que realmente figura en el contrato adjunto en la propuesta haya sido suficiente para inducirla a pensar que se trataba de información falsa, ya que no es con base en una duda que se pueda asumir que obra documentación falsa en la propuesta técnica y con ello declarar la descalificación del postor, sino en virtud de la prueba que se presente para demostrar tal condición (Resolución N.° 259/2006.TC-SU).

iv.7) Improcedencia de considerar documento suscrito por funcionario incompetente como documento falso

El TCP ha precisado que "el hecho de que las mencionadas constancias hayan sido suscritas por funcionarios incompetentes, como señala la propia Municipalidad Distrital de San Luis, no enerva la veracidad de la información en ellas consignadas ni sus autenticidades, a menos que exista prueba directa o indiciaria en contrario" (Resolución N.° 578-2012-TC-S1).

iv.8) Documentos contradictorios y presunción de licitud

En relación con este tema, el TCP ha establecido:

> [...] en tanto que hay dos documentos totalmente contradictorios sobre la supuesta falsedad del documento cuestionado, este Colegiado estima que debe prevalecer el principio de presunción de licitud que rige la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal [...] conforme al cual en los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, la Autoridad Administrativa se encuentra obligada a la absolución del administrado (Resolución N.° 181-2011-TC-S4).

6. LAS INFRACCIONES EN LOS CONTRATOS MENORES

El numeral 8.7 establece que, en el caso de los contratos menores, solo son de aplicación las siguientes infracciones:

- Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago.
- Suscribir contratos o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el RNP.
- Contratar con el Estado estando impedido conforme a ley, con independencia del régimen legal de contratación aplicable, conforme al artículo 30 de la presente ley.
- Ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato, incluidos aquellos contratos que se perfeccionen a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, siempre que dicha resolución no haya sido sometida a los mecanismos de solución de controversias o haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.
- Presentar información inexacta a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras. En el caso de las entidades contratantes, siempre que estén relacionadas con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos y que incidan necesaria y directamente en la obtención de una ventaja o beneficio concreto en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al TCP, al RNP o al OECE, la ventaja o el beneficio concreto debe estar relacionado con el procedimiento que se sigue ante estas instancias.
- Presentar documentos falsos o adulterados a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras.

En el caso de concurso de infracciones, el artículo 367 del RLGCP establece las siguientes reglas:

- En caso de incurrir en más de una infracción en un mismo procedimiento de selección, convocado como ítem único por relación de ítems o ítem paquete; y/o en la ejecución de un mismo contrato, se aplica la sanción que resulte mayor.

- En el caso que concurran infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación.

7. LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES Y EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN EL CASO DE CONSORCIOS

El artículo 358 del RLGCP establece las sanciones para los consorcios, en concordancia con lo establecido en el numeral 92.5 del artículo 92 de la LGCP, estableciendo como objetivo individualizar la responsabilidad de los integrantes de un consorcio, para lo que dispone que el TCP deberá considerar los siguientes criterios:

Naturaleza de la infracción

Este criterio solo puede invocarse ante el incumplimiento de una obligación de carácter personal por cada uno de los integrantes del consorcio, en el caso de las infracciones previstas en los literales e), i) y l) del numeral 87.1 del artículo 87 de la LGCP.

Aporte del documento

Este criterio se aplica respecto de declaraciones juradas, así como toda información o documentos presentados en el procedimiento de selección y/o ejecución contractual, cuyo aporte haya sido efectuado indubitablemente por alguno de los integrantes, por encontrarse bajo su esfera de dominio.

Promesa formal de consorcio

Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz y su literalidad permita identificar las obligaciones de los integrantes del consorcio y, con ello, al responsable de la comisión de la infracción.

Contrato de consorcio

Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz, no cambie obligaciones estipuladas en la promesa formal de consorcio y su literalidad permita identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción.

No se considera que hay cambio de las obligaciones cuando el contrato de consorcio desarrolla o realiza una descripción más específica de las obligaciones indicadas en la promesa formal de consorcio.

Contrato suscrito con la entidad contratante

Este criterio es de aplicación cuando la literalidad del contrato suscrito con la entidad contratante permite identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción del numeral 358.2 RLGCP. En caso no resulte aplicable ninguno de los criterios antes establecidos, la responsabilidad de los consorciados no puede individualizarse.

8. CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE SANCIONES POR PARTE DEL TCP. LA GRADUALIDAD

Establecidas las infracciones, los que corresponde es determinar cuáles son las sanciones, pero antes debemos analizar los criterios que debe utilizar el TCP para imponerlas, los cuales se encuentran consignados en el artículo

92 de la LGCP, así como en el artículo 366 del RLGCP, a lo que debemos agregar que en el RNP se deben consignar todas las sanciones.

En este orden tenemos que la regla general es que la responsabilidad por las infracciones descritas es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

El numeral 92.2 remite al capítulo III ("Procedimiento sancionador") del Título IV de la LPAG, respecto de los siguientes criterios de imposición:

- Graduación y proporcionalidad de la imposición de la sanción
- Eximentes de responsabilidad
- El régimen de caducidad
- Demás reglas necesarias

A los criterios citados, el numeral 366.1 agrega los siguientes referidos a las sanciones de multa e inhabilitación temporal:

- Naturaleza de la infracción
- Ausencia de intencionalidad del infractor
- La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la entidad contratante
- Reconocimiento de la infracción
- Antecedentes de sanción impuestas por el TCP
- Conducta procesal
- Multa impaga

Como garantía para los administrados se indica que el TCP debe motivar su decisión cuando se pronuncia sobre estos aspectos.

8.1. Reconocimiento de la infracción, aplicación debajo del mínimo y el eximente de responsabilidad

El numeral 92.3 trata sobre el reconocimiento expreso de responsabilidad por la comisión de infracción por parte del administrado, lo que sucede luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador, el que es considerado para la graduación de la sanción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 del RLGCP.

En cuanto a la sanción por debajo del mínimo, el numeral 92.4 del artículo 92 de la LGCP y el numeral 366.2 del artículo 366 del RLGCP consideran que esta es viable en el caso de las infracciones por información inexacta y falsa, que son las infracciones descritas en los literales l) y m) del

numeral 87.1 del artículo 87 de la LGCP, siempre que se cumplan con las siguientes condiciones:

- Se demuestre que la información inexacta o el documento falso o adulterado haya sido entregado al participante, postor, proveedor o subcontratista por un tercero distinto a él.
- Se demuestre que este actuó con la debida diligencia para constatar la veracidad de la documentación o información presentada.
- Que los participantes, postores, proveedores o subcontratistas acrediten ante el TCP que han iniciado las acciones legales para la determinación de la responsabilidad originaria de quien presentó la información inexacta o el documento falso o adulterado, en este extremo el citado numeral del reglamento agrega que corresponde al administrado acreditar, con el medio probatorio correspondiente, el inicio de la acción penal respectiva, en el que se identifique al presunto autor de la entrega del documento falso o con información inexacta.

En el numeral 366.3 se regula el eximente de responsabilidad establecidos en la LPAG en los PAS a cargo del TCP, a excepción del supuesto de infracción establecido en el literal m) (información falsa) del numeral 87.1.

8.2. La responsabilidad en el caso de los consorcios y los casos de reorganización societaria

En el caso de los consorcios, el numeral 92.5 indica que la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en alguna o algunas de las infracciones tipificadas en el párrafo 87.1 del artículo 87, y cuando se trate de declaraciones juradas y toda información presentada en el procedimiento de selección, solo involucra a la propia situación de cada integrante.

A lo expuesto debemos indicar que mediante Acuerdo de Sala Plena N.° 05-2017/TCE, el Tribunal reguló sobre la individualización de responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio por presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, lo que ha sido acogido y ampliado en la presente normativa.

Cuando se trate de reorganización societaria, el numeral 92.7 establece que el TCP inicia o prosigue el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica que haya surgido de dicha reorganización, la que debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa, en caso de que el mencionado tribunal determine su existencia.

9. LAS SANCIONES Y SU AUTONOMÍA

Al igual que en la normativa derogada, la LGCP ha establecido un sistema escalonado y gradual de sanciones, las que se aplican según la gra-

vedad de la infracción cometida por participantes, postores, proveedores y subcontratistas, que es compatible con las aplicadas en la justicia ordinaria, por el cual la aplicación de una es compatible con la otra. Así, sobre la base de la autonomía de las responsabilidades, las sanciones que aplica el TCP son independientes de las que se puedan generar en el ámbito civil o penal debido a la comisión de la misma infracción, tal como se indica en el numeral 88.1 del artículo 88 de la LGCP:

> [...] que si bien un hecho puede generar diversos tipos de responsabilidad (penal, civil, administrativa), cada una de estas esferas del derecho son autónomas en la determinación de la comisión e imposición de la sanción [...] legalmente no es atendible el argumento referido a que este Tribunal utilice mayores elementos que no exige la norma para dar sustento a la determinación de la infracción cometida (Resolución N.° 0842-2017-TCE-S2).

Las sanciones que considera la normativa se encuentran establecidas en el numeral 88.2 de la LGCP, siendo estas las siguientes:

- Multa
- Inhabilitación temporal
- Inhabilitación permanente

Las sanciones indicadas no eximen de la obligación de cumplir con los contratos ya perfeccionados a la fecha en que la sanción queda firme.

9.1. La multa

En la exposición de motivos se indica que se ha privilegiado la multa respecto de las inhabilitaciones temporales, debido a que esta última puede significar la reducción del número de proveedores, lo que acarrea no solo la ausencia de estos, sino la baja en la competencia efectiva, afectándose con ello a los fondos públicos.

Sobre este tema, mediante Acuerdo de Sala Plena N.° 02-2025, el TCP ha establecido, en atención al principio de retroactividad benigna, que los proveedores sancionados con multa, y que a la fecha no la hayan pagado, se encuentran habilitados para contratar con el Estado.

En este orden tenemos que el numeral 89.1 LGCP establece la relación entre multa y temporalidad en la comisión de la infracción, al indicar que esta opera siempre que se trate de la primera o segunda comisión de infracción en los últimos cuatro años, y que sea cualquiera de las siguientes infracciones:

- Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta de manera reiterada (art. 87.a LGCP).
- Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar acuerdos marco (art. 87.b LGCP).
- Subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad contratante o en porcentaje mayor al permitido por el RLCE o cuando el subcontratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP o esté impedido o inhabilitado para contratar con el Estado (art. 87.c LGCP).
- Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago (art. 87.d LGCP).
- Suscribir contratos o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el RNP (art. 87.e LGCP).

9.1.1. Los tipos de determinación del monto de la multa y las consecuencias del no pago y del pronto pago

En principio, debemos indicar que el numeral 364.1 del artículo 364 del RLGCP establece que la multa es expresada en moneda nacional, por lo que los porcentajes que seguidamente presentamos deberán tener tal condición.

Los numerales 89.2 y 89.3 distinguen el monto de la multa en función del tipo de sujeto activo, y del tipo de contrato. La primera posibilidad, la regla general, es que la multa no es menor de 3 % ni mayor del 10 % del monto de la oferta económica o del contrato, no pudiendo, en ningún caso, ser inferior a una UIT. La segunda, cuando no se pudiera determinarse el monto de la oferta económica o del contrato, la multa será entre una y 15 UIT.

Cuando se trata de micro y pequeñas empresas, la multa no puede ser mayor al 8 % de la oferta económica o del contrato, agregando que cuando no se pueda determinar el monto de la oferta económica o el contrato, la multa no puede ser mayor a ocho UIT.

La tercera posibilidad se refiere a los contratos menores y aquellos derivados de los catálogos electrónicos de acuerdo marco cuyo valor corresponda a contratos menores, caso en el cual el TCP puede imponer una multa por debajo de los montos indicados.

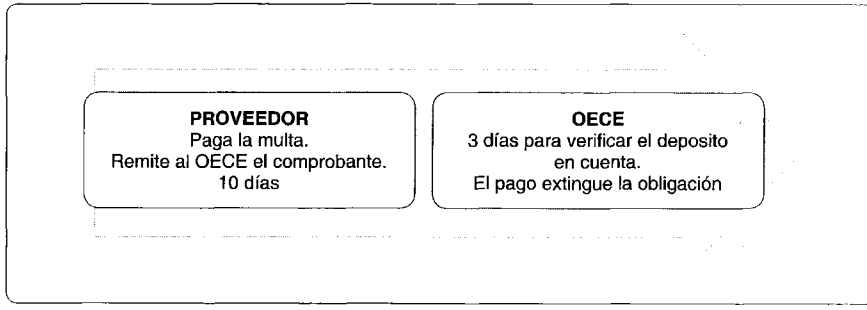
¿Qué sucede cuando no se paga la multa?

Al respecto, el numeral 89.5, concordante con el 364.3 del RLGCP, indica que, en caso de no pagarse la multa impuesta en el plazo máximo de 10 días de haber quedado firme la resolución, el OECE inicia los actos de ejecución coactiva correspondientes. La falta de pago de la multa es un criterio de graduación para las siguientes infracciones cometidas por el proveedor.

Algo adicional es el pronto pago, incorporado en el numeral 89.6, el que establece que en caso de efectuarse el infractor podrá obtener un descuento de hasta el 30 %, disposición concordante con lo establecido en el numeral 364.1 del artículo 364 del RLGCP.

9.1.2. El trámite de pago de la multa y del descuento por pronto pago

El trámite específico de pago es regulado por el OECE mediante directiva. En cuando al reglamento, tenemos que el tema es tratado en el numeral 364.2, el que establece que el proveedor sancionado paga la multa y remite al OECE el comprobante respectivo, en un plazo máximo de 10 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de haber quedado firme la resolución sancionadora, luego de comunicado el pago efectuado, el OECE tiene un plazo máximo de 3 días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva.



Por su parte, el numeral 364.4 del RLGCP indica que el proveedor sancionado puede acceder a un descuento de hasta el 30 % por el pronto pago de las multas. Las condiciones para acceder a dicho beneficio son las siguientes:

- No haber interpuesto recurso impugnativo sobre la resolución de sanción.
- A partir del día siguiente de la fecha de imposición, el proveedor puede acceder a un descuento de hasta un 30 % por un periodo de 5 días hábiles.

- A partir del sexto día hasta el décimo día hábil, el proveedor puede contar con un descuento del 15 %.

9.1.3. La gradualidad en la imposición de la multa

El numeral 364.6 indica que considerando los criterios de gradualidad establecidos en el artículo 366 del RLGCP, el que seguidamente citamos, la multa se aplica de acuerdo con lo siguiente:

GENERAL		
Infracciones	**Porcentaje de oferta económica o del contrato**	**Cuando no hay monto de la oferta económica o del contrato**
a), b), c), d), e)	3 - 6 %	1 - 7 UIT
f), g), h)	7 - 10 %	1 - 15 UIT

MYPES		
Infracciones	**Porcentaje de oferta económica o del contrato**	**Cuando no hay monto de la oferta económica o del contrato**
a), b), c), d), e)	1 - 4 %	1 - 3 UIT
f), g), h)	5 - 8 %	1 - 8 UIT

CONTRATOS MENORES		
Infracciones	**Porcentaje de oferta económica o del contrato**	**Cuando no hay monto de la oferta económica o del contrato**
d), e)	1 - 3 %	1 UIT - 3 UIT

9.1.4. La retención de la multa y el Pladicop

La posibilidad de que alguna entidad pueda efectuar una retención vinculada a alguna multa impaga se encuentra regulada en el artículo 365 del RLGCP, tema sobre el cual se indica que el OECE mediante directiva regulará el procedimiento operativo sobre el cobro de la multa, la cobranza coactiva y las retenciones. En cuanto al trámite de la retención por parte de la entidad, el numeral 365.1 establece que es el siguiente:

- La entidad contratante verifica en la Pladicop de manera previa a la suscripción del contrato si el proveedor cuenta con multas impagas.
- En caso se verifique que el proveedor tiene multas impagas que no se encuentren en procedimiento coactivo, se incorpora al contrato una cláusula de compromiso de pago de la multa, estableciéndose que durante la ejecución del contrato la entidad contratante retiene

de forma prorrateada hasta el 10 % del monto del contrato, para el pago o amortización de multas.

9.2. La inhabilitación temporal. Niveles

La inhabilitación temporal se encuentra considerada en el artículo 90 del RLGCP, en el que se establece que opera en cuatro niveles por la comisión de distintas infracciones.

9.2.1. Primer nivel

El primer nivel son las consignadas en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 87.1 de la LGCP, siempre que, en los últimos 4 años, ya se hubieran impuesto al proveedor 2 o más sanciones de multa o inhabilitación temporal. La sanción por imponer no puede ser menor de tres meses ni mayor de doce meses.

Las infracciones por las que procede la inhabilitación temporal en mérito de las condiciones descritas son:

- Desistirse o retirar injustificadamente su propuesta de manera reiterada (art. 87.a LGCP).
- Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de perfeccionar acuerdos marco (art. 87.b LGCP).
- Subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad contratante o en porcentaje mayor al permitido por el reglamento, o cuando el subcontratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP o esté impedido para contratar con el Estado (art. 87.c LGCP).
- Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago (art. 87.d LGCP).
- Suscribir contratos o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el RNP o suscribir contratos por montos mayores a su capacidad libre de contratación, en especialidades o categorías distintas a las autorizadas por el RNP (art. 87.e LGCP).

9.2.2. Segundo nivel

El segundo nivel es cuando se aplica en forma directa por la comisión de las infracciones consignadas en los literales f), g) y h), casos en los cuales la sanción por imponer no puede ser menor de 6 meses ni mayor de 18 meses. En caso de reincidencia en las referidas infracciones, la sanción no podrá ser menor de 12 meses ni mayor a 24 meses.

- Elaborar expedientes técnicos de obra con deficiencias o información equivocada, aun cuando se haya otorgado la conformidad respectiva, siempre que estos hayan generado el retraso en la ejecución de la obra al ser detectados, o no absolver oportunamente las consultas formuladas por la entidad contratante respecto del expediente técnico durante la ejecución contractual de la obra, de modo que ocasionen retraso en su ejecución (art. 87.f LGCP).
- Supervisar la ejecución de obras de manera negligente, de modo que perjudique económicamente a las entidades contratantes (art. 87.g LGCP).
- Perfeccionar el contrato, luego de notificada la suspensión en la Pladicop o recomendación de nulidad por el OECE o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el TCP, en el ejercicio de sus funciones (art. 87.h LGCP).

En este caso, el artículo 357 del RLGCP establece que en estos casos se considera como antecedente aquella sanción que finalmente fue ejecutada.

9.2.3. El tercer nivel

La norma en el literal c) establece el tercer nivel de sanciones temporales, siendo de aplicación por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en los literales i), j), k) y l) del numeral párrafo 87.1, siendo en este caso que la sanción por imponer no puede ser menor de 6 meses ni mayor de 24 meses.

- Contratar con el Estado estando impedido conforme a ley, con independencia del régimen legal de contratación aplicable, conforme al artículo 30 de la LGCP (art. 87.i LGCP).
- Ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato, incluidos aquellos contratos que se perfeccionen a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, siempre que dicha resolución no haya sido sometida a los mecanismos de solución de controversias o haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral (art. 87.j LGCP).
- No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la entidad contratante, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral (art. 87.k LGCP).
- Presentar información inexacta a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras. En el caso de las entidades contratantes, siempre que estén relacionadas con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos y que incidan necesaria y directamente en la obtención de una ventaja o beneficio concreto en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al TCP, al RNP o al OECE, la ventaja o el beneficio concreto debe estar relacionado con el procedimiento que se sigue ante estas instancias (art. 87.l LGCP).

9.2.4. El cuarto nivel

El cuarto nivel se configura en atención a la infracción más grave de las descritas en el numeral 87.1, indicándose que en este caso la sanción de inhabilitación no puede ser menor de 24 meses, ni mayor de 60.

- Presentar documentos falsos o adulterados a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras (art. 87.m LGCP).

9.3. La inhabilitación definitiva

La inhabilitación definitiva se encuentra regulada en el artículo 91 de la LGCP, en el que se describe el supuesto de aplicación, así como la forma de hacerlo. Así se indica que procede por la comisión de las infracciones establecidas en los literales i), j), k) y l) del numeral 87.1, siempre que en los últimos 4 años se haya impuesto al proveedor más de 2 sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de 36 meses.

- Contratar con el Estado estando impedido conforme a ley, con independencia del régimen legal de contratación aplicable, conforme al artículo 30 de la LGCP (art. 87.i LGCP).
- Ocasionar que la entidad contratante resuelva el contrato, incluidos aquellos contratos que se perfeccionen a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, siempre que dicha resolución no haya sido sometida a los mecanismos de solución de controversias o haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral (art. 87.j LGCP).
- No proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la entidad contratante, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral (art. 87.k LGCP).
- Presentar información inexacta a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras. En el caso de las entidades contratantes, siempre que estén relacionadas con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos y que incidan necesaria y directamente en la obtención de una ventaja o beneficio concreto en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones Públicas, al RNP o al OECE, la ventaja o el beneficio concreto debe estar relacionado con el procedimiento que se sigue ante estas instancias (art. 87.l LGCP).
- Presentar documentos falsos o adulterados a las entidades contratantes, al TCP, al RNP, al OECE o a Perú Compras (art. 87.m LGCP).

10. INHABILITACIÓN DEFINITIVA: CATÁLOGOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDO MARCO, LAS INFRACCIONES EN LOS CONTRATOS MENORES

El numeral 91.2 establece que, para efectos de la aplicación de la inhabilitación definitiva, no se consideran las sanciones impuestas por contratos menores y aquellos derivados de los catálogos electrónicos de acuerdo marco cuyos valores correspondan a contratos menores, salvo aquellas derivadas de la infracción referida a la presentación de documentos falsos o adulterados.

11. CUANDO EL POSTOR YA CUENTA CON INHABILITACIÓN DEFINITIVA

Finalmente, el numeral 91.3 indica que el TCP sanciona con inhabilitación definitiva los casos en los que el proveedor ya cuenta con dicha sanción y se determina que corresponde sancionarlo por la comisión de alguna de las infracciones previstas en los literales i), j), k), l) y m) que hemos glosado.

12. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Siempre dentro del marco doctrinario presentado, tenemos que antes de imponer la sanción correspondiente se debe garantizar el debido procedimiento, cuyos alcances hemos expuesto en el marco general del DAS, su pleno ejercicio y el inherente derecho de defensa, respecto del cual el TCP ha establecido que debía garantizarse a los administrados:

> [...] una actividad probatoria mínima y suficiente o indicios que generen convicción sobre los hechos imputados que permitan desvirtuar la presunción de licitud, según el cual se presume que los administrados han actuado apegados a sus deberes hasta que no se demuestre lo contrario [...] para establecer la responsabilidad de un administrado, se deben proporcionar u obtener todas las pruebas suficientes para determinar la comisión de la infracción y la responsabilidad del supuesto infractor, para que se produzca convicción suficiente 'más allá' de la duda razonable (Resolución N.° 0869-2017-TCE-S1).

13. SUSPENSIÓN DE LAS SANCIONES

El artículo 368 del RLGCP establece que la vigencia de la sanción solo se suspende por medida cautelar dictada por el Poder Judicial, por lo que, cancelada o extinta dicha medida cautelar, la sanción continúa su curso por el periodo restante al momento de la suspensión.

14. LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción es inherente al PAS, el plazo para procesar y sancionar no puede ser indefinido, sino que el Estado, y en este caso la Administración Pública, deben tener un plazo cierto, siendo este el sentido de la prescripción regulada en el artículo 93 de la LGCP.

La regla general es que las infracciones prescriben, para efectos de las sanciones, a los 4 años de cometida de acuerdo con la clasificación de tipos infractores, en concordancia con lo establecido en el artículo 252 del

T.U.O. de la LPAG[169], sujetándose a esta en todo, salvo en lo relativo a la suspensión del plazo de prescripción, tal como lo indica el numeral 363.1 del artículo 363 del RLGCP.

El numeral 93.2 se refiere a la prescripción en caso de la comisión de la infracción de presentación de documento falso o adulterado, donde se indica que la sanción prescribe a los 7 años de cometida la infracción.

14.1. Suspensión del plazo de prescripción

La norma establece causales específicas para la suspensión del plazo de prescripción, indicando que esta se produce en las siguientes situaciones:

- Cuando para la determinación de responsabilidad sea necesario contar, previamente, con decisión judicial o arbitral, el plazo de prescripción se suspende por el periodo que dure dicho proceso jurisdiccional.
- Cuando el Poder Judicial ordene la suspensión del procedimiento sancionador.

Por su parte, el numeral 363.2 del RLGCP adiciona a las situaciones que suspenden el plazo de prescripción, la notificación válidamente realizada al presunto infractor del inicio del PAS.

169 Artículo 252.- Prescripción

252.1. La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

252.2. El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes. El cómputo del plazo de prescripción solo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 255, inciso 3. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

252.3. La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos. En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

En este caso, la suspensión se mantiene hasta el vencimiento del plazo con que el que cuenta el TCP para emitir la resolución. Si el TCP no se pronuncia dentro del plazo correspondiente, la prescripción retoma su curso, adicionándose el periodo transcurrido con anterioridad a la suspensión.

Respecto de la declaratoria de la prescripción, en el numeral 363.3 se indica que esta es declarada de oficio o a pedido de parte en cualquier fase del procedimiento administrativo sancionador, cuando es alegada por el administrado, se resuelve en la oportunidad establecida, sin necesidad de medio probatorio o actuación adicional, por la sola constatación del plazo cumplido.

14.2. Criterios del Tribunal

i. La prescripción como mecanismo de defensa

Con relación a la prescripción como mecanismo de defensa tenemos que se ha establecido que "[...] la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada[...]" (Resolución N.° 1274-2011-TC-S4), mientras que en la Resolución N.° 472-2012-TC-S2, el Tribunal, citando el Expediente N.° 2627-2004-AA/TC del Tribunal Constitucional, indicó que la prescripción:

> [...] debe ser planteada como vía de defensa antes que la Administración Pública emita su pronunciamiento[170], caso contrario, la misma no opera, al no ser planteada de manera oportuna. Cabe acotar que dicho criterio ha sido recogido por este Tribunal en anteriores ocasiones, señalando que la solicitud de prescripción debía ser plantea-

170 En el Expediente N.° 2627-2004-AA/TC, se ha indicado literalmente en los fundamentos e, f y g del numeral 3), lo siguiente: "[...] e. Hecha la precisión, conviene señalar que el inciso 3) del artículo 233 de la Ley N.° 27444 [norma de superior jerarquía a las disposiciones del Reglamento Disciplinario aprobado por Resolución N.° 032-2000-CNM, y en vigor a la fecha de apertura de la investigación en febrero del 2002] dispone que los administrados plantean la excepción por vía de defensa. Por lo tanto, queda claro que la excepción de prescripción no opera de pleno derecho, sino a instancia de parte por vía de defensa. f. De autos (f. 4) se aprecia la Resolución N.° 066-2002-PCNM, de 12 de agosto del 2002, que le impuso al actor la medida disciplinaria de destitución. Sin embargo, de los recursos de reconsideración de 20 de agosto y 5 de setiembre del 2002, que en copia corren a fojas 55 y 58 de autos, respectivamente, en concordancia con la Resolución N.° 453-2002-PCNM, del 9 de octubre del 2002, se desprende que el actor, recién el 5 de setiembre del 2002, planteó la excepción de prescripción, esto es, con posterioridad a la expedición de la resolución de destitución. g. Siendo ello así, mal puede argumentarse que la resolución de destitución transgredió disposición legal alguna, dado que, como se ha explicado, la excepción debió ser denunciada oportunamente por el actor como medio de defensa, esto es, antes de que fuera expulsado de la magistratura, tanto más cuanto que no era facultad de la Administración invocarla de oficio".

da e invocada antes que emita su pronunciamiento[171] (Resolución N.° 472-2012-TC-S2).

15. LA CADUCIDAD DEL PAS

La caducidad del PAS es regulada en el artículo 369 del RLGCP, el que establece como plazo máximo del procedimiento sancionador 9 meses, contado desde el día siguiente de la notificación de su inicio al administrado; plazo que puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por 3 meses, para los que se deberá emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento.

La caducidad puede ser declara de oficio o a pedido de parte, siendo que la consecuencia en ambos casos es el archivamiento del expediente sancionador. Si es alegada por el administrado, indica la norma, se resuelve sin necesidad de medio probatorio o actuación adicional, a partir de la sola constatación del plazo cumplido.

15.1. Cuando son varios administrados y las consecuencias de la caducidad

El numeral 369.2 indica que en caso el inicio del procedimiento sancionador se haya notificado a dos o más administrados, el plazo de caducidad se cuenta desde el día siguiente de la fecha de la última notificación de inicio. Por su parte, el 369.3 se refiere a la consecuencia de la caducidad, que es la de dar lugar al inicio de un nuevo PAS siempre que la potestad sancionadora no hubiera prescrito.

16. EL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

Luego de impuesta la sanción, como consecuencia del PAS, el administrado tiene la posibilidad de solicitar la reconsideración, procedimiento que no constituye la reedición del anterior, sino que tiene por objeto la revocatoria, reforma o sustitución del acto administrativo, para lo que la refutación debe sustentarse en "[...] elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido" (Gordillo, 2016, p. 443), como puede suceder cuando "[...] no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la elaboración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo[...]" (Gordillo, 2016, p. 443).

171 Véase la Resolución N.° 707-2010-TC-S3, de 15 de abril del 2010, y la Resolución N.° 965-2010-TC-S4, de 19 de mayo del 2010.

La norma regula el recurso de reconsideración contra lo resuelto por el TCP, específicamente en el artículo 370 del RLGCP, en el que se establecen las siguientes reglas:

- Se interpone dentro de los 15 días hábiles de notificada la respectiva resolución.
- Como requisito de admisibilidad del recurso de reconsideración se acompaña una garantía equivalente a 1 UIT, la que cumple con las características indicadas en el artículo 61 de la LGCP que regula las garantías, y tiene una vigencia mínima de 60 días calendario.
- La garantía puede consistir en un depósito en cuenta bancaria del OECE.
- De no presentarse la garantía, que es un requisito de admisibilidad, se otorga al impugnante el plazo máximo de 2 días hábiles para su subsanación, después de lo cual, sin que se produzca dicha subsanación, el recurso de reconsideración se considera automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno, y los recaudos se ponen a disposición del impugnante para que los recabe en la mesa de partes del TCP o sus oficinas desconcentradas.
- El pedido de audiencia pública solo puede formularse al interponerse el recurso de reconsideración.
- Cuando se declare fundado, en todo o en parte, el recurso de reconsideración o se declare nulo el procedimiento administrativo sancionador, se devuelve la garantía presentada.
- De declararse infundado o improcedente el recurso, se ejecuta la garantía.
- El TCP resuelve dentro del plazo de 30 días hábiles improrrogables de presentado, sin observaciones o subsanado, el recurso de reconsideración.
- En el caso de consorcios, el plazo se computa desde la presentación del último recurso presentado.
- La interposición del recurso de reconsideración difiere el inicio de la vigencia de la sanción mientras este no sea resuelto por el TCP.

17. NOTIFICACIÓN Y VIGENCIA DE LAS SANCIONES

El artículo 371 del RLGCP regula el régimen de notificaciones en el PAS, estableciendo para tal efecto las siguientes reglas:

- La notificación de los actos y/o actuaciones administrativas que se realicen en los PAS a cargo del TCP se efectúa mediante casilla electrónica asignada a los proveedores, dentro del horario de atención del OECE.
- En caso la notificación electrónica se realice fuera de dicho horario, se entiende realizada el día hábil siguiente.
- La notificación se entiende válidamente efectuada con el depósito del documento que contiene los actos y/o actuaciones administrativas en la casilla electrónica.
- La sanción es efectiva desde el décimo sexto día hábil siguiente de la notificación electrónica.

- En el caso de la resolución de reconsideración es efectiva al día siguiente de la notificación.

18. EL ILÍCITO PENAL

El numeral 371.3 se refiere al caso en que las conductas pudieran adecuarse a un ilícito penal, situación en la cual el TCP comunica al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente, indicando las piezas procesales que se remiten para tal efecto. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que mediante Acuerdo N.° 009/005 del 2001, el Tribunal estableció que en caso el RNP formule una denuncia penal por actos que constituyan causa de aplicación de sanción, el Tribunal no suspenderá el trámite del proceso administrativo debido a la finalidad distinta y carácter propio que poseen cada uno de los referidos procesos administrativos y penales.

19. LA ACCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El artículo 372 establece que la acción contencioso-administrativa procede contra:

- La resolución que impone una sanción; o
- La resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria.

20. EL PAS

El PAS está compuesto por la determinación de las autoridades competentes, las fases, la suspensión y sus efectos.

20.1. Las autoridades competentes del PAS

El artículo 360 del RLGCP establece las fases y las autoridades del procedimiento administrativo sancionador, estableciendo para tal efecto el siguiente orden:

Fase instructiva

Esta etapa es conducida a través de secretarías técnicas del procedimiento administrativo sancionador del TCP (ST PAS), que se desempeñan como órganos instructores, según la conformación del TCP.

Fase sancionadora

De conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la LGCP, la potestad de sancionar recae en el TCP, a través de las Salas que las conforman.

20.2. Las reglas del PAS en la fase instructiva y sancionadora

El artículo 361 del RLGCP establece las siguientes reglas para el PAS en el ámbito de la LGCP, distinguiendo entre la fase instructiva y la fase sancionadora.

REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN LA FASE INSTRUCTIVA

- La fase instructiva, se encuentra a cargo de las ST PAS y comprende las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa, incluyendo las actuaciones anteriores al inicio, señaladas en el Reglamento.
- Recibida la denuncia o petición motivada, esta es remitida, de manera aleatoria, a cualquiera de las ST PAS, salvo excepciones establecidas en los lineamientos del TCP.
- Las ST PAS, previo al inicio del procedimiento sancionador, pueden solicitar a la entidad contratante, información y/o documentación complementaria que no haya sido proporcionada en la denuncia correspondiente. Tratándose de procedimientos promovidos de oficio, por petición motivada o comunicación de algún órgano del OECE, se puede requerir, a la entidad contratante que corresponda, información y/o documentación que pueda considerarse relevante. El plazo para realizar estas actuaciones es de veinte días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la denuncia.
- Las entidades contratantes están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el literal precedente en un plazo no mayor de diez días hábiles de notificada, bajo responsabilidad.
- Vencido el plazo otorgado, con contestación o sin ella y siempre que se determine que existen indicios suficientes de la comisión de infracción, las ST PAS disponen el inicio del procedimiento administrativo sancionador dentro de los diez días hábiles siguientes.
- Cuando se advierta que no existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, las ST PAS disponen, mediante decreto, el archivo del expediente.
- Cuando se advierta que existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la ST PAS que corresponda, procede a notificar al (los) presunto (s) infractor (es), para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación contenida en el expediente.
- La ST PAS realiza todas las actuaciones necesarias para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. Asimismo, puede disponer la actuación de los medios de prueba que resulten necesarios para la comprobación de los hechos considerados en el procedimiento sancionador.
- La ST PAS, dentro del plazo de la fase de instrucción, puede disponer la ampliación de cargos, en cuyo caso se procede a notificar al administrado, dando la misma oportunidad para la presentación de descargos. En el supuesto de ampliación de cargos, la fase de instrucción se amplía por dos meses adicionales.
- La ST PAS evalúa de oficio o a pedido de parte, la prescripción de la infracción administrativa o la caducidad del procedimiento administrativo sancionador. La declaración de prescripción o caducidad se realiza mediante decreto debidamente motivado en un informe. En este último caso, la ST PAS analiza si corresponde el inicio de un nuevo procedimiento sancionador.
- La ST PAS evalúa de oficio o a pedido de parte, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador. La declaración de suspensión se realiza mediante decreto debidamente motivado en un informe.

- La fase instructiva culmina con la emisión y notificación del informe en el que la ST PAS se pronuncia sobre la existencia o no de la infracción imputada, recomendando al órgano sancionador, la sanción a ser impuesta, de corresponder. La notificación del Informe de Instrucción se realiza al imputado y al órgano sancionador, como máximo al día siguiente de emitido.
- En caso de devolución efectuada por el órgano sancionador, la ST PAS evalúa los argumentos expuestos, adoptando las acciones correspondientes y elaborando un nuevo pronunciamiento, el cuál debe ser remitido al órgano sancionador, en un plazo no mayor de treinta días hábiles.
- La fase instructiva tiene una duración de tres meses, contabilizados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

REGLAS DE LA FASE SANCIONADORA

- La fase sancionadora se encuentra a cargo del TCP y comprende desde la remisión a sala y culmina con la emisión de la resolución que impone la sanción correspondiente o declarar no ha lugar a su imposición. Asimismo, el TCP puede declarar la prescripción de la infracción imputada o la caducidad del procedimiento.
- La fase sancionadora tiene una duración de hasta sesenta días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de la remisión del expediente a la sala.
- Dentro de los tres días hábiles de remitido el expediente a la Sala del TCP, el administrado puede solicitar audiencia para hacer uso de la palabra. La convocatoria a audiencia se realiza a través del decreto correspondiente, el cual contiene las reglas para su desarrollo.
- Dentro de los diez días hábiles siguientes de recibido el expediente en la Sala, el TCP puede devolver en una sola oportunidad el expediente a la ST PAS, para subsanar o complementar alguna actuación en la fase de instrucción, a fin de garantizar que se respeten las garantías del debido procedimiento.
- Concluida la evaluación del pronunciamiento emitida por la ST PAS y realizadas las actuaciones correspondientes a esta fase, el TCP, emite su resolución.
- De no emitirse la resolución dentro del plazo establecido en el literal precedente, la Sala mantiene la obligación de pronunciarse, hasta que se cumpla el plazo de caducidad, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponda, de ser el caso.

En cuanto a la notificación del inicio del PAS, en la Décimo Octava Disposición Complementaria Transitoria del RLGCP, se establecen que mientras se implemente la notificación vía casilla electrónica, que la notificación se efectuará en forma personal en el domicilio consignado en el RNP.

20.3. La suspensión del PAS

¿Cuáles son las causales para la suspensión del PAS? Al respecto, el artículo 362 indica que este se suspende en los siguientes casos:

Exista mandato del Poder Judicial debidamente notificado al OECE

A solicitud de parte o de oficio, cuando el TCP considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar previamente con decisión arbitral o judicial

En el caso de arbitraje, este debe haber sido iniciado en el plazo de caducidad previsto en la LGCP o el Reglamento

20.4. Efectos de la suspensión

El numeral 362.2 indica que la suspensión opera hasta que el administrado, la entidad contratante, el árbitro o tribunal arbitral, comunique y remita al TCP el laudo respectivo, debiendo ser declarada por la ST-PAS o la sala correspondiente, dicho laudo debe encontrarse debidamente registrado en la Pladicop. Asimismo, agrega que la suspensión del procedimiento administrativo sancionador por parte de las ST PAS o las salas, según corresponda, suspende los plazos de prescripción y de caducidad.

Finalmente, el numeral 362.4 dispone que la entidad contratante, bajo responsabilidad, comunica al TCP la conclusión del arbitraje o del proceso judicial en un plazo no mayor a diez días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso.

20.5. Procedimientos Administrativos Sancionadores a cargo del TCP

En la Décimo Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RLGCP, se establecen las siguientes reglas respecto de la organización de los PAS, indicando que, de conformidad con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la LGCP, en un plazo que no exceda el primer trimestre del Año Fiscal 2026, el OECE implementa las autoridades instructoras para los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del TCP, de conformidad con lo dispuesto en la LPAG.

Los procedimientos administrativos sancionadores iniciados durante el referido plazo, se tramitan conforme a las siguientes reglas:

- Interpuesta la denuncia o petición motivada o una vez abierto el expediente, las Secretarías Técnicas del PAS (ST PAS) tienen un plazo de diez días hábiles para realizar la evaluación correspondiente. De encontrar indicios suficientes de la comisión de la infracción, las ST PAS emiten el decreto del inicio de procedimiento administrativo sancionador.
- En el mismo plazo, las ST PAS pueden solicitar a la entidad contratante, información relevante adicional o un informe técnico-legal complementario. Tratándose de procedimientos de oficio, por petición motivada o denuncia de tercero, requieren a la entidad contratante que corresponda un informe técnico-legal, así como la información que lo sustente y demás información que pueda considerarse relevante.
- Las entidades contratantes están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el literal precedente en un plazo no mayor de diez días hábiles de notificada, bajo responsabilidad de la autoridad de la gestión administrativa.
- Vencido el plazo otorgado, con contestación o sin ella, cuando se determine que existen indicios suficientes de la comisión de infracción, las ST PAS emiten el decreto de inicio del procedimiento administrativo sancionador dentro de los diez días hábiles siguientes.
- Cuando se advierta que no existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o la denuncia esté dirigida contra una persona natural o jurídica con inhabilitación definitiva, las ST PAS emiten el decreto de archivo del expediente, sin perjuicio de comunicar al Ministerio Público y/o a los órganos del Sistema Nacional de Control, cuando corresponda.
- Las ST PAS evalúan si ha operado la prescripción de la infracción administrativa y la declara mediante decreto debidamente motivado, sin perjuicio de comunicar a la entidad contratante y/o a los órganos del Sistema Nacional de Control, cuando corresponda.
- Iniciado el procedimiento sancionador, las ST PAS notifican al proveedor, para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación contenida en el expediente. En este acto, el emplazado puede solicitar el uso de la palabra en audiencia con las Salas del TCP que corresponda.
- Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin este, el expediente se remite a la Sala correspondiente del TCP, en un plazo no mayor de diez días hábiles. Las Salas puede realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información que sea relevante para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.
- Las Salas del TCP emiten su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres meses de recibido el expediente. Excepcionalmente y, por única vez, dicho plazo se amplía por tres meses adicionales desde la recepción del expediente por la sala correspondiente, cuando se haya dispuesto la ampliación de cargos.
- De no emitirse la resolución dentro del plazo establecido en el numeral precedente, la Sala mantiene la obligación de pronunciarse.

PARTE V

ENFOQUES, ORGANIZACIÓN Y ACTOS PREPARATORIOS O DE PLANIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Capítulo XVI

LOS ENFOQUES DE LA LEY GENERAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

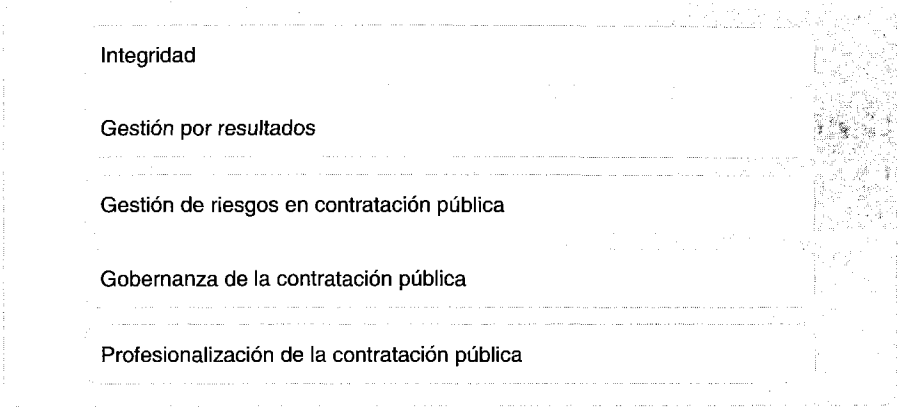
La sujeción a los acuerdos comerciales. Los actores de la contratación pública. La organización de las compras públicas: SNA, DGA-MEF, OECE. Perú Compras. Entidades contratantes. Titular de la entidad. La autoridad de gestión administrativa. El área usuaria. El área técnica estratégica. Los compradores públicos

SUMARIO: 1. Los enfoques de la LGCP. – 1.1. El enfoque de integridad. – 1.2. Gestión por resultados. – 1.3. Gestión de riesgos en contratación pública. – 1.4. Gobernanza de la contratación pública. – 1.5. Profesionalización de la contratación pública. – 2. La sujeción a los acuerdos comerciales. – 3. Los actores del proceso de contratación pública. – 3.1. El SNA y la DGA del MEF. – 3.2. El OECE. Organismo especializado. – 3.2.1. Las funciones del OECE. – 3.2.2. Órganos del OECE. – 3.3. Perú Compras. – 3.4. Las entidades contratantes. – 3.4.1. El titular de la entidad. – 3.4.2. La autoridad de gestión administrativa. – 3.4.3. El área usuaria. – 3.4.4. El área técnica estratégica. – 3.4.5. La dependencia encargada de las contrataciones. – 3.4.6. Los compradores públicos.

Los enfoques de la Ley se encuentran establecidos en el artículo 5 de esta, y tienen como finalidad "focalizar, informar u orientar la actuación de los actores participantes en el proceso de contratación pública" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 48), constituyendo una novedad de la normativa, por cuanto de los citados solo el de gestión por resultados tiene antecedentes en la normativa derogada.

1. LOS ENFOQUES DE LA LGCP

Los enfoques establecidos en el artículo 6 de la LGCP son cinco, los que desarrollamos en los siguientes rubros.



1.1. El enfoque de integridad

En la exposición de motivos se refiere que este enfoque está en relación con la lucha contra la corrupción, la que, indica, genera las siguientes consecuencias en el ámbito de las contrataciones públicas:

> i) pérdidas económicas, como resultado de la apropiación indebida de fondos públicos; ii) desconfianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, así como en los funcionarios o servidores encargados de administrar el dinero de los contribuyentes en aras del interés público, entre otros; iii) menos competencia; y, iv) pérdida para el Estado en la medida que no obtiene bienes, servicios u obras de buena calidad y precio (Poder Ejecutivo, 2024, p. 48).

Normativamente, tenemos que el literal a) del artículo 6 de la LGCP establece dos tramos en su definición, en el primero aborda el marco conceptual indicando que este enfoque "consiste en la promoción de la conducta funcional y actividad comercial responsable, así como en el diseño e implementación de instrumentos, mecanismos y acciones para prevenir las prácticas indebidas o corruptas en la contratación pública".

Sobre la base de esta definición, se agrega el aspecto procedimental indicando que los actores de la contratación pública, en el marco de sus respectivas competencias:

- Impulsan y desarrollan mecanismos de apertura de datos
- Mejoras en la gestión de la comunicación y publicidad de las decisiones de las entidades contratantes
- Pactos de integridad
- Orientaciones que instruyan a los servidores públicos en la identificación y solución de situaciones que presenten conflictos de intereses, y otras que puedan afectar la integridad pública, de modo que dichos servidores garanticen la transparencia de la información pública sobre las contrataciones y la respectiva rendición de cuentas en todas las instancias

1.2. Gestión por resultados

Este enfoque estaba considerado en la normativa derogada, el que ha sido expuesto en distintos apartados del presente texto, siendo que en la actual hace referencia de su importancia para la administración pública en general, agregando que en la gestión de recursos públicos se debe cuidar que estos impacten beneficiosamente en la ciudadanía, cuidando la calidad del gasto público.

Normativamente tenemos que el literal b) considera a la gestión por resultados como una estrategia de gestión pública que permite vincular la asignación de recursos presupuestales, bienes y servicios (productos), y resultados a favor de la población, con la característica de permitir que estos puedan ser medibles. Apreciación a la que agrega que esta contribuye a la mejora de la calidad del gasto público al propiciar que las entidades contratantes empleen los recursos públicos con eficacia y eficiencia, así como a mejorar la toma de decisiones en materia presupuestal y de gestión.

1.3. Gestión de riesgos en contratación pública

En el capítulo en que tratamos sobre el Sistema Nacional de Control abordamos el tema del riesgo, específicamente en la Guía de Auditoría de

Procesos de Selección, el que es relevante también en la gestión de las contrataciones públicas y sobre el cual la exposición de motivos se extiende. Así, indica que este constituye un proceso dinámico, debiendo ser implementado en todas las fases y modalidades de la contratación pública, en mérito al cual "se pretende contar con un mapeo proactivo, preventivo y transversal de acciones y actividades que contribuyan a manejar de manera sistémica y óptima los riesgos positivos y disminuir la posibilidad de impacto de los riesgos negativos que puedan afectar el cumplimiento de la finalidad pública que se busca en la contratación de bienes, servicios y obras" (Poder Ejecutivo, 2024, pp. 48-49).

La exposición continúa indicando que el enfoque de gestión de riesgos que se viene aplicando en los contratos de obra debe ser pública, debe ser ampliado a las distintas fases del procedimiento, así como a las diferentes modalidades de contratación.

Como sustento de la apreciación se cita el Oficio N.° 003398-2023-CG/DC, del 19 de octubre del 2023, de la CGR, así como a las recomendaciones de la OCDE, que plantea que los países adherentes "integren las estrategias de gestión de riesgos para la definición, detección y atenuación de estos a lo largo del ciclo de la contratación pública".

Por su parte, el literal c) ubica al enfoque de gestión de riesgos como un proceso dinámico, que abarca todas las etapas de la contratación pública, y que comprende las actividades y las acciones proactivas, preventivas y transversales adoptadas por una entidad contratante para identificar los riesgos que esta enfrenta en la contratación de bienes, servicios y obras.

Las actividades y acciones descritas se realizan sobre la base de la identificación, análisis, valoración, gestión, control y monitoreo de riesgos, que permiten tomar decisiones informadas y aprovechar las oportunidades potenciales derivadas de estos.

Finalmente, agrega que las entidades contratantes realizan la gestión de riesgos a fin de aumentar la probabilidad y el impacto de riesgos positivos y disminuir la probabilidad y el impacto de riesgos negativos, que puedan afectar el cumplimiento de la finalidad pública buscada. En todo momento, la gestión de riesgos debe considerar una mejora en la administración y en el uso de los recursos públicos.

1.4. Gobernanza de la contratación pública

La exposición de motivos indica que este enfoque implica la gestión efectiva, eficaz, ordenada y transparente del proceso de contratación pú-

blica, proceso que debe venir acompañado de la participación de todos los actores, como son las consultas públicas, solicitar comentarios del sector privado y de la sociedad civil y, garantizar la publicación de los resultados (Poder Ejecutivo, 2024, pp. 49-50).

El enfoque glosado es tratado en el literal d) del citado artículo 6, el que indica que mediante él se prioriza la gestión efectiva, eficaz, ordenada y transparente del proceso de contratación pública, en cumplimiento del mandato constitucional que busca promover la transparencia y la protección del interés general.

La norma considera a este enfoque como multidimensional, por cuanto comprende a los mecanismos internos de las entidades contratantes, como las vías externas de participación de los otros actores, precisando que para ello se requiere la articulación de los involucrados en el proceso de contratación pública, deviniendo en fundamental para la consecución del fin público de adquirir bienes, servicios y obras.

1.5. Profesionalización de la contratación pública

Este tema siempre ha sido objeto de preocupación en las distintas normas derogadas, no siendo la excepción la actual, sobre la cual la exposición de motivos indica que es indispensable que las entidades públicas cuenten con profesionales especializados a efectos de contribuir "a la predictibilidad de las actuaciones en la compra pública y a la eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 50), decisión que trasciende al personal de le entidad para incorporar "a todos los que participan en la cadena de abastecimiento público (por ejemplo, aquellos encargados de la programación, almacén, etc.)" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 50), siendo esta una recomendación de la OCDE del año 2017.

> [Fortalecer] las capacidades de contratación, precisando que la puesta en práctica eficaz requiere una fuerza laboral de contratación pública debidamente capacitada. Ello, a su vez, requiere planificación estratégica de la fuerza laboral. La identificación de brechas en capacidades y conocimiento ayudará a determinar la mejor manera de perfeccionar las capacidades de adquisición.
>
> Los pasos a seguir incluyen: reconocer el carácter único y la especificidad de la función de contratación, definir los perfiles de los puestos de contratación, introducir un sistema de certificación y gestión del desempeño, desarrollar un plan de capacitación específico y detallado para la contratación pública, así como evaluar cursos y capacitadores de forma más sistemática, incluyendo contar con la participación del sector privado.

> El desarrollo e implementación de este enfoque permitirá incidir y superar la situación problemática relacionada con el desconocimiento de la normativa y dinámica de los procesos de contratación por parte de los responsables a cardo de estos procesos (Poder Ejecutivo, 2024, pp. 50-51).

Por su parte, el literal e) del artículo 6 indica que mediante este enfoque se debe impulsar la promoción de estrategias de profesionalización integrales y dinámicas de los compradores públicos, lo que constituye una prioridad para la mejora continua en las contrataciones públicas.

En este caso se indica que el OECE, en coordinación con la DGA, son responsables de generar espacios de capacitación, entrenamiento y certificación de los compradores públicos, para conformar equipos especializados y profesionales en toda entidad contratante, capaces de reducir los riesgos y de garantizar la seguridad jurídica, eficiencia y eficacia en el uso de los recursos públicos.

2. LA SUJECIÓN A LOS ACUERDOS COMERCIALES

El artículo 8 de la LGCP se refiere a la sujeción a acuerdos comerciales u otros compromisos internacionales vigentes donde el Perú sea parte, indicando que en las contrataciones públicas se debe cumplir con lo ahí pactado; regla general que tiene su especificación en el numeral 8.2 respecto al trato similar.

Así se indica que en las contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de los acuerdos comerciales u otros compromisos internacionales, que impliquen la aplicación de los principios de trato nacional y no discriminación, las entidades contratantes conceden incondicionalmente a los bienes y servicios de la otra parte y a los proveedores de la otra parte un trato similar o no menos favorable que el otorgado por la normativa peruana a los bienes y servicios nacionales y a los proveedores nacionales, de conformidad con las reglas, requisitos y procedimientos establecidos en la LGCP.

3. LOS ACTORES DEL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

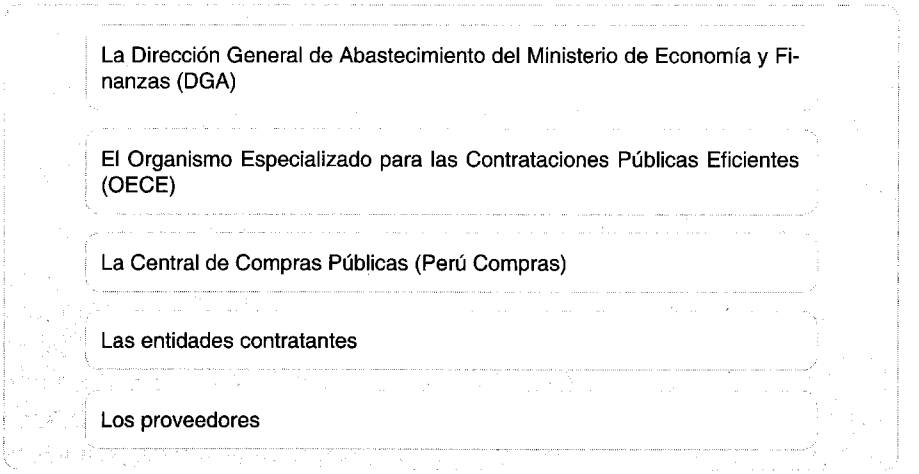
En la exposición de motivos de la LGCP se hace un recuento de la regulación de la estructura de las contrataciones públicas, la que ha quedado registrada en las distintas leyes, como son la Ley N.° 26850, el Decreto Legislativo N.° 1017, la Ley N.° 30225, y la actual la Ley N.° 32069. Así, se cita al CONSUCODE, al OSCE, y a la Central de Compras Públicas - Perú Compras, a los que se agrega el Sistema Nacional de Abastecimiento

por Ley N.° 22056 y el Decreto Legislativo N.° 1439, siendo este último el vigente.

En relación con la organización y la gobernanza, se indica, citando a la OCDE:

> [...] el diseño organizacional general y la gobernanza de toda función de contratación juega un papel enorme en determinar si el marco de la adquisición es, o no, eficaz y responsable. Las estructuras y sistemas de gobernanza débiles obstaculizan la eficiencia y afectan directamente los gastos públicos y los recursos de los contribuyentes. Para optmizar el valor público a lo largo del ciclo de adquisiciones, es esencial garantizar la efectividad, la transparencia y la rendición de cuentas a través de la estructura y gobernanza de la función de contratación (Poder Ejecutivo, 2024, p. 54).

Desde esta perspectiva, el artículo 9 de la LGCP ha establecido quiénes son los actores en los procesos de contratación regulados por ella.



3.1. El SNA y la DGA del MEF

Al SNA se le define como el conjunto de principios, procesos, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos para la provisión de bienes, servicios y obras, a través de las actividades de la Cadena de Abastecimiento Público (CAP)[172], estando regulado por el Decreto Legislativo N.° 1439 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N.° 217-2019-EF.

172 Numeral 4.1 del artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 1439

En cuanto a su conformación, el artículo 5 del citado decreto legislativo, establece que este se haya integrado por la Dirección General de Abastecimiento del MEF, que es el ente rector de todo el SNA; el OSCE, que es el organismo técnico especializado; y la Central de compras Públicas (Perú Compras), que actúa como el organismo público ejecutor.

En este orden, tenemos que la planificación que realizan las entidades para la contratación de servicios, adquisición de bienes y ejecución de obras, debe ser comprendida dentro del nuevo contexto normativo, el mismo que constituye un avance en la modernización del Estado.

Por su parte, la exposición de motivos refiere que la DGA tiene el nivel de ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento, siendo por ello la máxima autoridad técnico-normativa que se concreta a través de la Cadena de Abastecimiento Público (CAD).

La CAD se define así:

> [...] el conjunto de actividades interrelacionadas que abarca desde la programación hasta la disposición final, incluyendo las actividades involucradas en la gestión de adquisiciones y administración de bienes, servicios y ejecución de obras para el cumplimiento de la provisión de servicios y logro de resultados, en las entidades del sector público (Poder Ejecutivo, 2024, p. 55).

Normativamente tenemos que el Decreto Legislativo N.° 1439, que regula su actividad, establece que son funciones de esta dictar normas relacionadas al ámbito de su competencia; emitir normas y directivas complementarias referidas a la estandarización e integración en la prestación de servicios de mantenimiento, alquiler de locales, seguro, seguridad, distribución, almacenamiento y otras actividades relacionadas al sistema; conducir y promover la operatividad, articulación e integración del SNA con las entidades del sector público; programar, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la gestión de las actividades que componen el SNA, con responsabilidad en el establecimiento de metas e indicadores de desempeño para el cumplimento cabal, en el caso específico de las contrataciones públicas, de las funciones, actividades y estrategias que ejecuten tanto OECE como Perú Compras (Poder Ejecutivo, 2024, p. 55).

A tenor con lo expuesto, en el artículo 10 de la LGCP se indica que la DGA es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del SNA, ejerciendo sus funciones de acuerdo con lo establecido en el citado Decreto Legislativo N.° 1439; disposición concordante con el artículo 4 del RLGCP, el que agrega que es responsable de dictar las normas sobre contrataciones

públicas, en el marco de la cadena de abastecimiento público, así como emitir opinión vinculante sobre la interpretación de la LGCP y su Reglamento.

3.2. El OECE. Organismo especializado

Los organismos públicos especializados vienen definidos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N.° 29158, siendo esta la naturaleza jurídica del OECE, que es el organismo especializado para compras eficientes, siendo la tercera denominación que recibe un organismo similar desde la promulgación de la Ley N.° 26850, ya que antes fue CONSUCODE y luego OSCE.

Pero el tema no es solo de denominación, sino de ejercicio de funciones. En las anteriores, la función principal era la de supervisión de las contrataciones públicas, dejando a la CGR el control de estas, siendo que en la actividad real ambas entidades se cruzaban en el ejercicio de sus actividades, por lo que para evitar duplicidad de funciones se indica que es necesario fortalecer la "[...] supervisión que tiene como componente el acompañamiento a través de la asistencia técnica para el logro de resultados, participando con la entidad contratante en la mejora de sus procesos de gestión, suponiendo en algunos casos, la aplicación de medidas o disposiciones que las ayuden a corregir o validar los procesos en curso o, en otros casos, la suspensión de los procedimientos de selección" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 56). Siendo esta la razón del cambio de denominación de OSCE a OECE.

Estando a lo expuesto, la LGCP y su reglamento desarrollan en extenso las funciones y órganos que comprende el OECE.

3.2.1. Las funciones del OECE

Los numerales 11.1 y 11.2 del artículo 11 de la LGCP definen al OECE como un organismo técnico especializado adscrito al MEF, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, administrativa, funcional, económica y financiera, teniendo como función el brindar asistencia técnica y orientación, así como supervisar el cumplimiento de la normativa de contratación pública y el desarrollo de todo el proceso de contratación, para contribuir a la eficiencia del SNA.

En cuanto a la asistencia técnica, tenemos que mediante Resolución N.° D000054-2025-OSCE-PRE se aprobó la Directiva N.° 005-2025-OECE-CD, denominada "Asistencia técnica y orientación brindada por el OECE a solicitud de las entidades contratantes", a la que remitimos al lector.

Las funciones específicas se indican en el numeral 11.3 del citado artículo 11 LGCP, modificado por la Décima Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 32187, siendo estas las siguientes:

- Brindar asistencia técnica y orientación en la normativa de contratación pública, a las entidades públicas, como parte de las estrategias en la gestión eficiente de los procesos de contratación, las que pueden incluir el acompañamiento en los procesos de contratación, de acuerdo con lo que establezca el reglamento.
- Supervisar de forma selectiva o aleatoria, incluso a pedido de parte, la gestión de los procesos de contratación, incluyendo los contratos menores. Asimismo, suspender los procedimientos de selección en los que, durante las acciones de supervisión, se identifiquen riesgos o transgresiones que impidan el cumplimiento de los fines de la contratación.
- Orientar a los usuarios en el manejo de la Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas (Pladicop), incluyendo el RNP.
- Administrar, diseñar, desarrollar, gestionar e integrar datos y evaluar el desempeño de las herramientas digitales a su cargo, las cuales forman parte de la Pladicop.
- Integrar, procesar y evaluar la información registrada en la Pladicop para generar evidencias sobre el desempeño de las entidades públicas, de los proveedores y de los efectos de la normativa de contratación pública.
- Diseñar, formular, aprobar y difundir directivas y lineamientos en materia de su competencia, así como de las plataformas o herramientas que administra, incluidas las de gestión para el cumplimiento de su rol supervisor y de acompañamiento. Los anteproyectos de alcance general deben ser prepublicados para fomentar la participación de los actores de la compra pública en su diseño y formulación.
- Absolver consultas sobre el sentido o alcance de la normativa de contrataciones públicas, formuladas por las entidades contratantes y por el sector privado y la sociedad civil, de acuerdo a lo establecido en el reglamento. Las consultas solicitadas por entidades públicas son gratuitas.
- Administrar el RNP.
- Desarrollar acciones de capacitación y difusión sobre la aplicación de la presente ley y su reglamento para evaluar su impacto cuantitativo y cualitativo. Asimismo, emitir la certificación de los responsables de las áreas involucradas en las contrataciones públicas, conforme a las disposiciones de la DGA.
- Administrar y sistematizar el Banco de Laudos Arbitrales sobre contrataciones públicas.
- Administrar el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que resuelven controversias en materia de contrataciones públicas.
- Supervisar de oficio, de manera selectiva o aleatoria, o incluso a pedido de parte, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el reglamento para ser incluidos o excluidos en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de disputas que resuelven controversias en contrataciones públicas.
- Sancionar a las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que resuelven controversias en materia de contrataciones públicas, conforme a las disposiciones establecidas en la presente ley y su reglamento.
- Aprobar el Código de Ética para Arbitraje en Contrataciones Públicas.
- Exigir coactivamente el pago de sus acreencias o el cumplimiento de las obligaciones que correspondan.

Para el cumplimiento de sus funciones, el numeral 11.4 indica que las entidades contratantes se encuentran obligadas, bajo responsabilidad, a brindar de manera oportuna la información u opinión técnica requerida por el OECE, mientras que el 11.5 se refiere a las funciones establecidas en los literales a) y b) del párrafo 11.3[173], el OECE aprueba un Plan Anual de Supervisión y Asistencia Técnica, en el cual, sobre la base de la Programación Multianual de Bienes, Servicios y Obras (PMBSO), se determinan el tipo y la cuantía de las contrataciones por supervisar y las entidades contratantes que reciben asistencia técnica obligatoria en sus contrataciones.

En relación a las acciones de supervisión, mediante Resolución N.° D000056-2025-OSCE-PRE, se aprobó la Directiva N.° 006-2025-OECE/CD, denominada "Acciones de supervisión a pedido de parte y de oficio", a la que remitimos al lector para los fines consiguientes.

Seguidamente se indica que el OECE puede asistir técnicamente a otras entidades contratantes, de oficio o a solicitud de estas.

Finalmente, el numeral 11.6 indica que como parte del cumplimiento de la función establecida en el literal e) del párrafo 11.3[174] del presente artículo, el OECE elabora informes semestrales mediante los cuales se evidencia el comportamiento de las entidades contratantes, así como los resultados de los procedimientos de selección convocados.

a) Plan Anual de Supervisión y Asistencia Técnica del OECE

El artículo 6 del RLGCP regula el trámite del Plan Anual de Supervisión y Asistencia Técnica indicando que este es aprobado en enero de cada año por el Consejo Directivo del OECE, el que puede ser modificado.

173 [...]
11.3. El OECE tiene las siguientes funciones:
a. Brindar asistencia técnica y orientación en la normativa de contratación pública, a las entidades públicas, como parte de las estrategias en la gestión eficiente de los procesos de contratación, las que pueden incluir el acompañamiento en los procesos de contratación, de acuerdo con lo que establezca el reglamento.
b. Supervisar de forma selectiva o aleatoria, incluso a pedido de parte, la gestión de los procesos de contratación, incluyendo los contratos menores. Asimismo, suspender los procedimientos de selección en los que, durante las acciones de supervisión, se identifiquen riesgos o transgresiones que impidan el cumplimiento de los fines de la contratación.
[...]

174 [...]
11.3. El OECE tiene las siguientes funciones:
[...]
e. Integrar, procesar y evaluar la información registrada en la Pladicop para generar evidencias sobre el desempeño de las entidades públicas, de los proveedores y de los efectos de la normativa de contratación pública.

En cuanto a su contenido, el numeral 6.2 indica que este tiene como mínimo lo siguiente:

- La descripción de las acciones de supervisión a realizarse durante el año, incluyendo los objetivos, metas y criterios de selección y/o aleatoriedad.
- La metodología para identificar los procesos de contratación que reciben asistencia técnica obligatoria, con el sustento de dicha selección y el alcance de la asistencia técnica.
- Los indicadores para la evaluación del cumplimiento de los objetivos de las acciones de supervisión y de las asistencias técnicas realizadas.
- El cronograma preliminar para la realización de las asistencias técnicas y acciones de supervisión.

b) La supervisión del OECE

En cuanto a la supervisión, el artículo 7 del RLGCP indica que mediante esta actividad el OECE busca identificar riesgos y transgresiones a la normativa de contratación pública que impidan el cumplimiento de la finalidad pública de los procesos de contratación, con énfasis en la promoción del valor por dinero y la competencia efectiva, las que incluyen, conforme a los criterios de selección o aleatoriedad que establezca el Plan Anual de Supervisión y Asistencia Técnica, lo siguiente:

- Procedimientos de selección no competitivos.
- Procesos de contratación que son objeto de alertas de vigilancia ciudadana.
- Supuestos excluidos sujetos a supervisión y, como parte de estos, los regímenes especiales de contratación.
- Contratos menores.
- Procedimiento de selección para la generación o mantenimiento de catálogos electrónicos de acuerdo marco.
- Otros que se consideren pertinentes

c) La supervisión de los supuestos excluidos

El tema es tratado por el artículo 8 del RLGCP, precisa que el OECE supervisa los supuestos excluidos detallados en el numeral 7.2 del artículo 7 de la LGCP respecto de:

- La configuración del supuesto de exclusión.

- El cumplimiento de los principios contemplados en el artículo 5 de la LGCP.
- En el caso de los regímenes especiales, el cumplimiento de la normativa especial de contrataciones públicas.

d) Asistencia técnica y orientación del OECE

El artículo 9 del RLGCP establece el objetivo y las reglas a aplicar en el caso de la asistencia técnica y orientación. En cuanto al primero, indica que esta tiene como objetivo brindar a la entidad contratante asistida acciones de coordinación y retroalimentación que le permita cumplir la normativa aplicable y adoptar buenas prácticas en sus procesos de contratación, pudiendo incluir el acompañamiento permanente de los procesos de contratación priorizados. Respecto del segundo, las reglas del trámite, establece las siguientes:

- La autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante asistida es responsable de brindar las facilidades necesarias para el cumplimiento de los objetivos de esta.
- Las entidades contratantes pueden solicitar al OECE asistencia técnica respecto a uno o más procesos de contratación específicos de carácter estratégico y prioritario.
- La asistencia técnica no implica responsabilidad administrativa, civil y/o penal del OECE en los actos que se realicen en los procesos de contratación ni sustituye el cumplimiento de las funciones y responsabilidades de la entidad contratante.

e) La obligación de entregar información al OECE

¿A quiénes puede requerir información el OECE y quiénes tienen la obligación de entregársela? Al respecto, el artículo 10 indica que en el desarrollo de su función supervisora o de asistencia técnica, el OECE puede efectuar las siguientes acciones:

- Puede realizar visitas *in situ*.
- Solicitar información a las entidades contratantes, a las IA y a los CAJPRD bajo su supervisión, asistencia técnica y/u orientación, según corresponda.
- En el caso de las entidades contratantes, el OECE puede solicitar información sobre cualquier fase del proceso de contratación.

La entrega de información es obligatoria y debe ser entregada en el plazo que el OECE establezca 10.2.

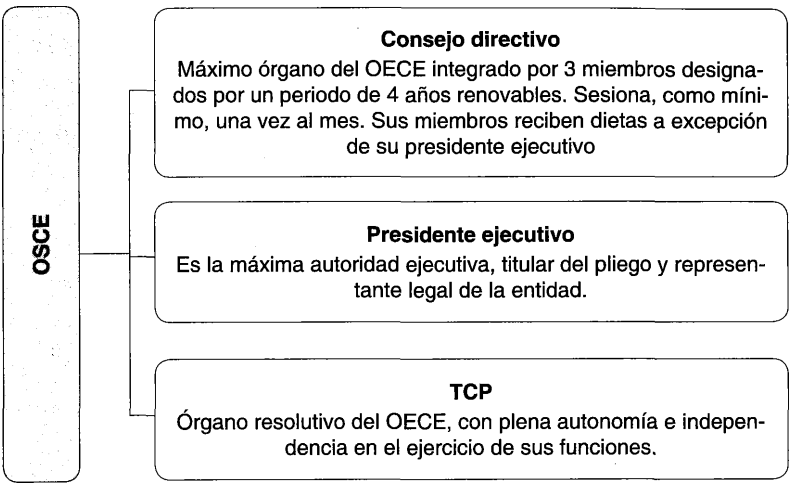
f) La absolución de consultas

Las consultas constituyen una valiosa fuente de información para todos aquellos que, de una u otra forma, se vinculan a las contrataciones públicas, debido a que, mediante ellas, tal como indica el numeral 11.1 del artículo 11 del RLGCP, las entidades contratantes, el sector privado y la sociedad civil consultan al OECE sobre la aplicación de la normativa. La absolución que se efectúe deberá considerar las opiniones vinculantes emitidas por la DGA, debiendo publicarse toda en el Pladicop.

En cuanto al costo, al ser un servicio prestado en exclusividad, en el caso del sector privado y de la sociedad civil, deberá abonar el pago; mientras que en el caso de las entidades contratantes es gratuito.

3.2.2. Órganos del OECE

El artículo 12 de la LGCP establece los siguientes órganos del OECE:



A esta organización se agrega la Procuraduría Pública, que es el órgano de defensa del OECE, que se rige por el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado.

En cuanto a los requisitos para la designación de los miembros del consejo directivo y del presidente ejecutivo, así como las causales de vacancia, los recursos del OECE, las funciones del TCP, la designación de vocales del TCP, los requisitos para ser vocal y las causales de vacancia, remitimos al lector a los artículos 13 al 19 de la LGCP.

3.3. Perú Compras

El numeral 20.1 del artículo 20 de la LGCP define a Perú Compras como el organismo público ejecutor adscrito al MEF, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

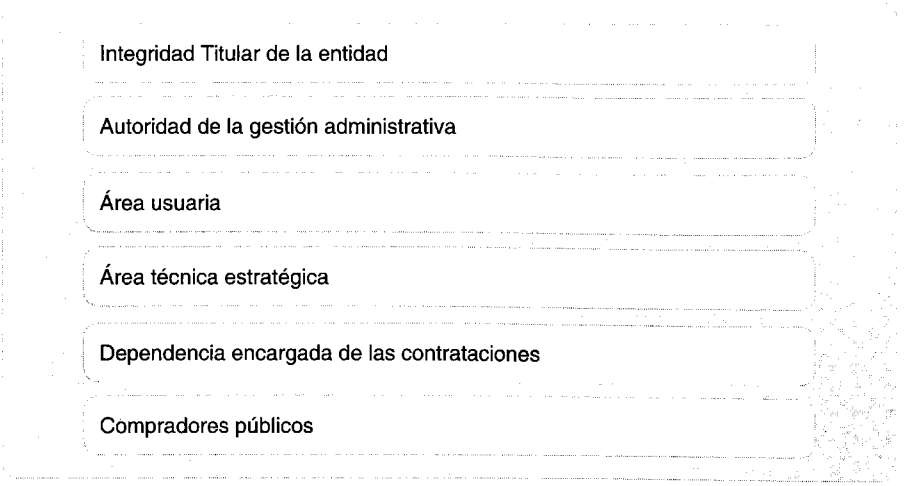
En cuanto a sus funciones, el numeral 20.2 del citado artículo 20, modificado por la Décima Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 32187, y el artículo 12 del RLGCP establecen que son las siguientes:

- Promover, conducir y efectuar, según corresponda, la estandarización de los requerimientos del Estado, así como gestionar el listado de fichas técnicas, y determinar sus características, priorizando aquellos de uso masivo, frecuente o estratégico.
- Sobre este tema, mediante Resolución Jefatural N.º 000049-2025-PERÚ COMPRAS-JEFATURA, se aprobó la Directiva N.º 001-2025-PERÚ COMPRAS, denominada "Directiva para la Gestión de la lista de Fichas Técnicas", a la que remitimos al lector.
- Administrar, diseñar, desarrollar, gestionar e integrar datos, y evaluar el desempeño de las herramientas digitales a su cargo, las cuales forman parte de la Pladicop.
- Diseñar, formular, aprobar, y difundir directivas y lineamientos en materias de su competencia y respecto de las herramientas digitales que administra, así como herramientas de gestión para el cumplimiento de sus funciones.
- Diseñar y desarrollar indicadores que midan la eficiencia de las modalidades de contratación a su cargo.
- Promover, conducir y gestionar los procedimientos de selección para la generación de catálogos electrónicos de acuerdo marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes.
- Promover, conducir y gestionar compras corporativas y compras centralizadas.
- Conducir y gestionar compras centralizadas de emergencia.
- Realizar contrataciones por encargo a favor de otras entidades contratantes. i) Orientar a las entidades contratantes en las materias de su competencia.
- Gestiona las modalidades y herramientas para la contratación pública eficiente que se encuentren a su cargo.
- Realiza el acompañamiento a las entidades contratantes en los pilotos que se determine mediante resolución directoral de la DGA.

En cuanto a la organización, requisitos para ser jefe de Perú Compras, las causales de vacancia, y los recursos, remitimos al lector a los artículos 21 al 24 de la LGCP.

3.4. Las entidades contratantes

El artículo 25 de la LGCP comienza estableciendo y definiendo, en lo que respecta a las entidades, a los actores involucrados en la contratación pública, siendo estos los siguientes:



La forma de actuación de las entidades contratantes se encuentra regulado en los artículos 25 al 28 de la LGCP y 13 al 21 del RLGCP. El artículo 13 indica que las entidades contratantes señaladas en el artículo 3 de la LGCP se registran en el REC que administra el OECE, precisando que las señaladas en el literal l) del numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley[175], acreditan contar con una DEC propia dentro de su estructura organizacional.

3.4.1. El titular de la entidad

El literal a) del numeral 25.1 del artículo 25 de la LGCP lo define como máxima autoridad ejecutiva al interior de la entidad contratante conforme a sus normas de creación y organización. En el caso de las entidades contratantes señaladas en los literales k) y l) del párrafo 3.2 del artículo 3 de la LGCP[176], es aquel que ejerce la máxima autoridad al interior de estas.

175 3.2. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la ley, bajo el término genérico de entidad contratante:
[...]
l) Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones.

176 3.2. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la ley, bajo el término genérico de entidad contratante:
[...]
k) Los órganos desconcentrados.
l) Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones.
[...]

Por su parte, el artículo 18 del RLGCP establece algunas de las responsabilidades que le competen a la autoridad en mención:

- Autorizar las prestaciones adicionales de obra, cuando le corresponda, bajo el sistema de entrega de solo construcción, conforme al numeral 64.3 del artículo 64 de la LGCP[177], los que se refieren a los topes de 15 % al 30 % sin necesidad de contar con la autorización de la CGR, y del 30 % al 50 % con autorización previa de la CGR, y bajo el sistema de entrega de diseño y construcción.
- Autorizar el inicio de la acción judicial de anulación de laudo arbitral conforme lo señalado en el numeral 84.9 del artículo 84 de la LGCP[178].
- Aprobar la contratación mediante procedimientos de selección no competitivos en los supuestos previstos en los literales b), c), y k) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP[179].

177 64.3. En el supuesto referido en el párrafo anterior, se contemplan las siguientes excepciones, cuyas condiciones se establecen en el reglamento:

a) El titular de la entidad puede autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obras mayores al 15 % y hasta un máximo de 30 % del monto originalmente contratado, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que cuente con los recursos necesarios.

b) El titular de la entidad podrá autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales mayores al 30 % hasta un máximo de 50 %, previa autorización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.

178 84.9. El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación y se debe notificar a las partes a través de la Pladicop. Contra dicho laudo, solo cabe interponer recurso de anulación. Las entidades contratantes solo pueden iniciar la acción judicial de anulación de laudo previa autorización del titular de la entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable. Para tal efecto, se realiza el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso judicial, la expectativa de éxito de seguir la anulación. Constituye responsabilidad funcional impulsar la anulación del laudo arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no puede ser acogida. Solo en caso de indicios de comisión de delitos, la decisión de impugnar un laudo arbitral es objeto de control por parte de la Contraloría General de la República.

179 Artículo 55. [...]

[...]

b) Ante la ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia.

c) Ante una situación de desabastecimiento que afecte o impida el funcionamiento de la entidad contratante o el cumplimiento de sus funciones.

[...]

k) Para continuar con la ejecución de las prestaciones aún no ejecutadas de un contrato resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del párrafo 71.1 del artículo 71 de la presente ley, siempre que el contrato derive de un procedimiento de selección competitivo. Puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos y de contratos de supervisión vinculados a los saldos de obra

De manera complementaria a esta disposición tenemos la Directiva N.° 004-2006-EF/76.01[180], referida a la ejecución de presupuesto, la que en su artículo 8 establece que el titular de la entidad es el encargado de emitir las pautas y lineamientos de priorización del gasto, a fin de garantizar el cumplimiento de las metas programadas, de acuerdo a los objetivos establecidos en el Plan Operativo Institucional (POI) aprobado para el año fiscal y dentro de las disposiciones contenidas en la directiva, emite los lineamientos operativos necesarios para las acciones de control presupuestario, así como para el trabajo coordinado entre la oficina de presupuesto o la que haga sus veces en la entidad y las oficinas generales de administración o instancias análogas, a fin de garantizar la fluidez de la información de la ejecución presupuestaria, financiera y física.

a) Delegación de funciones, reglas y control de la discrecionalidad

La delegación de funciones debe ser comprendida y ejercida en el marco de la legalidad vigente, siendo en esencia una potestad discrecional del titular de la entidad, por cuanto de no considerarlo conveniente para el logro de los fines de la entidad, este puede disponer no delegar función alguna.

Como se aprecia, en principio, en la Administración Pública cabe la delegación, y no corresponde hacerlo (indelegabilidad de funciones), cuando nos encontremos ante atribuciones esenciales del órgano, ya que constituye una excepción que permite el control de los funcionarios responsables de tomar decisiones; a lo que se debe agregar que tampoco existe "la delegación de la delegación".

El criterio expuesto en el punto precedente es el que orienta a la normativa de contrataciones del Estado. En principio, el titular puede delegar todas las funciones, pero esta disposición se relativiza cuando indica lo que no se puede delegar, siendo que en este caso la racionalidad de la norma es por negación, por cuanto no se ha puesto en la situación de referir todas las funciones que se pueden delegar, sino el de definir aquellas que no pueden ser objeto de delegación por parte del titular, lo que significa que en estos casos el asume la responsabilidad plena, ya que constituye una expresa obligación de no hacer.

En relación con la delegación de funciones y los casos de indelegabilidad, se ha precisado que la norma había establecido como excepción a la

derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos conforme a las causales antes señaladas.

180 Directiva para la Ejecución del Presupuesto de las entidades de Tratamiento Empresarial para el Año Fiscal 2006, aprobada por Resolución Directoral N.° 056-2005-EF/76.01.

regla general "[...] aquellos supuestos en que la propia norma haya establecido que las funciones son indelegables, por considerar que es esencial el ejercicio directo de las competencias"; posibilidad que tenía como limitación, además de la prohibición expresada, la necesidad de que se cumplan con las condiciones de "temporalidad, motivación y generalidad" (Opinión N.° 067-2016/DTN).

Sobre este tema, el numeral 25.2 del artículo 25 de la LGCP refiere que el titular de la entidad y la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante pueden delegar, mediante resolución, las facultades que la presente ley les otorga, salvo las excepciones previstas en el RLGCP en las que se indica en forma expresa el carácter de indelegable.

La evaluación, o el control, de estas decisiones discrecionales es realizada por la más alta autoridad de la entidad a la que el funcionario pertenece o por el directorio si fuera empresas del Estado, a fin de medir el desempeño de estos en sus cargos, pudiéndose disponer para tal efecto la realización de exámenes y auditorías especializadas a cargo del Sistema Nacional de Control.

Al respecto, el artículo 27 de la LGCP establece la relación entre discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios y servidores, dependencia y unidades de organización encargadas de las contrataciones estableciendo para tal efecto las siguientes reglas:

- La facultad para actuar discrecionalmente se fundamenta en el rigor técnico empleado por los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas para optar por la mejor decisión debidamente sustentada que permita el cumplimiento oportuno de los fines públicos.
- La decisión debe ser la más conveniente para alcanzar la finalidad pública del contrato, de modo que garantice la contratación de bienes, servicios u obras que maximicen el valor de los recursos públicos. Esta decisión se toma en observancia del principio de valor por dinero, entre otros de la ley y a los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley 29622, Ley que modifica la Ley 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 control referido en el párrafo anterior se concentra en el cumplimiento de la legalidad que rige a la contratación pública, mas no en las decisiones y rigurosidad técnicas que adoptan los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones públicas en el marco de facultad discrecional con la que cuentan.

3.4.2. La autoridad de gestión administrativa

En este caso, en el literal b) del numeral 25.1 del artículo 25 de la LGCP se define a la autoridad de gestión administrativa como la más alta autoridad de la gestión administrativa de cada entidad contratante.

En cuanto a sus funciones, el citado literal b), en concordancia con el artículo 19 del RLGCP, indica las siguientes:

- Autorizar la ejecución de prestaciones adicionales de bienes, servicios y consultorías de obras, cuando le corresponda conforme lo señalado en el numeral 64.1 del artículo 64 la Ley[181] referido al porcentaje hasta el 25 %; con excepción de aquellas reservadas al titular de la entidad.
- Autorizar las prestaciones adicionales de obra, cuando le corresponda, bajo el sistema de entrega de solo construcción, conforme al numeral 64.2 del artículo 64 de la Ley[182], referido a la autorización hasta el 15 % del monto total del contrato original y bajo el sistema de entrega de diseño y construcción, conforme a lo señalado en el Reglamento.
- Autorizar las modificaciones contractuales que correspondan
- Aprobar la contratación mediante procedimientos de selección no competitivos en los supuestos previstos en los literales a), d), e), f), g), h), i), j), l) y m) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP, referidos a las contrataciones en procedimientos no competitivos.
- Declarar la nulidad de los procedimientos de selección y de los contratos.
- Resolver los recursos de apelación en los casos indicados en la LGCP.

A estas funciones, el artículo 28 de la LGCP le agrega la de supervisión en el proceso de contratación, siendo responsable de:

- Implementar mecanismos y establecer disposiciones para supervisar que el proceso de contratación en todas sus fases, así como la actuación de aquellos que intervienen en este, responda al cumplimiento de los fines públicos establecidos para la contratación.
- Implementar medidas correctivas o preventivas recomendadas por el OECE.

En la organización administrativa del Estado, la autoridad de gestión administrativa se ubica en distintas direcciones, cambiando según el tipo de entidad:

181 64.1. En caso de bienes, servicios y consultorías de obras, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar, ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el 25 % del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios, consultorías u obras hasta por el mismo porcentaje.

182 64.2. Tratándose de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la ejecución y el pago de prestaciones adicionales hasta por el 15 % del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.

- **Ministerios**: Es la secretaría general
- **Gobiernos regionales**: Es la gerencia general regional
- **Gobiernos locales**: Es la gerencia municipal
- **Organismos públicos** y en las empresas del Estado: es la gerencia general
- **Programas y proyectos**: Es el director ejecutivo
- **En las demás entidades contratantes**: Es quien ejerce la máxima autoridad administrativa
- **Órganos desconcentrados** y aquellas organizaciones a las que se hace referencia en los literales k) y l) del párrafo 3.2 del artículo 3 de la presente LGCP[183]: Es el titular de la entidad

3.4.3. El área usuaria

La contratación pública comienza de la constatación de la existencia de una necesidad que debe ser atendida, siendo este un acto que es invocado por un área de la entidad, por lo que constituye un acontecimiento interno de esta. La necesidad está en relación directa con sus funciones y fines de dicha área, los que se a su vez se articulan a los fines de la entidad y por ende del Estado, siendo por tanto que la adquisición de bienes, la contratación de servicios y la ejecución de obras deben tener una finalidad pública (Opinión N.° 085-2019/DTN).

A la dependencia que constata la necesidad y formula el requerimiento se le denomina área usuaria, cuya función, atendiendo la complejidad de la entidad, podrá ser simple o compleja; actividad que es regulada por la normativa de contrataciones del Estado.

El literal c) del numeral 25.1 de la LGCP define al área usuaria como la unidad de organización cuyas necesidades pretenden ser atendidas con una determinada contratación de bienes, servicios y obras, programadas en el Cuadro Multianual de Necesidades para el cumplimiento de sus metas y objetivos estratégicos y operativos, lo que supone un procedimiento previo al interior de la entidad.

En cuanto a sus funciones, el segundo párrafo del literal c), así como el artículo 20 del RLGCP, establecen que estas son las siguientes:

183 3.2. Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la ley, bajo el término genérico de entidad contratante: [...]
[...]
k) Los órganos desconcentrados.
l) Las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional con autonomía y capacidad para gestionar sus contrataciones.
[...]

- Formular adecuadamente su requerimiento de bienes, servicios u obras, en coordinación con la DEC, el cual debe estar previsto en el CMN, en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones.
- Verificar las obligaciones de los contratos, así como su cumplimiento, también emite la conformidad.
- Emitir la conformidad de la ejecución de los contratos de bienes, servicios u obras.
- Emitir la no objeción correspondiente a las modificaciones efectuadas al requerimiento, conforme las disposiciones del presente Reglamento.

a) Área usuaria y requerimiento

En relación con sus funciones, en el Pronunciamiento N.° 167-2022/OSCE-DGR se precisó además que le corresponde "[...] definir con precisión las especificaciones técnicas que comprenden el requerimiento, las cuales contienen las características, condiciones, cantidad y calidad de lo que se requiere contratar, de tal manera que satisfagan su necesidad, evitando generar mayores costos y/o controversias en la ejecución contractual" (Pronunciamiento N.° 167-2022/OSCE-DGR).

En cuanto a la definición del requerimiento, se ha indicado que el área usuaria no puede incluir:

> [...] exigencias desproporcionadas al objeto de la contratación, irrazonables e innecesarias referidas a la calificación de los potenciales postores que limiten o impidan la concurrencia de los mismos u orienten la contratación hacia uno de ellos, siendo parte del requerimiento los requisitos de calificación que se consignan (Resolución N.° 3500-2022-TCE-S3).

En caso de plantearse la necesidad de modificar los términos de referencia (TDR) en la fase de selección, esta acción no podrá concretarse sin la intervención del área usuaria (Opinión N.° 002-2020-DTN):

> [...] el requerimiento (que incluye a los términos de referencia) no podrá ser modificado por autoridad administrativa alguna, a menos que alguno de los participantes del procedimiento así lo hubiese demandado durante la etapa de formulación de consultas y observaciones. No obstante, incluso en tal supuesto [...] dicha modificación debe contar con la autorización del área usuaria, en tanto es esta la dependencia responsable de la formulación del requerimiento.

b) Área usuaria, recepción y conformidad

En cuanto al rol del área usuaria en la recepción y conformidad, en la Resolución N.° 4020-2021-TCE-S3 se estableció que la conformidad "sigue

un procedimiento, el cual, en principio, establece que, luego de efectuarse la recepción por el área de almacén, el funcionario responsable del área usuaria debe emitir un informe en el que dé cuenta sobre la satisfacción de la recepción, el cual sustenta la conformidad que emita el área responsable de su emisión" (Resolución N.° 4020-2021-TCE-S3).

La verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales se relaciona con la supervisión del contrato. ¿Pero cuál es la razón de otorgar la supervisión de la ejecución del contrato al área usuaria? Se debe a que, al hacer ella el requerimiento, le corresponde, por lógica, supervisar que lo entregado o ejecutado se encuentra conforme con su requerimiento, más aún cuando después de dicha conformidad se inicia el trámite del respectivo pago.

c) Área usuaria y contrataciones complementarias

La DTN del fenecido OSCE estableció la relación entre área usuaria y contrataciones complementarias en bienes y servicios en general, indicando que esta es la responsable de justificar la finalidad pública de dicha contratación (Opinión N.° 085-2019/DTN).

3.4.4. El área técnica estratégica

Este es un actor nuevo en las contrataciones públicas, y asume algunas de las funciones que antes tenía el área usuaria, por lo que no puede ser comprendida sin ella. Al respecto, el literal d) del numeral 25.1 la define como la unidad de organización a la que, dadas sus funciones, especialidad o conocimiento técnico, se le encarga el rol del área usuaria para que esta formule los requerimientos de otra u otras unidades de organización, en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones, así como la verificación de las obligaciones del contrato, su cumplimiento y de la emisión de la conformidad respectiva.

El artículo 21 del RLGCP precisa el accionar del área técnica estratégica indicando que la autoridad de la gestión administrativa puede designar a una o más unidades orgánicas de la entidad contratante como áreas técnicas estratégicas, dadas sus funciones, especialidad o conocimientos técnicos, para la atención de una o más necesidades de otras áreas usuarias contenidas en el CMN aprobado. Esta designación es por un año como mínimo y se realiza mediante un documento de comunicación interna.

En este orden, el numeral 21.2 indica que esta realiza todas las funciones del área usuaria en el proceso de contratación para el que ha sido designada, pudiendo recopilar información de las áreas usuarias titulares de la necesidad.

3.4.5. La dependencia encargada de las contrataciones

¿Cómo se define un órgano o unidad orgánica? Agustín Gordillo indica que los órganos sirven para manifestar la actividad y voluntad de la entidad, por lo que el concepto de órgano sirve "[...] para imputar a la entidad de que el órgano forma parte el hecho, la omisión o la manifestación de voluntad expresada por este en su nombre" (Gordillo, 2003, Cap. XII).

Normativamente, tenemos que se encuentra regulada por el literal e) del numeral 25.1 del artículo 25 de la LGCP, y por el artículo 14 del RLGCP. El primero indica que es la unidad de organización responsable de proveer y atender los requerimientos de bienes, servicios y obras, incluida la preparación de la estrategia de contratación, conducción y realización de los procesos de contratación, desde que se presenta el requerimiento hasta su culminación, pudiendo asumir el rol de área técnica estratégica en los casos que lo ameriten, dadas sus funciones, especialidad o conocimiento técnico.

El segundo complementa lo establecido en la ley, precisando que cada entidad contratante identifica en su ROF u otros documentos de organización y/o de gestión a la DEC, agregando que esta, a través de los compradores públicos, es responsable de las siguientes acciones, entre otras establecidas en la normativa:

- Registrar, realizar o publicar oportunamente en la Pladicop todos los actos y actuaciones de las tres fases del proceso de contratación que realiza la entidad contratante, salvo aquellos que le corresponda registrar a los evaluadores o a otros actores conforme al Reglamento.
- Participar en la elaboración y revisión de los requerimientos de las áreas usuarias o áreas técnicas estratégicas en lo referido al cumplimiento de la normativa de contratación pública. Esta participación no alcanza los aspectos técnicos relacionados a la necesidad del área usuaria, los cuales son responsabilidad de esta.
- Verificar que la necesidad objeto del requerimiento formulado por las áreas usuarias, se encuentre debidamente registrada y aprobada en su CMN y sus modificaciones, conforme la directiva para la PMBSO, de corresponder.
- Verificar si la necesidad requerida por el área usuaria se encuentra definida en una ficha técnica o ficha de homologación, o en el catálogo electrónico de acuerdos marco.
- Verificar, a partir de la información proporcionada por la oficina de almacén y la de patrimonio o las que hagan sus veces, si la necesidad requerida por el área usuaria puede cubrirse con las existencias de almacén disponibles o bienes patrimoniales sin asignar.
- Elaborar la estrategia de contratación.
- Realizar la interacción con el mercado cuando corresponda.
- Verificar la documentación necesaria para el perfeccionamiento del contrato.

- Realizar el monitoreo y evaluación de la ejecución contractual de todos los contratos suscritos por la entidad contratante bajo el ámbito de la Ley y el Reglamento, incluyendo el de los contratos menores, salvaguardando el cumplimiento de la normativa de contratación pública.
- Solicitar a la oficina de presupuesto o la que haga sus veces la certificación o previsión presupuestal o su actualización, cuando corresponda.
- Revisar la conformidad de la contratación emitida por el área usuaria, a fin de verificar el cumplimiento de la normativa de contratación pública en la ejecución contractual. Esta revisión no incluye la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales o aspectos técnicos del requerimiento que corresponden al área usuaria.

En la Décima Disposición Complementaria Final de la LGCP agrega que las actuaciones relativas a la PMBSO desarrolladas de manera previa al proceso de contratación, se realizan de conformidad con el Decreto Legislativo N.° 1439, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento y las disposiciones que emita la DGA.

3.4.6. Los compradores públicos

La determinación de los compradores públicos como sujeto independiente es una novedad de la normativa, ya que antes se refería a los servidores del órgano encargado. Al respecto, tenemos que el literal f) del numeral 25.1 del artículo 25 de la LGCP los define, en concordancia con el numeral 15.1 del artículo 15 del RLGCP, como los funcionarios y servidores de la dependencia encargada de las contrataciones, responsables de realizar las actividades relativas a la gestión de las contrataciones de la entidad contratante, las cuales incluyen la organización, elaboración de la documentación y conducción del proceso de contratación de bienes, servicios y obras, así como el seguimiento de la ejecución del contrato y su conclusión.

Disposición a la que los artículos 15, 16 y 17 del RLGCP agregan su organización, certificación y registro. Así, el artículo 15 indica que estos forman parte de los responsables de la cadena de abastecimiento público, y se encuentran sujetos a las disposiciones que emita la DGA para su profesionalización, y la Autoridad Nacional del Servicio Civil en el marco de sus competencias, según lo dispuesto en la Octava Disposición Complementaria Final de la Ley[184] referido a la profesionalización de estos.

184 Octava. Profesionalización de los compradores públicos
La DGA y la Autoridad Nacional del Servicio Civil establecen progresivamente las medidas que permitan la profesionalización de los compradores públicos. Estas medidas incluyen diagnósticos de conocimientos, estandarización de perfiles de puestos, programas de capacitación y desarrollo de competencias para el desempeño de sus funciones, así como la incorporación

Por su parte, el numeral 15.3 indica que el OECE aprueba los lineamientos de conducta de los compradores públicos para el desarrollo de los procesos de contratación, entre otros aspectos que coadyuven a la prevención y la gestión oportuna de conflictos de interés y/o potenciales conflictos de interés, así como a la transparencia e imparcialidad de los compradores públicos.

a) La profesionalización de los compradores públicos

La Octava Disposición Complementaria de la LGCP establece algo relevante para las contrataciones públicas, la profesionalización de los compradores públicos, estableciendo en sus 4 numerales el siguiente procedimiento:

- La DGA y la Autoridad Nacional del Servicio Civil establecen progresivamente las medidas que permitan la profesionalización de los compradores públicos. Estas medidas incluyen diagnósticos de conocimientos, estandarización de perfiles de puestos, programas de capacitación y desarrollo de competencias para el desempeño de sus funciones, así como la incorporación progresiva al régimen del servicio civil y progresión de carrera en este, entre otros. Progresivamente se establecerá la estrategia nacional de profesionalización, que incluye la evaluación del nivel actual de la profesionalización y los mecanismos que garanticen la participación de las partes interesadas.
- La entidad contratante es responsable de supervisar que se cumplan las disposiciones referidas a la profesionalización de los compradores públicos que se emitan en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento.

progresiva al régimen del servicio civil y progresión de carrera en este, entre otros. Progresivamente se establecerá la estrategia nacional de profesionalización, que incluye la evaluación del nivel actual de la profesionalización y los mecanismos que garanticen la participación de las partes interesadas.

La entidad contratante es responsable de supervisar que se cumplan las disposiciones referidas a la profesionalización de los compradores públicos que se emitan en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento.

El OECE, en coordinación con la DGA, determina los componentes específicos de la profesionalización de los compradores públicos, incluida la certificación.

La DGA y el OECE desarrollan, con la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General de la República, capacitaciones para los funcionarios y servidores a cargo de la defensa pública y del control gubernamental, con la finalidad de generar predictibilidad en la aplicación de los principios y disposiciones de la presente ley por parte de dichos funcionarios y servidores durante el proceso de contratación pública.

- El OECE, en coordinación con la DGA, determina los componentes específicos de la profesionalización de los compradores públicos, incluida la certificación.
- La DGA y el OECE desarrollan, con la Procuraduría General del Estado y la Contraloría General de la República, capacitaciones para los funcionarios y servidores a cargo de la defensa pública y del control gubernamental, con la finalidad de generar predictibilidad en la aplicación de los principios y disposiciones de la presente ley por parte de dichos funcionarios y servidores durante el proceso de contratación pública.

b) La certificación de los compradores públicos

El artículo 16 del RLGCP regula la certificación, así como la Octava Disposición Complementaria Final de la LGCP, que se refiere a la profesionalización, proceso en el que intervendrá la DGA y la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

En este orden tenemos que el artículo citado establece las siguientes condiciones para ejercer como comprador público:

- Contar como mínimo con título profesional técnico o bachiller universitario.
- Contar con certificado emitido por el OECE.
- La certificación considera los siguientes niveles: básico, intermedio y avanzado.
- El procedimiento de certificación se realiza a través del Sistema Informático de Certificación de Acuerdo a Niveles (SICAN), el cual forma parte de la Pladicop.
- Para que un comprador público sea designado como oficial de compra o integre un comité debe contar con certificación de nivel intermedio o nivel avanzado.
- El responsable de la DEC cuenta con certificación en el nivel avanzado.
- La autoridad de la gestión administrativa verifica que los servidores de la DEC se encuentren certificados como compradores públicos conforme al nivel que corresponda a las actividades que realiza.

La profesionalización y la certificación constituyen un gran avance de la Administración hacia las compras públicas eficientes, pero a lo expuesto se le debería agregar la estabilidad garantizada de estos servidores, ya que el cambio de gestión significa, en muchos casos, la remoción de ellos.

Sobre este aspecto, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RLGCP, refiere a la progresividad de la certificación de los compradores públicos y procedimiento transitorio, indicando que las disposiciones establecidas en los numerales 16.3 y 16.4 del artículo 16 del RLGCP[185] son exigibles de manera progresiva a las entidades contratantes, conforme a las disposiciones que emita la DGA mediante resolución directoral.

En el numeral 2 se la citada disposición complementaria se establece que en tanto se implemente el nuevo modelo de certificación previsto en el artículo 16 y la Décimo Cuarta Disposición Final, la certificación se efectúa de conformidad con el procedimiento establecido en el numeral 1 del acápite 1 del Anexo 2 del Reglamento de la derogada Ley N.° 30225, aprobado por Decreto Supremo N.° 344-2018-EF.

c) El registro de compradores públicos

El artículo 17 del RLGCP indica que el OECE gestiona y publica el registro de compradores públicos, el cual incluye a todos los funcionarios y servidores que cuenten con la certificación vigente, así como el nivel alcanzado; registro en el cual se encuentra la información referida al histórico de los procesos de contratación en los que han participado como evaluadores o como parte de la DEC, así como la fase correspondiente a su participación.

185 16.3. Para que un comprador público sea designado como oficial de compra o integre un comité debe contar con certificación de nivel intermedio o nivel avanzado.
16.4. El responsable de la DEC cuenta con certificación en el nivel avanzado.

Capítulo XVII

LA SEGMENTACIÓN DE LAS CONTRATACIONES Y SU INAPLICACIÓN PARA LAS CONTRATACIONES MENORES

La segmentación de contrataciones de bienes, servicios y consultoría en general. Estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales. El anuncio de contratación futura. El requerimiento para bienes y servicios. El fraccionamiento

SUMARIO: 1. La segmentación de las contrataciones y su inaplicación para las contrataciones menores. – 1.1. El procedimiento. – 1.2. Las contrataciones no planificadas. – 2. La segmentación de contrataciones de bienes, servicios y consultoría en general. – 2.1. Alta cuantía. – 2.2. Alto riesgo. – 2.3. Estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales. – 3. El anuncio de contratación futura. – 4. El requerimiento. – 4.1. El objeto del requerimiento. – 4.2. La participación en condiciones de igualdad. – 4.3. El trámite del requerimiento. – 4.4. La determinación de los riesgos y la estrategia de contratación. – 4.4.1. El caso de bienes y obras: prestaciones accesorias. – 4.4.2. Las normas metrológicas, normas técnicas y otras. – 4.4.3. Lo que no puede incluir el requerimiento. – 4.4.4. Verificación y modificación del requerimiento: la DEC, el área usuaria y la ficha de homologación. – 4.4.5. El requerimiento en procedimientos con diálogo competitivo. – 4.5. El requerimiento para bienes y servicios. – 4.5.1. El requerimiento de bienes, servicios rutinarios u operacionales y la posibilidad de contratar hasta por 3 años. – 4.5.2. Adquisición de bienes. – 4.5.3. La adquisición de suministros. – 4.5.4. El arrendamiento de inmuebles. – 4.5.5. Adquisición de material bibliográfico. – 5. El fraccionamiento: definición y configuración. – 5.1. El fraccionamiento y el desconocimiento del agrupamiento. – 5.1.1. Lo que constituye y no constituye fraccionamiento. – 5.1.2. La responsabilidad por el fraccionamiento. – 5.1.3. Criterios del Tribunal respecto del fraccionamiento.

Antes de la convocatoria, los procedimientos de selección tienen una fase interna, denominada fase de actos preparatorios o de planificación, como lo denomina la actual normativa, la que, en nuestra opinión, se desenvuelve en dos planos: el de la entidad y el de los participantes, cada uno con su propia peculiaridad o racionalidad. En el caso de las entidades, el procedimiento es legalmente previsible, pero en el de los participantes no, por cuanto responde a su organización y racionalidad interna.

En esta fase se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la manifestación de voluntad contractual administrativa, es el inicio de la preparación de la voluntad estatal que se irá perfeccionando a lo largo del procedimiento de selección, y en la cual asumen responsabilidad directa los funcionarios que participan en ella, por cuanto son solo ellos quienes intervienen.

¿Qué acciones comprende esta fase? Siguiendo la metodología del texto, tenemos dos niveles de análisis el doctrinario y el normativo. En el primer ámbito tenemos que se encuentran "los estudios de factibilidad física, jurídica, contable, financiera, económica y política de la obra o el servicio objeto de la futura contratación, la imputación previa de conformidad al crédito presupuestario y la preparación del pliego de condiciones" (Dromi, 1995, p. 96).

En este orden, tenemos que la génesis del procedimiento de contratación es la "fase de programación" o de planificación, que es conducida por las entidades, no solo con sujeción a las normas aplicables en materia de contrataciones del Estado, normas que regulan el sistema de abastecimiento, y normas de orden presupuestal, entre otras; así como decisiones de gestión conducentes a la realización de sus fines y al uso eficiente de los recursos públicos comprometidos. Al ser una fase donde no existe participación de terceros y, por lo tanto, tampoco existe contradicción, resulta ajena a la competencia del TCP, ya que no le corresponde abocarse al conocimiento y resolución de los conflictos que se originen por actos expedidos en el desarrollo de la fase preparatoria del procedimiento de selección, por cuanto corresponde a actos de administración interna, que son las decisiones orientadas a organizar el funcionamiento interno de las entidades, los que no resultan

impugnables por cuanto no existe agravio de ningún derecho o interés legítimo susceptible de ser afectado.

El artículo 41 del RLGCP establece que las actuaciones preparatorias comprenden todas aquellas acciones desde la segmentación de contrataciones del PAC del CMN hasta antes de la convocatoria del procedimiento de selección, lo que incluye el anuncio de contratación futura, de corresponder, la estrategia de contratación, la aprobación del expediente de contratación y la elaboración de las bases.

1. LA SEGMENTACIÓN DE LAS CONTRATACIONES Y SU INAPLICACIÓN PARA LAS CONTRATACIONES MENORES

En la exposición de motivos del RLGCP se sustenta la incorporación de la segmentación de las contrataciones públicas, comenzando por presentar la crisis de las contrataciones públicas, en particular del comprador público, la mala comprensión y afectación de la cadena de abastecimiento y de la generación de falta de confianza en el mercado.

En este contexto, se indica que, dentro de la fase de actuaciones preparatorias, se ha incorporado la segmentación de requerimientos, la que aplica según los criterios específicos establecidos para cada objeto contractual.

Respecto a la explicación del rol que cumple la segmentación de requerimientos, en la citada exposición de motivos se indica:

> - El ejercicio de segmentar los requerimientos es la bisagra entre la planificación y la ejecución de una contratación, una acción estratégica que permitirá que las entidades contratantes focalicen sus recursos humanos y financieros en los requerimientos más riesgosos o de más valor (Pareto), mitiguen riesgos al generar alertas y acciones oportunas, como un anuncio de requerimiento, la contratación de personal clave, buscar alternativas o sustitutos, la decisión de innovar etc. Esto contribuye al proceso predictivo, el desarrollo de confianza y crecimiento del mercado.
> - Es el principal criterio objetivo para poder dimensionar la estrategia de contratación y la interacción con el mercado.
> - Es necesaria como medio de verificación para medir el desempeño de las entidades contratantes en la implementación de la nueva norma, respecto de la priorización y los resultados de los procedimientos de contratación (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 20]).

En cuanto al objeto y procedimiento, en los distintos numerales del artículo 42 del RLGCP se regulan sus distintos aspectos. Así, en el 42.1 se

establece que esta tiene como objetivo coadyuvar a la determinación de la estrategia de contratación, incluyendo el tipo de interacción con el mercado a utilizarse, así como organizar y optimizar los recursos de la DEC y las áreas usuarias, siendo que, mediante ella, la entidad contratante clasifica las contrataciones, consideradas en el PAC del CMN del ejercicio presupuestal en curso, con excepción de aquellas que correspondan a contratos menores.

1.1. El procedimiento

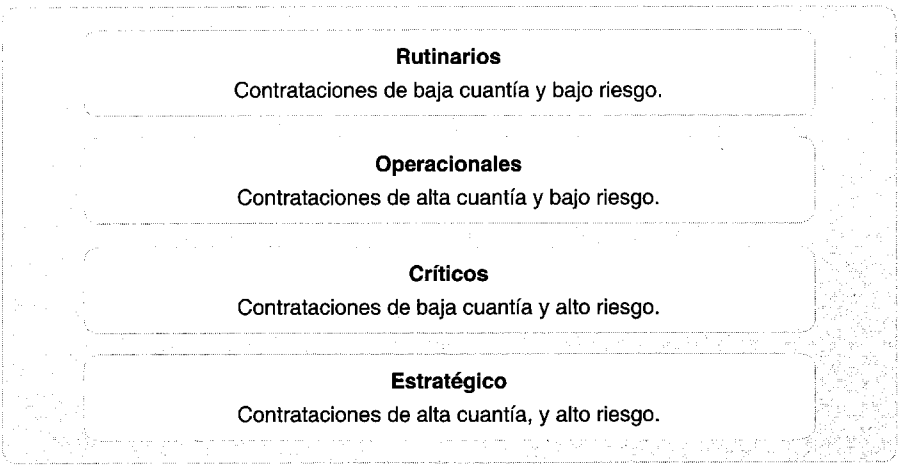
El numeral 42.2 establece que aprobado el CMN, la DEC informa mediante documento interno a todas las áreas usuarias la clasificación en categorías efectuada a sus contrataciones, adjuntando un cronograma para la presentación de los requerimientos correspondientes, el cual considera los plazos previstos para el desarrollo de las actuaciones preparatorias, a fin de que las áreas usuarias realicen las gestiones necesarias.

1.2. Las contrataciones no planificadas

En el caso de contrataciones no planificadas que no hubieran sido consideradas en el PAC del CMN, la DEC efectúa la segmentación de la contratación una vez que el área usuaria haya solicitado la modificación del CMN.

2. LA SEGMENTACIÓN DE CONTRATACIONES DE BIENES, SERVICIOS Y CONSULTORÍA EN GENERAL

Al respecto, el artículo 125 del RLGCP establece que en estos casos la entidad contratante realiza la segmentación de las contrataciones según su cuantía y riesgos, considerando las siguientes categorías:



2.1. Alta cuantía

El numeral 125.2 establece que las contrataciones se consideran de alta cuantía cuando su cuantía establecida en el PAC del CMN vigente al momento que se realiza la segmentación supera el 10 % del monto total para las contrataciones de bienes o servicios contempladas en este, según corresponda.

2.2. Alto riesgo

En el numeral 125.3 se indica que una contratación se considera de alto riesgo cuando existe la posibilidad de que el procedimiento de selección tenga poca competencia debido a que se cumple alguna de las siguientes condiciones:

- Que en los últimos dos años un procedimiento de selección para contratarlo haya sido declarado desierto;
- Que el promedio de postores para objetos contractuales similares en los dos años anteriores al año fiscal correspondiente haya sido menor o igual a tres en el caso de bienes o igual o menor a dos en el caso de servicios; o
- Que debido a las características o especialización del bien o servicio su disponibilidad es limitada en el mercado.

2.3. Estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales

Por su parte, el numeral 125.4 indica que la estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales se orienta principalmente en la atención oportuna y la reducción de costos, mientras que la de los estratégicos y críticos se orienta principalmente a disminuir los riesgos en el proceso de contratación.

3. EL ANUNCIO DE CONTRATACIÓN FUTURA

En la exposición de motivos se precisa que esta figura se encuentra establecida en los tratados de libre comercio que suscribe el Perú, siendo que en cuanto a su ubicación se indica que forma parte de las actuaciones preparatorias, teniendo como finalidad:

> [...] dar a conocer a los potenciales proveedores la intención de convocar un procedimiento de selección para lo cual se pone en conocimiento determinada información como los datos de la entidad contratante, la descripción

> preliminar del requerimiento, el tipo de procedimiento de selección a utilizarse y la fecha aproximada de convocatoria el procedimiento de selección. Es así como, esta disposición busca garantizar la participación de proveedores, así como la eficiencia en el proceso de contratación, dado que busca evitar efectos no deseados (desiertos) o dilaciones innecesarias que afecten la oportuna satisfacción de las necesidades de las entidades contratantes. Además, permite que los proveedores tengan la oportunidad de preparar adecuadamente sus ofertas de acuerdo con la información proporcionada mediante el anuncio de contratación futura, lo cual beneficia a la entidad contratante (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 20]).

Esta apreciación se proyectó al RLGCP, en cuyo artículo 43 se indica que la entidad contratante, a través de la DEC, puede publicar en la Pladicop y/o en su sede digital un anuncio de contratación futura de manera previa a la convocatoria en los procedimientos de selección que contemplen dicha opción, conforme a la base estándar correspondiente, a fin de dar a conocer de manera temprana a los potenciales proveedores la intención de convocar el procedimiento de selección, pudiendo aplicar lo dispuesto en el numeral 64.3 del artículo 64[186], referido al cronograma del procedimiento de selección, incluyendo la siguiente información:

- Los datos de la entidad contratante
- La descripción preliminar del requerimiento, que incluye como mínimo su alcance, el plazo de entrega de los bienes o el plazo total de ejecución del servicio u obra, y la cantidad aproximada de bienes a adquirirse
- El tipo de procedimiento de selección a utilizarse
- La fecha aproximada de convocatoria del procedimiento de selección

4. EL REQUERIMIENTO

En la exposición de motivos del RLGCP se señala la necesidad de contar con requerimientos claros y objetivos, por cuanto de las acciones de control efectuadas se ha concluido en que es en esta etapa en la que se registran las mayores observaciones.

La apreciación del Poder Ejecutivo se sustenta en el estudio de la CGR, *Análisis de la Contratación Pública en el Perú (2018-2022): una mirada des-*

186 64.3. En los procedimientos de selección respecto de los cuales se hubiera publicado en la Pladicop y en la sede digital de la entidad contratante un anuncio de contratación futura con una anticipación no menor de cuarenta días calendario a la fecha de convocatoria, el plazo señalado en el numeral 64.1 puede reducirse conforme lo que señalen las bases estándar, no pudiendo ser menor a diez días calendario en ningún caso.

de el control gubernamental (Contraloría General de la República, 2023b), en el que se indica, se destaca que en la fase de actos preparatorios más del 83 % de observaciones y/o hechos con presunta irregularidad fueron presuntas irregularidades en la definición inicial del requerimiento, tales como requerimientos del área usuaria incompletos o deficiencias y presuntas irregularidades en la aprobación de las bases iniciales, para lo que presenta el siguiente cuadro:

OBSERVACIONES Y/O HECHOS CON PRESUNTA IRREGULARIDAD IDENTIFICADOS EN LA FASE DE ACTOS PREPARATORIOS

Observaciones identificadas	**%**
Presuntas irregularidades en la definición inicial del requerimiento.	53,80%
Requerimiento de área usuaria incompletos o con deficiencias utilizados para el inicio del proceso de selección.	16,20%
Presuntas irregularidades en la aprobación de las bases iniciales.	13,30%
Presuntas irregularidades en la designación y actuación del comité previo a la convocatoria.	12,30%
Presuntas irregularidades con la solicitud de certificación y aprobación de presupuesto.	3,50%
Otros (irregularidades en el registro de información en el PAC, irregularidades en aprobación del expediente técnico).	0,90%
Total	**100,00%**

Fuente: Contraloría General de la República, 2023b, p. 99.

Conceptualmente tenemos que en el anexo de definiciones del derogado reglamento se le delimita del modo siguiente:

> Solicitud formulada por el área usuaria que debe contener, de manera clara y precisa las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios respectivamente, que se desea contratar, así como las condiciones para dicha prestación. El requerimiento debe considerar, como condición indispensable, el plazo que se tiene para satisfacer la necesidad, entre otros.

Por su parte, el numeral 46.1 del artículo 46 de la LGCP establece, desde una perspectiva operativa, que el requerimiento da inicio al proceso de contratación, y es realizado por la entidad contratante en el marco de la PMBSO y a las etapas de formulación y programación presupuestarias correspondientes, considerando el principio de valor por dinero.

El área usuaria o área técnica estratégica, según corresponda, determina el requerimiento en coordinación con la dependencia encargada de las contrataciones, en el cual se identifican la finalidad pública y los objetivos

de la contratación; disposición coincidente con el numeral 44.1 del artículo 44 del RLGCP, el que precisa que al determinar sus requerimientos las entidades contratantes atienden una necesidad para el cumplimiento de la finalidad pública, promoviendo el valor por dinero.

Sobre este último extremo, respecto del objetivo, tenemos que en el Pronunciamiento N.° 298-2011/DTN del OSCE se estableció que era "[...] evitar que la finalidad sea personal de la propia autoridad de la entidad, sea a favor de un tercero o posea una finalidad pública distinta al ordenamiento legal" (Pronunciamiento N.° 298-2011/DTN).

4.1. El objeto del requerimiento

En cuanto a la determinación de su objeto, el numeral 44.10 del artículo 44 del RLGCP indica que este se determina en función de la naturaleza de la contratación, siendo que cuando se esté ante contrataciones que involucren diversos tipos de prestaciones, el objeto se determina en función de la prestación que represente el mayor costo, siempre que no desvirtúe la naturaleza de la contratación.

4.2. La participación en condiciones de igualdad

El numeral 46.3 de la LGCP indica que el requerimiento permite el acceso de los proveedores al proceso de contratación en condiciones de igualdad, sin obstaculizar la competencia o direccionar el proceso de contratación a un determinado proveedor.

4.3. El trámite del requerimiento

El numeral 46.2 del artículo 46 de la LGCP dispone que las entidades contratantes gestionan las contrataciones considerando todo el ciclo de vida[187] de los bienes, servicios y obras, los cuales se orientan a prevenir o atender una necesidad, o a afrontar un problema relevante para el cumplimiento de los fines públicos.

En cuanto al trámite del requerimiento, tenemos que este comienza a ser regulado en el numeral 44.2 del RLGCP, en el que se indica que el área usuaria remite el requerimiento a la DEC, el que debe contener las condiciones de contratación, que incluyen, de corresponder, como mínimo, lo siguiente:

187 El reglamento define al ciclo de vida como el conjunto de fases o etapas dentro de la vida de un activo desde la definición de sus requisitos hasta el término de su uso, abarcando la concepción, diseño, construcción, operación, mantenimiento y disposición.

El alcance de la contratación, y las condiciones de ejecución, en función de su desempeño y funcionalidad.

Propuesta de requisitos de calificación y/o precalificación.

Propuesta de modalidad de pago y sistema de entrega.

Equipamiento, permisos, entre otros recursos que el contratista necesite para ejecutar la contratación.

Fórmula de reajuste

4.4. La determinación de los riesgos y la estrategia de contratación

En atención a lo expuesto, se ha incluido el riesgo en la determinación del requerimiento, para lo que el numeral 44.3 establece que, al elaborar el requerimiento, se inicia la identificación y evaluación de riesgos asociados al proceso de contratación, así como su asignación a alguna de las partes, lo cual sirve de insumo para la elaboración de la estrategia de contratación.

4.4.1. El caso de bienes y obras: prestaciones accesorias

En el numeral 44.4 se agrega que, en el caso de bienes y obras, se evalúa la necesidad de contar con prestaciones accesorias como el mantenimiento y la operación, considerando el ciclo de vida del activo.

4.4.2. Las normas metrológicas, normas técnicas y otras

El numeral 44.5 del RLGCP dispone que el requerimiento incluye lo previsto en leyes, reglamentos, normas metrológicas, y normas técnicas de naturaleza obligatoria vinculadas con el objeto de la contratación, así como las disposiciones previstas en normas técnicas de carácter voluntario, siempre que se sustente en la estrategia de contratación, que cumplan con los requisitos que seguidamente indicamos en las definiciones que, a continuación, glosamos.

a) Las normas técnicas

Son normas de carácter obligatorio a través de las cuales el Estado regula los requisitos mínimos que deben cumplir un producto en cuanto a seguridad, salud pública, protección del ambiente o prevención de prácticas que induzcan a error al consumidor, como puede ser el rotulado, tal como se

indicó en el Pronunciamiento N.° 002-2000 (GTN), donde se estableció que en las contrataciones públicas se debe entender por Reglamentos Técnicos cuando se refiere a Norma Técnica (NT).

En este orden, las NT constituyen estándares referenciales, no siendo necesariamente requisitos mínimos de salud o seguridad pública, sino que pueden involucrar aspectos asociados a la presentación comercial del producto, las que son elaboradas por los Comités Técnicos de Normalización conformados por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales - CTR, y son aprobadas por Indecopi.

b) Normas metrológicas

Las normas metrológicas permiten que los consumidores conozcan adecuadamente las características técnicas de los productos que se elaboran o consumen, cuál es el contenido exacto de un determinado producto, siendo elaboradas por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a propuesta del Servicio Nacional de Metrología.

Por otro lado, las normas sanitarias constituyen documentos de carácter obligatorio, emitidos por los organismos competentes, ministerios, y cuya finalidad consiste en normas respecto de los requisitos higiénicos mínimos que los productos ofertados deben contar para ser considerados aptos para el consumo humano.

c) Normas de carácter voluntario

Tal como se indica en el numeral 44.5 el requerimiento también puede incluir disposiciones previstas en normas técnicas de carácter voluntario como parte del requerimiento, siempre que:

- Sirvan para asegurar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos.
- Se verifique que existe en el mercado algún organismo que pueda acreditar el cumplimiento de dicha norma técnica, condición que "está orientada a que la entidad cuente con el respaldo de una institución competente —de acuerdo al objeto materia de acreditación— que garantice la observancia de la norma técnica prevista como parte de su requerimiento; a efectos de cautelar la finalidad pública que procura alcanzar a través de la contratación" (Opinión N.° 138-2017/DTN).
- Se basen en normas internacionales, cuando estas existan y puedan ser aplicadas en el territorio nacional.
- No contravengan las normas de carácter obligatorio mencionadas.

En relación con este tipo de normas, se ha establecido que en el supuesto de que no se cumpla con algunos de los aspectos solicitados precedentemente, deberán eliminarse de las bases las mencionadas normas técnicas voluntarias (Pronunciamiento N.° 574-2017/OSCE-DGR).

En cuanto a su inclusión y su responsabilidad por hacerlo, se ha indicado que su inclusión debe servir para garantizar el cumplimiento de los requisitos funcionales o técnicos vinculados al contrato (Opinión N.° 138-2017/DGT).

4.4.3. Lo que no puede incluir el requerimiento

La normativa aborda lo que se no se puede incluir en el requerimiento, indicando en el numeral 44.6, que este no incluye:

- Exigencias desproporcionadas e innecesarias que limiten la concurrencia o favorezcan a determinado proveedor.
- No hacer referencia a procedencia, fabricante, marca, patente, origen o tipos de producción.
- Sobre este tema, en el Pronunciamiento N.° 676-2017/OSCE-DGR, se precisó que la potestad para establecer los requisitos no es irrestricta, por cuanto "[...] para su determinación se debe verificar que resulten razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, no restringiendo innecesariamente la competencia, así como que se encuentren acordes con los principios que regulan la normativa de contratación pública" (Pronunciamiento N.° 676-2017/OSCE-DGR); criterio que se complementa con el establecido en la Opinión N.° 115-2017/DTN, donde se indicó que la formulación del requerimiento "[...] no es una facultad que la entidad pueda ejercer de manera irrestricta", ya que "el área usuaria no puede incluir exigencias que no se encuentren sustentadas en el adecuado cumplimiento de la prestación; de esta manera, el área usuaria debe establecer con precisión y objetividad los parámetros que resulten relevantes para que la prestación cumpla con la finalidad de la contratación" (Opinión N.° 115-2017/DTN).
- En cuanto a la consecuencia de establecer alguna marca es la declaratoria de nulidad, tal como ha establecido el TCP "al haberse hecho referencia a una marca específica [...] sin que medie un documento que acredite el haberse llevado a cabo una estandarización previa a la convocatoria, corresponde declarar nulo el presente proceso de selección, debiendo retrotraerse a la etapa de convocatoria, previa reformulación de las bases de acuerdo con

lo señalado en la presente resolución" (Resolución N.° 581-2008-TC-S4). Asimismo, y siempre vinculado a la indicación de alguna marca sin efectuar el proceso de estandarización, se indica que ha excepción de los procesos de estandarización, "los postores no se encuentran obligados a ofertar una marca determinada, sino que bastará que el producto ofertado cumpla las especificaciones técnicas mínimas requeridas; por lo que es excesivo exigir como requisito técnico mínimo que el producto a ofertar tenga marca registrada o se presente un certificado de registro de marca" (Resolución N.° 1976-2008-TC-S4).

- Otro aspecto relevante es la improcedencia de pedir el ISO. En los pronunciamientos N.° 599-2019/OSCE-DGR y N.° 515-2019/OSCE-DGR, se indicó, respecto del ISO, que "[...] una certificación "ISO3" no puede constituir parte del requerimiento, sino que solo puede ser considerado como factor de evaluación [...], dado que, en general, estas certificaciones acreditan una serie de estándares patrocinados por la Organización Internacional para la Estandarización (ISO), los que son de acogimiento voluntario, es decir, que su cumplimiento no es requerido por norma nacional alguna". Así pues, esas no constituyen "[...] una condición determinante para la operatividad y/o calidad de los bienes o servicios que una entidad requiere adquirir o contratar", no pudiendo "ser considerados como requerimientos técnicos mínimos, máxime si su cumplimiento no es requerido por norma nacional alguna", pudiendo establecerse como factor de evaluación, "a efectos de premiar con puntaje el cumplimiento de ciertos estándares internacionales, siempre que dicho factor observe criterios objetivos, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria y se haya precisado en las Bases los alcances de la certificación requerida" (Opiniones N.° 599-2019/OSCE-DGR, N.° 515-2019/OSCE-DGR). Asimismo, en la Resolución N.° 551-2013-TC-S1, el TCP precisó: "Las normas ISO no tienen carácter obligatorio dentro de la legislación nacional, sino que solo constituyen normas de carácter facultativo[...]" (Resolución N.° 551-2013-TC-S1).
- Tampoco efectúa descripción que oriente la contratación hacia ellos, salvo que la autoridad de la gestión administrativa haya aprobado el correspondiente proceso de compatibilización del reque-

rimiento[188], conforme a las disposiciones que establezca la DGA mediante directiva.

4.4.4. Verificación y modificación del requerimiento: la DEC, el área usuaria y la ficha de homologación

Los numerales 44.7, 44.8 y 44.9 tratan sobre la verificación y modificación del requerimiento. En este orden, tenemos que, en un acto de control previo a la aprobación, el numeral 44.7 indica que la DEC verifica que el requerimiento cumpla las disposiciones de la Ley y el Reglamento y, de ser el caso, propone mejoras considerando sus funciones y especialidad, pudiendo modificar su contenido en cualquier momento de las actuaciones preparatorias, para lo cual solicita al área usuaria la no objeción al requerimiento modificado, a fin de que continúe con el trámite correspondiente.

Por su parte, de acuerdo con lo indicado en el numeral 44.8, el área usuaria puede objetar la modificación del requerimiento propuesto por la DEC solo cuando exista el riesgo de que no se satisfaga su necesidad y no se cumpla la finalidad pública de la contratación.

Respecto de la ficha de homologación, el numeral 44.9 indica que la DEC verifica si el requerimiento se encuentra incluido en alguna ficha de homologación vigente o en una ficha técnica vigente. En dichos casos, agrega la norma, el requerimiento recoge las características técnicas ya definidas, así como los requisitos de calificación contemplados en estas o en los documentos de información complementaria, según corresponda.

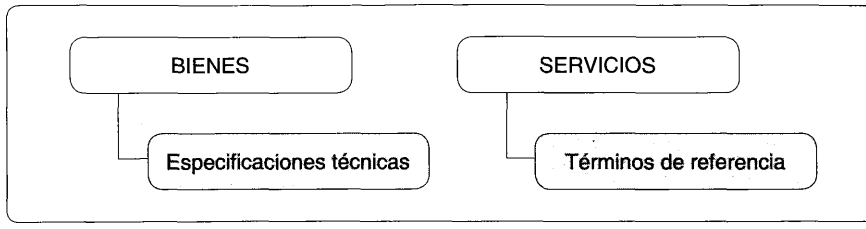
4.4.5. El requerimiento en procedimientos con diálogo competitivo

El numeral 44.11 dispone que en los procedimientos de selección que incluyan la subetapa de dialogo competitivo, estos se convocan a partir de un requerimiento preliminar que contiene únicamente la descripción de la necesidad y los objetivos, metas o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, y su finalidad pública.

4.5. El requerimiento para bienes y servicios

El artículo 126 del RLGCP regula, en sus distintos numerales, y en los términos siguientes, el requerimiento específicamente a bienes y servicios:

188 El reglamento define a la compatibilización del requerimiento como el proceso de racionalización que realiza la entidad contratante consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.



4.5.1. El requerimiento de bienes, servicios rutinarios u operacionales y la posibilidad de contratar hasta por 3 años

El numeral 126.2 establece que los requerimientos de bienes o servicios rutinarios u operacionales, cuya provisión se realice de manera continua o periódica, no puede ser menor a un año.

En este caso, se agrega que la entidad contratante puede evaluar la conveniencia de realizar contrataciones hasta por un periodo de 3 años, salvo de que se trate del:

- Servicio especializado de gestión de instalaciones;
- Servicio de mantenimiento vial; o
- Cuando por la naturaleza de la prestación o por leyes especiales se requieran plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones, según las reglas previstas en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

4.5.2. Adquisición de bienes

En el caso de bienes, indica el numeral 126.3, la DEC verifica que no se cuenta con existencias disponibles en el almacén o con bienes muebles patrimoniales que pueden atender la necesidad del área usuaria.

Cuando se trate de bienes patrimoniales de acuerdo a las normas de la SNA, la DEC debe coordinar con la Oficina de Control Patrimonial o la que haga sus veces, respecto a la denominación de los bienes que permita su posterior incorporación en los registros patrimoniales, según corresponda.

4.5.3. La adquisición de suministros

Cuando se trate de suministros, el numeral 126.5 indica que el requerimiento debe contener el cronograma de entregas, y su distribución, según corresponda. Para la programación de entregas debe considerarse la ca-

pacidad del almacén de la entidad contratante y/o beneficiaria final de la contratación.

4.5.4. El arrendamiento de inmuebles

El arrendamiento de inmuebles de propiedad privada es un tema relevante en la contratación pública, respecto del cual el numeral 126.6 establece que en los casos el plazo puede ser hasta por un máximo de 3 años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo en aplicación supletoria al artículo 1688 del Código Civil, sujetándose a los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana que establece el INEI, en caso del bien arrendado se encuentre en dicha área geográfica, o nivel nacional, en los demás casos, reservándose la entidad contratante el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente.

4.5.5. Adquisición de material bibliográfico

La norma se coloca en la situación de material bibliográfico existente en el mercado, caso en el cual el numeral 126.7 indica que la adquisición debe obedecer a planes curriculares y/o pedagógicos, por su contenido temático, nivel de especialización u otras especificaciones debidamente justificadas por el área usuaria, debiendo establecerse en el requerimiento el título, autor y edición que corresponda a las características requeridas.

5. EL FRACCIONAMIENTO: DEFINICIÓN Y CONFIGURACIÓN

En la Opinión N.° 001-2017/DTN, citando a Mutis y Quintero (2000, p. 176), estableció que el fraccionamiento se define como "[...] una acción fraudulenta de un funcionario público consistente en el abierto desconocimiento de la unidad física o jurídica de una contratación, para en vez de esta necesaria unidad, aparentar una escasa cuantía en la adquisición y proceder así mediante procedimientos más expeditivos, menos concurrentes, competitivos y que garanticen unidad de trato a todos los potenciales postores" (Opinión N.° 001-2017/DTN), siendo definido también como "la división artificial de una contratación unitaria debidamente programada o programable, con la finalidad de evitar el tipo de proceso de selección que corresponde o evadir la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado [...]" (Opinión N.° 059-2017/DTN).

En cuanto a su configuración, se ha establecido que esta se produce cuando "las prestaciones contratadas de manera independiente poseen ca-

racterísticas y/o condiciones que resulten idénticas o similares; es decir, representan un mismo objeto contractual", o cuando "de manera artificiosa se deshace la unidad natural del objeto contractual, con el propósito de contratar directamente aquello que, en principio, debió ser licitado o públicamente concursado"; o "cuando la entidad, teniendo la posibilidad de prever sus necesidades y, en consecuencia, programarlas, determina de forma deliberada la realización de varios procesos menores en lugar de uno mayor, a fin de evadir la rigurosidad de este último" (Resolución N.° 034-2012/DTN).

El fraccionamiento se encuentra regulado en el artículo 50 de la LGCP y en 45 del RLGCP.

5.1. El fraccionamiento y el desconocimiento del agrupamiento

Por otro lado, en la "exposición de motivos" de la derogada LCE se hace referencia a los antecedentes del fraccionamiento en nuestra legislación, determinando su origen en la persistencia en la Administración Pública en buscar el agrupamiento de los objetos contractuales. En este sentido, se indica que en logística existe una tendencia histórica al "agrupamiento de los objetos contractuales, en virtud del cual se busca acumular adecuadamente los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por la competencia y la economía de escala, y simplificar las relaciones contractuales, hecho este último que se ve reflejado cuando la entidad se entiende con un solo proveedor" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 66 de 152]).

En esta misma línea, se ha indicado, en cuanto al objeto del agrupamiento que mediante él se buscaba agrupar o consolidar las necesidades a través de un mismo objeto contractual, siendo que "[...] *la regulación sobre fraccionamiento busca impedir que dicho objeto sea dividido arbitrariamente en múltiples contrataciones, desnaturalizando así la necesidad que se requiere satisfacer y menoscabando la eficiencia que debe revestir el proceso de abastecimiento*", siendo responsabilidad de la entidad "[...] determinar si las prestaciones a ser contratadas poseen características y/o condiciones idénticas o similares, lo que implica la existencia de un único objeto contractual y de una única contratación; así, en caso que la entidad determine que dicha unidad, no existe (en razón a la necesidad que se busca satisfacer, en razón al mercado o en razón a la finalidad pública de la contratación), corresponderá que se realice una contratación diferente por cada objeto contractual"; contexto que asume que el desconocimiento "de esa unidad esencial de los bienes, servicios y obras configura el fraccionamiento indebido".

5.1.1. Lo que constituye y no constituye fraccionamiento

La determinación del fraccionamiento en bienes. Sobre los bienes idénticos y similares, se ha determinado:

> El fraccionamiento se configura cuando los bienes contratados de manera independiente poseen características y/o condiciones que resulten idénticas o similares; es decir, representan un mismo objeto contractual [...] Precisando lo anterior, resulta necesario indicar que se consideran bienes 'idénticos' a aquellos que comparten las mismas características, es decir, son iguales en todos sus aspectos[189]; y, por tanto, sujetos de ser contratados bajo las mismas condiciones.
>
> Por su parte, se entenderá como bienes 'similares' a aquellos que guarden semejanza o parecido, es decir, que compartan ciertas características esenciales, referidas a su naturaleza, uso, función, entre otras, siendo susceptibles de contratarse en forma conjunta. (Opinión N.° 001-2017/DTN)

Desde el ámbito normativo, tenemos que los numerales 50.1 y 50.2 del artículo 50 de la LGCP establece las siguientes reglas generales respecto a lo que constituye y no constituye fraccionamiento.

En cuanto a la prohibición, el citado numeral 50.1 indica que esta alcanza la contratación de bienes, servicios u obras, ya sea mediante la realización de dos o más procedimientos de selección o dando lugar a contratos menores, con los fines siguientes:

- Evitar el empleo del procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual.
- Evadir la aplicación de la presente ley y su reglamento o el cumplimiento de los acuerdos comerciales o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

Respecto de lo que no constituye fraccionamiento, el numeral 50.2 del artículo 50 de la LGCP y el numeral 45.2 del artículo 45 del RLGCP establecen los siguientes supuestos:

189 Independientemente de las diferencias menores de apariencia que no incidan en la determinación de su identidad, como, por ejemplo: talla, color, entre otras que se presenten de acuerdo a cada caso concreto.

- La contratación de bienes o servicios idénticos a los contratados anteriormente durante el mismo ejercicio fiscal, en caso de que la contratación completa no se haya podido realizar en su oportunidad debido a que se carece de los recursos disponibles suficientes para realizar dicha contratación completa o haya surgido una necesidad imprevisible adicional a la programada, de acuerdo a los criterios señalados en el reglamento.
- La contratación se efectúa a través de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, conforme a las disposiciones señaladas en el reglamento.
- Por razones presupuestales: se acredita mediante informe de la oficina de planeamiento y presupuesto de la entidad contratante o la que haga sus veces.
- Producto de una necesidad imprevisible adicional a la programada generada por un evento no atribuible a la entidad contratante: la necesidad y su imprevisibilidad son debidamente sustentadas por el área usuaria.
- La DEC verifica
- Las magnitudes programadas del ítem materia del objeto contractual en el CMN, incluyendo modificatorias y,
- Que la fecha del hecho generador de la necesidad sea posterior al primer requerimiento por objeto contractual idéntico.
- En caso de que la contratación se efectúe a través de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, salvo en los casos en que corresponda realizar el procedimiento de gran compra conforme a la directiva que emita Perú Compras.

5.1.2. La responsabilidad por el fraccionamiento

El numeral 45.1 del RLGCP establece que el área usuaria, la DEC y/u otras dependencias de la entidad contratante cuya función esté relacionada con la correcta planificación de los recursos, son responsables en caso se incurra en fraccionamiento, debiendo efectuarse en cada caso el deslinde de responsabilidades correspondiente.

5.1.3. Criterios del Tribunal respecto del fraccionamiento

El Tribunal se ha pronunciado en distintas oportunidades sobre el tema que nos concita, por lo que seguidamente citamos algunos criterios.

a) Causas imprevisibles

La DTN estableció:

> [...] en el caso en que se hubiera aprobado el expediente de contratación no constituye fraccionamiento adquirir la diferencia mediante otro proceso de selección, siempre que sea producto de una necesidad extraordinaria e imprevisible y haya identidad con el objeto de la contratación programada, pudiendo implicar la modificación del Plan Anual de Contrataciones (Opinión N.° 034-2012/DTN).

b) Contratación independiente

En cuanto a la metodología a implementar para verificar si se produjo el fraccionamiento:

> [...] es necesario verificar si los bienes que se requieren contratar poseen características o condiciones singulares que los hace distintos entre sí o no, pues, en caso se requiera efectuar la contratación de bienes iguales, bajo las mismas condiciones, corresponderá realizar un único proceso de selección, mientras que de tratarse de bienes que revistan características o condiciones que los hagan singulares, corresponderá, en principio, efectuar tantos procesos de selección como bienes requieran contratarse (Opinión N.° 015-2012/DTN).

c) Contratación de estudios técnicos para expediente técnico

Por otro lado, en la Opinión N.° 023-2019 se indicó respecto de la contratación de estudios para la elaboración del expediente técnico, que no se consideraba fraccionamiento "[...] aquellos casos en los que una entidad, de manera excepcional y previa sustentación, contrate ciertos estudios técnicos que dada su especialidad y/o complejidad no puede realizar por sí misma, a efectos de que estos le sirvan como insumo para elaborar el expediente técnico de obra a su cargo. Para tales efectos, la entidad deberá contar con los recursos y el personal necesario para asumir dicha responsabilidad [...]".

Capítulo XVIII

LA ESTRATEGIA DE CONTRATACIÓN

La dependencia encargada de las contrataciones (DEC) y la definición de la estrategia de contratación. La gestión de riesgos. Interacción con el mercado, indagación y consulta. Agrupamiento de prestaciones. El expediente de contratación. La cuantía de la contratación

SUMARIO: 1. Definición de la estrategia de contratación. – 1.1. La DEC y la formulación de la estrategia de contratación. – 1.2. El contenido de la estrategia de contratación y análisis de las variables. – 2. Gestión de riesgos en la estrategia de contrataciones de bienes y servicios estratégicos. – 3. La interacción con el mercado, indagación y la consulta al mercado. – 3.1. La interacción con el mercado para bienes y servicios. 3.2. La confidencialidad. – 3.3. Consulta al mercado. – 3.3.1. Herramientas de las consultas al mercado. – 3.3.2. Difusión del requerimiento como herramienta de consulta al mercado. – 3.4. El trámite de las consultas. – 3.4.1. La reunión de confirmación o aclaración. – 4. Agrupamiento de prestaciones: bienes, servicios u obras. – 4.1. Mecanismos para realizar el agrupamiento: contratación por paquete y según relación de ítems. – 4.1.1. La contratación por paquete. – 4.1.2. Procedimiento según relación de ítems, lotes o tramos. – 5. El expediente de contratación. – 5.1. Contenido y aprobación del expediente de contratación. – 5.2. Expediente de contratación y declaratoria de desierto. – 6. La cuantía de la contratación.

La estrategia de contratación está vinculada a la segmentación de la contratación y comprende, de acuerdo con lo indicado en el reglamento, a la propia estrategia, la interacción en el mercado, la indagación, la consulta al mercado, las herramientas de consulta al mercado, la difusión del requerimiento, el agrupamiento de prestaciones, la cuantía de la contratación, el expediente de contratación y las bases.

En la exposición de motivos del RLGCP, se establece respecto del momento en que esta opera:

> Una vez obtenido el requerimiento, la DEC debe realizar un análisis integral de todas las variables que influyen en la contratación pública, es decir de las características, cualidad, propiedades, entre otros aspectos del requerimiento, con la finalidad de que, de manera general, se planifique el proceso de contratación para que se logre el éxito en todas sus fases, desde los actos preparatorios hasta la culminación del contrato y así asegurar el cumplimiento de la finalidad pública (en atención al principio de valor por dinero) (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 23]).

Por su parte, en la exposición de motivos de la LGCP, se relaciona la estrategia de contratación con la promoción de la competencia:

> La promoción de la competencia y su incidencia positiva en el mercado de la compra pública, recae en la capacidad de las entidades contratantes para planificar, programar y anticipar los requerimientos que serán objeto de contratación. Es aquí que la estrategia de contratación cobra mayor sentido, al generar la necesidad de comunicar a los ofertantes de manera transparente, oportuna y completa la información suficiente para conseguir mejores ofertas en beneficio de la ciudadanía, con el único propósito de cumplir con el fin público (Poder Ejecutivo, 2024, p. 118).

Por otro lado, la LGCP y el reglamento regulan los distintos aspectos que comprende la estrategia de contratación.

1. DEFINICIÓN DE LA ESTRATEGIA DE CONTRATACIÓN

El numeral 49.1 de la LGCP define a la estrategia de contratación como el proceso de análisis integral de las variables que influyen en la contratación pública, en aplicación de los enfoques y principios de la ley.

1.1. La DEC y la formulación de la estrategia de contratación

El citado numeral 49.1 indica que la estrategia es elaborada por la dependencia encargada de las contrataciones, en consideración a la planificación de la entidad contratante a través de la PMBSO para la atención de las necesidades dentro de su competencia; a lo que el numeral 46.1 del artículo 46 del RLGCP precisa que esta es un proceso mediante el cual la DEC, con base en el requerimiento, analiza y evalúa de manera integral las variables que influyen en el proceso de contratación, en aplicación del principio de valor por dinero, considerando la información obtenida en la interacción con el mercado y aquella proporcionada por el área usuaria.

Por su parte, la Tercera Disposición Complementaria Final indica que las entidades contratantes que no se encuentren bajo el ámbito de aplicación de la directiva para la PMBSO, planifican sus contrataciones conforme a las disposiciones que emita la DGA para tal efecto.

Al respecto, mediante Resolución Directoral N.° 0010-2025-EF/54.01 se aprobó la Directiva N.° 0002-2025-EF/54.01-Plan Anual de Contrataciones.

1.2. El contenido de la estrategia de contratación y análisis de las variables

El numeral 49.1 de la LGCP indica que la estrategia de contratación integra el expediente de contratación, conteniendo, entre otros aspectos:

- El tipo de procedimiento de selección o mecanismo de contratación.
- La modalidad de pago.
- La verificación de la estandarización del requerimiento.
- La identificación de aquello que afecta o impulsa el objetivo del proceso de contratación.
- La estrategia debe comprender, además, una correcta asignación de riesgos, reflejada en el perfil de riesgos de la contratación, de acuerdo con los objetivos de la adquisición, sea de bienes, servicios u obras.

Por su parte, en el numeral 46.1 del RLGCP se establece que en ella se analizan, evalúan y determinan, según corresponda, las siguientes variables:

- Tipo de procedimiento de selección y su modalidad.
- El sustento para la utilización de un procedimiento de selección no competitivo, de corresponder.
- La declaración de viabilidad en el caso de contrataciones que forman parte de un proyecto de inversión o la aprobación de IOARR reguladas en la normativa aplicable, de corresponder.
- Posibilidad de utilizar una modalidad de la contratación pública eficiente.
- Tipo de evaluador y su perfil.
- Los requisitos de calificación y/o precalificación, de corresponder.
- Propuesta de factores de evaluación, de corresponder.
- Modalidad de pago.
- Sistema de entrega, de corresponder.
- Puntos no negociables del requerimiento durante la etapa de negociación o dialogo competitivo, de corresponder.
- Fuente de financiamiento de la contratación y actualización de la cuantía de la contratación determinada en el PAC del CMN.
- Garantías y adelantos.
- Análisis del consumo histórico del bien, de corresponder.
- Verificación del tipo de interacción con el mercado determinado en la segmentación de contrataciones.
- El cronograma estimado del proceso de contratación, incluyendo la fase de selección y la ejecución contractual.
- Los roles y responsabilidades de los involucrados al interior de la entidad contratante en la fase de selección.
- Evaluación de la posibilidad de agrupar prestaciones.
- Verificación de si el requerimiento se encuentra estandarizado.
- Identificación de aquello que afecta o impulsa el objetivo del proceso de contratación, lo que incluye la gestión de riesgos.

2. GESTIÓN DE RIESGOS EN LA ESTRATEGIA DE CONTRATACIONES DE BIENES Y SERVICIOS ESTRATÉGICOS

El artículo 128 del RLGCP establece que en la estrategia de contratación de bienes y servicios segmentados como estratégicos el área usuaria en coordinación con la DEC realiza la planificación integral de la gestión de riesgos, en una matriz que forma parte del expediente de contratación, en la que se incluye la identificación, análisis cualitativo y cuantitativo de los riesgos.

3. LA INTERACCIÓN CON EL MERCADO, INDAGACIÓN Y LA CONSULTA AL MERCADO

La exposición de motivos del reglamento trata en extenso el procedimiento de interacción con el mercado, siendo el objetivo que la estrategia de

contratación contraste con esta, llevando a una "interacción eficiente, que genere confianza y colaboración entre lo público y privado, incentivando competencia en los procesos de contratación y actualizándose en cuanto a los cambios en la regulación y las mejores prácticas de cada industria" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 24]).

En este orden, se indica que mediante la interacción con el mercado las entidades contratantes se comunican no solo los requerimientos de las contrataciones que se van a convocar, sino también se pueden recibir las apreciaciones de los potenciales proveedores, siendo el objetivo "mejorar el requerimiento, obtener condiciones de compra óptimas en un entorno de competencia entre los proveedores, discutiendo de manera abierta y transparente posibles soluciones a un problema o necesidad, lo que estimula, a su vez, la innovación en el mercado" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 24]).

La exposición de motivos establece también la forma es que esta interacción puede llevarse a cabo, indicando que puede ser por indagación, consulta al mercado, siendo que por su nivel puede ser básica o avanzada.

La indagación, se refiere a la "evaluación integral, investigación, análisis de datos y obtención de información como proveedores, precios, tendencias de mercado, condiciones competitivas, entre otros aspectos que contribuyen en la adecuada toma de decisiones según sea el objeto de contratación. Siendo que potestativamente podrá obtener información de proveedores, para lo cual podría utilizar como fuente el RNP y los directorios o revistas especializadas para conocer las principales empresas en un mercado particular (Estudio de Mercado de muy bajo alcance)"; mientras que la consulta al mercado consiste en el "intercambio de información entre la entidad contratante y el mercado, el cual debe realizarse de manera abierta y transparente, a través de reuniones presenciales, virtuales, coordinaciones, intercambio de información, entre otros, que coadyuven a lograr recabar la mayor cantidad de información posible del mercado, para una adecuada toma de decisiones" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 24]).

Por otro lado, tenemos que la indagación será básica "cuando el alcance solo está referido a la obtención de información específica de proveedores o precios o tendencias de mercado u otros aspectos vinculados al objeto de contratación"; y avanzada "cuando el alcance está orientado a investigar y/o analizar uno o más aspectos vinculados al objeto de contratación materia de investigación".

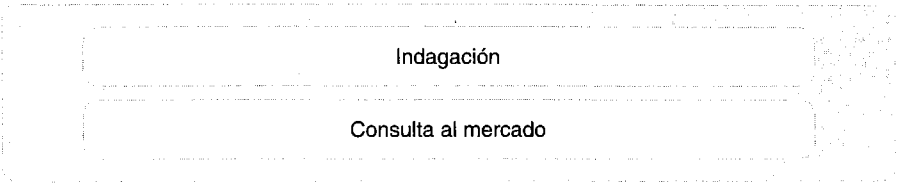
En este contexto, y desde el ámbito de la LGCP, el numeral 47.1 del artículo 47 de la LGCP establece que, a través de la interacción con el mer-

cado, las entidades contratantes determinan la existencia de oferta y competencia, perfeccionan su requerimiento, estiman el presupuesto requerido para la contratación y el mecanismo de contratación estratégica o procedimiento de selección más idóneo para proveerse de bienes, servicios u obras.

Por su parte, el artículo 47 del RLGCP precisa y amplía lo dispuesto en el reglamento, indicando que es un conjunto de actividades que sirven de insumo y forman parte de la estrategia de contratación y permite a la entidad contratante:

- Perfeccionar su requerimiento.
- Actualizar la cuantía de la contratación considerada en el PAC del CMN.
- Mide la existencia de oferta existente en el mercado y competencia y el riesgo de la frustración del procedimiento de selección.
- Puede considerar la capacidad, tamaño y tendencias del mercado.

Consistente con la exposición de motivos, se establecen los siguientes tipos de interacción con el mercado:



3.1. La interacción con el mercado para bienes y servicios

El artículo 127 del RLGCP establece en su numeral 127.1 que la DEC, empleando como base la segmentación de contrataciones, utiliza los siguientes niveles de acuerdo con los tipos de interacción con el mercado:

Indagación básica
Para requerimientos rutinarios

Indagación avanzada
Para requerimientos operacionales

Consulta al mercado básica
Para requerimientos críticos

Consulta al mercado avanzada
Para requerimientos estratégicos

El numeral 127.2 abre la posibilidad de que la DEC pueda utilizar un nivel más avanzado de interacción con el mercado para atender un requerimiento, de considerarlo pertinente en la estrategia de contratación.

3.2. La confidencialidad

El numeral 47.2 indica que la entidad contratante guarda confidencialidad respecto de toda información, datos o documentación que no sea de acceso público, a la que tenga acceso directa o indirectamente como consecuencia del desarrollo de la interacción con el mercado, conforme a la normativa de la materia.

Al igual que la interacción en el mercado, puede ser básica (utiliza como mínimo una fuente de información) y avanzada (utiliza dos o más fuentes), y se encuentra regulada en el artículo 48 del RLGCP, en el que se indica que se basa en el análisis de datos e investigación de condiciones competitivas del mercado con relación al requerimiento, a fin de que dicha información sea considerada en la estrategia de contratación.

En cuanto a las fuentes de información, la que debe corresponder a los 3 últimos ejercicios presupuestales, el numeral 48.2 del RLGCP establece que son las siguientes:

- Información histórica de la entidad contratante, que incluye procedimientos de selección y contratos suscritos previamente de igual o similar objeto
- Información de procedimientos de selección y contratos suscritos por otras entidades contratantes, obtenidas de la Pladicop
- Otras que se estimen pertinentes según la estrategia de contratación
- Se puede solicitar información a los potenciales proveedores del rubro del objeto de la convocatoria

En cuanto a los tipos de indagación, el numeral 48.3 refiere que puede ser básica, en la que se utiliza como mínimo una fuente de información; o, avanzada, donde se utilizan dos o más fuentes.

3.3. Consulta al mercado

En la exposición de motivos, se indica que la consulta al mercado puede clasificarse en función los siguientes aspectos:

- Del número de herramientas utilizadas; y
- De la frecuencia con que estas se aplican en un mismo proceso de contratación.

La consulta puede ser básica, que se aplica cuando la entidad contratante utiliza una herramienta de la consulta al mercado y es implementada una vez en el mismo proceso de contratación; y, avanzada, cuando se utilizan más de dos herramientas y/o algunas de ellas se aplican en más de una ocasión en el mismo proceso de contratación (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 25]).

Sobre este tema, el artículo 49 del RLGCP establece que, mediante la consulta al mercado, se propicia el intercambio de información de manera abierta y transparente con los proveedores, pudiendo ser básica o avanzada, siendo que en el primer caso se emplea una sola herramienta de interacción, sea escrita o reuniones, mientras que, para la segunda, se utilizan dos o más herramientas de la misma o distinta clasificación.

3.3.1. Herramientas de las consultas al mercado

Al igual que en los rubros precedentes, la exposición de motivos del RLGCP hace referencia a las herramientas, indicando que estas se clasifican "según la retroalimentación que se busca por parte de los proveedores y dicha retroalimentación depende de la vía que se usa para comunicar y de la cantidad de receptores" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 25]).

Desde esta perspectiva, establece que los criterios a aplicar en su selección, indicando que, en el caso de los proveedores de bienes y servicios:

> [...] se considerarán los criterios de valor y riesgo de mercado existente. El criterio de valor se refiere al efecto o impacto cuantificable que genera dicha contratación en el cumplimiento de sus funciones y en cuanto al riesgo, puede considerarse las condiciones de mercado vigentes que generan un peligro al normal abastecimiento de dicho bien o servicio. En el caso de obras, los criterios que se tomarán en cuenta para determinar las herramientas de las consultas al mercado que serán aplicadas, así como la frecuencia en que se utilizarán son: la escala, el nivel de complejidad, el grado de innovación, la

> certeza del interés de los proveedores y el nivel de información disponible sobre proyectos similares (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 25]).

Por su parte, el artículo 50 del RLGCP establece la siguiente clasificación de las herramientas de las consultas al mercado:

i) **Escrita.** La que se utiliza para obtener retroalimentación de varios proveedores, como la difusión del requerimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 51 del RLGCP o solicitudes de información a los proveedores, entre otros.

ii) **Reuniones.** Uno a muchos: se utiliza para comunicar aspectos clave de la contratación a varios proveedores o a la industria, como reuniones informativas, talleres con la industria o eventos de exposición de proveedores o de proyectos de la entidad contratante, entre otros. Esta herramienta puede emplearse para atender varios requerimientos.

Uno a uno: se utiliza para obtener información detallada de una manera directa con el proveedor a través de reuniones individuales.

Finalmente, el numeral 50.2 indica que, de manera complementaria a las herramientas señaladas, la DEC puede realizar una indagación de conformidad con el artículo 48 del RLGCP.

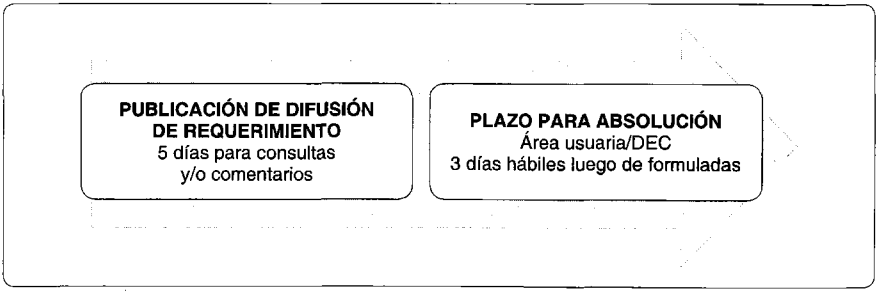
3.3.2. Difusión del requerimiento como herramienta de consulta al mercado

El tema se encuentra regulado en el artículo 51 del RLGCP en el que se establece que la difusión del requerimiento es una herramienta de consulta al mercado, mediante la cual la entidad contratante publica en la Pladicop y/o en su sede digital el requerimiento de manera previa a la convocatoria, a fin de identificar posibles proveedores interesados y recibir retroalimentación de los proveedores respecto del requerimiento, a través de consultas técnicas que son absueltas obligatoriamente, luego de lo cual el requerimiento puede ser modificado por el área usuaria o por la DEC previa no objeción del área usuaria.

3.4. El trámite de las consultas

Los numerales 51.2 y 51.3 se refieren a la formulación y absolución. Así, el 5.1.2. indica que la formulación de consultas y/o comentarios técnicos se realiza a través de la Pladicop en un plazo no menor de 5 días hábiles, contabilizados desde el día siguiente a la publicación de la difusión del requerimiento; por su parte, el numeral 51.3 establece el siguiente trámite: En

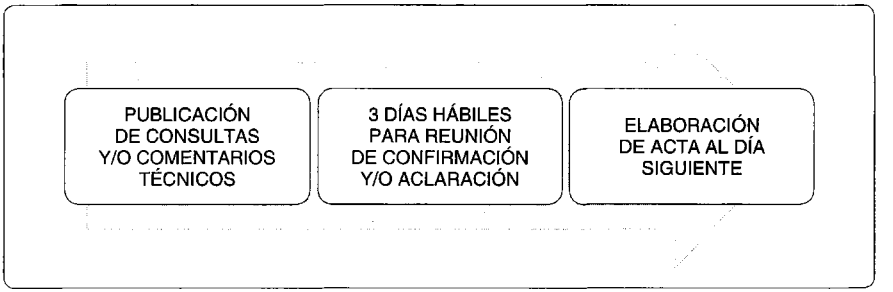
el plazo máximo de 3 días hábiles de formuladas las referidas consultas y/o comentarios técnicos, el área usuaria y la DEC realizan la absolución, publicando en la Pladicop un acta que contenga el resultado de este proceso.



3.4.1. La reunión de confirmación o aclaración

El numeral 51.4 dispone que dentro de un plazo máximo de 3 días hábiles de publicada la absolución de consultas y/o comentarios técnicos, la entidad contratante realiza una reunión de confirmación y/o aclaración, a fin de corroborar el correcto entendimiento de los proveedores sobre la absolución efectuada. La DEC es la encargada de dirigir la reunión y establece el orden de participación de los proveedores. El área usuaria absuelve y de ser necesario amplía el sustento técnico de la absolución preliminar. La reunión puede ser presencial o mediante el uso de plataformas digitales.

Se elabora un acta de la reunión que es publicada en la Pladicop al día hábil siguiente de realizada la reunión.



4. AGRUPAMIENTO DE PRESTACIONES: BIENES, SERVICIOS U OBRAS

Las modalidades de agrupamiento se encuentran reguladas en el artículo 52 del RLGCP, en el que se indica que la entidad contratante puede agrupar la contratación de los bienes, servicios u obras esencialmente similares, con la finalidad de incentivar la mejora de precios y calidades por

la competencia y economía de escala, así como simplificar las relaciones contractuales.

4.1. Mecanismos para realizar el agrupamiento: contratación por paquete y según relación de ítems

La norma establece dos mecanismos para realizar el agrupamiento, la contratación por paquete y el procedimiento según relación de ítems, lotes o tramos, respecto de los cuales el numeral 52.2 indica que corresponde a la DEC sustentar en la estrategia de contratación que el agrupamiento de prestaciones resulta más eficiente que efectuar contrataciones separadas.

4.1.1. La contratación por paquete

En relación a la contratación por paquete, se ha indicado que a través de ella:

> [...] se busca dotar al proceso de contratación de mayor eficiencia, pues podría reducir el tiempo del abastecimiento, acceder a beneficios propios de las economías de escala y simplificar las relaciones contractuales al permitir que el Estado se entienda con un solo proveedor. Por tal razón, la entidad —durante la etapa de actuaciones preparatorias- a partir de los requerimientos de las áreas usuarias y de los resultados de la indagación de mercado, debe determinar la pertinencia del uso de esta figura (Opinión N.° 001-2021/DTN)[190].

En este caso, el literal a) del numeral 52.1 establece que la entidad contratante agrupa varios bienes o servicios, distintos pero vinculados entre sí, en un mismo objeto contractual; o agrupa obras o consultorías de obras de similar naturaleza cuando esta resulte más eficaz y eficiente, en términos de calidad, precio y/o tiempo, que efectuar contrataciones por separado, en cuyo caso, se suscribe un contrato por consultoría de obra u obra.

190 En este extremo es preciso mencionar que una expresión de la tendencia logística del agrupamiento de objetos es también la contratación mediante relación de ítems. Así, de acuerdo con el artículo 39 del Reglamento: "La entidad puede realizar un procedimiento de selección según relación de ítems para contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí con montos individuales superiores a ocho (8) UIT, siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica, y/o administrativa de dicha posibilidad. Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con excepciones previstas en el Reglamento".

4.1.2. Procedimiento según relación de ítems, lotes o tramos

La norma establece en el literal b) del numeral 52.1 que la entidad contratante realiza en un único procedimiento de selección la contratación de bienes, servicios en general, consultorías u obras distintos pero vinculados entre sí, los cuales se agrupan, en diferentes ítems, lotes, o tramos, siempre que el valor de cada contratación individual sea superior al de un contrato menor. Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal.

5. EL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

¿Cómo se define el expediente de contratación? El expediente, en términos generales, es definido como "la actuación administrativa sin carácter contencioso", compuesta por un conjunto de papeles que pertenecen a un determinado asunto, tales como los documentos, escritos, copias, dictámenes, peritajes, actas, declaraciones, informes, etc., relacionados con actuaciones referidas al procedimiento de selección; información que deberá estar debidamente ordenada.

El anexo de definiciones del reglamento derogado establecía lo que se debía entender por expediente de contratación, indicando que era el "conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a una determinada adquisición o contratación, desde la decisión de adquirir o contratar hasta la culminación del contrato, incluyendo la información previa referida a las características técnicas, valor referencial, la disponibilidad presupuestal y su fuente de financiamiento", mientras que en el anexo de definiciones vigente lo define como el "conjunto de documentos emitidos por la entidad contratante, que evidencian el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para proceder con la contratación".

En cuanto a su regulación, tenemos que los artículo 51 de la LGCP, y el 54 del RLGCP, tratan lo referente a él, indicando el primero que este contiene la información que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, tema sobre el cual el artículo 54 del RLGCP es más preciso.

Al respecto, el numeral 54.1 del artículo 54 del RLGCP indica que en él se incluye toda la información correspondiente al proceso de contratación, privilegiándose el uso de medios electrónicos para su custodia y resguardo.

La DEC es responsable de que toda la información se encuentre en el expediente de contratación, así como de su disponibilidad para aquellos que lo requieran.

5.1. Contenido y aprobación del expediente de contratación

El numeral 54.2 del RLGCP indica que la autoridad de la gestión administrativa, previo a la fase de selección, aprueba el expediente de contratación, el cual contiene:

- El requerimiento final, indicando si se encuentra estandarizado.
- El documento que aprueba la compatibilización del requerimiento, cuando corresponda.
- La estrategia de contratación, que incluye la interacción con el mercado realizada, según corresponda.
- La cuantía de la contratación.
- El documento mediante el cual se han designado a los evaluadores.
- La certificación de crédito presupuestario y/o la previsión presupuestal, de acuerdo con la normativa vigente.
- Otra documentación necesaria conforme a la normativa que regula el objeto de la contratación.

Para aprobar un expediente de contratación, la necesidad debe encontrarse prevista en el CMN aprobado del año fiscal correspondiente o su modificatoria.

5.2. Expediente de contratación y declaratoria de desierto

El numeral 54.4 dispone que cuando un procedimiento de selección sea declarado desierto, la siguiente convocatoria no requiere contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, salvo cuando el informe de evaluación de las razones que motivaron la declaratoria de desierto advierta que se requiere modificar alguno de los documentos que motivó su aprobación.

6. LA CUANTÍA DE LA CONTRATACIÓN

Los artículos 48 de la LGCP y el 53 del RLGCP regulan lo referente a la cuantía de la contratación, siendo que el numeral 48.1 de la ley indica que las entidades contratantes establecen la cuantía de la contratación conforme a la PMBSO y lo dispuesto en el reglamento, a fin de gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios, agregando el 48.2 que el regla-

mento establece en qué casos el presupuesto estimado de la contratación se considera punto de referencia para las ofertas.

Por su parte, el artículo 53 del RLGCP indica en su numeral 53.1 que a fin de gestionar la certificación y/o previsión presupuestal correspondiente, la DEC considera la cuantía de la contratación establecida en el PAC del CMN, la cual puede ser actualizada producto de la interacción con el mercado, según corresponda.

Esta cuantía incluye todos los conceptos que sean aplicables al bien, servicio u obra a contratar, siendo que, en el caso de los procedimientos de selección según relación de ítems, lotes o tramos, la cuantía de la contratación se establece por la sumatoria de los valores de cada uno de los ítems, lotes o tramos considerados.

Finalmente, en el numeral 53.4 refiere que no es obligatorio dar a conocer a los proveedores la cuantía de la contratación durante la fase de selección, salvo que esta sea punto de referencia para la presentación de ofertas.

Capítulo XIX

LAS BASES Y LOS EVALUADORES

Oficial de compra. Comité. Jurado. El comprador público. Los evaluadores, requisitos e impedimentos para ser evaluador

SUMARIO: 1. Las bases y el principio de legalidad. – 1.1. Las bases en la normativa. – 1.2. Contenido. – 2. Los evaluadores. – 2.1. Responsabilidades del oficial de compra, el comité y el jurado. – 2.2. Las reglas para los evaluadores. – 2.3. La designación de expertos. – 2.4. El oficial de compra como responsable de la fase de selección. – 2.5. El comité. – 2.5.1. La remoción. – 2.5.2. Cuando lo integra un comprador público. – 2.5.3. Reglas cuando la evaluación está a cargo del comité de selección. – 2.5.4. Sesiones y quorum. – 2.6. Los jurados. – 2.6.1. Elaboración de bases y opinión de los jurados. – 2.6.2. La evaluación técnica y económica por parte de los jurados. – 2.6.3. Los jurados en los procedimientos de selección con subetapas de negociación o diálogo competitivo. – 2.6.4. La recepción de las ofertas, el otorgamiento de la buena pro y la DEC. – 2.7. Impedimentos para ser evaluador. – 2.8. Incentivos para los evaluadores. – 2.8.1. Requisitos para el otorgamiento del incentivo y el trámite del pago.

Las bases constituyen el fundamento jurídico del procedimiento de selección y brindan seguridad jurídica a las partes. Sin ellas, la entidad no puede convocar a los postores, ni estos participar en el procedimiento, constituyendo el reflejo de la voluntad de la entidad, por lo que devienen en el fundamento de cualquier proceso válido, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 284-2003/TC-S2.

En cuanto a su naturaleza jurídica, estas constituyen un acto no impugnable por cuanto poseen naturaleza jurídica reglamentaria, siendo que, en caso contrario, estaremos ante bases confusas o carentes de precisión o contradictorias con la legalidad vigente.

En doctrina, existe el concepto de pliego de condiciones, que es el sinónimo de las bases en nuestra legislación, definido como "el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, que especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto); las pautas que regirán el contrato a celebrarse; los derechos y obligaciones de oferentes y cocontratante (relación jurídica) y el mecanismo procedimental a seguir en la preparación y ejecución del contrato" (Dromi, 2004, p. 512); o, también, "[...] como el conjunto de cláusulas redactadas por la administración, especificando el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las condiciones del contrato a celebrarse y determinando el trámite a seguir[...]" (Sayagüés Laso, 2004, p. 552).

Por otro lado, tenemos que respecto de las bases se presentan dos denominaciones. La primera, bases, entiende por bases al documento del procedimiento de selección que contiene el conjunto de reglas formuladas por la entidad para la preparación y ejecución del contrato; la segunda, bases integradas, es definida en el anexo de definiciones del RLGCP, como "bases del procedimiento de selección cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OECE, según sea el caso; o cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones, ni se hayan realizado acciones de supervisión".

1. LAS BASES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Cuando el contrato nace, el pliego se convierte en matriz contractual o sustancia obligacional rectora de los efectos jurídicos del vínculo. Al perfeccionarse el contrato, los pliegos se incorporan a él" (Dromi, 2004, p. 512).

Desde esta perspectiva, las bases realizan el principio de legalidad en las contrataciones públicas, por lo que constituyen el fundamento jurídico del procedimiento de selección. El objetivo de estas no es solo brindar seguridad jurídica a las partes intervinientes, Administración Pública, participantes, postores, y luego contratistas, sino a la sociedad toda, por cuanto a través de ellas se comunica lo que será objeto de contratación o adquisición, el probable costo y los términos del contrato. Al ser el fundamento jurídico, sin ellas la entidad no puede convocar a los participantes, ni estos formar parte del procedimiento de selección.

Por el lado procedimental, en ellas se regulan los plazos y las formalidades, determinándose "los derechos y deberes que podrán ejercer los oferentes y los órganos administrativos durante su transcurso", por lo que la Administración tiene la obligación de formular bases que tengan la cualidad de carácter general, impersonal y que aseguren un trato justo e igualitario; tiene también el derecho a rechazar las ofertas por no ajustarse a lo requerido en ellas; mientras que el participante tiene el derecho subjetivo de ser admitido en el procedimiento de selección, y a cuestionar las bases cuando no se ajusten o atenten contra la libre competencia, igualdad, trato justo e igualitario o contravengan la legalidad vigente. Ambos extremos de la relación tienen la obligación de cumplir con las prescripciones establecidas en ellas.

Las bases no pueden incluir "cláusulas ilegales o violatorias de disposiciones normativas, por cuanto el obrar estatal, unilateral o contractual, debe conformarse según el principio de legalidad" (Dromi, 1995, p. 246), debiendo contener, sí, una clara identificación del objeto, "no debe permitir interpretaciones confusas de lo que se pretende adquirir o contratar; debe ser de carácter general, impersonal y que asegure un trato igualitario para los oferentes" (Dromi, 1995, p. 263).

Sin embargo, se debe tener presente que, si las exigencias establecidas por la entidad no pueden ser cumplidas por todos los participantes, ello no debe implicar la inviabilidad del procedimiento de selección, por cuanto esta "[...] no debe contratar mal para salvaguardar la igualdad de todos. La igualdad que se debe salvaguardar es la de todos los que están en condi-

ciones de satisfacer las necesidades de la Administración" (Durán Martínez, 2014, p. 122).

1.1. Las bases en la normativa

El artículo 55 del RLGCP se refiere a las bases desde su denominación, indicando que estas son los documentos del procedimiento de selección que tienen como objetivo establecer sus reglas y son elaboradas por el oficial de compra o el comité, según corresponda, o la DEC, en caso se hubiera designado un jurado, a partir de la información del expediente de contratación.

El numeral 55.2 hace referencia a los evaluadores, quienes pueden establecer factores de evaluación adicionales o modificaciones a los factores de evaluación propuestos en la estrategia de contratación, para que sean incluidos en las bases.

1.2. Contenido

En cuanto al contenido, el TCP estableció que estos:

> [...] deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación [...] las características de la prestación solicitada u objeto cuya contratación se demanda y el trámite procesal que debe seguirse (sistemas de cotización, forma de pago del precio, plazo de mantenimiento de la oferta, monto y forma de la garantía, lugar, día y hora del acto de apertura de los sobres, procedimiento para las aclaraciones e impugnaciones, etcétera) (Resoluciones N.° 1116-2017-TCE-S3; N.° 2336-2014-TC-S1 y N.° 2367-TCE-S1).

Normativamente, tenemos que el numeral 55.3 del RLGCP indica que este depende del tipo y modalidad del procedimiento de selección, e incluyen como mínimo lo siguiente:

- El requerimiento
- Los documentos necesarios para la presentación de ofertas y las condiciones para la ejecución contractual
- Las bases estándar se aprueban mediante directiva que emita la DGA, las cuales son de uso obligatorio por los evaluadores

2. LOS EVALUADORES

En la exposición de motivos del RLGCP se establecen los distintos tipos de evaluadores:

OFICIAL DE COMPRA
Es el comprador público de la DEC que no depende del área usuaria, ni del área técnica, ya que forman parte del SNA

COMITÉ
Se asemeja al comité de selección

JURADO
Es utilizado para la evaluación de los concursos de proyectos arquitectónicos, figuras de la normativa anterior

Agregando que la incorporación de los evaluadores responde a las recomendaciones de la OCDE en materia de compra pública (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 31]).

En cuanto a su desenvolvimiento normativo, tenemos que su regulación se encuentra establecida en el artículo 52 de la LGCP, y en los artículos 56 al 61 del RLGCP.

En este orden, tenemos que el numeral 52.1 del artículo 52 y el numeral 56.1 del RLGCP establecen que estas figuras aplican para los procedimientos de selección competitivos, efectuando la siguiente distinción:

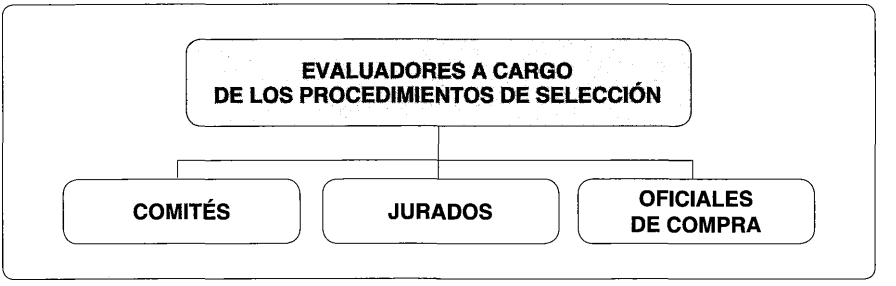
OFICIAL DE COMPRA
Compradores públicos de la DEC

COMITÉS
Conformado por 3 integrantes de los cuales uno es comprador público de la DEC y uno es experto o profesional que cuente con conocimiento técnico y/o experiencia en el objeto de contratación

JURADOS
Conformado por 3 o 5 expertos en el objeto de contratación

Los numerales 52.2 y 52.3 disponen que los comités o jurados cuentan en su conformación con expertos en el objeto de la contratación, y adoptan las decisiones necesarias para el desarrollo del procedimiento de selección,

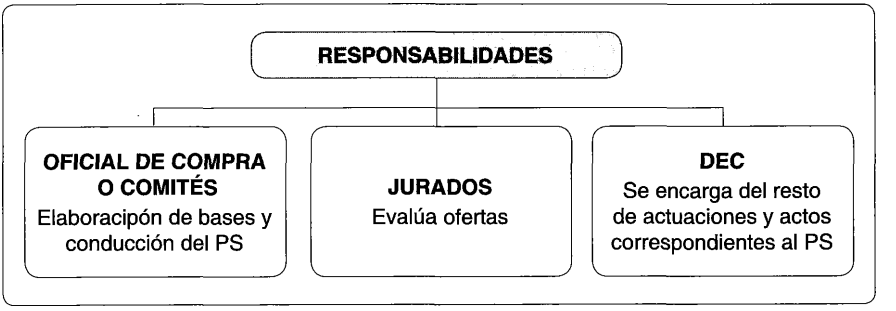
sin alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación, salvo los factores de evaluación y las excepciones establecidas en el reglamento.



2.1. Responsabilidades del oficial de compra, el comité y el jurado

El numeral 56.2 del RLGCP indica que el oficial de compra o el comité, según corresponda, es responsable de la conducción y realización de la fase de selección, incluyendo la preparación de las bases.

El jurado es responsable de la evaluación de las ofertas, en tanto que la DEC, representada por quien tiene a cargo dicha dependencia, del resto de actuaciones y actos correspondientes al procedimiento de selección.



2.2. Las reglas para los evaluadores

Los numerales 56.3 y siguientes del artículo 56 establecen las reglas para el desenvolvimiento de los evaluadores en los procedimientos de selección.

- La elección del tipo de evaluador, en los casos que se pueda optar por alguno de ellos, se determina en la estrategia de contratación.
- En caso se requiera que los evaluadores participen desde las actuaciones preparatorias del proceso de contratación, pueden determinarse en cualquier momento luego de la segmentación de contrataciones.
- Los evaluadores están facultados a formular consultas o solicitar opiniones técnicas referidas al procedimiento de selección a cualquier unidad de organización de la entidad contratante, las que son atendidas bajo responsabilidad dentro del plazo otorgado para tal efecto. Las opiniones técnicas o absolución de estas consultas no son vinculantes para el comité o el jurado.
- Las reuniones de los evaluadores pueden ser presenciales o mediante el uso de medios digitales.
- Las decisiones de los evaluadores son autónomas, sin intervención ni intromisión de la entidad contratante, sus unidades de organización o servidores, o de otras entidades contratantes.
- Los evaluadores velan porque los postores reciban igual trato, por lo que no facilitan información que pueda dar ventajas a determinados postores con respecto a otros.
- Las decisiones constan en actas que se registran en la Pladicop, resguardándose la información de los postores que sea confidencial conforme la normativa de la materia
- Los evaluadores están obligados a presentar previo a su designación una declaración jurada de no mantener conflicto de intereses en el proceso de contratación a evaluar y a informar oportunamente sobre la existencia de un posible conflicto de interés. Asimismo, deben renunciar en caso de materializarse el referido conflicto durante cualquier fase del proceso de contratación.
- Los evaluadores están obligados a comunicar a la autoridad competente sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el desempeño de su encargo, bajo responsabilidad.

2.3. La designación de expertos

El artículo 57 del RLGCP se refiere a la designación de expertos indicando que, para ser designado como tal en un comité o jurado, se requiere:

- Poseer experiencia profesional.
- Especialidad en el objeto de la contratación.

Los perfiles y requisitos para ser experto son determinados en la estrategia de contratación o en cualquier momento luego de la aprobación del PAC del CMN, en caso se requiera realizar gestiones tempranas para contar con el o los expertos desde la estrategia de contratación.

Cuando se trate de jurado, el numeral 57.2 establece que los expertos cuentan con no menos de 8 años de experiencia general y 5 años de experiencia en la especialidad correspondiente al objeto de la convocatoria.

En cuando a la condición laboral, el numeral 57.3 establece que estos pueden ser servidores de la misma entidad contratante o de otra con la que

se haya gestionado el apoyo para tal efecto. Asimismo, puede contratarse un proveedor para prestar el servicio de experto en uno o más procesos de contratación.

2.4. El oficial de compra como responsable de la fase de selección

El artículo 58 del RLGCP se refiere al oficial de compra indicando que es el funcionario o servidor designado por la DEC, responsable de la fase de selección, pudiendo ser designado en más de un procedimiento de selección simultáneamente.

2.5. El comité

Este comité tiene su antecedente en el comité de selección, y este, a su vez, en el comité especial, manteniéndose en la actual normativa muchas de las reglas que los afectaban.

La designación del comité está a cargo de la autoridad de la gestión administrativa, la que designa a los integrantes titulares y suplentes, siendo que estos últimos solo actúan en ausencia de los titulares, tomando su lugar en adelante, caso en el cual la autoridad de la gestión administrativa evalúa el motivo de la ausencia del titular a efectos de determinar su responsabilidad, si la hubiere.

2.5.1. La remoción

El numeral 59.2 indica que los integrantes del comité solo pueden ser removidos por:

- Caso fortuito o fuerza mayor.
- Cese en el servicio.
- Conflicto de intereses.
- Otra situación justificada.

La remoción se efectúa mediante documento debidamente motivado, en el que se puede designar al nuevo integrante.

2.5.2. Cuando lo integra un comprador público

En el numeral 59.3 se indica que los integrantes del comité que son compradores públicos de la entidad contratante no pueden renunciar al cargo encomendado, salvo conflicto de intereses debidamente acreditado, incurriendo en responsabilidad quien alega un conflicto de intereses inexistente con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones como evaluador.

2.5.3. Reglas cuando la evaluación está a cargo del comité de selección

En el numeral 59.4 se establece que cuando la evaluación está a cargo de un comité, sus integrantes actúan y evalúan en forma colegiada, siendo solidariamente responsables por su actuación, salvo señalen en el acta correspondiente su voto en discordia con el respectivo sustento.

2.5.4. Sesiones y *quorum*

Las sesiones se encuentran reguladas en el numeral 59.5 en el que se establece, de forma acorde con la época, que las sesiones o reuniones del comité pueden ser presenciales o mediante el uso de medios digitales.

En cuanto a las reglas para adoptar acuerdos válidos, tenemos que, en el segundo párrafo, se indican a las siguientes:

- El *quorum* para su funcionamiento se da con la presencia del número total de integrantes
- En caso de ausencia de alguno de los titulares, se procede a su reemplazo con el respectivo suplente
- Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría
- No cabe la abstención por parte de ninguno de los integrantes
- Los acuerdos que adopte y los votos en discordia, con su respectiva fundamentación, constan en actas que se registran en la Pladicop

2.6. Los jurados

Sobre los jurados, el numeral 60.1 refiere que su designación corresponde a la autoridad de la gestión administrativa designa a los expertos integrantes del jurado, incluyendo en el mismo acto de designación a un suplente, quien participa en ausencia de alguno de los demás miembros del jurado, tomando su lugar en adelante.

2.6.1. Elaboración de bases y opinión de los jurados

Al elaborar las bases, la DEC puede solicitar la opinión y aportes de los miembros del jurado, tal como se indica en el numeral 60.2.

2.6.2. La evaluación técnica y económica por parte de los jurados

Respecto de la evaluación, el numeral 60.3 establece las siguientes reglas:

- Los jurados realizan individualmente la evaluación técnica y económica.

- Remiten los puntajes asignados a la DEC.
- El puntaje total del postor se determina considerando los puntajes asignados individualmente por cada jurado.
- En caso requieran una prórroga para realizar la evaluación, lo comunican a la DEC para que esta la registre en la Pladicop.

2.6.3. Los jurados en los procedimientos de selección con subetapas de negociación o diálogo competitivo

En estos casos, se indica que el jurado conduce las rondas a realizarse y determina de forma colegiada y por mayoría las decisiones que se adoptan en estas.

Se indica también que, en estos casos, el jurado está conformado por al menos un servidor o funcionario del área usuaria, que para todos los efectos la representa con sus decisiones y emite la no objeción a las modificaciones al requerimiento en representación del área usuaria.

2.6.4. La recepción de las ofertas, el otorgamiento de la buena pro y la DEC

El numeral 60.5 establece que la DEC se encarga de la recepción de ofertas, su remisión a cada uno de los jurados, así como del otorgamiento de la buena pro.

2.7. Impedimentos para ser evaluador

El artículo 61 del RLGCP establece la relación de las personas que se encuentran impedidos para ser designados evaluadores, los que son similares a los que alcanzaban a los integrantes del comité de selección:

- El titular de la entidad contratante.
- La autoridad de la gestión administrativa.
- Los servidores que cuentan con atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros.
- Sobre este extremo, se indica que el impedimento comprendía "[...] a los servidores con atribuciones específicas de control o fiscalización sobre la actuación de los demás servidores de una entidad, como regidores, en el caso de las municipalidades; consejeros regionales, en el caso de los gobiernos regionales; directores; auditores, según el tipo de entidad de la que se trate", teniendo como finalidad, dicha limitación, la de evitar que sea integrado "[...] por

los mismos servidores que luego —de conformidad con la normativa que resulte aplicable— tendrán la obligación de controlar o fiscalizar la actuación de dicho comité de selección, pues ello generaría una situación de conflicto de intereses que le restaría transparencia, objetividad e imparcialidad al control o fiscalización" (Opinión N.° 030-2020/DTN).

- Los servidores o funcionarios a los que se hubiera delegado la aprobación del expediente de contratación o la designación del jurado o comité. Este impedimento se circunscribe al proceso de contratación en el que han efectuado las acciones antes mencionadas.

2.8. Incentivos para los evaluadores

La Décima Quinta Disposición Complementaria Final de la LGCP establece que los servidores de las entidades contratantes que participen en calidad de evaluadores en los procedimientos de selección competitivos, de conformidad con el artículo 52 de la norma, pueden recibir bonificaciones económicas de carácter anual sobre su remuneración, conforme a las condiciones, criterios y metas establecidas en el reglamento.

En este orden, la Octava Disposición Complementaria Final del RLGCP indica que los evaluadores, con independencia del régimen laboral al que pertenezcan, reciben un incentivo económico anual que asciende al 50 % de la remuneración mínima vital vigente, el cual es abonado en la planilla de pagos del último mes del año, por el cumplimiento de cada una de las siguientes metas:

- Haber participado como oficial de compra en cuatro procedimientos de selección competitivos cuya buena pro hubiera quedado consentida en el último trimestre del ejercicio presupuestal previo o en los tres primeros trimestres del ejercicio presupuestal en curso, en los que al menos dos postores hubieran presentado ofertas.
- Haber participado como parte de un comité, jurado u oficial de compra en tres procedimientos de selección de selección competitivos de obras o consultoría de obras, cuya buena pro hubiera quedado consentida en el último trimestre del ejercicio presupuestal previo o en los tres primeros trimestres del ejercicio presupuestal en curso, en los que al menos dos postores hubieran presentado ofertas.
- Haber participado como parte de un comité, jurado u oficial de compra en cuatro procedimientos de selección competitivos de bienes, servicios o consultorías, cuya buena pro hubiera quedado consentida en el último trimestre del ejercicio presupuestal previo o en los tres primeros trimestres del ejercicio presupuestal en curso, en los que al menos dos postores hubieran presentado ofertas.
- Haber participado como parte de un jurado o comité en un procedimiento de selección con etapa de negociación o dialogo competitivo, cuya buena pro hubiera quedado consentida en el último trimestre del ejercicio presupuestal previo o en los tres primeros trimestres del ejercicio presupuestal en curso.

El numeral 2 de la citada disposición se indica, como limitación, que el incentivo no puede exceder de 3 remuneraciones mínimas vitales por evaluador, dentro de un mismo ejercicio presupuestal, agregando que un mismo procedimiento de selección no puede ser considerado para el cumplimiento de más de uno de los supuestos para el otorgamiento del incentivo.

2.8.1. Requisitos para el otorgamiento del incentivo y el trámite del pago

En el numeral 3 se establece como requisito para ser sujeto del incentivo económico, que el evaluador debe mantener vínculo laboral con la entidad contratante que convocó el procedimiento de selección al momento que se elabora la planilla del último mes del año en el que obtiene el derecho al incentivo.

Respecto del trámite del pago, el numeral 4 establece que el gasto es asumido con cargo al presupuesto institucional de la entidad contratante sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, la DEC informa a la Oficina de Recursos Humanos o quien haga sus veces, sobre la relación de evaluadores que cumplen con los requisitos indicados precedentemente.

Capítulo XX

HERRAMIENTAS FACILITADORAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

El Pladicop. El SEACE. La estandarización de requerimientos. La ficha técnica. La homologación. Los catálogos electrónicos de acuerdo marco. Acuerdos mediante mecanismos diferenciados de adquisición (MDA). Condiciones especiales para la adquisición de productos farmacéuticos y dispositivos médicos mediante subasta inversa electrónica

SUMARIO: 1. El Pladicop como herramienta facilitadora. – 1.1. Objeto. – 1.2. La operatividad del Pladicop. – 1.3. Obligatoriedad y valor legal del uso del Pladicop. – 1.4. La interoperabilidad. – 1.5. Implementación progresiva del Pladicop. – 1.6. Obligatoriedad del uso de la Plataforma de Contratos Menores de la Pladicop. – 2. El SEACE. – 3. Estandarización de requerimientos. – 3.1. Antecedentes. – 3.2. Justificación de la estandarización y sus instrumentos, y cuando no procede. – 3.3. El proceso de estandarización de requerimientos, la ficha técnica y la ficha de homologación. – 3.3.1. La ficha técnica: obligatoriedad del uso. – 3.3.2. Publicación de proyecto de la ficha técnica y ficha de homologación. – 3.4. Supuesto de excepción del uso de los instrumentos de estandarización por convocatoria previa del procedimiento de selección. – 3.5. Información y participación de otras entidades en los procesos de estandarización de requerimientos. – 3.6. El trámite de la ficha técnica. – 3.6.1. Documentos de información complementaria de la ficha técnica. – 3.7. Ficha de homologación. El rol de los ministerios. – 3.7.1. La aprobación, modificación e imposibilidad de modificación, y la exclusión de la ficha de homologación. – 3.7.2. El Plan Multianual de Homologación. – 3.8. El equipo de homologación. – 4. Catálogos electrónicos de acuerdos marco. La obligatoriedad y la excepción. – 4.1. La obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 4.2. Excepciones a la obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 4.3. Perú Compras y lo que incluyen los catálogos. – 4.4. Los procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 4.5. Los tipos de procedimiento de selección diferenciados que puede convocar Perú Compras. – 4.6. La solución de controversias. – 4.7. Documentación asociada a la convocatoria de procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdo marco. – 4.8. Disposiciones comunes de los acuerdos marco para la gestión de catálogos electrónicos. – 4.9. Las

causales de exclusión de proveedores adjudicatarios de los catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 4.10. Revisión de los catálogos y los representantes de marca. – 4.11. Condiciones para el uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 4.12. La posibilidad de restringir una solicitud de cotización. – 4.13. Los catálogos abiertos. – 5. Acuerdos mediante mecanismos diferenciados de adquisición (MDA). – 5.1. Alcance de los acuerdos. – 5.2. Nominación y priorización de tecnologías sanitarias para ser adquiridas mediante MDA. – 5.3. Las actuaciones preparatorias. – 5.3.1. *El requerimiento*. – 5.3.2. *La agrupación por paquetes*. – 5.3.3. Evaluación del MDA. – 5.3.4. Factores que se analizan en la estrategia de contratación. – 5.4. La fase de selección en el MDA. – 5.5. La fase de ejecución contractual en el MDA. – 5.6. Acuerdos MDA de tipo financiero. – 5.7. Acuerdos MDA de riesgo compartido basados en el desempeño. – 5.8. Los acuerdos MDA híbridos. – 6. Condiciones especiales para la adquisición de productos farmacéuticos y dispositivos médicos mediante subasta inversa electrónica.

Las herramientas facilitadoras tienen su origen en la recomendación VIII de la OCDE, la que es citada en la exposición de motivos del RLGCP, y por la cual se plantea:

> Los Adherentes deberán: (i) Hacer uso de las novedades más recientes en materia de tecnología digital que aporten soluciones integradas de contratación electrónica para todo el ciclo de la contratación pública. Es preciso que se utilicen en la contratación pública las tecnologías de la información y la comunicación, pues permiten garantizar la transparencia y el acceso a las licitaciones públicas, impulsando la competitividad, simplificando los procedimientos de adjudicación de contratos y la gestión de estos, procurando ahorros en los costos e integrando la información correspondiente a las esferas de la contratación pública y las finanzas públicas. ii) Procurarse herramientas avanzadas de contratación electrónica que sean modulares, flexibles, expansibles y seguras, a fin de que se garanticen la continuidad de las actividades, la privacidad y la integridad, se dispense un trato justo y se proteja la información sensible, a la vez que se dispone de las capacidades y funciones necesarias que permitan la innovación en la actividad. Las herramientas de contratación electrónica deberán ser sencillas de utilizar, adecuadas a sus fines y, en la medida de lo posible, ser homogéneas entre todas las entidades que participan en la contratación pública; unos sistemas excesivamente complicados pueden introducir elementos que pongan en peligro la aplicación y ser un obstáculo para los nuevos participantes o las pequeñas y medianas empresas.

La recomendación expuesta supone que la contratación pública nacional debía avanzar hacia la contratación homogénea y electrónica, por lo que en cumplimiento de ello en la actual normativa se consignan las denominadas herramientas facilitadoras, de las que deben hacer uso todas las entidades del sector público. Así, el artículo 41 de la LGCP, modificado por la Décima Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 32187, y el artículo 256 al 281 del RLGCP, regulan las herramientas facilitadoras de las contrataciones públicas, estableciendo que estas son las siguientes:

- Pladicop
- Estandarización de requerimientos
- Catálogos electrónicos de acuerdos marco
- Acuerdos mediante mecanismos diferenciado de adquisición

1. EL PLADICOP COMO HERRAMIENTA FACILITADORA

La Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas (Pladicop) es regulada por el artículo 41 de la LGCP y los artículos 256 al 258 del RLGCP, donde el modificado numeral 41.1 lo define como el conjunto de herramientas digitales que permiten la gestión e integración de la información sobre contrataciones dentro del ámbito del SNA.

1.1. Objeto

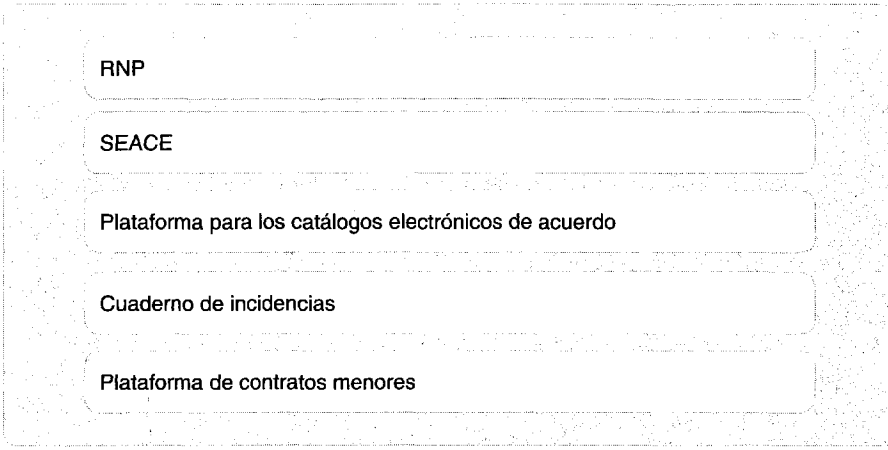
En cuanto a su objeto, además de lo ya indicado, en el modificado numeral 41.2, indica que a través de las herramientas digitales que conforman la Pladicop se gestionan las transacciones electrónicas, el intercambio de información y la difusión y transparencia de las contrataciones públicas, a lo que se le agregan las siguientes consideraciones:

- Las entidades están obligadas a registrar la información requerida sobre el proceso de contratación.
- La Pladicop contiene información histórica de los proveedores de acuerdo a la determinación del OECE.
- Las actuaciones y actos realizados en la plataforma digital tienen la misma validez y eficacia que las actuaciones y actos realizados por medios manuales, más aún los sustituyen para todos los efectos legales. Dichos actos se entienden notificados el mismo día de su publicación en la citada plataforma digital.
- Periódicamente, las entidades a cargo de las herramientas digitales que integran la Pladicop gestionan auditorías especializadas en ciberseguridad, bajo estándares internacionales.
- El OECE emplea la información de la Pladicop para gestionar el conocimiento en materia de compras públicas, a través del acceso a información procesada a fin de colaborar en la adopción de decisiones de los actores de la contratación pública, así como en la mejora del rendimiento en la gestión de las contrataciones públicas.
- La información procesada de la Pladicop debe ser de fácil acceso para la ciudadanía en general y representar el conocimiento compartido, a fin de facilitar la ejecución de las contrataciones públicas e impulsar la innovación.

Estas disposiciones son desarrolladas en los artículos 256 al 258 del RLGCP, en el que se establece los términos de su operatividad.

1.2. La operatividad del Pladicop

El numeral 256.1 agrega a lo ya expuesto que la Pladicop es el conjunto de herramientas digitales que permiten la gestión e integración de la información sobre contrataciones en el ámbito del SNA, y está integrada por:



Seguidamente, el numeral 256.2 establece obligaciones para el OECE, Perú Compras y el MEF, indicando que estos en el marco de sus competencias, mediante directiva, aprueban las disposiciones referidas a la operatividad de las herramientas digitales que forman parte de la Pladicop, incluyendo los requisitos para el acceso, autenticación e interacción con esta de los usuarios autorizados, e implementan mecanismos que garanticen su seguridad, interoperabilidad e integración, en cumplimiento de la normativa en materia de gobierno digital.

A tenor de lo indicado, tenemos que mediante Resolución N.° D000055-2025-OSCE-PRE, se aprobó la Directiva N.° 007-2025-OECE/CD "Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el SEACE", mientras que por Resolución N.° D000050-2025-OSCE-PRE se aprobó la Directiva N.° 001-2025-OECE/CD "Procedimientos y trámites ante el RNP". Asimismo, incorporan dentro del alcance de su Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI) a la Pladicop, la cual incluye la realización de auditorías como mínimo cada dos años, aplicando estándares internacionales de seguridad de la información, ciberseguridad y privacidad.

1.3. Obligatoriedad y valor legal del uso del Pladicop

Tema relevante en las contrataciones públicas, como es la sustitución de la actuación física por la virtualidad, que es tratado en el artículo 257 del RLGCP en el que se indica que los actos y procedimientos de los contratos menores y aquellos correspondientes a las tres fases del proceso de contratación dentro del ámbito de la aplicación de la normativa, se llevan a cabo a través de la Pladicop y tienen la misma validez y eficacia que las actuacio-

nes y actos realizados por medios físicos tradicionales, sustituyéndolos para todos los efectos legales.

A lo expuesto, se agregan dos precisiones que complementan lo precedentemente citado:

- Los actores involucrados en el proceso de contratación pueden hacer uso del documento nacional de identidad electrónico (DNIe) para la ejecución de los procedimientos y actividades comprendidas en este, cuando corresponda.
- El MEF, OECE y Perú Compras notifican los actos que emiten en el ejercicio de sus funciones a través de la Pladicop, los que poseen la misma validez y eficacia, que los realizados por los medios manuales, en tanto se ajusten a los parámetros y requisitos establecidos en la normativa correspondiente.

1.4. La interoperabilidad

La interoperabilidad es un tema que viene de las normas derogadas, y que se mantiene en la presente, en especial en la Pladicop, donde el artículo 258 indica que el Reniec, la Sunat, la Sunarp, el Indecopi, la SBS, el Poder Judicial, la PNP, y la CGR, u otras entidades, brindan y facilitan la interoperabilidad de la información que requieran los responsables de las herramientas digitales que forman parte de la Pladicop para su funcionamiento y mejora continua, incluyendo aquella que requiera el RNP a efectos que pueda verificar la información declarada por los proveedores, salvaguardando las reservas o excepciones previstas por ley.

Las precitadas entidades publican y consumen servicios de información por medio de la PNI, conforme a la normativa de la materia

1.5. Implementación progresiva del Pladicop

En la Décimo Tercera Disposición Complementaria Final del RLGCP se indica, respecto de la implementación progresiva del Pladicop, que en tanto se implemente las funcionalidades necesarias para que los actos y actuaciones de la fase de actuaciones preparatorias y la fase de ejecución contractual, se realicen a través de la Pladicop, las entidades contratantes pueden seguir utilizando los medios físicos y digitales a su disposición para efectuar estos, conforme la LPAG.

Seguidamente, agrega que en tanto se implemente la Pladicop para la notificación de actos durante la ejecución contractual, las partes se sujetan a las siguientes reglas:

- Las notificaciones durante la ejecución del contrato se realizan al domicilio o al correo electrónico previsto en el contrato y surten efectos desde su recepción.
- La entidad contratante cursa carta notarial al contratista para declarar la nulidad de oficio del contrato, de acuerdo con el artículo 111, adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad.
- La entidad contratante requiere notarialmente al contratista para que devuelva el monto pendiente de amortizar, previamente a la ejecución de la garantía por adelanto, otorgándole un plazo de diez días hábiles.
- El apercibimiento y la resolución del contrato se realizan mediante carta notarial, adjuntando la documentación que lo sustente.

En este mismo sentido, en el numeral 3 se agrega que en tanto se implementen las funcionalidades de la Pladicop para generar las constancias de prestación, las entidades contratantes pueden seguir utilizando medios físicos y digitales, según su disponibilidad.

En cuanto a la implementación de los siguientes procedimientos de selección: licitación pública de bienes especializados[191], licitación pública de obras con precalificación, licitación pública con diálogo competitivo, licitación pública de obras con negociación, licitación pública para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA), concurso público con precalificación, concurso público con diálogo competitivo, compra pública precomercial, asociación para la innovación, se establece que se realizan de forma progresiva en la Pladicop, por lo que las entidades contratantes pueden utilizar dichas modalidades cuando el OECE lo informe mediante comunicado.

En tanto se implementen los procedimientos antes mencionados, las entidades contratantes convocan los procedimientos de selección correspondientes a licitación pública y un concurso público sin modalidad, que resulten aplicables.

Los procedimientos que incluyen etapas de dialogo competitivo o negociación, así como los procedimientos de selección de CPI, pueden ser utilizados desde que el OECE comunique su disponibilidad en la Pladicop.

191 Los bienes especializados se definen en el reglamento como los "[...] bienes bajo el sistema de entrega de llave en mano o llave en mano con mantenimiento, con características o especificaciones técnicas que requieren un alto costo y grado de especialización para su utilización, operación, desarrollo o mantenimiento, que responden a funciones o necesidades específicas de áreas especializadas de la entidad contratante".

1.6. Obligatoriedad del uso de la Plataforma de Contratos Menores de la Pladicop

La Décimo Séptima Disposición Complementaria del RLGCP indica que la obligatoriedad del uso de la Plataforma de Contratos Menores de la Pladicop por las entidades contratantes es progresiva.

La DGA, mediante resolución directoral, determina progresivamente y por etapas las entidades contratantes y la fecha a partir de la cual se encuentran obligadas a utilizarla.

Mientras no resulte obligatorio la utilización de la citada plataforma, las entidades contratantes gestionan los contratos menores mediante los medios físicos y digitales a su disposición, conforme a las disposiciones del Capítulo I del Título VI del RLGCP, que se refiere a los contratos menores.

2. EL SEACE

Mediante Resolución N.° D000055-2025-OSCE-PRE se aprobó la Directiva N.° 007-2025-OECE/CD, denominada "Disposiciones aplicables para el acceso y registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE", el que establece las disposiciones complementarias que deben seguir los operadores del SEACE para acceder y registrar información de los procesos de contratación en el indicado sistema, el que forma parte del Pladicop.

3. ESTANDARIZACIÓN DE REQUERIMIENTOS

En la exposición de motivos de la LGCP se indica que el Estado promueve la estandarización de requerimientos como "un mecanismo que coadyuva al desarrollo de contrataciones eficientes, independientemente del régimen de contratación aplicable" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 101), proceso que significa "uniformizar los términos de referencia, especificaciones técnicas, requisitos de calificación y/o condiciones de ejecución contractual de los bienes, servicios u obras, según corresponda" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 102), constituyéndose en la vía para que la Administración Pública pueda realizar compras conjuntas o agregadas, superando con ello las compras aisladas, que es la característica de su presente.

En esa línea, la mencionada exposición de motivos precisa que los instrumentos para la estandarización de requerimientos son la ficha técnica y la ficha de homologación, las cuales son de uso obligatorio para las entidades contratantes, con independencia del monto de contratación, salvo las

excepciones previstas en el Reglamento, incluyendo aquellas contrataciones que no se encuentran bajo el ámbito de la Ley o se sujeten a otro régimen de contratación.

3.1. Antecedentes

La estandarización es de antigua data, corresponde a los casos en los cuales a la administración pública no le queda más opción que referirse explícitamente a una marca, razón por la cual, a efectos de brindar las garantías de transparencia, se ha establecido la estandarización. Así, en el contexto de prohibiciones, la estandarización se constituye en la posibilidad de flexibilizar la disposición.

Conceptualmente, en el Anexo de definiciones del derogado reglamento se entendía a la estandarización como el proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistentes, también como "el proceso de racionalización que una entidad debe aplicar cuando le resulta inevitable contratar un bien o servicio de una determinada marca o tipo particular, dado que solo este bien o servicio garantiza la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente en la entidad".

Normativamente, tenemos que la estandarización se encuentra regulada en el artículo 42 de la LGCP, y en los artículos 259 al 270 del RLGCP. El numeral 42.1 define a la estandarización en términos similares a los glosados, ya considera que es el proceso realizado para uniformizar los términos de referencia, especificaciones técnicas, requisitos de calificación o condiciones de ejecución contractual de los bienes, servicios, u obras, según corresponda; así como para identificar la naturaleza de los bienes y servicios con el propósito de determinar su estandarización.

3.2. Justificación de la estandarización y sus instrumentos, y cuando no procede

El fenecido Consucode precisó, en el Pronunciamiento N.° 092-2002 (GTN), cuándo no corresponde usar dicha categoría, indicando que no correspondía utilizar el concepto de estandarización "cuando se busca la uniformidad de modelos por razones estéticas, o cuando el bien adquirido no sea necesario para garantizar la operatividad y funcionalidad de un bien o servicio preexistente"; criterio ampliado en el Pronunciamiento N.° 034-2003 (GTN) en el que se indicaba que tampoco era posible utilizar dicho

mecanismo en el caso que, "aun cuando exista accesoriedad o complementariedad, esta no responda a criterios técnicos objetivos".

De acuerdo con lo establecido en el numeral 42.2 la estandarización debe sustentarse sobre la base de argumentos técnicos o económicos que justifiquen la decisión de estandarizar.

3.3. El proceso de estandarización de requerimientos, la ficha técnica y la ficha de homologación

La estandarización no constituye una liberalidad o discrecionalidad, sino que responde a situaciones concretas, que implican la existencia de presupuestos, "[...] parte del supuesto que la entidad debe poseer previamente una infraestructura, cuya funcionalidad y operatividad dependerá de la implementación de aquellos bienes o servicios que responden a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares y fabricantes determinados", por lo que "deben ser accesorios o complementos necesarios para el funcionamiento del equipamiento preexistente" (Pronunciamiento N.° 034-2003, GTN).

En consecuencia:

> [...] no procede aprobar una estandarización cuando los bienes o servicios a contratar —independientemente de su accesoriedad o complementariedad— sean susceptibles de ser suplidos por otros de diferente tipo, modelo, o marca, sin que con ello se altere o haga perder la operatividad, funcionalidad o el valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente; en esa línea, el uso de dicho mecanismo solo está permitido en caso que ello responda a criterios técnicos y objetivos, y no cuando obedezca a apreciaciones subjetivas de valoración o a la intención de uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas (Opinión N.° 166-2017/DTN).

El numeral 42.3 de la LGCP estable que los instrumentos para la estandarización de requerimientos son:

- La ficha técnica: y
- La ficha de homologación.

Estos instrumentos son de uso obligatorio para las entidades contratantes, con independencia del monto de contratación, salvo las excepciones previstas en el reglamento, agregando que dichos instrumentos también son de uso obligatorio en aquellas contrataciones que no se encuentren bajo el ámbito de la ley o estén sujetas a otro régimen de contratación.

Por su parte, el numeral 42.4 establece que el proceso de estandarización de requerimientos para generar fichas técnicas es conducido y ejecutado por Perú Compras, mientras que el numeral 42.5 precisa que este mismo proceso, en el ámbito de su competencia, es ejecutado por los ministerios a través de su equipo de homologación, sujeto a las disposiciones que establezca Perú Compras.

Con este marco general, el artículo 259 del RLGCP procede a efectuar las siguientes precisiones:

- El proceso de estandarización de requerimientos es realizado por Perú Compras o los Ministerios, el cual finaliza con la aprobación de una ficha técnica o una ficha de homologación, según corresponda.
- Perú Compras gestiona y mantiene actualizados los listados de fichas técnicas y de fichas de homologación vigentes, los mismos que se publican en la Pladicop, en la cual que consta la fecha desde que son obligatorias.
- Perú Compras promueve el proceso de estandarización de los requerimientos que contrata el Estado, priorizando aquellos de uso masivo, frecuente o estratégico, así como su impacto en el gasto público.
- Perú Compras mediante directiva emite las disposiciones necesarias que regulan la generación y sostenimiento de los instrumentos para la estandarización de requerimientos, debiendo evaluar su actualización permanentemente.

Sobre el particular, mediante Resolución Jefatural N.° 000050-2025-PERÚ COMPRAS-JEFATURA, se aprobó la Directiva N.° 003-2025-PERÚ COMPRAS, denominada "Directiva para la Gestión del Proceso de Homologación de requerimientos", a la que remitimos al lector para los fines pertinentes.

3.3.1. La ficha técnica: obligatoriedad del uso

En el reglamento se define a la ficha técnica como "el documento estándar mediante el cual se uniformiza la identificación y descripción de un bien o servicio común, a fin de facilitar la determinación de las necesidades de las entidades contratantes para su contratación y verificación al momento de la entrega o prestación a la entidad contratante".

El artículo 260 del RLGCP establece las reglas respecto de la obligatoriedad del uso de las fichas técnicas, indicando en el numeral 260.1 que a partir del día hábil siguiente de la publicación en la Pladicop de la ficha técnica o ficha de homologación, las entidades contratantes se encuentran obligadas a utilizar los citados instrumentos al elaborar sus requerimientos, siempre que no se haya convocado el procedimiento de selección correspondiente.

A partir de esta disposición general, se plantean otras específicas, como la exclusión, la verificación, estandarización parcial, alcance, etc.

- Las resoluciones de exclusión de las fichas técnicas y de homologación surten efectos a partir del retiro de la ficha en la Pladicop.
- La DEC es responsable de verificar en la Pladicop si el requerimiento o parte de su contenido se encuentra estandarizado.
- El requerimiento cuyo contenido total o parcial se encuentre estandarizado no puede ser modificado por la entidad contratante. Asimismo, no corresponde utilizar como factores de evaluación conceptos que impliquen la modificación de los aspectos del requerimiento que hayan sido estandarizados.
- La ficha técnica y la ficha de homologación son de uso obligatorio para las entidades contratantes, con independencia del monto de contratación, incluyendo aquellas contrataciones que correspondan a supuestos excluidos o regímenes especiales de contratación.
- La obligatoriedad del uso de las fichas incluye a las contrataciones de servicios de alquiler y a las contrataciones por paquete, así como a la formulación de proyectos de inversión y/o elaboración de expedientes técnicos, entre otros, y según corresponda, cuando se refieran o incluyan requerimientos estandarizados.

3.3.2. Publicación de proyecto de la ficha técnica y ficha de homologación

El artículo 261 del RLGCP trata sobre un aspecto vinculado a la transparencia de la gestión pública, como es la publicación del proyecto de ficha técnica y ficha de homologación, la que debe realizarse en sede digital de Perú Compras y el ministerio que ejecuta la homologación, así como en la Pladicop, incluyendo los documentos de información complementaria, según corresponda, a fin de recibir comentarios, recomendaciones y/u observaciones sobre su contenido, por un periodo mínimo de veinte días hábiles.

3.4. Supuesto de excepción del uso de los instrumentos de estandarización por convocatoria previa del procedimiento de selección

En este caso, indica el artículo 262 del RLGCP, la entidad contratante se encuentra exceptuada de utilizar los instrumentos de estandarización cuando haya convocado un procedimiento de selección con anterioridad a la publicación de la ficha técnica o la ficha homologación. La excepción culmina si el procedimiento se declara desierto, en cuyo caso el requerimiento debe adaptarse al instrumento de estandarización correspondiente.

3.5. Información y participación de otras entidades en los procesos de estandarización de requerimientos

En el artículo 263 del RLGCP se indica que el marco de la estandarización de requerimientos, Perú Compras o los ministerios pueden solicitar información u opinión técnica a otras entidades contratantes, las que se encuentran obligadas a brindar dicha información, correspondiendo a la autoridad de la gestión administrativa supervisar el cumplimiento de dicha obligación, bajo responsabilidad. Asimismo, genera espacios de coordinación e intercambio de información con el sector privado en el proceso de estandarización.

3.6. El trámite de la ficha técnica

En relación con la ficha técnica, el artículo 264 del RLGCP establece las siguientes reglas:

- A través de la ficha técnica se estandarizan los requerimientos de bienes y servicios comunes.
- La ficha técnica es aprobada, modificada o excluida por el jefe de Perú Compras mediante resolución, la cual es publicada en la Pladicop.
- Los requerimientos de bienes y servicios que cuenten con ficha técnica se contratan mediante el procedimiento de selección de subasta inversa electrónica.
- Perú Compras, al aprobar o modificar una ficha técnica, puede disponer que la utilización del procedimiento de selección de subasta inversa electrónica no sea obligatoria, en cuyo caso la entidad contratante puede utilizar el procedimiento de selección que corresponda.
- La autoridad de la gestión administrativa puede aprobar que no se utilice la subasta inversa para la contratación de un bien o servicio que cuente con ficha técnica, cuando de la estrategia de contratación se determina que existe el riesgo objetivamente sustentado de que no se presenten suficientes proveedores para realizar la puja correspondiente, debiendo remitir a Perú Compras la documentación que sustenta dicha aprobación en un plazo no mayor de cinco días hábiles de su aprobación. En este caso, la entidad contratante utiliza el procedimiento de selección que corresponda, para lo cual utiliza obligatoriamente la ficha técnica respectiva.

Estas reglas se complementan con lo dispuesto en la "Directiva para la Gestión de la Lista de Fichas Técnicas", aprobada por Resolución Jefatural N.° 000048-2025-PERÚ COMPRAS JEFATURA.

3.6.1. Documentos de información complementaria de la ficha técnica

El artículo 265 del RLGCP indica respecto de los documentos de información complementaria que Perú Compras los genera y aprueba, debiendo

publicarse en la Pladicop, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico.

3.7. Ficha de homologación. El rol de los ministerios

La relación entre las fichas de homologación, ministerios y Perú Compras se encuentra establecida en el artículo 266 del RLGCP, el que, en dicho proceso, son de aplicación las siguientes reglas:

- Los ministerios, en el marco de su rectoría para diseñar, establecer, ejecutar y supervisar políticas nacionales, están facultados para estandarizar requerimientos, en el ámbito de sus competencias, a través de un proceso de homologación, conforme a la directiva aprobada por Perú Compras para tal efecto.
- Mediante el proceso de homologación, los ministerios estandarizan términos de referencia, especificaciones técnicas, requisitos de calificación y/o condiciones de ejecución contractual de los bienes, servicios, u obras, generando la ficha de homologación. No corresponde homologar bienes o servicios incluidos en el listado de fichas técnicas que administra Perú Compras.
- Perú Compras aprueba en el último trimestre de cada año un listado de objetos con potencialidad de ser homologados por los ministerios, el cual es remitido a estos para su evaluación y, de ser el caso, su inclusión en el Plan Multianual de Homologación. Durante el transcurso del año, Perú Compras puede incorporar nuevos ítems en el referido listado, cuando producto de un análisis, se determine la conveniencia económica o estratégica para el Estado, informando a los sectores de la modificación para su evaluación correspondiente.
- Perú Compras acompaña el proceso de homologación brindándoles asistencia técnica.
- Los ministerios incluyen de manera obligatoria en su plan multianual de homologación, los requerimientos que sean priorizados por la DGA mediante resolución directoral.

3.7.1. La aprobación, modificación e imposibilidad de modificación, y la exclusión de la ficha de homologación

Los artículos 267 y 268 del RLGCP regulan lo referente a la aprobación, modificación, imposibilidad de modificación y exclusión de la ficha de homologación, indicando que, en cuanto a la aprobación, modificación y exclusión, que esta se efectúa mediante resolución ministerial; actos que deberán contar con la opinión favorable de Perú Compras, debiéndose publicar en la Pladicop y en la sede digital del Ministerio.

Por su parte, el artículo 268 indica, respecto de la imposibilidad de modificar la ficha, que los requerimientos cuyo contenido o parte de él hubiera sido homologado, no pueden ser modificados por las entidades contratantes, precisando que no corresponde utilizar como factores de evaluación conceptos que impliquen la modificación de los aspectos del requerimiento que hayan sido estandarizados en la ficha de homologación.

3.7.2. El Plan Multianual de Homologación

El artículo 269 del RLGCP indica respecto del plan multianual de homologación que este constituye un instrumento que identifica oportunidades de homologación, y que sirve de apoyo a los ministerios para planificar, ejecutar y realizar el seguimiento de los procesos de homologación de requerimientos en el ámbito de sus competencias, estableciendo para ello el siguiente procedimiento:

- Los ministerios elaboran, modifican o aprueban su plan multianual de homologación mediante resolución ministerial, el cual incluye los requerimientos a homologar y la fecha estimada de inicio del proceso de homologación con un horizonte de tres años, fijando metas para cada uno de los tres ejercicios. La aprobación o la modificación del plan de multianual de homologación es publicada en la Pladicop y en la sede digital de la entidad.
- La autoridad de la gestión administrativa del Ministerio es la responsable de la publicación, modificación, seguimiento y monitoreo del plan multianual de homologación. Los avances en el cumplimiento del referido plan son comunicados a Perú Compras cuatrimestralmente. Perú Compras informa a la DGA del estado situacional de los planes multianuales de homologación a nivel nacional.

3.8. El equipo de homologación

El reglamento regula también la conformación del equipo de homologación, lo que viene establecido en el artículo 270 de este, donde indica que los ministerios designan mediante resolución ministerial uno o más equipos de homologación, conformados por representantes de los órganos de línea, programas o proyectos especializados en los rubros de los requerimientos que se pretenden homologar, precisando además que:

- En la resolución ministerial que designa cada equipo de homologación, se especifican los requerimientos respecto de los cuales el equipo realiza el proceso de homologación, según el Plan Multianual de Homologación, debiendo proveerles de los recursos necesarios para asegurar el cumplimiento de sus actividades, bajo responsabilidad.
- Los equipos de homologación son responsables de impulsar y ejecutar las actividades correspondientes al proceso de homologación de los requerimientos que les hayan sido asignados, así como coordinar con Perú Compras durante este proceso.
- La autoridad de la gestión administrativa del ministerio es responsable de realizar el seguimiento de las actividades del equipo de homologación y coordinar con la Alta Dirección del ministerio para el cumplimiento de sus objetivos.

4. CATÁLOGOS ELECTRÓNICOS DE ACUERDOS MARCO. LA OBLIGATORIEDAD Y LA EXCEPCIÓN

El catálogo electrónico de acuerdo marco es definido en la LGCP como:

> [...] una herramienta facilitadora de la contratación pública que forma parte de la Plataforma Digital para las Contrataciones Públicas (Pladicop), a través de la cual las entidades contratantes se proveen de bienes o servicios sin mediar un procedimiento de selección, con los proveedores seleccionados por la Central de Compras Públicas (Perú Compras) que forman parte del catálogo electrónico.

El artículo 43 de la LGCP establece, respecto de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, las reglas de uso para bienes y servicios, indicando que en estos casos las entidades contratantes contratan aplicando criterios de precio y calidad en la evaluación, y sin realizar procedimiento de selección, contratación que deviene en obligatoria de acuerdo con los plazos que establezca Perú Compras, salvo las excepciones.

Respecto de esta última, el numeral 271.4 del RLGCP indica que, al implementar catálogos, Perú Compras puede evaluar exceptuar de la obligatoriedad de estos a determinadas entidades contratantes, en base a su ubicación geográfica, características sociales u otras condiciones que dificulten la obtención de ofertas favorables mediante el uso del Catálogo Electrónico.

4.1. La obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco

En cuanto a la obligatoriedad, el numeral 278.1 indica que la contratación a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco resulta obligatoria desde el día de su entrada en vigor, salvo que en los documentos asociados a la convocatoria se hayan establecido excepciones al alcance de la obligatoriedad para determinadas entidades contratantes, estableciéndose las siguientes reglas:

- La DEC verifica que el bien y/o servicio que permita la atención del requerimiento se encuentre contenido en los catálogos electrónicos y que se cuente con la disponibilidad de recursos.
- Las entidades contratantes y los proveedores son responsables del correcto uso de la plataforma de catálogos electrónicos, estando prohibido el uso de la plataforma para fines distintos a la contratación y/o acciones que inobserven los principios de la contratación pública.

- En caso determinado bien y/o servicio se encuentre en el catálogo electrónico, la DEC verifica que los bienes y servicios materia de requerimiento correspondan a las características y condiciones establecidas en los catálogos electrónicos, por lo que, reajusta, en coordinación con el área usuaria, el requerimiento conforme a los bienes o servicios que forman parte del catálogo electrónico.
- En caso de que, con anterioridad del inicio de vigencia del catálogo electrónico, una entidad contratante haya convocado un procedimiento de selección sobre los mismos bienes y servicios, continua con este. En caso de que dicho procedimiento sea declarado desierto, la siguiente convocatoria se efectúa a través del catálogo electrónico.

4.2. Excepciones a la obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco

El tema lo hemos tratado líneas arriba, por lo que, en este artículo, el 279, se amplía estableciendo supuestos de excepción al uso de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, siendo estos los siguientes:

- Los requerimientos que se encuentren por debajo de los montos mínimos establecidos en la documentación asociada a las reglas de cada acuerdo marco.
- En caso la entidad contratante verifique que en el mercado existen mejores condiciones de aplicación del principio de valor por dinero, de las que ofrece el catálogo electrónico de acuerdo marco, las cuales deben ser objetivas y demostrables, debiendo contar en forma previa, con la autorización de Perú Compras, bajo sanción de nulidad.
- En situaciones de emergencia, en cuyo caso la entidad contratante puede contratar bajo otros procedimientos de contratación, sin requerir la autorización de Perú Compras.

4.3. Perú Compras y lo que incluyen los catálogos

Los numerales 43.2 y 43.3 de la LGCP indican que Perú Compras identifica los bienes y servicios que se incluyen en los catálogos electrónicos de acuerdos marco, pudiendo incorporar catálogos abiertos, creados y administrados por los proveedores, a fin de optimizar recursos y acceso a tecnologías, reducir costos de administración y facilitar la estructuración de servicios no homologables a través de fichas técnicas.

Los proveedores seleccionados, en atención a sus modelos de negocios, pueden adicionar productos y servicios que se ajusten a las especificaciones de los catálogos licitados por Perú Compras.

En el marco de esta disposición general, el reglamento desarrolla los aspectos específicos de esta modalidad.

4.4. Los procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdos marco

El artículo 271 del RLGCP establece que la gestión de los citados catálogos a cargo de Perú Compras y comprende:

- La identificación de los rubros.
- La definición de los bienes o servicios.
- La elaboración de la documentación asociada a la convocatoria.
- La selección de proveedores.
- El perfeccionamiento del acuerdo de catálogo electrónico de acuerdo marco.
- Las acciones complementarias para su implementación y operación respectiva.

El primer punto se refiere a los rubros respecto del cual el numeral 271.2 indica que para su identificación se realiza el estudio que contiene el análisis de oferta y demanda de los bienes o servicios de consumo recurrente y uso transversal en las entidades del Estado.

4.5. Los tipos de procedimiento de selección diferenciados que puede convocar Perú Compras

El numeral 2.7.3 indica que puede convocar los siguientes procedimientos de selección diferenciados para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdo marco:

- Implementación, para crear catálogos electrónicos de acuerdos marco.
- Extensión de la vigencia, para mantener la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.
- Incorporación de nuevos proveedores, el cual se realiza durante la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.

4.6. La solución de controversias

El numeral 271.5 se refiere a las controversias que surjan de las actuaciones referidas a la inclusión y exclusión de fichas-producto e inclusión y

exclusión de proveedores de un catálogo electrónico de acuerdo marco son resueltas por Perú Compras.

4.7. Documentación asociada a la convocatoria de procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdos marco

El artículo 272, en sus distintos numerales, establece las siguientes reglas respecto de la documentación asociada:

- La documentación asociada a la convocatoria establece las disposiciones específicas referidas a la evaluación de ofertas, la ejecución contractual, la vigencia del acuerdo marco, y el alcance de la obligatoriedad, acorde a cada catálogo electrónico.
- En esta documentación pueden establecerse causales de suspensión, exclusión, finalización y/o nulidad del acuerdo marco, penalidades, u otros. Asimismo, puede establecer las obligaciones del proveedor, de la entidad contratante y de los representantes de marca acreditados.
- Los proveedores que participen en el procedimiento de selección para la gestión de los catálogos electrónicos de acuerdos marco cuentan con inscripción vigente en el RNP, no deben estar impedidos para contratar con Perú Compras o a nivel nacional ni encontrarse inhabilitados para contratar con el Estado.
- Atendiendo a la naturaleza de cada catálogo electrónico de acuerdos marco, se puede exigir al proveedor en la documentación asociada a la convocatoria, requisitos de calificación, el compromiso de mantener determinado *stock* mínimo, así como otras condiciones que Perú Compras considere necesarias para el cumplimiento de la finalidad pública del catálogo electrónico de acuerdo marco.
- Perú Compras puede establecer en los documentos asociados a la convocatoria el umbral de ofertas sobre el precio central de referencia en la ficha producto, así como las condiciones aplicables.

4.8. Disposiciones comunes de los acuerdos marco para la gestión de catálogos electrónicos

El artículo 273 establece que los acuerdos marco incluyen las cláusulas obligatorias señaladas en el artículo 60 de la Ley, como son:

- Garantías.
- Cláusula anticorrupción y antisoborno.
- Solución de controversias.
- Resolución de contrato por incumplimiento.
- Gestión de riesgos.

En cuanto al perfeccionamiento, en el numeral 273.2 se indica que este supone para los proveedores adjudicatarios la aceptación y adhesión

de los términos y condiciones establecidas en la documentación asociada a la convocatoria.

4.9. Las causales de exclusión de proveedores adjudicatarios de los catálogos electrónicos de acuerdos marco

El artículo 274 del RLGCP indica que un proveedor adjudicatario es excluido de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, en los siguientes casos:

- Cuando esté impedido para contratar con Perú Compras o a nivel nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 de la LGCP.
- Cuando esté inhabilitado temporal o definitivamente para contratar con el Estado.
- Cuando no cuente con inscripción vigente en el RNP. En este caso su exclusión es aplicable durante el tiempo que no cuente con dicha inscripción.
- Por incumplimiento de la cláusula anticorrupción y antisoborno.
- Cuando se incumpla las condiciones expresamente contempladas en el Acuerdo Marco, en cuyo caso la exclusión se efectúa conforme a las consideraciones establecidas en dicho acuerdo.

4.10. Revisión de los catálogos y los representantes de marca

El artículo 275 se refiere a la revisión de los catálogos por parte de Perú Compras Perú, entidad que efectúa la revisión aleatoria de los catálogos electrónicos de acuerdo marco durante su vigencia, estando facultada para solicitar a los representantes de marca acreditados, proveedores que forman parte del catálogo electrónico, así como a las entidades contratantes, la información que considere necesaria para la gestión de los catálogos electrónicos de acuerdos marco. La información solicitada debe ser remitida en el plazo y forma requerida, bajo responsabilidad.

En cuanto a los representantes de marca, el artículo 276 establece las siguientes reglas:

- Para el uso de los catálogos electrónicos de acuerdo marco, el representante de marca debe mantener durante su vigencia, los términos y condiciones que motivaron su acreditación en la categoría del catálogo electrónico correspondiente.
- Los bienes o servicios registrados por el representante de marca acreditado en los catálogos electrónicos de acuerdo marco deben

cumplir con lo establecido en la estructura de ficha-producto, según corresponda, así como en la documentación asociada a la convocatoria.

Las controversias que surjan de las actuaciones referidas a la gestión de acreditación son resueltas por Perú Compras.

4.11. Condiciones para el uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco

En los distintos numerales del artículo 277 del RLGCP se establecen las siguientes reglas respecto del uso de los catálogos:

- De conformidad con lo previsto en el artículo 43 de la Ley, la contratación a través de catálogos electrónicos de acuerdo marco es realizada por las entidades contratantes sin mediar procedimiento de selección, siempre y cuando los bienes y/o servicios formen parte de dichos catálogos electrónicos. El acceso a la Plataforma de los catálogos electrónicos de acuerdo marco se realiza a través de la Pladicop.
- Para las entidades contratantes son aplicables al proceso de contratación mediante el catálogo electrónico de acuerdo marco las disposiciones generales referidas a la fase de actuaciones preparatorias del Reglamento, salvo en aquello que expresamente se hubiera exceptuado en los documentos asociados en la convocatoria del procedimiento de selección para la gestión del respectivo catálogo electrónico.
- El contrato se perfecciona con la aceptación de la orden de compra u orden de servicio emitida a través del catálogo electrónico de acuerdo marco.

4.12. La posibilidad de restringir una solicitud de cotización

El numeral 280.1 del artículo 280 indica que el proveedor que forma parte del catálogo electrónico de acuerdos marco puede restringir una solicitud de cotización cuando:

- La entidad contratante mantenga retrasos en el pago de deudas derivadas de cualquier tipo de obligación con dicho proveedor, o
- La entidad contratante mantenga retrasos en el pago de las obligaciones asumidas en los catálogos electrónicos frente a otro proveedor que forma parte del catálogo electrónico.

Agregando en el numeral 280.2 que Perú Compras puede establecer, en la documentación asociada a la convocatoria, otros supuestos de restricción o de rechazo de la contratación.

4.13. Los catálogos abiertos

Sobre esta posibilidad, el numeral 281.1 indica que, en el caso de los catálogos abiertos, los proveedores que forman parte del catálogo electrónico de acuerdo marco pueden adicionar bienes o servicios que se ajusten a las especificaciones y condiciones establecidas en la correspondiente estructura de ficha producto, siempre y cuando estos hayan sido a través de la plataforma de catálogo electrónico, en cumplimiento a lo establecido en la documentación asociada a la convocatoria.

Finalmente, Perú Compras, mediante resolución jefatural, establece disposiciones complementarias para la creación y administración de los catálogos abiertos a cargo de los proveedores seleccionados, considerando la optimización de recursos y acceso a tecnologías, los costos de administración y la estructuración de servicios no homologables a través de fichas-producto.

5. ACUERDOS MEDIANTE MECANISMOS DIFERENCIADOS DE ADQUISICIÓN (MDA)

De acuerdo a lo señalado en la exposición de motivos de la LGCP, esta herramienta tiene como finalidad hacer más eficiente la contratación para la atención de enfermedades de alto costo, también llamadas enfermedades catastróficas.

El artículo 44 de la LGCP se refiere a los acuerdos mediante mecanismos diferenciados de adquisición (MDA), los que son utilizados por sectores vinculados a la salud pública, tal como se indica en el numeral 44.1 en el que se establece que las entidades contratantes determinadas por el ente rector del Sistema Nacional de Salud, ESSALUD y sanidades de la PNP y FF. AA., así como el INEN de conformidad con el artículo 5 de la Ley N.° 31336 Ley Nacional del Cáncer, mediante resolución ministerial, pueden celebrar acuerdos a través de MDA de tipo financiero, de riesgo compartido o híbridos, con el objeto de contratar tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras o huérfanas, enfermedades oncológicas y de enfermedades de alto costo, así como tecnologías sanitarias innovadoras.

Estos aspectos son desarrollados en los artículos 293 al 301 del RLGCP. El numeral 293.1 efectúa precisiones a lo dispuesto en el artículo 44 de la LGCP al indicar que tiene que existir una resolución ministerial autoritativa del Ministerio de Salud, después de lo cual se pueden suscribir los respectivos acuerdos mediante MDA.

5.1. Alcance de los acuerdos

El numeral 293.2 se refiere al alcance de los acuerdos indicando que, mediante ellos, las entidades contratantes acceden a las referidas tecnologías sanitarias bajo determinadas condiciones que permitan gestionar la incertidumbre sobre la funcionalidad de nuevas tecnologías sanitarias o minimizar su impacto presupuestal; acuerdos que pueden ser:

- De tipo financiero; o
- Acuerdos de riesgo compartido basados en desempeño o acuerdos híbridos.

Agregando que las tecnologías sanitarias que se contraten mediante MDA deben contar con Registro Sanitario vigente o Registro Sanitario condicionado en el país, según corresponda, y superar el umbral de alto costo determinado por el MINSA.

5.2. Nominación y priorización de tecnologías sanitarias para ser adquiridas mediante MDA

En el artículo 294 se establece el siguiente procedimiento:

- La implementación de un MDA para una tecnología sanitaria en particular inicia con la nominación de las tecnologías candidatas a incluir dentro del proceso.
- La nominación es a iniciativa del Ministerio de Salud en su calidad de Autoridad Nacional de Salud, en coordinación con las demás entidades contratantes del sector salud.
- El Ministerio de Salud regula la nominación, los criterios de elegibilidad y los criterios de priorización para las tecnologías sanitarias.
- Una vez culminada la fase de nominación, el Ministerio de Salud mediante resolución ministerial aprueba el listado de tecnologías sanitarias priorizadas para ser contratadas mediante MDA, así como las entidades contratantes a cargo.
- Las entidades contratantes a cargo de un MDA deben tener experiencia en contrataciones corporativas o centralizadas de tecnologías sanitarias para el sector salud.
- El Ministerio de Salud designa una entidad contratante responsable del proceso de contratación de las tecnologías sanitarias priorizadas, centralizando las necesidades de todas las entidades contratantes interesadas en una misma tecnología sanitaria, no pudiendo establecer que una misma tecnología sanitaria sea adquirida por más de una entidad contratante.
- El número de tecnologías sanitarias priorizadas depende de las necesidades y la disponibilidad de los recursos presupuestales.

La normativa describe en los artículos siguientes la fase de los actos preparatorios, la fase de selección y la de ejecución contractual, así como los tipos de acuerdos MIDA.

5.3. Las actuaciones preparatorias

En el artículo 295 del RLGCP se describen las actuaciones preparatorias de este tipo de procedimiento, el que, como hemos indicado, responde a la singularidad de la atención a la salud pública.

5.3.1. El requerimiento

El numeral 295.1 indica que el proceso de contratación mediante MDA se inicia con la elaboración del requerimiento, estableciendo que le son aplicables las disposiciones generales correspondientes a las actuaciones preparatorias contempladas en el Reglamento, con excepción de la segmentación de contrataciones[192] y la interacción con el mercado.

En cuanto a su contenido, el numeral 295.2 indica que este debe considerar las especificaciones técnicas de la tecnología sanitaria, incluyendo además lo siguiente:

- Los servicios asociados al uso de la tecnología sanitaria, considerando al paciente tratado en término individual o poblacional, según sea el caso.
- Las cantidades mínimas y máximas por adquirir o los criterios de variabilidad en la provisión, así como el plazo de duración del MDA.
- Otros aspectos según el tipo específico de tecnología sanitaria que se desea contratar.

5.3.2. La agrupación por paquetes

El numeral 295.3 establece que la entidad contratante puede agrupar por ítems o paquetes en un mismo procedimiento de selección más de una tecnología sanitaria priorizada, si así es determinado en la estrategia de contratación.

En el caso de que exista más de una tecnología sanitaria para tratar una misma patología, de conformidad con la evaluación de tecnologías sanitarias realizada, se realiza un único procedimiento de selección para ambas, en el cual en la fase de negociación se otorga la buena pro a aquella que evidencie mejores condiciones contractuales, tomando en cuenta

192 Definida en el reglamento como "[...] el proceso de clasificar las contrataciones de bienes, servicios y obras de una entidad contratante en categorías. Esto permite organizar y optimizar los recursos de la entidad contratante, gestionar riesgos y buscar el mayor valor por el dinero durante la contratación. Permite determinar el alcance de la estrategia de contratación y la interacción con el mercado, según corresponda".

el costo efectividad para la población de pacientes y el principio de valor por dinero.

Solo puede suscribirse un acuerdo MDA para el tratamiento de una misma patología.

5.3.3. Evaluación del MDA

El numeral 295.4 indica que el MDA es evaluado por un jurado de expertos de 5 miembros determinado por el MINSA, estableciendo la siguiente conformación:

- Un representante de la alta dirección del Ministerio de Salud.
- Un representante de la entidad encargada de la evaluación de tecnologías sanitarias del Sector Salud.
- Un experto en negociación.

La norma agrega que el jurado, en coordinación con la DEC, participa en la estrategia de contratación.

5.3.4. Factores que se analizan en la estrategia de contratación

El numeral 295.5 indica que, durante la estrategia de contratación, se analiza y determina lo siguiente:

- El impacto en la contratación del tipo de MDA determinado y sustentado en su oportunidad.
- Identificación del titular del registro sanitario de la tecnología sanitaria y los requisitos de calificación que debe presentar para la fase de selección.
- Puntos no negociables del requerimiento durante la etapa de negociación.
- Modalidad de pago.
- Fuente de financiamiento de la contratación y necesidad de actualizar la cuantía de la contratación determinada en el PAC del CMN.
- Garantías y adelantos.
- El cronograma estimado del proceso de contratación, incluyendo la fase de selección y la ejecución contractual, así como el plan de distribución de la tecnología sanitaria.

5.4. La fase de selección en el MDA

La fase de selección es regulada por el artículo 296 del RLGCP, el que establece que se rige conforme lo dispuesto en las bases estándar, consistiendo en las siguientes etapas:

Registro de participantes

El registro de participantes es bajo la modalidad lista cerrada, por lo que se procede a la invitación a él o los proveedores titulares del registro sanitario o aquellos que tengan los derechos exclusivos de comercialización de la tecnología sanitaria, adjuntando las bases del MDA.

Presentación de ofertas técnicas

En esta etapa, el o los participantes invitados presenta su oferta técnica preliminar, a fin de que sea negociada en las rondas de negociación.

Negociación

En esta etapa, se proceden a las rondas de negociación con los postores invitados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76. En caso el procedimiento de selección esté evaluando más de una tecnología sanitaria para una misma patología, la negociación tiene como objetivo seleccionar a la tecnología sanitaria que ofrezca mejores condiciones para la entidad contratante y los beneficiarios como producto de la negociación, en base a una evaluación costo-beneficio. Solo se invita a un proveedor para presentar su oferta definitiva.

Presentación de la oferta definitiva

Una vez culminada la negociación, el postor presenta su oferta definitiva, la cual contiene los resultados de la negociación y el proyecto de acuerdo consensuado en la negociación a suscribir.

Aprobación de la contratación directa

Una vez presentada la oferta definitiva, se procede a la aprobación de la contratación mediante procedimiento de selección no competitivo conforme a lo dispuesto en el artículo 102.

Finalmente, el numeral 296.2 indica que, de no llegarse a acuerdos durante las rondas de negociación, a consideración del MINSA la tecnología sanitaria ingresa a la lista de espera, previa evaluación de las razones que motivaron la falta de acuerdo, a través de un informe que se registra en la Pladicop.

5.5. La fase de ejecución contractual en el MDA

La fase de ejecución contractual se encuentra regulada en el artículo 297 del RGLCP, el que establece las siguientes reglas:

- Luego de culminado el procedimiento de selección, las partes suscriben el Acuerdo MDA respectivo.
- El acuerdo incluye como anexo un modelo clínico-operativo, que establece las condiciones negociadas, la ruta clínica para el uso adecuado de la tecnología, las acciones de implementación y seguimiento de las partes y los posibles riesgos en el transcurso de la operación del acuerdo, así como sus posibles soluciones.
- A la fase de ejecución contractual es aplicable las disposiciones del Reglamento, con excepción de los limites porcentuales correspondientes a adicionales y reducciones. Asimismo, se pueden disponer a nivel contractual supuestos adicionales de modificación por acuerdo de las partes y de terminación anticipada del contrato, considerando criterios de variabilidad.
- En los MDA se aplican las modalidades de pago que determine el propio acuerdo, considerando su naturaleza.
- El acuerdo incluye obligatoriamente una cláusula de seguimiento y evaluación, por la cual la entidad contratante analiza y monitorea los resultados obtenidos en los beneficiarios periódicamente, a fin de evaluar la renegociación del contrato en caso de resultar necesario conforme al principio de valor por dinero.

5.6. Acuerdos MDA de tipo financiero

El artículo 298 del RGLCP se refiere a los acuerdos MDA de tipo financiero, indicando que mediante él se busca maximizar la eficiencia de los recursos utilizados, agregando que, según la cantidad de productos, dosis o duración, puede estar sujeta a las siguientes modalidades y condiciones de pago:

- Un descuento sobre el precio ofertado, que puede aplicarse al inicio de la ejecución contractual o a lo largo de todo el acuerdo. Este descuento puede establecerse en una cláusula sujeta a confidencialidad.
- Una contraprestación definida hasta el tope de pacientes individuales o poblacionales, según el acuerdo. En caso de exceder el tope, el proveedor entrega las tecnologías sanitarias libre de costo.
- Entrega de las tecnologías sanitarias libre de costo hasta un tope establecido en el acuerdo. En caso de exceder el tope, las tecnologías sanitarias son pagadas conforme a lo establecido en el acuerdo.
- Precio fijo por paciente. En este caso el proveedor ofrece las tecnologías sanitarias a un determinado número de pacientes, fijándose un costo por cada paciente y por un periodo de tiempo previamente determinado entre la entidad contratante y el proveedor, independientemente del volumen requerido por cada paciente. En caso de incremento de pacientes, la entidad contratante y el proveedor pueden acordar mediante una adenda la inclusión de pacientes adicionales en base al monto fijo establecido en el acuerdo.
- Precios escalonados. En dicho caso, el precio disminuye si aumenta el volumen de tecnologías sanitarias requeridas.
- Otras que se evalúen durante el proceso de contratación.

5.7. Acuerdos MDA de riesgo compartido basados en el desempeño

En este caso, el artículo 299 del RLGCP indica que el MDA de riesgo compartido se basa en el desempeño. Se prioriza el resultado clínico acordado entre las partes, cuyo pago se encuentra sujeto al resultado óptimo del tratamiento en los pacientes elegidos por indicación médica o si se ha obtenido evidencia para verificar el beneficio terapéutico.

En cuanto al establecimiento de las condiciones, el numeral 299.2 indica que mediante este tipo de acuerdo MDA se establece al menos una de las siguientes condiciones:

- El pago por la prestación está condicionado total o parcialmente a la obtención de determinados resultados médicos, por paciente o población, preestablecidos en el acuerdo. También se puede acordar la devolución del pago en caso no se obtenga la respuesta preestablecida.
- El pago por la continuación del tratamiento está condicionado parcial o totalmente a la obtención de determinados resultados médicos, por paciente o población, preestablecidos en el acuerdo. También se puede acordar la devolución del pago en caso no se obtenga la respuesta preestablecida.
- Otras que se evalúen durante el proceso de contratación.

5.8. Los acuerdos MDA híbridos

Finalmente, se tienen los acuerdos híbridos, respecto de los cuales el artículo 300 indica que la entidad contratante puede celebrar acuerdos de tipo híbrido estableciendo al menos una condición de los acuerdos de tipo financiero y al menos una condición de los acuerdos de riesgo compartido.

6. CONDICIONES ESPECIALES PARA LA ADQUISICIÓN DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y DISPOSITIVOS MÉDICOS MEDIANTE SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

La adquisición de medicamentos también se puede efectuar mediante la subasta inversa electrónica, la que es regulada en el artículo 301 del RLGCP, el que se refiere a la negociación en caso de subastas inversas electrónicas de productos farmacéuticos y dispositivos médicos que cuenten con una sola oferta.

En este caso, indica, los productos farmacéuticos y dispositivos médicos que cuenten con ficha técnica y que se convoquen por subasta inversa

electrónica conforme a lo dispuesto en el artículo 96 del RLGCP, en las cuales solo quede una sola oferta válida, pueden otorgar la buena pro pese a ello, conforme a las siguientes condiciones:

- El área usuaria debe sustentar ante la autoridad de la gestión administrativa la urgencia de la contratación del producto farmacéutico o dispositivo médico, considerando el tiempo necesario para llevar a cabo un nuevo procedimiento de selección y el impacto en los beneficiarios de la tecnología sanitaria a adquirir. Este análisis costo-beneficio y su aprobación por parte de la autoridad de la gestión administrativa se registran en la Pladicop.
- Se lleva a cabo una etapa de negociación con el proveedor que presentó la única oferta valida, a fin de que ajuste su oferta económica conforme los precios referenciales del producto farmacéutico o dispositivo médico a contratar en un contexto competitivo, determinado por la DEC. Las actas de esta etapa de negociación se publican en la Pladicop.
- En caso de las negociaciones realizadas el proveedor no acceda a actualizar su oferta económica, el procedimiento de selección se declara desierto. La entidad contratante puede realizar la siguiente convocatoria a través de una licitación pública abreviada.

PARTE VI

LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN: LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EFICIENTE

Capítulo XXI

LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

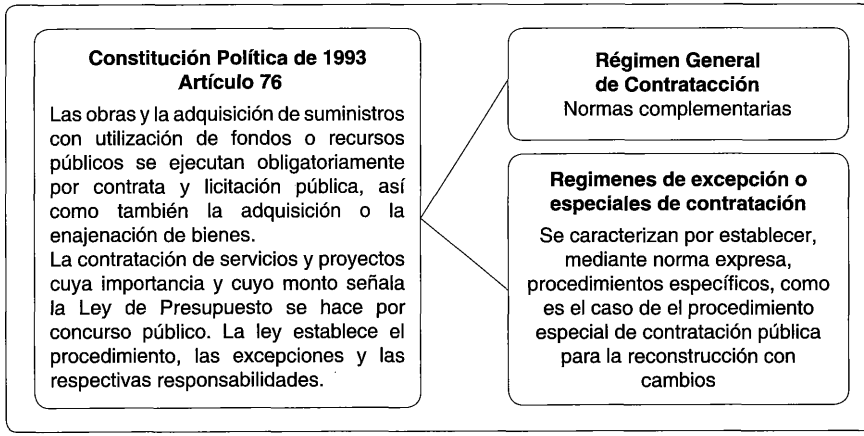
Marco legal. Creación, regulación. La supervisión del OECE. Tipos. Las discrepancias y la solución de controversias. Los contratos Gobierno a Gobierno

SUMARIO: 1. El marco legal de los regímenes especiales. – 2. Diagnóstico de los regímenes especiales. – 3. Exclusión de los regímenes especiales de contratación en la LGCP y en el RLGCP. La supervisión del OECE y la evaluación del MEF. – 4. Creación, regulación y modificación de los regímenes especiales de contratación. – 4.1. La condición de norma supletoria de la LGCP en los regímenes especiales y las reglas para su uso. – 5. Los regímenes especiales. – 5.1. El Régimen de la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) y las contrataciones bajo el Decreto Legislativo N.º 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos activos. – 5.2. Las contrataciones de las empresas del Estado. – 5.3. Contrataciones de productos farmacéuticos o dispositivos médicos estratégicos con proveedores no domiciliados. – 5.4. Contrataciones en el marco de la Ley N.º 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú (Petroperú S. A.) – 5.5. Procedimientos especiales de contratación en el marco del párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.º 31841, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN). – 5.5.1. Las discrepancias en la fase de ejecución contractual. – 5.5.2. Los impedimentos para contratar con el Estado. – 5.5.3. Las discrepancias en la fase de selección. – 6. Los contratos Gobierno a Gobierno. – 6.1. Objeto de las contrataciones Gobierno a Gobierno. – 6.2. Procedimiento para su implementación y el sustento. – 6.2.1. Informe de evaluación y pertinencia. – 6.2.2. Informe de identificación de Gobierno. – 6.2.3. Opinión de la OPMI y de la DGPP. – 6.3. Contrataciones de Gobierno a Gobierno para objetos contractuales de alta complejidad. – 6.4. Formalización de la contratación Gobierno a Gobierno. – 6.4.1. Contenido de las cláusulas por parte del otro Gobierno. – 6.4.2. Contenido de la cláusula por parte del ministerio, organismo público adscrito, programa o proyecto especial. – 6.5. El control de las contrataciones Gobierno a Gobierno.

El ordenamiento jurídico peruano carece de un marco normativo que regule de manera unificada la totalidad de contratos que celebra la Administración Pública (Opinión N.° 083-2020/DTN), habiéndose optado por la dispersión normativa, que se exterioriza en la coexistencia de diversos marcos regulatorios según cada tipo de contratación, estableciéndose los "procedimientos, requisitos y condiciones particulares en función de la naturaleza propia de cada contrato" (Opinión N.° 083-2020/DTN), siendo denominado regímenes especiales contratación, los que exteriorizan la debilidad institucional del Estado, por cuanto los grupos de intereses impulsan normas especiales ajenas la normativa de contrataciones públicas.

1. EL MARCO LEGAL DE LOS REGÍMENES ESPECIALES

En este contexto, sobre la base de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 76 de la Constitución Política de 1993, cuyo antecedente es el artículo 143 de la Constitución Política de 1979, el ordenamiento jurídico-administrativo distingue entre un *régimen general* de las contrataciones del Estado, conformado por la LGCP y su reglamento, así como la normativa complementaria emitida por el OSCE, y los *regímenes especiales o legales de contratación*, que son establecidos por leyes que establecen disposiciones particulares para la adquisición de bienes, servicios y obras (Opinión N.° 083-2020/DTN), y en las que la normativa general es supletoria; tal como se puede aprecia en el siguiente cuadro.



Tanto en el régimen general como en el especial, la Administración Pública atiende su finalidad constitucional de atender el interés general a través del ejercicio de las potestades administrativas, los órganos que la integran, las competencias atribuidas por las normas positivas, y los funcionarios y servidores públicos encargados de ejecutarlas; conceptos esenciales no solo para la organización y gestión, sino también para la instrumentalización de las políticas públicas.

2. DIAGNÓSTICO DE LOS REGÍMENES ESPECIALES

El problema que se presenta es que a través de los regímenes especiales han estado ajenos al control y supervisión de organismos como el fenecido OSCE, siendo que por dicha vía se ejecutan ingentes recursos públicos, tal como comentó la Cámara de Comercio de Lima en la Carta DI 075.11.2023 del 2 de noviembre del 2023 (República C. d., 2024, p. 17), a lo que se puede agregar el diagnóstico efectuado sobre estos en la exposición de motivos de la ley, en la que se indicaba:

> [De] la revisión de los regímenes especiales vigentes se observa que algunos cuentan con la etapa de actos preparatorios, procedimientos de selección y ejecución contractual, pero con disposiciones particulares respecto al régimen general. Asimismo, se aprecia que en varios de ellos se aplica supletoriamente el marco normativo general en su proceso de contratación, para cubrir supuestos de vacío, dado que se advierte que dichas normas especiales hacen remisión a dicho marco normativo, como en los siguientes casos, así como al Código Civil:
>
> - Adquisiciones y Contrataciones de Agrobanco: se señala que en todo lo no regulado se aplicará supletoriamente la normativa de contrataciones del Estado vigente y su Reglamento, así como el Código Civil.
> - Contratación de Empresas Supervisoras por parte del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositrán): se señala que se aplica supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado.
> - Contratación de Terceros Supervisores del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi: se indica que se aplica supletoriamente las disposiciones contenidas en la LCE y su Reglamento vigente al momento de la convocatoria.
> - Contratación de obras y servicios para la adquisición de áreas y liberación de interferencias en los proyectos priorizados en el Plan Nacional de Infraestructura para la Competitividad y sus Proyectos Complementarios: se señala que se aplican supletoriamente los principios, las infracciones, sanciones y procedimiento sancionador establecido en la LCE (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 8]).

Esta situación es contraria a las recomendaciones de la OCDE, que plantea la predictibilidad de las contrataciones públicas a través de un marco uniforme y unificado (República C. d., 2024, p. 141), propuesta que no se cumple con la existencia de 26 regímenes especiales de contratación que se determinaron en la exposición de motivos del RLGCP, los que coexisten al lado del régimen general de contratación, el que en términos reales no existe, ya que inclusive los regímenes especiales son contradictorios con él. Los regímenes especiales que se determinaron en la citada exposición de motivos fueron 26, los que citamos líneas abajo.

3. EXCLUSIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN EN LA LGCP Y EN EL RLGCP. LA SUPERVISIÓN DEL OECE Y LA EVALUACIÓN DEL MEF

En cuanto a la exclusión, se tiene que en el literal q) del numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCP se establece que las contrataciones que se efectúan en estos regímenes se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la ley, salvo en lo pertinente a los principios, tal como se indica también en el numeral 2 de la Quinta Disposición Complementaria Final de dicha norma.

Por su parte, el numeral 7.2 indica que la actividad que se realiza en ellos es supervisada por el OECE, por lo que estamos ante un supuesto de exclusión supervisado, a lo que el numeral 7.3 agrega, de forma concordante con el numeral 41.1 del artículo 41 de la LGCP, que se debe publicar en el Pladicop la información sobre los procesos; disposiciones que son ampliadas en la Primera Disposición Final del RLGCP.

Por lo tanto, estamos ante la existencia no solo de los regímenes especiales, sino también de una causal de exclusión, aunque se debe reconocer que el espíritu de la norma es revertir la situación descrita, para lo que plantea integrar estos al régimen general de contratación, tal como se encuentra establecido en el numeral 1 de la Quinta Disposición Complementaria de la LGCP.

> Las entidades contratantes habilitadas a utilizar regímenes especiales de contratación efectúan la contratación de sus bienes, servicios y consultoría y ejecución de obras conforme a lo establecido en dichos regímenes, en tanto se implemente la integración progresiva de estos al régimen general, de ser el caso.

A lo expuesto tenemos que el numeral 5 de la Quinta Disposición Complementaria Final de la LGCP señala que el MEF y los sectores que correspondan, elaboran, cada dos años, informes de evaluación de los regímenes

especiales de contratación, los que abarcan variables de cumplimiento contractual y la medición de la eficacia y eficiencia de las contrataciones bajo ellos. Sobre la base de estos documentos, el Poder Ejecutivo evaluará, para cada régimen, la justificación de su vigencia y la pertinencia de ser integrado progresivamente al régimen general.

4. CREACIÓN, REGULACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

Pero ¿cómo surgen estos regímenes? De acuerdo con lo establecido en la actual normativa, estos son creados por ley, debiendo contar para ello con la opinión previa de la DGA, salvo el caso del régimen especial de Proinversión; disposición a la que el numeral 3 de la Primera Disposición Complementaria Final del RLGCP agrega que la DGA publica y mantiene actualizado el listado de regímenes especiales en la Pladicop, pudiendo requerir información a las entidades contratantes, bajo responsabilidad.

En este orden tenemos que el numeral 2 de la Primera Disposición Complementaria Final del RLGCP amplía lo dispuesto en la ley, precisando que la normativa que crea los regímenes especiales incluye, obligatoriamente, las siguientes disposiciones:

- Se someten a los principios establecidos en el artículo 5 de la LGCP. Se someten a las disposiciones de los acuerdos comerciales y a otros compromisos internacionales que haya suscrito el Perú, conforme lo dispuesto en el artículo 8 de la LGCP.
- La obligatoriedad de que los proveedores se encuentren registrados en el RNP, salvo los casos debidamente sustentados por la naturaleza del régimen especial.
- Sus actos se registran en la Pladicop, conforme a la directiva que emita la DGA al respecto y las disposiciones operativas que emita el OECE en el marco de sus competencias.
- Les son aplicables los impedimentos previstos en el artículo 30 de la LGCP.
- El régimen de infracciones y sanciones aplicable, así como la autoridad competente para determinar las infracciones e imponer las sanciones.
- El régimen de solución de controversias en la fase de selección y la de ejecución contractual, así como la autoridad competente para resolverlas.

Luego de cumplida la formalidad acotada, las entidades efectúan la contratación de sus bienes, servicios y consultoría y ejecución de obras conforme a lo establecido en los distintos regímenes, en tanto se implemente la integración progresiva de estos al régimen general, de ser el caso.

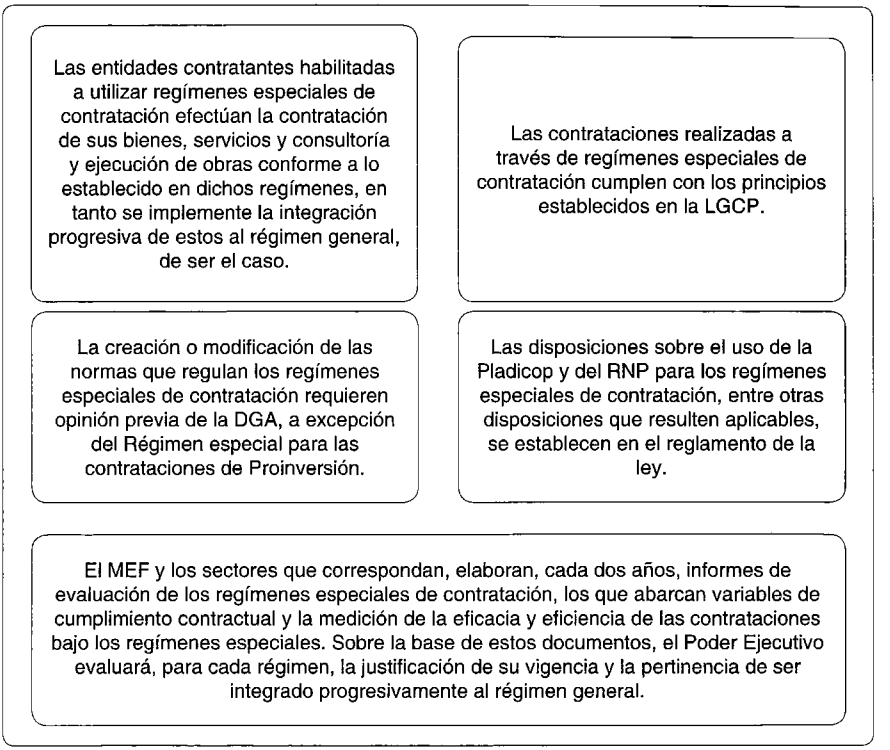
Finalmente, el numeral 4 de la Primera Disposición Complementaria Final del RLGCP indica que, para la modificación de normas con rango de

ley o de menor jerarquía que regulen los regímenes especiales de contratación creados de forma previa a la vigencia del RLGCP, es necesario que la entidad contratante que la propone solicite opinión previa favorable de la DGA, sustentando técnicamente la necesidad de dicha modificación.

4.1. La condición de norma supletoria de la LGCP en los regímenes especiales y las reglas para su uso

La Primera Disposición Complementaria Final de la LGCP indica que esta es supletoria a los regímenes especiales de contratación, estableciendo como condición que no resulten incompatibles con tales normas especiales, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la norma, mientras que la Quinta Disposición Complementaria Final de la LGCP establece las reglas para su utilización.

Al respecto, mediante Resolución Directoral N.° 0014-2025-EF/54.01 se aprobó la Directiva N.° 0004-2025-EF/54.01, Directiva que establece el procedimiento para la emisión de opinión previa de la dirección general de abastecimiento para la creación o modificación de las normas que regulan los regímenes especiales de contratación.



5. LOS REGÍMENES ESPECIALES

Tal como indicáramos, en la exposición de motivos se determinaron 26 regímenes especiales de contratación, desarrollando algunos específicos, como son el de Proinversión, el de las empresas del Estado, las contrataciones de productos farmacéuticos o dispositivos médicos estratégicos con proveedores no domiciliados, a los que agregamos los de gobierno a gobierno, y los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

Los ubicados en la exposición de motivos los consignamos en el siguiente cuadro:

N°	Base legal	Publicación
1	1) Ley N° 29596 **(Art. 5)** 2) Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de AGROBANCO - Aprobado en la Sesión de Directorio 385-2017 mediante Acuerdo 3751-01-2017 3) Ley 29523 **(Art. 3)**	1) 12.10.2010 2) 16.01.2017 3) 01.05.2010
2	1) Decreto Legislativo N° 1414 2) Decreto Supremo N° 004-2019-PRODUCE - Reglamento	1) 12.09.2018 2) 23.05.2019
3	1) Ley 26917 (Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final) 2) D.S. N° 035-2001-PCM 3) RCD N° 040-2015-CD	1) 22.01.1998 2) 09-04-2001 3) 07.07.2015
4	1) Ley N° 28933 **(Art. 12)** 2) DS N° 002-2009-EF	1) 15-12-2006 2) 12.01.2009
5	1) Ley N° 27767 2) D.S. N° 002-2004-MIMDES (Reglamento) 3) Directiva N° 001-2009-CG/CA (num. VI)	1) 26.06.2002 2) 18.03.2004
6	1) Ley N° 30204 2) Decreto Supremo 081-2015-PCM	1) 16.11.2014 2) 23.11.2015
7	1) Decreto de Urgencia N° 015-2019	27.11.2019 (Exclusión de la LCE solo por 3 años)
8	1) Decreto Legislativo N° 1063 2) Decreto Supremo N° 150-2008-EF (Reglamento)	1) 27.06.2008 2) 11-12-2008

N°	Base legal	Publicación
9	1) Ley N° 29951 (Octagésima Cuarta Disp. Comp. Final) 2) DS 001-2013-MIDIS 3) Resolución Ministerial N° 181-2019-MIDIS	1) 03.12.2012 2) 04.01.2013 3) 12.08.2019
10	1) Decreto Legislativo N° 43 2) Ley N° 28940 **(Segunda Disposición complementaria final)** Nuevo Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de PETROPERÚ (https://www.petroperu.com.pe/proveedores/informacion-general)	1) 04.03.1981 2) 26.07.2006 3) 28.06.2021
11	1) Decreto de Urgencia N° 003-2020 (Vigésima Segunda DCF del TUO del Decreto Legislativo 1192 -DS 15-2020-VIVIENDA)	08.01.2020
12	Decreto de Urgencia N° 026-2019	11.12.2019 (Exclusión de la LCE - Se debe regular mediante Resolución Ministerial)
13	1) Ley N° 29325 (Art. 12) 2) Resolución de Consejo Directivo N° 006-2013-OEFA/CD y sus modificaciones	05.03.2013
14	1) Ley N° 30556, Art. 7-A (DS N° 094-2018-PCM - TUO) 2) Decreto Supremo N° 071-2018-PCM - Reglamento del procedimiento de contratación pública 3) Decreto Supremo N° 003-2019-PCM (Reglamento Ley 30556) 4) Resolución de Dirección Ejecutiva N° 10-2019-RCC/DE que aprueba la Directiva N° 05-2019-RCC "Directiva que regula la fase de expresión de interés del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios".	1) 28.04.2018 2) 05.07.2018 3) 09.01.2019 4) 21.03.2019 5) 05.12.2022
15	1) Ley N° 29523 2) Reglamento de cada Caja Municipal	01.05.2010
16	1) Decreto Legislativo N° 1126 2) Decreto Supremo N° 001-2020-DE	1) 07.12.2012 2) 07.02.2020 NOTA: Única.- En un plazo no mayor de ciento veinte (120) días hábiles, la Agencia deberá adecuar su Reglamento de Organización y Funciones y demás documentos de gestión, a las disposiciones contenidas en el presente Reglamento, con el fin de agilizar los procesos de contratación a su cargo, en el marco del proceso de modernización y transparencia de su gestión.

N°	Base legal	Publicación
17	1) Decreto Supremo N° 042-2005-EM (Art. 10 y Art. 14) 2) Decreto Supremo N° 045-2005-EM (Aprueba procedimientos para aprobación de contratos)	1) 07.10.2005 2) 19.09.2006
18	1) Ley N° 27029 2) RDC N° 037-2016-OS/CD	1) 15.04.2002 2) 24.02.2016
19	1) Decreto de Urgencia N° 021-2020 2) Decreto Supremo N° 119-2020-EF 3) Decreto Supremo N° 380-2020-EF	1) 23.01.2020 2) 22.05.2020 3) 11.12.2020
20	1) Ley N° 31071 2) DS N° 012-2021-MIDAGRI	1) 21.11.2020 2) 23.06.2021
21	1) Ley 31015 2) Decreto Supremo N° 004-2022-MIDIS - Reglamento de la Ley N° 31015 (27.10.2022)	1) 23.03.2020 2) 27.10.2022
22	DECRETO LEY N° 26123	30.12.92
23	Decreto Supremo N° 167-2021-EF	2/07/2021
24	Resolución de Dirección Ejecutiva (ROE) N° 069-2022/DE-FONAFE que aprueba el lineamiento corporativo	01/06/2022
25	Acuerdo CD Proinversión N° 49-3-2016-CD, en virtud de la décima disposición complementaria final de la Ley N° 30225	1/05/2018
26	1) LEY N° 31336, Ley Nacional del Cáncer 2) DECRETO SUPREMO N° 004-2022-5A	1) 09/08/2021 2) 30/03/2022

Establecidos los regímenes especiales detectados en la exposición de motivos, seguidamente abordaremos los que regula la normativa.

5.1. El Régimen de la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) y las contrataciones bajo el Decreto Legislativo N.° 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos activos

En este extremo, la Sexta Disposición Complementaria Final de la LGCP dispone que mediante acuerdo de su consejo directivo, establece o modifica las disposiciones del régimen especial para las contrataciones vinculadas a las fases de los proyectos que realice y que sean necesarias para la promoción de la inversión privada reguladas en el Decreto Legislativo N.° 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, y en el Decreto Legislativo N.° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, así como las normas que los modifiquen y complementen.

Por otro lado, en la Décima Séptima Disposición Complementaria Final, referida a las contrataciones para la continuidad de proyectos bajo el Decreto Legislativo N.° 1362, se indica que cuando se produzca la caducidad de un

contrato de asociación público privada o proyecto en activos, en el marco de lo dispuesto en el citado decreto legislativo, la entidad titular del proyecto puede contratar directamente bajo el supuesto de desabastecimiento contenido en el literal c) del párrafo 55.1 del artículo 55 de la LGCP[193] a aquellos proveedores necesarios para garantizar la continuidad del proyecto.

En relación con esta disposición, en la Quinta Disposición Complementaria Final del RLGCP, se establece que, para las contrataciones realizadas en el caso glosado, las entidades contratantes consideran lo siguiente:

- La contratación se realiza por el tiempo necesario y en tanto se realice y concluya el proceso de promoción correspondiente.
- El plazo máximo de contratación se sujeta a lo establecido en el artículo 58 del Decreto Legislativo N.º 1362.
- En el contrato que se suscriba se establecen las funciones y obligaciones que este asume en representación del Estado, para garantizar la continuidad del proyecto, salvaguardar la edificación o infraestructura existente y/o garantizar la provisión del servicio.
- El proceso de contratación se inicia aun cuando existan controversias entre las partes del contrato objeto de caducidad.

5.2. Las contrataciones de las empresas del Estado

La Sétima Disposición Complementaria Final fija las siguientes reglas para las contrataciones que realicen las empresas del Estado:

- Los insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado que se dediquen a la producción de bienes o prestación de servicios pueden ser contratados a través de proveedores nacionales o internacionales mediante el procedimiento de selección y las condiciones que especifique el reglamento, a precios de mercado, siempre que se verifique una situación de escasez acreditada por el titular de la entidad.
- No se requiere la verificación de una situación de escasez en el caso de empresas que por la naturaleza de su actividad requieran un suministro periódico o continuo, incluida la entrega en un solo acto de los insumos, bienes o servicios.
- La lista de los insumos directamente vinculados en los procesos productivos, que corresponden a cada empresa, es establecida mediante resolución ministerial del MEF.

193 c) Ante una situación de desabastecimiento que afecte o impida el funcionamiento de la entidad contratante o el cumplimiento de sus funciones.

5.3. Contrataciones de productos farmacéuticos o dispositivos médicos estratégicos con proveedores no domiciliados

La Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final de la LGCP establece que excepcionalmente la adquisición de productos farmacéuticos o dispositivos médicos clasificados como estratégicos que realice el Minsa o ESSALUD para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema puede efectuarse con proveedores no domiciliados, siempre que se sustente que dicha contratación resulte objetivamente más ventajosa a través de un informe técnico y legal, con la debida aplicación de los artículos 5, 6, 8, 44, 46 y 47 de la LGCP, en lo que resulte aplicable.

Los requerimientos en mención se publicarán en la sede digital del Minsa y ESSALUD, debiendo tener los proveedores un plazo mínimo no menor de 8 días hábiles para presentar sus cotizaciones, el que puede ser prorrogado o ampliado.

El Minsa y ESSALUD están obligados a registrar en la Pladicop las contrataciones que realicen con proveedores no domiciliados. Dichas contrataciones están sujetas a supervisión del OECE.

En este contexto se agrega que el Estado promoverá la creación de un régimen especial con el fin de mejorar la eficiencia, oportunidad y costos en el proceso de adquisición de medicamentos, así como equipos y dispositivos médicos o tecnologías sanitarias estratégicas, prefiriendo a aquellas que acrediten su seguridad, calidad y eficacia.

5.4. Contrataciones en el marco de la Ley N.º 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú (Petroperú S. A.)

La Vigésima Primera Disposición Complementaria de la LGCP establece y regula el marco general de las contrataciones a efectuarse en el marco de la ley de fortalecimiento de PETROPERÚ, estableciendo reglas respecto de la validez y eficacia de los actos de los procesos de contratación, así como sobre el trámite de los recursos impugnativos y del proceso sancionador.

- Para la validez y eficacia de la convocatoria y demás actos que correspondan, en los procesos de adquisición y contratación a cargo de PETROPERÚ, dicha entidad está obligada a emplear la Pladicop.
- Los recursos impugnativos que se presenten en el marco de los procesos de selección son conocidos en vía de apelación por PETROPERÚ a través de un comité de apelaciones.
- Únicamente en aquellos procesos de adquisición o contratación que se encuentren sujetos a los acuerdos comerciales suscritos por el Estado peruano se puede impugnar lo resuelto por el comité de apelaciones de PETROPERÚ mediante la interposición de un recurso de revisión ante el TCPs del OECE.
- La garantía por interposición de los recursos impugnativos es de hasta el 0.5 % del monto estimado del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar, de acuerdo con los límites establecidos en el reglamento de la LGCP.
- El TCP ejerce potestad sancionadora en el marco de los procesos de contratación de PETROPERÚ de acuerdo con las infracciones y sanciones previstas en la LGCP.

5.5. Procedimientos especiales de contratación en el marco del párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.° 31841, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN)

La Décima Novena Disposición Complementaria Final de la LGCP establece reglas para los procedimientos especiales de contratación en el marco del párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.° 31841, norma por la que se creó el ANIN, mediante el cual se disponía que mediante decreto supremo del MEF se aprobaban las disposiciones que regulan los procedimientos especiales de contratación con la ANIN para:

- La contratación de la asistencia técnica especializada en gestión de proyectos; y
- Para la aplicación de modelos contractuales de ingeniería de uso estándar internacional.

Las reglas consignadas en la citada Décimo Novena Disposición Complementaria Final están referidas a las controversias, los impedimentos, las discrepancias en los procedimientos especiales, el recurso de apelación.

5.5.1. Las discrepancias en la fase de ejecución contractual

En cuanto a las controversias, el numeral 1 indica que las que surjan entre las partes en el marco de la ejecución de los contratos celebrados derivados de los procedimientos especiales de contratación previstos en el citado numeral 11.4, que versen sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, además

del trato directo y de los Dispute Boards, a través del arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Los plazos de caducidad son aquellos señalados en los párrafos 84.4, 84.5, 84.6 y 84.7 del artículo 84 de la LGCP[194].

5.5.2. Los impedimentos para contratar con el Estado

Respecto de los impedimentos para contratar con el Estado, indica que se aplican a las contrataciones que deriven de la aplicación de los procedimientos especiales de contratación previstos en el párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.° 31841.

5.5.3. Las discrepancias en la fase de selección

Las discrepancias que versen sobre la etapa de invitación a licitar y la etapa de evaluación, según el procedimiento especial de contratación, se resuelven mediante apelación que se interpone ante el TCP

194 84.4. El arbitraje que verse sobre las controversias respecto de la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato es solicitado en un plazo máximo de treinta días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

84.5. En todas las demás controversias, cualquiera de las partes da inicio al arbitraje, como máximo, dentro de los treinta días hábiles siguientes a estas acciones:

a) La entrega del bien final, en el caso de los contratos de adquisición de bienes.
b) La presentación del entregable final, en el caso de los contratos de prestación de servicios.
c) La entrega de la obra, en el caso de los contratos de obra.

84.6. El cómputo del plazo regulado en los párrafos 84.4 y 84.5 del presente artículo tiene las siguientes excepciones: a) cuando con posterioridad a las actuaciones señaladas en los párrafos 84.4 y 84.5 aún se encuentre pendiente la decisión de la junta de prevención y resolución de disputas, el plazo se computa desde la fecha en que se emita la decisión de dicha junta o en la fecha en que esta quede disuelta.

b) En las controversias referidas a la conformidad del bien, servicio u obra, el plazo se computa desde la negativa de esta o desde el vencimiento del plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.
c) En las controversias referidas a la liquidación del contrato de obra, el plazo se computa desde la culminación del procedimiento de liquidación.
d) En las controversias referidas al pago final o prestaciones pospago de bienes y servicios, el plazo se computa desde la fecha en que se produce el pago final, o desde el vencimiento del plazo para realizar el pago final, o la prestación pospago que es materia de controversia.
e) En las controversias referidas a defectos o vicios ocultos, el plazo de caducidad se computa a partir de la conformidad otorgada por la entidad hasta sesenta días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en la ley.

84.7. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, el plazo es de diez días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

El recurso de apelación se interpone ante el TCP a los actos que dictan los resultados de las etapas mencionadas precedentemente, tras la adjudicación del contrato, siendo las materias impugnables:

- Haberse realizado la evaluación sin tener en cuenta los documentos presentados por el apelante en el plazo y formato requerido.
- Haberse realizado la evaluación incurriendo en error aritmético en el cálculo y ponderación de los puntajes, cuando dicho error haya perjudicado al apelante en la adjudicación del contrato.

En cuanto al plazo para interponer el citado recurso, el numeral 6 indica que es de 10 días hábiles desde la publicación de la adjudicación en la Pladicop; plazo que es improrrogable.

Finalmente, dispone que, en todos los demás aspectos, el procedimiento administrativo que resuelve la apelación se rige por el Título V, Capítulo I, referido a la solución de controversias antes del perfeccionamiento del contrato y por el reglamento.

6. LOS CONTRATOS GOBIERNO A GOBIERNO

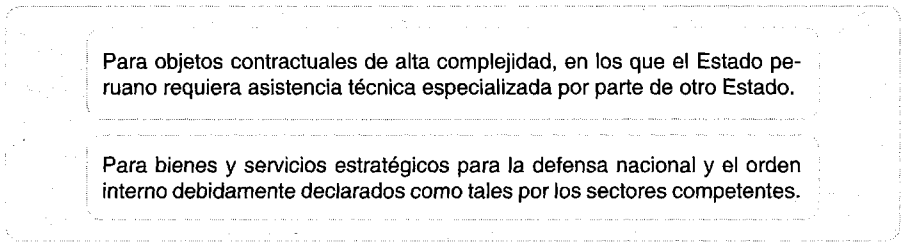
El literal o) del numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCP establece a las contrataciones gobierno a gobierno entre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa, estando considerada entre las que se encuentran sujetas a supervisión. El citado literal agrega que este tipo de contrataciones se derivan de los acuerdos del comercio internacional y las normas y principios del derecho internacional, en observancia a lo referido en la Vigésima Primera Disposición Complementaria Final de la LGCP. Asimismo, la Vigésima Disposición Complementaria Final describe en el numeral 1 la finalidad de este tipo de contratos, indicando que, mediante estos, las contrataciones la adquisición de bienes, la contratación de servicios, la ejecución de obras, así como su mantenimiento u operación, pueden ser ejecutadas por otro gobierno, a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas, nacionales o extranjeras, agregando que estas contrataciones se regulan bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.

6.1. Objeto de las contrataciones Gobierno a Gobierno

El numeral 2 limita el uso de las contrataciones de gobierno a gobierno a solo los siguientes casos:

6.2. Procedimiento para su implementación y el sustento

El numeral 3 fija el procedimiento que se debe seguir a nivel del gobierno central, indicando que, mediante decreto supremo refrendado por el ministro del sector, se autoriza al ministerio, sus organismos públicos adscritos, programas o proyectos especiales a realizar una contratación de gobierno a gobierno, procedimiento que requiere previamente el cumplimiento de los siguientes requisitos:



6.2.1. Informe de evaluación y pertinencia

Elaborar un informe que sustente el alcance, las ventajas objetivas y el análisis costo-beneficio para el Estado peruano de contratar con otro Estado, así como el análisis respecto a otras modalidades de contratación o ejecución que contenga como mínimo lo siguiente:

i. La identificación del objeto contractual, conforme lo indicado precedentemente.

ii. El sustento de la alta complejidad del objeto contractual, así como de la necesidad y alcance de la asistencia técnica especializada requerida por parte de otro Estado, o el sustento de que la contratación tiene por objeto bienes y servicios estratégicos para la defensa nacional o el orden interno, según corresponda.

iii. Un cronograma preliminar de todas las fases del proceso de contratación, hasta el cumplimiento de todo su alcance.

iv. Análisis costo-beneficio del comparativo con otros mecanismos de contratación existentes que sustenten que la contratación de gobierno a gobierno es ventajosa, en términos objetivos de oportunidad y alcance.

6.2.2. Informe de identificación de Gobierno

Elaborar un informe en el cual se identifique a los potenciales gobiernos que puedan cumplir con lo requerido por la entidad contratante, el que debe evaluar como mínimo los siguientes criterios:

i. Niveles de transparencia.
ii. Solvencia técnica en el objeto por contratar.
iii. Experiencia en mecanismos de cooperación técnica similares.

6.2.3. Opinión de la OPMI y de la DGPP

En el caso de proyectos de inversión o programa de inversión en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, adicionalmente se debe contar con la opinión de la Oficina de Programación Multianual de Inversiones (OPMI) del sector funcionalmente responsable sobre el alineamiento con los objetivos priorizados y metas respecto al cierre de brechas de infraestructura o de acceso a servicios establecidos en la Programación Multianual de Inversiones y sobre el cumplimiento de los criterios de priorización aprobados por el sector. Asimismo, la opinión incluye la verificación de que los proyectos de inversión o programa de inversión cumplan con la metodología específica sectorial en el marco del referido Sistema Nacional, los estándares de calidad y los niveles de servicio que le sean aplicables. Dicha opinión se realiza, sobre la base de los informes de la unidad formuladora o unidad ejecutora de inversiones de la entidad responsable del proyecto o programa de inversión o del órgano técnico correspondiente.

Se indica también que se debe contar con opinión favorable de la DGPP respecto a la capacidad presupuestal del pliego. Para tal efecto, la oficina de presupuesto, o la que haga las veces en el pliego correspondiente, remite un informe en el que sustente que esta cuenta con la capacidad presupuestal para el financiamiento necesario para dicha contratación, así como para los proyectos de inversión o programa de inversión, salvo que requiera concertar una operación de endeudamiento, en cuyo caso la misma debe estar contemplada en el Programa Anual de Endeudamiento del año respectivo. Para ello, debe sustentar que el presupuesto que requiere es parte de la asignación presupuestaria multianual vigente o de los recursos a ser incorporados mediante otras fuentes de financiamiento en el presupuesto institucional.

6.3. Contrataciones de Gobierno a Gobierno para objetos contractuales de alta complejidad

En este caso, el numeral 4 establece condiciones adicionales a las citadas:

- Los proyectos de inversión que formen parte de la contratación de gobierno a gobierno deben tener un costo de inversión actualizado igual o mayor de 40 mil UIT.
- En el caso de programas de inversión que formen parte de la contratación gobierno a gobierno deben tener un costo de inversión actualizado igual o mayor de 600 mil UIT.
- En la fase de formulación y evaluación del ciclo de inversión, la unidad formuladora debe haber determinado el sistema de entrega, en el que se hubiera evaluado que el proyecto de inversión se ejecute mediante la modalidad de contratación de gobierno a gobierno.
- En caso de los proyectos de inversión que hubieran sido declarados viables previo a la entrada en vigencia de la LGCP, y que aún no cuenten con expediente técnico o documento equivalente, la unidad formuladora actualiza la información contenida en los documentos técnicos que sustentaron la declaración de viabilidad, sobre la base del sustento de la unidad ejecutora de inversiones, de manera previa a la solicitud de opinión de la OPMI del sector al que hace referencia el literal c) del párrafo 3 de la presente disposición complementaria final, registrando dicha actualización en el aplicativo informático del Banco de Inversiones.
- En caso de que los contratos suscritos en el marco de la contratación de gobierno a gobierno, que cuenten con un componente de ejecución física de obra, superen el 40 % respecto al costo de inversión actualizado en los aplicativos informáticos del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones registrado a la fecha de suscripción del contrato correspondiente a su ejecución, la oficina de presupuesto o la que haga las veces en el pliego correspondiente debe contar con opinión favorable de la DGPP respecto a la capacidad presupuestal para el financiamiento del proyecto de inversión o programa de inversión, previo a emitir la respectiva certificación y previsión presupuestal.
- El pliego debe remitir trimestralmente a la DGPP las actualizaciones de las proyecciones de costos de la cartera de inversiones o intervenciones asociadas a las contrataciones de gobierno a gobierno a su cargo.

6.4. Formalización de la contratación Gobierno a Gobierno

El numeral 5 establece las vías de formalización, indicando que puede ser mediante contratos o acuerdos, los cuales incluyen, como mínimo, cláusulas que contemplen las siguientes obligaciones:

6.4.1. Contenido de las cláusulas por parte del otro Gobierno

i. Plan de gestión de transferencia de conocimientos[195], en caso de que este se encuentre referido a objetos contractuales de alta com-

195 En el reglamento se le define como "el desarrollo y reforzamiento de capacidades de los profesionales de la entidad contratante que se realiza, en el marco del ASISTE, mediante dos modalidades: i) el desarrollo de sus funciones diarias y toma de decisiones, y ii) a través de una estrategia y planes que involucran actividades de aprendizaje, tales como talleres, cursos, lecturas, foros, lecciones aprendidas, mentoría, entre otros. La transferencia de conocimiento en el marco del ASISTE es independiente de las capacitaciones que la entidad contratante gestiona para los profesionales de las áreas encargadas de la gestión de la cadena de abastecimiento público".

plejidad, innovación o especialización. Este plan debe incluir como mínimo:

i.1. El diagnóstico inicial y evaluación de madurez de las capacidades de la entidad contratante que permita dar trazabilidad de la mejora de las capacidades de los servidores durante el desarrollo de la contratación gobierno a gobierno.

i.2. La transferencia de conocimientos por cada componente respecto del cual se prestará asistencia técnica especializada.

ii. Plan para el legado a individuos y organizaciones del país, según corresponda.

iii. La obligación de remitir al Estado peruano la documentación referida a la ejecución de la contratación de gobierno a gobierno, incluyendo cualquier contrato que se derive de este y que haya sido financiado con fondos públicos.

iv. La terminación de pleno derecho de los contratos derivados de la contratación de gobierno a gobierno, por actos de corrupción.

6.4.2. Contenido de la cláusula por parte del ministerio, organismo público adscrito, programa o proyecto especial

i. La obligación de remitir la documentación referida a la ejecución de la contratación de gobierno a gobierno y los contratos que se deriven de este a la Contraloría General de la República, cuando esta lo solicite.

ii. La obligación de remitir la documentación solicitada por el OECE en el marco de su función de supervisión.

Se agrega que, para la suscripción del contrato o acuerdo de gobierno a gobierno, la entidad contratante debe contar con una estructura de gestión de proyectos en el marco de lo establecido en el artículo 6 del Decreto Legislativo N.° 1553, Decreto Legislativo que Establece Medidas en Materia de Inversión Pública y de Contratación Pública que Coadyuven al Impulso de la Reactivación Económica, o la norma que lo sustituya.

6.5. El control de las contrataciones Gobierno a Gobierno

Respecto del control, en el numeral 6 se precisa, con buen tino, que la ejecución de las contrataciones que se deriven de la contratación de gobierno a gobierno se somete al control gubernamental, siendo este simultáneo, estando a cargo de la CGR.

Capítulo XXII

MODALIDADES PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

Los contratos menores (menores a 8 UIT). La compra por encargo. La compra centralizada. La compra corporativa. La compra pública por innovación. Contrataciones para la prevención y atención de emergencias. Compras centralizadas obligatorias para emergencia cuando responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación. Contrataciones para la rehabilitación y reconstrucción ante emergencias. ¿Cuándo usar procedimientos no competitivos y competitivos? Disposiciones contractuales excepcionales para la atención de emergencias mediante procedimiento de selección

SUMARIO: 1. Las modalidades de contratación eficiente. – 1.1. Los contratos menores (menores a 8 UIT). – 1.1.1. Definición y publicación. – 1.1.2. Posibilidad de que las entidades formulen directivas. – 1.1.3. El requerimiento. – 1.1.4. El trámite de los contratos menores. – 1.1.5. La ejecución contractual. – 1.2. La compra por encargo. – 1.2.1. El convenio y el SNC. – 1.2.2. El encargo a Perú Compras u otra entidad contratante: informe y convenio. – 1.2.3. El encargo a un organismo internacional. – 1.2. Disposiciones sobre el encargo: responsabilidad, el consentimiento de la buena pro y la impugnación. – 1.3. Compra centralizada. – 1.3.1. El inicio de la compra centralizada. – 1.3.2. Las iniciativas de compra. – 1.4. Compra corporativa. – 1.4.1. Alcance de las compras corporativas. – 1.4.2. Compra corporativa obligatoria. – 1.4.3. Compra corporativa facultativa. – 1.4.4. Consideraciones generales para el proceso de contratación a través de una compra corporativa. – 1.4.5. La entidad encargada. – 1.5. Compra pública de innovación. – 1.5.1. La regla general. – 1.5.2. El trámite de la compra pública de innovación. – 1.6. Acuerdo marco y los catálogos electrónicos de acuerdos marco. – 1.6.1. Las condiciones para su uso. – 1.6.2. Proceso de contratación mediante acuerdo marco. – 2. Contrataciones para la prevención y atención de emergencias. – 2.1. Contrataciones para la preparación y prevención: los acuerdos marco. – 2.1.1. Los contratos de contingencia. – 2.1.2. La modalidad de pago en los contratos de contingencia. – 2.2. Compras centralizadas

obligatorias para emergencia cuando responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación. – 2.2.1. Catálogo electrónico de acuerdo marco para emergencia o desastre. – 2.2.2. Contrataciones para la atención de emergencias mediante compras centralizadas de emergencia. – 2.3. Contrataciones para la rehabilitación y reconstrucción ante emergencias. ¿Cuándo usar procedimientos no competitivos y competitivos? – 2.3.1. La rehabilitación o reconstrucción y el sistema a utilizar. – 2.3.2. Los factores de evaluación. – 3. Disposiciones contractuales excepcionales para la atención de emergencias mediante procedimiento de selección.

La normativa distingue entre modalidades y herramientas eficientes para la contratación pública. En el primero, las modalidades, establece a los contratos menores, compra por encargo, compra centralizada, compra corporativa, compra pública de innovación y acuerdos marco; en el segundo, las herramientas facilitadoras de las contrataciones públicas, se encuentra el Pladicop, la estandarización de requerimientos, los catálogos electrónicos de acuerdos marco y acuerdos mediante mecanismos diferenciado de adquisición (MDA).

MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE
• Contratos menores
• Compra por encargo
• Compra centralizada
• Compra corporativa
• Compra pública de innovación
• Acuerdos marco

1. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EFICIENTE

Tal como hemos indicado, la normativa establece 6 modalidades de contratación eficiente, algunas de las cuales vienen de la legislación derogada, siendo nuevas tres, los contratos menores, la compra centralizada y la compra por innovación.

1.1. Los contratos menores (menores a 8 UIT)

En la exposición de motivos de la LGCP se menciona la significación económica de este tipo de contrataciones, mostrando para ello la evolución de estos entre los años 2020-2022, donde se aprecia que además de ser una de las más usadas, ha adquirido una relevante significación económica si se tiene en cuenta que el año 2022 llegaron a ejecutarse 11 675 millones de soles.

Contrataciones Menores
Órdenes de compra y servicios hasta 8 UIT

Tipo de Orden	AÑOS					
	2020		2021		2022	
	Cantidad	Monto (Millones de S/)	Cantidad	Monto (Millones de S/)	Cantidad	Monto (Millones de S/)
Orden de Compra	499,308	S/ 3,293.0	589,053	S/ 3,833.0	520,131	S/ 3,583.0
Órdenes de Servicio	1,389,577	S/ 6,591.0	1,700,210	S/ 8,104.0	1,537,819	S/ 8,092.0
	1,888,885	**S/ 9,884.0**	**2,289,263**	**S/ 11,937.0**	**2,057,950**	**S/ 11,675.0**

Nota: Información al 11 de marzo de 2023
Fuente: CONOSCE - OSCE
Elaboración: Dirección de Adquisiciones - DGA

Estando a ello, no es de extrañar que la normativa haya optado por regular de forma más precisa las contrataciones que se ubican por debajo de las 8 UIT, aunque debemos indicar que la preocupación no es nueva. Así, podemos citar el comunicado de fecha 19 de enero del 2016, donde el OSCE puso en conocimiento de las distintas entidades del sector público las reglas a aplicar dicho tipo de contrataciones, o la Resolución del TCP, en la que se estableció que para acreditar el perfeccionamiento del contrato en las contrataciones por montos menores a 8 UIT, "[...] es necesario verificar la existencia de documentación suficiente que acredite la efectiva contratación y, además, que permita identificar si, al momento de dicho perfeccionamiento, el contratista se encontraba incurso en alguna de las causales de impedimento" (Resolución N.° 04376-2021-TCE-S1).

La actual normativa extrae de los supuestos excluidos y le otorga regulación específica en la ley y reglamento, lo que se encuentra establecido en el artículo 34 de la LGCP y los artículos 226 al 229 del RLGCP.

1.1.1. Definición y publicación

En este orden tenemos que el numeral 34.1 indica que se definen como menores porque sus montos son iguales o inferiores a 8 UIT vigentes al momento de la contratación, agregando que no requieren procedimientos de selección para su contratación, encontrándose sujetos a la supervisión del OECE.

Las entidades contratantes publican en la Pladicop la información referida a este tipo de contratos, la que se efectúa a través de la DEC, la que debe contener la información de los contratos menores, desde las actuaciones preparatorias hasta la ejecución del último pago.

El objetivo de esta disposición es que las entidades garanticen la trazabilidad de las operaciones, salvaguardando la flexibilidad de dicha modalidad de contratación.

1.1.2. Posibilidad de que las entidades formulen directivas

En esta misma línea, el artículo 226 del RLGCP indica, ratificando la vocación por regularlos, que, en lo no regulado en la norma, las entidades contratantes pueden establecer los procedimientos necesarios para su contratación, así como las condiciones o mecanismos que garanticen la transparencia, valor por dinero, simplificación y celeridad de su trámite.

1.1.3. El requerimiento

El artículo 227 del RLGCP regula el trámite del requerimiento en este tipo de contrataciones en los términos siguientes:

- El área usuaria elabora el requerimiento de conformidad con el artículo 46 de la LGCP, referida a la elaboración del requerimiento, bajo un enfoque de valor por dinero, y lo remite a la DEC.
- La necesidad contenida en el requerimiento debe estar incluido en el CMN aprobado para el ejercicio fiscal y sus modificatorias.
- La DEC verifica que el requerimiento cumpla las disposiciones y principios de la normativa y, de ser el caso, propone mejoras considerando sus funciones, pudiendo modificar directamente su contenido, para lo cual solicita al área usuaria la no objeción al requerimiento modificado, antes de solicitar cotizaciones.
- El área usuaria puede objetar de manera sustentada la modificación del requerimiento cuando no satisfaga su necesidad.
- La DEC verifica si el requerimiento se encuentra incluido en una ficha de homologación o en una ficha técnica. En dichos casos, el requerimiento recoge las características técnicas ya definidas.
- En el caso de bienes, la DEC verifica que no se cuenta con existencias disponibles en el almacén o con bienes muebles patrimoniales sin asignar, que pueden atender la necesidad del área usuaria.
- El requerimiento incluye las cláusulas señaladas en el artículo 60 de la LGCP[196].

196 Artículo 60. Cláusulas obligatorias en contratos
Los contratos regulados por la presente ley incluyen obligatoriamente, y bajo responsabilidad, como mínimo, las siguientes cláusulas:
a) Garantías.
b) Cláusula anticorrupción y antisoborno.
c) Solución de controversias.
d) Resolución de contrato por incumplimiento.
e) Gestión de riesgos.

1.1.4. El trámite de los contratos menores

El artículo 228 del RLGCP regula la tramitación de contratos menores estableciendo para ello el siguiente procedimiento:

- El requerimiento formulado por el área usuaria en coordinación con la DEC se registra en la Pladicop.
- La DEC, a través de la Pladicop, solicita y recibe cotizaciones de proveedores que cuenten con RNP y pertenezcan al rubro del objeto de la contratación y selecciona una oferta que cumpla con el requerimiento conforme al principio del valor por dinero.
- Una vez seleccionado el proveedor, se gestiona la certificación de crédito presupuestario y/o previsión presupuestaria.
- El contrato menor se perfecciona con la notificación de una orden de compra o de servicio al proveedor seleccionado a través de la Pladicop, o con la suscripción de un contrato que se publica en la Pladicop.
- El requerimiento forma parte del contrato menor.
- En caso la prestación supere el año fiscal, es perfeccionado mediante la suscripción de un contrato.
- El plazo de ejecución de los contratos menores inicia de acuerdo con lo establecido en el requerimiento, en su defecto, inicia al día siguiente de notificada la orden de compra o servicio o suscrito el contrato, según corresponda.

1.1.5. La ejecución contractual

Este extremo es regulado por el artículo 229 del RLGCP en los siguientes términos:

- Las partes pueden acordar modificaciones al contrato menor, siempre que las mismas permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente y no aumenten el monto ni desnaturalicen el requerimiento.
- La modificación se perfecciona mediante un acta suscrita por ambas partes que se registra en la Pladicop.
- La entidad contratante puede establecer penalidades en el contrato menor. La suma de la aplicación de las penalidades por mora y de otras penalidades no puede exceder el 10 % del monto del entregable correspondiente.
- La entidad contratante establece en el requerimiento las causales de resolución del contrato menor. La resolución del contrato menor se notifica a través de la Pladicop y se acompaña del respectivo sustento que genera la resolución.
- En el caso de la resolución por incumplimiento del contratista, la entidad contratante debe haber otorgado previamente un plazo de subsanación, salvo que el incumplimiento no pueda ser revertido.
- La recepción y conformidad se realiza de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 144, que se refiere a la recepción y conformidad de bienes, en tanto que el pago se realiza conforme al artículo 67 de la LGCP.

- La constancia de prestación se emite conforme al artículo 124 del RLGCP[197].

1.2. La compra por encargo

La modalidad de encargo acompaña desde hace mucho tiempo a las contrataciones públicas en el Perú, siendo una vía utilizada para librar a la entidad de la ejecución del procedimiento de selección, encontrándose regulada en el artículo 35 de la LGCP y en los artículos 237 al 239 del RLGCP, pudiendo ser el encargo a un organismo internacional.

Sobre este tema, mediante Resolución Jefatural N.° 000049-2025-PERÚ COMPRAS-JEFATURA, se aprobó la Directiva N.° 002-2025-PERÚ COMPRAS "Directiva para la Gestión de Compras por Encargo".

1.2.1. El convenio y el SNC

En esta modalidad, una entidad contratante puede encargar a otra entidad u organismo internacional la realización de las fases de actuaciones preparatorias o selección, a través de un convenio, el que debe incluir, indica el numeral 35.3 de la LGCP, cláusulas que establezcan la obligación de la entidad u organismo internacional encargado, de remitir a la entidad encargante la documentación referida a su ejecución.

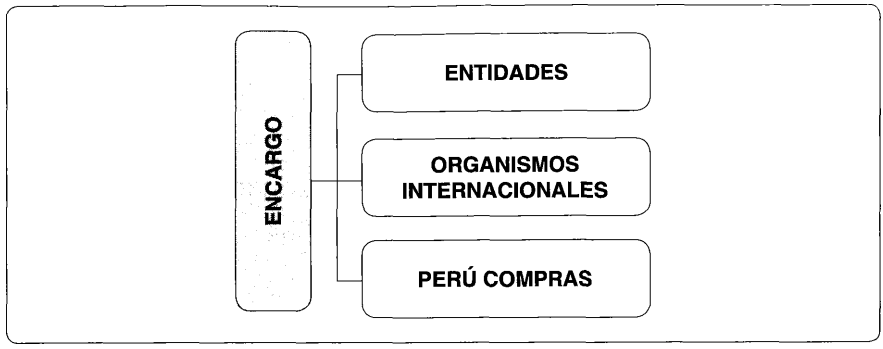
La entidad encargante brinda atención a los requerimientos de acceso a dicha información que los órganos que conforman el Sistema Nacional de Control estimen necesarios.

197 Artículo 124. Constancia de prestación

124.1. La constancia de prestación contiene, como mínimo, la identificación del contrato, objeto del contrato, el monto del contrato vigente, el plazo contractual y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista y se genera a partir de la información que hubiera registrado la entidad contratante en la Pladicop.

124.2. La constancia de prestación consta en el FUP del proveedor una vez emitida y registrada en la Pladicop la conformidad de la prestación final, en el caso de bienes y servicios, y una vez que queda consentida la liquidación en el caso de obras y consultoría de obras.

124.3. En caso la DEC de la entidad contratante hubiera omitido registrar la información necesaria para que el sistema genere la constancia de prestación o esta contenga información errada, el contratista puede solicitar su emisión directamente a la entidad contratante, la cual debe entregarla bajo responsabilidad.



Sobre a quienes se puede encargar, los artículos 237 y 238 del RLGCP distinguen entre el encargo a otra entidad contratante o Perú Compras, y el encargo a un organismo internacional.

1.2.2. El encargo a Perú Compras u otra entidad contratante: informe y convenio

En cuanto al convenio, el numeral 237.2 indica que, para efectos de su suscripción, la entidad encargada determina la viabilidad de la compra por encargo, agregando que las obligaciones y/o responsabilidades de las partes durante la(s) fase(s) encargada(s) se precisan en el convenio respectivo.

El artículo 237 del RLGCP establece que una entidad contratante puede encargar a Perú Compras u otra entidad contratante, mediante convenio interinstitucional, la realización de la fase de actuaciones preparatorias y/o de la fase de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras.

Esta decisión requiere de previos informes de sustento técnico y legal de la necesidad del encargo, así como de la existencia de los recursos presupuestarios respectivos, siendo que el convenio interinstitucional es suscrito por las autoridades de la gestión administrativa de las partes.

1.2.3. El encargo a un organismo internacional

En relación con esta modalidad de contratación eficiente, se tiene que su implementación:

> [...] no enerva, de forma alguna, las competencias de la entidad como beneficiaria de la contratación y responsable de los fondos públicos involucrados.
>
> En tal sentido, aun cuando se realice el encargo de los actos preparatorios y del procedimiento de selección a un Organismo Internacional, la entidad

> como beneficiaria de la contratación y responsable de los fondos públicos involucrados, mantiene aquellas competencias y responsabilidades que —*como tal*— le resultan inherentes; por tanto, corresponde que sea la entidad quien apruebe el expediente de contratación, previa revisión de la información técnica y económica correspondiente (Opinión N.° 079-2019/DTN).

El numeral 35.2 de la LGCP establece que en estos casos el procedimiento de selección que realice el organismo internacional debe ser acorde con los principios que rigen la contratación pública y con los acuerdos comerciales o compromisos internacionales que incluyen disposiciones sobre contratación pública suscritos por el Perú. Por su parte, el artículo 238 del RLGCP se refiere a las condiciones de la compra por encargo a un organismo internacional, indicando en el numeral 238.1 que una entidad contratante puede encargar a un organismo internacional debidamente acreditado, mediante un convenio, la realización de las fases de actuaciones preparatorias o la fase de selección de bienes, servicios, consultorías y obras, bajo las siguientes condiciones:

a) Para encargar la fase de actuaciones preparatorias

La entidad contratante debe acreditar:

- El objeto contractual es altamente especializado.
- No se encuentra en condiciones de determinar el requerimiento debido a su complejidad y a su falta de capacidad técnica.
- El objeto contractual no se encuentra relacionado con el conocimiento, experiencia y capacidad que debiera tener la entidad contratante en base a las funciones que realiza.
- El encargo de la fase de actuaciones preparatorias puede incluir adicionalmente el de la fase de selección.

b) Para encargar la fase del procedimiento de selección

La entidad contratante debe acreditar que, luego de realizada la estrategia de contratación, se ha concluido que, dada la especialidad y complejidad del objeto contractual, existe un alto riesgo de frustración del procedimiento de selección, ya sea porque no se han podido identificar proveedores en capacidad de atender el requerimiento o porque resulta necesario acudir al mercado internacional para adjudicar el procedimiento de selección.

c) Cuando el encargo incluya tanto la fase de actuaciones preparatorias como la fase de selección

En este caso se debe acreditar que el alto riesgo de frustración del procedimiento de selección pueda provenir de la información o evidencias con la que cuente la entidad contratante.

d) La aprobación del encargo a una organización internacional

El encargo es aprobado por el titular de la entidad contratante, salvo en el caso de los gobiernos regionales y locales, en el que se aprueba por acuerdo de consejo regional o concejo municipal. Esta facultad es indelegable.

Poder Ejecutivo	Poderes Legislativo y Judicial y los organismos constitucionalmente autónomos	Gobiernos regionales y locales
Mediante resolución del titular de la entidad	Por el titular de dichas entidades	Por acuerdo de consejo regional o concejo municipal, según corresponda

e) La justificación del encargo a una organización internacional

- El numeral 238.3 indica que el expediente que sustenta la necesidad de efectuar este encargo contiene la justificación de la imposibilidad de que las fases de actuaciones preparatorias y de selección sean efectuados por la entidad contratante, por las razones señaladas en el numeral 238.1, precisando la conveniencia y ventajas de efectuarlas a través de un organismo internacional.
- Cuenta con el informe favorable de la oficina de planeamiento y presupuesto, o la que haga sus veces, sobre la disponibilidad de los recursos para el financiamiento de la contratación del organismo encargado.
- Constituye requisito indispensable que el organismo internacional tenga dentro de sus fines el desarrollo de actividades objeto del encargo, conforme a los instrumentos que lo rigen y cuente con procedimientos formales de carácter general, previamente establecidos, para ejecutar dicho objeto.
- El encargo consta en un convenio específico y concreto para cada proceso de contratación, detallando las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. La existencia de un convenio marco entre la entidad contratante y el organismo internacional no implica la aprobación de un encargo.

1.2. Disposiciones sobre el encargo: responsabilidad, el consentimiento de la buena pro y la impugnación

El artículo 239 del RLGCP establece disposiciones que complementan lo hasta aquí regulado. Así indica que la entidad contratante es responsable de registrar en la Pladicop la documentación del proceso de contratación, agregando en el numeral 239.2 que las obligaciones y/o responsabilidades de las partes durante la(s) fase(s) encargada(s) se precisan en el convenio respectivo.

En cuanto a la buena pro, el numeral 239.3 establece que una vez consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, se remite el expediente de contratación a la entidad contratante para el perfeccionamiento y ejecución del contrato respectivo. Todas aquellas situaciones que se presenten con posterioridad al consentimiento de la buena pro corresponden ser efectuadas por la entidad contratante, así como la verificación posterior de la oferta ganadora.

Finalmente, el numeral 239.4 indica que, en caso de presentarse recurso de apelación, el mismo es resuelto por el titular de la entidad encargada o por el TCP, según corresponda. Tratándose de los encargos a organismos internacionales se aplican las reglas de sus respectivos procedimientos.

1.3. Compra centralizada

La compra centralizada y la compra centralizada de emergencia son la tercera modalidad de contratación eficiente, y se le define en la LGCP como "una modalidad de contratación pública eficiente por la cual una o más entidades contratantes, atendiendo a consideraciones de importancia estratégica, complejidad o necesidad de especialización, encargan a otra entidad todas las fases del proceso de contratación, hasta la liquidación o pago total, de bienes, servicios u obras", a lo que la exposición de motivos de la ley agrega que esta tiene como objetivo principal el que "una entidad con el conocimiento técnico especializado pueda ejecutarlas, pudiendo aplicarse para atender el requerimiento de una o más entidades contratantes" (Poder Ejecutivo, 2024, p. 81).

Pero esta definición no es la única, ya que se consigna también el de la compra centralizada de emergencia, entendida como una modalidad "[...] destinada tanto a la prevención como a la atención de emergencias, sobre todo en zonas donde se dificulta la obtención de proveedores".

Por su parte, la LGCP, en su artículo 36, establece, acorde con las definiciones glosadas, que, por razones de importancia estratégica, complejidad

o necesidad de especialización, las entidades contratantes pueden encargar a Perú Compras u a otra entidad todas las fases del proceso de contratación, hasta la liquidación o pago total, de bienes, servicios u obras, pudiéndose incluir la distribución de estos dentro del encargo.

1.3.1. El inicio de la compra centralizada

El artículo 230 del RLGCP establece, respecto del inicio de la compra centralizada, que esta puede iniciarse a solicitud de una o más entidades encargantes o mediante el ofrecimiento de la entidad encargada, agregando que, mediante resolución directoral de la DGA, se pueden identificar los bienes y servicios a ser contratados mediante compra centralizada obligatoria, las entidades encargantes y las entidades encargadas.

1.3.2. Las iniciativas de compra

Los artículos 231 y 232 distinguen dos momentos respecto de las iniciativas. El primero, que corresponde a la ejecutada por la entidad encargante, la segunda, cuando es por iniciativa de Perú Compras u otra entidad contratante.

a) Iniciativa de compra centralizada por la entidad encargante

El artículo 231 del RLGCP establece que el procedimiento se inicia con la solicitud suscrita por su titular de la entidad y remitida a la entidad encargada, conteniendo:

> La justificación de las razones de importancia estratégica, complejidad o especialización que sustentan la conveniencia de que Perú Compras u otra entidad contratante realice el proceso de contratación en su lugar.
>
> La descripción de su necesidad, los objetivos de la contratación y su finalidad pública, o el requerimiento preliminar, el cual puede expresarse en base a metas de rendimiento y/o funcionalidades básicas.

El destinatario de la solicitud, Perú Compras u otra entidad contratante, puede solicitar información complementaria a fin de aceptar constituirse en entidad encargada, siendo que el proceso de evaluación desde recibida la primera solicitud hasta pronunciarse no debe ser mayor de 15 días hábiles.

El numeral 231.3 indica que la entidad encargante puede solicitar la compra centralizada de uno o más requerimientos de bienes, servicios u obras, a fin de que la entidad encargada evalúe realizar uno o varios procesos de contratación.

- **Canalización de la solicitud y el requerimiento**

  Al respecto, en el numeral 231.4 se indica que una entidad encargante puede canalizar las solicitudes de compras centralizadas de otras entidades encargantes, adjuntando para ello las solicitudes suscritas por los titulares de las entidades correspondientes.

  Por su parte, el 231.5 indica que la entidad encargante y la entidad encargada pueden negociar los requerimientos a incluirse, así como precisiones al alcance del requerimiento preliminar o la descripción de la necesidad que es objeto del encargo.

- **Formalización de la compra**

  En cuanto al trámite para la formalización de la compra, el numeral 231.6 indica que esta puede realizarse con la suscripción de un convenio o acta entre las partes, según corresponda, suscritas por los titulares de las entidades respectivas, en el que conste los siguientes compromisos:

> El acuerdo sobre si la transferencia de partidas para la compra centralizada se realiza en el año fiscal en curso o el siguiente.
>
> El compromiso de gestionar oportunamente la transferencia de partidas a la entidad encargada, de corresponder.
>
> El compromiso de recibir las prestaciones o la transferencia de los activos de la ejecución contractual llevada a cabo por Perú Compras u otra entidad contratante en el marco de esta modalidad.

b) Iniciativa de compra centralizada por Perú Compras u otra entidad contratante

El artículo 232 regula la perspectiva contraria, la que se produce cuando Perú Compras u otra entidad contratante ofrece realizar una compra centralizada, caso en el cual remite el ofrecimiento a una o varias entidades contratantes, el cual contiene el sustento de la conveniencia de realizar la compra centralizada y la lista de bienes, servicios u obras que pueden ser objeto de la contratación, para su evaluación.

Esta iniciativa deberá ser publicada en la Pladicop y en su sede digital, a fin de que mayor cantidad de entidades contratantes se sumen a la compra centralizada, las que pueden solicitar la inclusión de otros bienes, servicios u obras a la compra centralizada, lo que es evaluado por Perú Compras o la entidad contratante que ha ofrecido la realización de la compra centralizada.

El numeral 232.4 indica que la compra centralizada se formaliza con la aceptación de la(s) entidad(es) encargante(s), en una comunicación suscrita por su(s) titular(es), en la cual consten los compromisos referidos en el numeral 231.6 del artículo 231[198].

c) Transferencia presupuestaria en compra centralizada

El citado artículo 36, en sus numerales 36.2 y 36.3, regula la transferencia de partidas presupuestarias, sin la cual no es posible contratación alguna, distinguiéndose entre las que se realizan en el año fiscal y las que trascienden a este. Así se indica que las entidades encargantes están autorizadas a realizar una transferencia de partidas a Perú Compras o a la entidad encargada, conforme lo disponga la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente. El numeral 36.3 precisa que cuando la totalidad de la ejecución contractual o parte de ella se realice en más de un ejercicio presupuestario, la entidad encargada incluye en su Programación Multianual Presupuestaria el monto estimado de la contratación por ejecutar en los años fiscales siguientes.

Por su parte, el numeral 233.1 y siguientes del artículo 233 del RLGCP regulan la parte económica de la compra centralizada, reiterando la transferencia fiscal y distinguiendo las que trascienden al año fiscal.

El numeral 233.1 continua indicando que una vez formalizada la compra centralizada, y en caso el procedimiento de selección o modalidad de contratación pública eficiente se vaya a realizar en el siguiente año fiscal, tanto la(s) entidad(es) encargante(s) como la entidad encargada priorizan la inclusión de los requerimientos que son objeto de la compra centralizada en la Programación Multianual Presupuestaria de la entidad encargada, conforme lo dispuesto en el numeral 36.3 del artículo 36 de la LGCP[199].

198 231.6. La formalización de la compra centralizada puede realizarse con la suscripción de un convenio o acta entre las partes, según corresponda, suscritas por los titulares de las entidades respectivas, en el que conste los siguientes compromisos:
a) El acuerdo sobre si la transferencia de partidas para la compra centralizada se realiza en el año fiscal en curso o el siguiente.
b) El compromiso de gestionar oportunamente la transferencia de partidas a la entidad encargada, de corresponder.
c) El compromiso de recibir las prestaciones o la transferencia de los activos de la ejecución contractual llevada a cabo por Perú Compras u otra entidad contratante en el marco de esta modalidad.

199 36.3. Cuando la totalidad de la ejecución contractual o parte de ella se realice en más de un ejercicio presupuestario, la entidad encargada incluye en su Programación Multianual Presupuestaria el monto estimado de la contratación por ejecutar en los años fiscales siguientes.

Corresponde al numeral 233.2 regular en el caso de que la transferencia de partidas se vaya a realizar en el año en curso, situación en la cual se realiza conforme lo señalado en la Ley de Presupuesto del respectivo año fiscal, conforme lo dispuesto en el numeral 36.2 del artículo 36 de la LGCP[200].

El monto por transferir corresponde a aquel que se ejecuta en el respectivo año según los montos establecidos en el CMN aprobado para los bienes, servicios y/u obras consideradas en la compra centralizada.

Finalmente, el numeral 233.3 indica que luego de realizada la transferencia, y si la ejecución contractual supera el año fiscal, la entidad encargada incluye en su Programación Multianual Presupuestaria el monto estimado de la contratación por ejecutar en los años fiscales siguientes.

d) Ejecución de la compra centralizada

La ejecución de la compra centralizada se encuentra regulada en el artículo 234 del RLGCP, el que establece las siguientes reglas:

- La entidad encargada realiza todas las fases del proceso de contratación.
- La entidad encargada elabora el requerimiento en base a la información remitida por la(s) entidad(es) encargante(s).
- En caso hubiera recibido la solicitud de varias entidades encargantes, puede consolidar la demanda para realizar un único proceso de contratación.
- En la estrategia de contratación la entidad encargada puede ajustar el requerimiento a fin de que el monto que se hubiera presupuestado sea suficiente para la contratación.
- Si de la estrategia de contratación se determina que la cuantía de la contratación actualizada es superior a los recursos con que cuenta la entidad encargada para ejecutar el encargo, puede reducir el alcance del requerimiento, o gestionar una transferencia adicional de recursos con la(s) entidad(es) encargante(s).
- El requerimiento final resultante de la estrategia de contratación es remitido a la(s) entidad(es) encargante(s) para su no objeción respectiva.
- La(s) entidad(es) encargante(s) se encuentra(n) facultadas a trasladar a la entidad encargada observaciones y recomendaciones al requerimiento final solo en el caso que considere que este no responde a la satisfacción de la necesidad que motivó la compra centralizada, para lo cual cuenta con un plazo máximo de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada.
- La entidad encargada realiza las modificaciones pertinentes, de corresponder, transcurrido este plazo sin respuesta, la no objeción se entiende otorgada.

200 36.2. Para tal efecto, las entidades encargantes están autorizadas a realizar una transferencia de partidas a Perú Compras o a la entidad encargada, conforme lo disponga la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente.

e) La transferencia de prestaciones realizadas mediante compra centralizada

El artículo 235 del RLGCP establece en sus numerales las reglas a seguir.

- Culminada la fase de ejecución contractual, la(s) entidad(es) encargante(s) y la entidad encargada, suscriben un acta de transferencia de los bienes u obras.
- En el caso de servicios, se suscriben actas de haberse culminado la prestación del servicio.
- En el caso de contratos de obras o de bienes que contemplen entregas parciales, puede realizarse transferencias parciales, para lo cual se suscriben las actas correspondientes.
- La entidad encargada puede realizar la referida transferencia, aun cuando se encuentre en curso una controversia, salvo que las pretensiones del arbitraje se lo impidan.

f) Compra centralizada de obras y consultoría de obras

En el caso de la compra centralizada de obras y consultoría de obras, el artículo 236 establece, al igual que en los casos anteriores, las siguientes reglas:

- Para el caso de compras centralizadas de obras, solo pueden encargarse la ejecución de obras que se ejecuten bajo el sistema de entrega de diseño y construcción o en el caso de sistemas de entrega de obras en los que se utilice contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.
- En el caso de que la compra centralizada tenga como objeto una consultoría de obra bajo el sistema de entrega de formulación y diseño, la(s) entidad(es) encargante(s) trasladan a la entidad encargada elegida la idea del proyecto, que incluye:
  - servicio,
  - área de influencia,
  - población afectada.
- La entidad encargante garantiza que se cuenta con el terreno con el respectivo saneamiento físico legal. En estos casos, la entidad encargada, sujeta al SNPMGI, se constituye como la Unidad Formuladora y Unidad Ejecutora, respectivamente.

1.4. Compra corporativa

La compra corporativa viene de legislaciones anteriores, por lo que la Administración Pública tiene experiencia en ellas. En la LGCP se la define como "una modalidad de contratación pública eficiente que agrupa la demanda de más de una entidad para contratar en forma conjunta bienes y servicios en general, de naturaleza similar, para alcanzar condiciones más ventajosas para el Estado", estando regulada en el artículo 37 de la norma citada, y en los artículos 240 al 244 del RLGCP.

La regla general se encuentra consignada en el artículo 37, en cuyo numeral 37.1 se indica que dos o más entidades contratantes pueden consolidar la contratación de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades comunes, a fin de alcanzar condiciones más ventajosas en el mercado nacional o internacional, distinguiendo además entre las facultativas y obligatorias, estando esta última a cargo de Perú Compras.

1.4.1. Alcance de las compras corporativas

El numeral 240.1 del artículo 240 del RLGCP establece el alcance de estas, indicando que ellas solo alcanzan a las acciones necesarias que permitan a la entidad encargada realizar las acciones para obtener, de parte de los proveedores, una oferta por el conjunto de los requerimientos similares de las entidades contratantes participantes, y solo hasta el momento en que se determine al proveedor seleccionado y/o la buena pro quede consentida, luego de lo cual cada una de las entidades contratantes suscribe los contratos correspondientes con el proveedor o proveedores seleccionados por el o los requerimientos encargados.

a) Compra corporativa, catálogo electrónico de acuerdo marco y la homogenización

Los numerales 240.2 y 240.3 regulan las compras corporativas en relación con los citados catálogos. Así, el primero de ellos indica que los bienes y servicios en general objeto de compras corporativas, mediante procedimientos de selección o catálogos electrónicos de acuerdos marco, son susceptibles de ser consolidados y homogeneizados en un único requerimiento de compra; pudiendo incorporarse incluso aquellos requerimientos cuyos montos correspondan a contratos menores.

En cuanto a la homogenización, en el anexo de definiciones del reglamento, se indica que es el proceso mediante el cual "[...] son definidas las características o prestaciones de los requerimientos a contratar corporativamente, sobre la base del análisis de la necesidad de las entidades contratantes y los bienes y servicios ofertados en el mercado. A su vez, permite agrupar condiciones específicas de los requerimientos de las entidades contratantes según sus necesidades particulares, sin que ello altere o impida la consolidación de las características que son objeto de homogeneización".

En la Opinión N.° 112-2023/DTN se hizo referencia a la homogenización y estandarización, indicando que ambos aluden "[...] a la realización de las acciones necesarias para uniformizar los bienes o servicios en general que constituyen los requerimientos a ser contratados mediante la Compra Corporativa [...]" (Opinión N.° 112-2023/DTN).

Por su parte, el numeral 240.3 indica que en el caso de una Compra Corporativa a través de los catálogos electrónicos de acuerdos marco, la homogeneización se efectúa sobre la base de las características comunes y relevantes de las fichas producto existentes.

1.4.2. Compra corporativa obligatoria

En relación con este tipo de compras, el artículo 241 establece las siguientes reglas:

- La DGA aprueba mediante resolución directoral la Compra Corporativa Obligatoria, en la cual establece los bienes y servicios en general a contratar, así como las entidades contratantes, pudiendo recibir propuestas de Perú Compras.
- Perú Compras, mediante directiva, emite las disposiciones que regulan los procedimientos y plazos para la gestión de las compras corporativas obligatorias, que incluye como mínimo la determinación del contenido, cantidad y oportunidad de remisión de la información de las entidades contratantes.
- Perú Compras desarrolla el proceso de contratación con las entidades contratantes que cumplen con remitir su requerimiento, certificación y/o previsión presupuestal e información en la oportunidad requerida. Las entidades omisas son excluidas del proceso, bajo responsabilidad.

Como complemento a estas disposiciones, mediante Resolución Jefatural N.° 000051-2025-PERÚ COMPRAS-JEFATURA, se aprobó la Directiva N.° 004-2025-PERÚ COMPRAS, denominada "Directiva para la Gestión de la Compra Corporativa Obligatoria", a la que remitimos al lector para los fines pertinentes.

1.4.3. Compra corporativa facultativa

En la presente modalidad, y al igual que en el caso anterior, la norma establece las siguientes reglas:

- Las compras corporativas facultativas se desarrollan por iniciativa de las entidades contratantes, a través de la celebración de un convenio interinstitucional, previa determinación de la necesidad y la acreditación de los recursos presupuestarios correspondientes.
- En la compra corporativa facultativa que es realizada mediante los catálogos electrónicos de acuerdos marco basta con la adhesión de la(s) entidad(es) participante(s), no siendo necesario suscribir convenio interinstitucional, bajo los términos y condiciones previstos por Perú Compras.
- Mediante directiva la DGA emite las disposiciones para la gestión de la compra corporativa facultativa y las bases estándar correspondientes, y aprueba el formato estándar de convenio interinstitucional, el cual es de uso obligatorio.

- El convenio permite la adhesión de cualquier otra entidad contratante siempre y cuando se efectúe antes de la aprobación del expediente de contratación.
- Las entidades contratantes pueden desistirse de participar en una compra corporativa facultativa únicamente cuando desaparezca la necesidad o por recorte presupuestario derivado de norma expresa; previa aprobación del titular de la entidad, sustentado mediante informe técnico-legal respectivo.
- Las entidades contratantes del gobierno nacional que formulen las políticas nacionales y/o sectoriales del Estado están facultadas a establecer, mediante Resolución del Titular de la Entidad, la relación de bienes y servicios en general que se contratan a través de compra corporativa, debiendo señalar la entidad encargada de la misma, las entidades encargantes, así como las obligaciones y responsabilidades de estas últimas.

1.4.4. Consideraciones generales para el proceso de contratación a través de una compra corporativa

En cuanto al proceso de contratación, el artículo 243 del RLGCP establece las siguientes reglas generales:

- Las bases del procedimiento de selección de una compra corporativa distinguen el requerimiento de cada entidad contratante, a fin de que los postores formulen su oferta de manera individual.
- Los evaluadores en los procedimientos de selección realizados mediante compras corporativas son jurados o comités.
- Es posible adjudicar parcialmente la buena pro cuando la oferta ganadora supere la cuantía de la contratación y alguna entidad contratante no haya obtenido la ampliación de la certificación presupuestal. Para tal efecto, el postor mantiene las mismas condiciones ofertadas para las demás entidades contratantes.
- Una vez registrado el consentimiento de la buena pro en la Pladicop, la entidad encargada de la compra corporativa informa a las entidades contratantes los resultados del procedimiento de selección y les remite el expediente de contratación en un plazo no mayor a tres días hábiles. Concluido dicho plazo, se inicia el procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, conforme a los plazos previstos en el artículo 90 que se refiere a los plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato.
- Cada entidad contratante se encuentra obligada a suscribir contrato con el o los proveedores seleccionados en una compra corporativa.
- Cuando no se perfeccione el contrato con una entidad contratante por causa imputable al postor, este pierde automáticamente la buena pro, sin que ello afecte el perfeccionamiento del contrato del resto. Ante dicho supuesto, se aplica el procedimiento previsto en el artículo 91 que se refiere a los supuestos en los que no se perfecciona el contrato.
- Los contratos derivados de una compra corporativa, así como la información referida a su ejecución, es registrada en la Pladicop por cada entidad contratante, en un plazo no mayor de diez días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda.
- El proceso de contratación, así como las acciones no previstas en el presente artículo, se realiza conforme a las reglas establecidas en la normativa.

1.4.5. La entidad encargada

El artículo 244 del RLGCP regula las acciones de la entidad encargada en el caso de las compras corporativas, distinguiendo entre las que hace esta, y las que realiza Perú Compras.

a) Cuando está a cargo de la DEC

El numeral 244.1 indica que la DEC de la entidad encargada de una compra corporativa realiza las siguientes acciones:

- Recibir y consolidar los requerimientos de las entidades participantes, así como determinar el contenido y oportunidad de la información que debe ser proporcionada por las mismas.
- Proponer modificaciones a los requerimientos de las entidades contratantes, como producto de la estrategia de contratación, previa no objeción de las entidades contratantes.
- Efectuar todas las acciones correspondientes a la DEC en las actuaciones preparatorias, salvo la elaboración del requerimiento.
- Otras que se deriven de la naturaleza de sus funciones.

b) Cuando interviene Perú Compras

El numeral 244.2 trata el caso en que Perú Compras ejecute la compra corporativa, puede designar un comité técnico especializado, el cual es responsable de elaborar el requerimiento corporativo de los bienes y servicios de las entidades participantes, y hace las veces de área técnica estratégica hasta la culminación de la compra corporativa.

c) Los recursos impugnativos

El numeral 244.3 indica que la autoridad de la gestión administrativa de la entidad encargada de una compra corporativa resuelve los recursos de apelación, en caso corresponda.

1.5. Compra pública de innovación

Este es una modalidad de contratación eficiente que ha sido incorporada en la nueva normativa. En la exposición de motivos de la LGCP se indica que esta modalidad:

> [...] orienta a que las entidades contratantes puedan optar por adquirir productos y servicios que aún no existen en el mercado o mejoran un bien o servicio existente, de tal manera que se consiga la finalidad pública con esta

> contratación. Esto se enmarca a la respuesta que ofrece el mercado para mejorar la prestación de servicios públicos y estos radican en el uso de soluciones innovadoras (Poder Ejecutivo, 2024, p. 86).

Desde esta perspectiva, estamos ante una modalidad de nuevo tipo que apuesta por el cambio y mejora hacia adelante, en donde los postores, el mercado y los derechos de autor, cobran relevancia, la que ha sido regulada en el artículo 38 de la LGCP, y en los artículos 247 al 255 del RLGCP. Las reglas generales se encuentran establecidas en los numerales del artículo 38.

1.5.1. La regla general

La disposición general del sentido de su uso se encuentra en el numeral 38.1, el que establece que las entidades contratantes utilizan la compra pública de innovación (CPI) para la generación de soluciones innovadoras soportadas por actividades de investigación y desarrollo cuando dicha solución no esté disponible en el mercado o requiera de adaptaciones, ajustes o mejoras que impliquen la incorporación de elementos innovadores.

En cuanto a la asunción de riesgos, el numeral 38.2 indica que la CPI conlleva la asunción de riesgos vinculados al proceso de innovación, el diseño de medidas de mitigación de dichos riesgos y reconoce la participación de todos aquellos actores que puedan aportar a la identificación de soluciones, productos y servicios que mejoren la prestación de los servicios públicos e impacten positivamente en el desarrollo de innovación en el sector privado.

Por su parte, el numeral 38.3 establece que el procedimiento de selección de la CPI, la titularidad de los derechos de uso generados de las actividades de investigación y desarrollo, así como el estándar de rendición de cuentas, incluido el sustento de la decisión de optar por este tipo de contratación, son establecidos en el reglamento.

1.5.2. El trámite de la compra pública de innovación

En el artículo 247 se establece el trámite a seguir, en el marco conceptual expuesto, indicando que la CPI parte de la identificación de una necesidad que requiere ser atendida, cuya solución no existe en el mercado o que requiere de adaptaciones, ajustes o mejoras que implican la incorporación de elementos innovadores, para lo cual la entidad contratante, a través de un proceso de I+D, busca la adquisición de una solución innovadora orientada a la obtención de bienes, servicios u obras.

En este caso, los ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos, así como las universidades públicas, pueden contratar bajo la modalidad de CPI.

a) Modalidades de los procedimientos a emplear: CPP-API

En el numeral 247.3 se indica que, en la CPI, las entidades contratantes pueden emplear las modalidades de procedimientos de selección de CPP o API, de acuerdo con lo siguiente:

i. La CPP.

La CPP es la contratación de un bien o servicio que incluye como prestación la investigación y desarrollo (I +D) con el fin de obtener una solución que no esté disponible en el mercado o requiera de adaptaciones, ajustes o mejoras, con la finalidad de obtener prototipos o primeros productos de prueba que respondan a la necesidad de la entidad contratante. La CPP puede establecer hitos conforme a la secuencia de los procesos de I+D que contemple la entidad contratante La validación en un entorno real depende de la naturaleza y complejidad de la solución y de la decisión del área usuaria. En la CPP, se otorga la buena pro a uno o más proveedores.

ii. La API.

La API es la contratación del servicio de I+D y la posterior contratación de la solución innovadora, que no esté disponible en el mercado o requiera de adaptaciones, ajustes o mejoras. La API tiene dos fases:

- En la primera fase, se realiza la selección, contratación y ejecución del servicio de I+D con uno o más proveedores adjudicados en la API.
- En la segunda fase, se realiza la contratación de la solución innovadora resultante de la primera fase. Para ello, se suscribe el contrato con uno de los proveedores que participaron en la primera parte y que haya obtenido el mejor resultado de acuerdo con los objetivos, niveles de rendimiento y costos determinados en las bases del procedimiento de selección.

b) Precisiones a las actuaciones preparatorias

En relación con este tema, en el artículo 248 se establecen las siguientes reglas:

- En CPI el requerimiento se define en base a la necesidad e incluye únicamente los objetivos o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, a un nivel de detalle que permita que los proveedores puedan ofrecer soluciones innovadoras para el problema público planteado, no siendo necesario establecer las especificaciones técnicas o términos de referencia detallados, toda vez que ello se determina en la CPI.
- La interacción con el mercado en CPI es siempre mediante consulta avanzada e incluye de manera obligatoria la herramienta de difusión del requerimiento. Tiene como objetivo investigar qué tipo de soluciones innovadoras a la necesidad de la entidad contratante vigilancia tecnológica para determinar la existencia de la referida solución, por lo que la DEC coordina con el área usuaria durante la interacción con el mercado.
- La cuantía de la contratación de la API incluye dos rubros: i) el costo del servicio de I +D, para el cual se considera un mismo monto para cada proveedor que potencialmente suscribe contrato, de acuerdo con lo fijado en la estrategia de contratación, considerando un máximo de cinco proveedores, y ii) un estimado del costo aproximado de la solución innovadora a contratar.
- En la estrategia de contratación se determinan los hitos y los resultados mínimos para la I+D y los criterios para la correspondiente contratación de la solución resultante, de ser el caso.
- El expediente de contratación de una CPI incluye adicionalmente un informe técnico que sustente la necesidad de realizar la CPI.

c) Los derechos de propiedad intelectual

El artículo 249 del RLGCP establece que en la CPP y en la API los derechos de propiedad intelectual, de acuerdo al caso, se determinan en la etapa de dialogo competitivo, conforme a la normativa de propiedad intelectual que corresponda.

d) Evaluadores de la CPI

El artículo 250 se refiere a los evaluadores de la CPI indicando que esta es evaluada por un jurado de expertos con conocimiento sobre las soluciones innovadoras y/o a las actividades de I+D, de acuerdo con lo señalado en las bases. El jurado participa desde la elaboración de la estrategia de contratación, de acuerdo con lo señalado en el numeral 46.2 del artículo 46[201].

e) La fase de selección

El artículo 251 indica que la fase de selección de la CPP y la API se realizan conforme lo dispuesto en las bases estándar, agregando que los pos-

201 46.2. El análisis de la estrategia de contratación que realice la DEC consta en un documento, conforme al formato aprobado por la DGA, y forma parte del expediente de contratación, pudiendo requerir información al área usuaria para su sustento. Asimismo, la DEC puede solicitar la participación de los evaluadores para elaborar la estrategia de contratación, conforme lo dispuesto en el numeral 56.3 del artículo 56.

tores presentan sus ofertas finales, pudiendo presentarlas en consorcio, con otro participante, que también haya participado del diálogo competitivo.

f) Desarrollo de la CPI

El artículo 252 establece que la CPI debe seguir el siguiente trámite:

- En una API, durante la primera fase se adjudica la innovación a uno o varios proveedores conforme se hubiera determinado en las bases, a fin de que estos suscriban los contratos correspondientes para el desarrollo de la I+D.
- Desarrollo de la CPI 252.1. 252.2. En esta primera fase, la evaluación económica se realiza sobre 100 puntos únicamente respecto al rubro correspondiente al costo del servicio de I+D, mientras que el monto de la oferta económica del rubro correspondiente a la solución innovadora es fijo al 100 %, por lo que no es materia de calificación.
- El contrato indica las actividades que se deben realizar para alcanzar cada hito y sus resultados mínimos, sujetos a cláusulas de terminación anticipada, de ser el caso, así como la forma y plazos para la evaluación y acreditación de los resultados obtenidos y la consecuente notificación al contratista de continuar o no con el siguiente hito.
- Al final de cada hito, el área usuaria decide si corresponde resolver el contrato con uno o más contratistas de la API o si corresponde continuar con la ejecución del siguiente hito, siempre que esta resolución este prevista en el contrato y se realice según la evaluación de los resultados mínimos y el rigor técnico.
- La terminación anticipada del contrato requiere el pago de la contraprestación que corresponda al contratista por el o los hitos alcanzados que tengan la conformidad respectiva acorde a lo establecido en el contrato suscrito. La resolución del contrato no da lugar a indemnización a favor del proveedor.
- Tras el desarrollo de la primera fase de la API, correspondiente al I+D, el jurado evalúa los resultados obtenidos solo por los contratistas que alcanzaron el último hito, a fin de determinar si lograron los resultados mínimos esperados y, de corresponder, otorgar la buena pro de la API a uno de ellos de acuerdo con los factores de evaluación establecidos en las bases, los cuales pueden ser objetivos, como el precio o el plazo de fabricación o entrega.
- El contratista adjudicado continúa con la segunda etapa de la API, que consiste en la contratación de la solución innovadora.
- En el caso de la CPP, solo se realiza la fase correspondiente a la I+ D, siendo que la evaluación económica se realiza sobre 100 puntos, conforme lo señalado en las Bases estándar. Puede adjudicarse la buena pro a uno o más proveedores, los que se sujetan a la terminación anticipada conforme a los numerales 252.3, 252.4 y 252.5.

g) Responsabilidad en CPI

El artículo 253 se refiere a la responsabilidad en CPI indicando que dada la naturaleza del proceso de I+D, se reconoce la posibilidad de que el resultado esperado de la contratación no sea obtenido durante el transcurso de la ejecución contractual, sin que ello genere responsabilidad a la entidad contratante ni a los contratistas, sin perjuicio de los incumplimientos contractuales debidamente acreditados.

h) Control y monitoreo de la implementación de la solución innovadora

El numeral 254.1 indica que la entidad contratante establece mecanismos para el control y monitoreo de la ejecución del contrato, detectando y corrigiendo posibles desviaciones a efectos de garantizar el cumplimiento de su finalidad, lo que incluye, según corresponda y como mínimo, lo siguiente:

- El plan de trabajo y cronograma de ejecución.
- El cumplimiento de los hitos parciales y de los indicadores claves de desempeño.
- La gestión de riesgos.
- El cumplimiento de las cláusulas contractuales, tales como la aplicación de penalidades, modificación y resolución del contrato.

i) Informe de Evaluación Final

El artículo 255 aborda el Informe de Evaluación Final, el que se publica en la sede digital y en el Pladicop, en el que se indica que la entidad contratante elabora un informe de todo el procedimiento de CPI realizado, incluyendo:

- La identificación de la necesidad o problema a resolver.
- Los desafíos encontrados y la forma en que efectivamente se enfrentaron.
- Los resultados relevantes, recomendaciones, conclusiones, lecciones aprendidas, y cualquier otro aspecto adicional que la entidad contratante considere pertinente.

1.6. Acuerdo marco y los catálogos electrónicos de acuerdos marco

La LGCP define al acuerdo marco como "[...] una modalidad de compra pública eficiente en la que el proceso de contratación se realiza en dos etapas diferenciadas; una para seleccionar los proveedores que serán parte del Acuerdo Marco y otra para adjudicar el contrato".

El numeral 39.1 del artículo 39 de la LGCP indica que, mediante él, las entidades contratantes realizan por etapas el proceso de contratación, habiendo determinado en un primer momento los proveedores o condiciones que van a formar parte del acuerdo marco y, en otro, la adjudicación del contrato, entre otros aspectos. A esta disposición general el numeral 245.1 del RLGCP agrega que es una modalidad de compra pública eficiente que pueden utilizar las entidades contratantes y que no requiere la generación

de un catálogo electrónico, caracterizado por que el proceso de contratación se realiza en dos etapas, una para seleccionar los proveedores que son parte del acuerdo marco y otra para adjudicar el contrato.

Esta disposición general es desarrollada en los artículos 245 y 246 del RLGCP, los que tratan sobre las condiciones para su uso y el proceso de contratación mediante ellos.

1.6.1. Las condiciones para su uso

En cuanto a la viabilidad de su uso, el numeral 245.2 indica que mediante este se pueden contratar bienes y servicios, cuando:

- El objeto de la contratación es requerido de manera constante pero no se puede determinar con exactitud la oportunidad de la entrega o prestación durante el periodo previsto de ejecución contractual.
- Como parte la planificación en materia de gestión del riesgo de desastres que desarrolla la entidad contratante en el marco del SINAGERD, se determina que el objeto de la contratación puede resultar urgentemente necesario ante una situación de emergencia o desastre.

En cuanto a la limitación de su uso, el numeral 245.4 establece que mediante acuerdo marco solo se pueden adquirir bienes y servicios que no se encuentren incluidos en un Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco gestionado por Perú Compras.

1.6.2. Proceso de contratación mediante acuerdos marco

El artículo 246 establece que el proceso de contratación se encuentra conformado por las siguientes etapas:

La fase de selección de proveedores
En esta etapa se seleccionan al menos seis proveedores que conforman el acuerdo marco, por determinado periodo de tiempo. Puede suscribirse el acuerdo marco con al menos tres proveedores siempre que la DEC sustente, por condiciones de mercado, la imposibilidad de contar con seis proveedores.
La fase de adjudicación contractual
En esta etapa se adjudican los contratos entre los proveedores seleccionados o con todos ellos, de acuerdo con las condiciones previstas en el acuerdo marco.

2. CONTRATACIONES PARA LA PREVENCIÓN Y ATENCIÓN DE EMERGENCIAS

El artículo 40 de la LGCP, y los artículos 282 al 292 regulan, en forma independiente las contrataciones para la prevención o atención de emergencia, disposiciones que se complementan con las afines establecidas para las contrataciones no competitivas.

El primero, el artículo 40 hace referencia comienza estableciendo los supuestos que constituyen una situación de emergencia:

- Las situaciones contenidas en las definiciones de emergencia o desastre del Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (SINAGERD).
- Las emergencias sanitarias declaradas por el ente rector del Sistema Nacional de Salud.
- Los estados de alerta o emergencia fitosanitaria y zoosanitaria, declarados por la Autoridad Nacional en Sanidad Agraria.
- Las situaciones que pongan en riesgo la seguridad o la defensa del Estado, o el orden público, en el entorno físico o digital.
- Las situaciones de riesgo estructural o de ruina de una infraestructura pública que afecten o pongan en riesgo inminente la vida o integridad de las personas, el medio ambiente o el patrimonio cultural de la Nación.

Los numerales 40.2 al 40.5 establecen las reglas a aplicar para las situaciones descritas, como son antes que sucedan, y cuando suceden, pudiendo utilizarse, según corresponda, procedimientos no competitivos y competitivos.

- Para estimar, prevenir, reducir y prepararse ante el riesgo de emergencias o desastres, las entidades contratantes pueden contratar bienes, servicios y obras mediante procedimientos de selección competitivos, considerando las estrategias de ejecución contractual para emergencias, según lo dispuesto en el reglamento.
- Ante la ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia o desastre, las entidades contratantes pueden contratar bienes, servicios y obras mediante el procedimiento de selección no competitivo previsto en el literal b) del párrafo 55.1 del artículo 55 de la LGCP o con proveedores no domiciliados en el país, de acuerdo con lo dispuesto en el literal n) del párrafo 7.1 del artículo 7 de la LGCP. En este último caso, no se requiere acreditar ninguno de los supuestos señalados en el referido artículo.

- Tratándose de contrataciones de inversiones de rehabilitación, se utiliza el procedimiento de selección no competitivo previsto en la presente ley, dentro del plazo de un año computado desde la ocurrencia de la emergencia o desastre. Luego de transcurrido el referido plazo, se utilizan los procedimientos de selección competitivos que establece el reglamento para las inversiones de rehabilitación y para la reconstrucción ante la ocurrencia de una emergencia o desastre.
- Perú Compras gestiona compras centralizadas para situaciones de emergencia o desastre.

Por su parte, el reglamento también establece un marco general para la actuación en las situaciones descritas, el que se refiere específicamente a la prevención, respuesta, rehabilitación y reconstrucción ante situaciones de emergencia, las que se encuentran establecidas en el artículo 282 del RLGCP:

- Según las funciones asignadas en su documento de organización, la entidad contratante incluye en el CMN bienes, servicios y obras vinculadas a la gestión de riesgo de desastres, de conformidad con lo dispuesto en la normativa del Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres.
- El presente título considera las definiciones contempladas en la Ley N.° 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres (Sinagerd) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 048- 2011-PCM.

2.1. Contrataciones para la preparación y prevención: los acuerdos marco

El numeral 40.2 del citado artículo 40 indica que para estimar, prevenir, reducir y prepararse ante el riesgo de emergencias o desastres, las entidades contratantes pueden contratar bienes, servicios y obras mediante procedimientos de selección competitivos, considerando las estrategias de ejecución contractual para emergencias, tema sobre el cual el artículo 283 del RLGCP, que refiere a las contrataciones para la preparación y prevención, estableciendo para tal efecto el uso de los acuerdos marco en los términos siguientes:

- Para la contratación de bienes y servicios que tengan como fin realizar acciones de prevención y preparación ante situaciones de emergencia o desastre las entidades contratantes priorizan el uso de acuerdos marco conforme lo dispuesto en el artículo 245.
- Para los acuerdos marco para la prevención de emergencias, las entidades contratantes están facultadas a utilizar los contratos de

contingencia siempre que se cumplan las demás condiciones establecidas en el artículo 284.

2.1.1. Los contratos de contingencia

El numeral 284.1 del RLGCP define a los contratos de contingencia como un tipo de contrato usado en el marco de la preparación para la respuesta, cuya ejecución se encuentra condicionada a la ocurrencia de un evento futuro e incierto, con el fin de asegurar la disponibilidad de bienes y servicios contemplados en dichos contratos ante un riesgo de emergencia o desastre, los que pueden ser contratados mediante acuerdos marco o mediante procedimientos de selección competitivos conforme a su objeto contractual, siempre que se cumplan los siguientes criterios:

- Que el bien o servicio a contratar sea considerado indispensable para la continuidad de las operaciones.
- Que exista la posibilidad de que se produzca un evento futuro e incierto que pueda interrumpir el suministro o la prestación de dicho bien o servicio.

Respecto de lo que puede ser objeto contractual, el numeral 284.2 establece a los siguientes:

- Adquisición de alimentos y bebidas.
- Provisión de energía temporal.
- Servicios vinculados a telecomunicaciones.
- Alquiler de equipos y maquinaria.
- Transporte y/o soporte logístico.
- Otros que determine la entidad contratante de forma justificada.

Este tipo de contrato, a tenor de lo dispuesto en el artículo 285 del RLGCP, debe tener las siguientes cláusulas obligatorias:

- Condición o evento futuro que activa la ejecución del contrato.
- Condiciones de ampliación de plazo, en caso se utilice la modalidad de pago por disponibilidad.
- Mecanismos de activación (protocolo), control, seguimiento y evaluación de la ejecución contractual, en base a la propuesta ganadora.
- Causales de terminación anticipada del contrato, en el caso de usar el pago por disponibilidad, se debe señalar como una de las causales la verificación por parte de la entidad de que el contratista incumple con mantener la rotación, stock o capacidad de respuesta, según corresponda al objeto contractual.

2.1.2. La modalidad de pago en los contratos de contingencia

El artículo 286 del RLGCP regula las modalidades de pago en los contratos de contingencia, distinguiendo entre pago por disponibilidad, pago por activación y pago mixto.

a) El pago por disponibilidad

Este tipo de pago se utiliza para la contratación de bienes y servicios indispensables para disminuir los efectos negativos de la emergencia, cuya provisión durante la emergencia se dificulta por su escasa disponibilidad en el mercado, estableciéndose, en el literal a) del artículo 286, las siguientes condiciones:

- El proveedor recibe un pago periódico (mensual, trimestral o semestral) por mantener la rotación, *stock* o capacidad de respuesta, independientemente de que se active o no la ejecución del contrato conforme la cláusula correspondiente.
- El plazo mínimo del contrato es de tres años. El costo ofertado se divide en pagos periódicos que cubran dicho plazo. Si este culmina y no se produce el evento que activa la ejecución del contrato, la entidad contratante puede optar por:
  - i) suscribir una adenda para ampliar el plazo contractual, hasta que se produzca el evento generador,
  - ii) en el caso de la contratación de bienes, recibir los bienes objeto del contrato o,
  - iii) en el caso de servicios, modificar el contrato para que los servicios se presten en labores de prevención de emergencias o medidas de mitigación de riesgos necesarios para la entidad contratante.
- En caso la entidad contratante opte por ampliar el plazo contractual, se contempla el reconocimiento al proveedor de los costos correspondientes a la ampliación del plazo del contrato, el cual no debe exceder el 50 % del monto del contrato inicial en el caso de bienes, ni el 25 % en el caso de servicios. En ambos casos, el pago se efectúa de forma periódica, dentro de los tres años siguientes al vencimiento del plazo inicial, siempre y cuando este costo forme parte de la propuesta inicial del contratista.
- De producirse el evento que activa la ejecución del contrato dentro de los primeros dieciocho meses de ejecución del contrato, la oferta debe indicar un costo de liquidación que se paga al contratista en dicha oportunidad, de producirse el evento de activación del contrato luego de este periodo, se mantiene el pago periódico hasta su liquidación.
- El costo de liquidación y el costo de ampliar el plazo del contrato son factores de evaluación obligatorios durante el procedimiento de selección.
- Durante la ejecución del contrato la entidad contratante realiza como mínimo una supervisión anual para corroborar que el contratista cuente con la capacidad de cumplir con sus obligaciones de forma efectiva, en caso se produzca el hecho generador de la activación del contrato de contingencia.

b) Pago por activación

El literal b) del artículo 286 del RLGCP indica que esta modalidad de pago se utiliza para la contratación de bienes, servicios u obras cuya provisión en emergencia es accesible pero cuyo costo se incrementa sensiblemen-

te, caso en el cual el proveedor recibe el pago únicamente cuando se cumple la condición que activa la ejecución del contrato, al precio pactado en este. El plazo de ejecución de estos contratos es de al menos 5 años.

c) Pago mixto

Esta forma de pago, indica el literal c) del artículo 286, se utiliza para la contratación de bienes y servicios cuyos costos de instalación o inicio superan el 10 % del monto contractual.

En estos casos la división del costo en pagos periódicos durante 3 años no considera el porcentaje de instalación o inicio, dicho monto se paga al momento producirse el evento que activa el contrato.

También se puede usar por condiciones de mercado o por limitaciones presupuestales de una entidad contratante al momento de calcular los pagos periódicos. El plazo de ejecución de estos contratos es de al menos 3 años, para el cálculo de los pagos periódicos.

2.2. Compras centralizadas obligatorias para emergencia cuando responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación

Este es un caso especial de compras centralizadas, las que se efectúan por emergencia, pero que se diferencian de las que se generan en caso de desastre, las que por razones didácticas las hemos puesto en el presente rubro, tema sobre el cual el artículo 287 del RLGCP establece las reglas en el caso de las compras centralizadas que tengan esta condición, en los términos siguientes:

- A propuesta del Indeci y el Centro Nacional de Estimación, Prevención y Reducción del Riesgo de Desastres (Cenepred), y previa opinión técnica de Perú Compras, la DGA aprueba un listado de bienes y servicios que se contratan a través de compras centralizadas obligatorias para emergencias cuando estas responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación, indicando la focalización respectiva.
- Perú Compras mediante directiva emite las disposiciones que siguen las entidades contratantes para viabilizar las referidas compras centralizadas obligatorias para emergencias.
- Las entidades contratantes se encuentran obligadas a realizar las acciones que disponga Perú Compras para la gestión de las referidas compras centralizadas.
- Perú Compras conforma un comité técnico especializado, el cual es responsable de determinar, consolidar y/o complementar las características de los bienes y/o servicios materia de la compra centralizada por emergencia. Este comité está conformado por un representante del Indeci, un representante de Cenepred, un representante de la DGA y por un representante de Perú Compras, quien lo preside.

2.2.1. Catálogo electrónico de acuerdo marco para emergencia o desastre

El numeral 288.1 del artículo 288 del RLGCP establece como condición que estos catálogos solo son utilizados por las entidades contratantes que se encuentren inmersos en una declaratoria de inminencia o la atención de una emergencia o desastre declarado.

En cuanto a los bienes y servicios que se incluyan en estos catálogos electrónicos, se indica que deben tener las siguientes características:

- Ser propuestos para su inclusión por el Indeci u otros actores relevantes del Sinagerd, según objeto contractual, determinando el ámbito geográfico para el cual es requerido.
- Tiempos de entrega de entre 2 y máximo 10 días calendario de recibida la solicitud, con referencia a una demanda potencial estimada para una emergencia, por cada zona geográfica. La estimación es efectuada por Indeci y proporcionada a Perú Compras.

Por su parte, el numeral 288.3 dispone que en caso las entidades contratantes necesiten adquirir bienes y servicios incluidos en el catálogo y estos se encuentren disponibles, su adquisición se efectúa a través de este medio de manera obligatoria, salvo que la entidad sustente que es más eficiente realizar un procedimiento de selección no competitivo conforme lo dispuesto en el artículo 289.

2.2.2. Contrataciones para la atención de emergencias mediante compras centralizadas de emergencia

En este contexto, el numeral 40.5 de la LGCP establece que Perú Compras gestiona las compras centralizadas para situaciones de emergencia o desastre, disposición que es ampliada en el artículo 291 del RLGCP, en el que se agrega que adicionalmente al procedimiento de selección no competitivo señalado en el artículo 289, las entidades contratantes de las zonas afectadas mediante emergencias nivel 4 y 5[202], de conformidad con la tipología establecida en el Sinagerd, pueden solicitar a Perú Compras mediante

202 Nivel 4: Niveles de impacto de desastres que superan la capacidad de respuesta regional y sustentan la Declaratoria de Estado de Emergencia. En este caso, interviene el Gobierno Nacional. Nivel 5: De gran magnitud. Afectan la vida de la nación y supera la capacidad de respuesta del país. Se recibe ayuda internacional.
https://portal.indeci.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/LINEAMIENTOS_PARA_LA_RESPUESTA_2.pdf

comunicación suscrita por el titular de la entidad, que se les considere en una compra centralizada en conjunto con las entidades contratantes afectadas.

Estando a la ocurrencia de una emergencia de nivel 4 y 5, Perú Compras y el Indeci inician las acciones inmediatas para coordinar con las entidades contratantes la realización de compras centralizadas de emergencia.

2.3. Contrataciones para la rehabilitación y reconstrucción ante emergencias. ¿Cuándo usar procedimientos no competitivos y competitivos?

El numeral 40.4 del artículo 40 de la LGCP y el artículo 292 del RLGCP regulan lo referente a la rehabilitación y reconstrucción de las zonas declaradas en emergencia, indicando el primero que, tratándose de contrataciones de inversiones de rehabilitación, se utiliza el procedimiento de selección no competitivo previsto en la norma, dentro del plazo de un año computado desde la ocurrencia de la emergencia o desastre.

Luego de transcurrido el referido plazo, se utilizan los procedimientos de selección competitivos que establece el reglamento para las inversiones de rehabilitación y para la reconstrucción ante la ocurrencia de una emergencia o desastre.

Por su parte, el numeral artículo 292.1 precisa respecto de las acciones a adoptar luego de culminado el periodo de un año, lapso en el cual podían utilizar procedimientos no competitivos, que las entidades contratantes están facultadas, durante el periodo de un año, a convocar la rehabilitación y reconstrucción de inversiones ante emergencias utilizando las modalidades abreviadas de licitación o concurso públicos, según corresponda, con independencia de su cuantía.

Luego de vencido el segundo periodo sin que se hubiera convocado el procedimiento de selección correspondiente, el numeral 292.2 indica que la entidad contratante debe emplear los procedimientos regulares que le correspondan de acuerdo con la cuantía de la contratación.

2.3.1. La rehabilitación o reconstrucción y el sistema a utilizar

La rehabilitación o reconstrucción que corresponda a obra se convoca utilizando el sistema de entrega de diseño y construcción, a menos que la entidad contratante sustente en la estrategia de contratación que utilizar otro sistema de entrega resulta más eficaz y eficiente.

2.3.2. Los factores de evaluación

En el numeral 292.4 se establece que la entidad contratante prioriza la elección de factores de evaluación que permitan seleccionar al contratista que logre la finalización de las metas de la manera más eficiente, incentivando el uso de tecnologías innovadoras y métodos constructivos eficientes que permitan reducir los plazos de ejecución sin comprometer la calidad de las obras como la construcción modular, el uso de materiales sostenibles o la implementación de técnicas de construcción rápida y segura, entre otros.

3. DISPOSICIONES CONTRACTUALES EXCEPCIONALES PARA LA ATENCIÓN DE EMERGENCIAS MEDIANTE PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

El artículo 290 del RLGCP indica que siempre que cuente los recursos necesarios, para la contratación de bienes y servicios mediante procedimiento no competitivo de emergencia, que son ejecutados íntegramente dentro de las 72 horas de la ocurrencia de una emergencia o desastre, se autoriza a:

- El pago por adelantado hasta por 15 UIT, para gobiernos locales, 20 UIT para gobiernos provinciales, 25 UIT para gobiernos regionales y 30 UIT para el gobierno nacional.
- Exonerar de presentar carta fianza de fiel cumplimento.

Hacer compras parciales por el *stock* disponible, sin que esto constituya fraccionamiento. Esta disposición incluye la posibilidad de distribuir la buena pro, preferentemente entre proveedores locales.

Capítulo XXIII

EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PARA LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS

SUMARIO: 1. Definición de contratos estandarizados y la DGA. – 2. Consultoría de obras, ejecución de obras y gestión de instalaciones y el control gubernamental. – 3. La normativa aplicable. – 4. Incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones. – 5. El proceso de contratación de los contratos estandarizados. – 6. Precisiones al requerimiento. – 7. Sustento de la capacidad presupuestal. – 8. Precisiones a las bases. – 9. El gerente de proyecto. – 10. Aseguramiento de calidad. – 11. Solución de controversias. – 12. Lecciones aprendidas.

El artículo 59 y la Undécima Disposición Complementaria Final de la LGCP se refieren a los contratos estandarizados, mientras que los artículos 217 al 225, tratan sobre el propio contrato, el procedimiento y la solución de controversias en él.

1. DEFINICIÓN DE CONTRATOS ESTANDARIZADOS Y LA DGA

El numeral 59.1 del artículo 59 de la LGCP y el 217.1 del artículo 217 del RLGCP definen a los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional como modelos contractuales creados por organizaciones internacionales del sector de construcción, reconocidos como tales por la DGA mediante resolución directoral; definición que es precisada en el citado numeral del reglamento, el que agrega que son modelos predefinidos que, únicamente de manera excepcional, pueden adecuarse para aclarar conceptos o establecer precisiones de índole técnica.

Por su parte, el numeral 217.2 agrega que la DGA, mediante resolución directoral, establece los contratos estandarizados y los tipos de estos que pueden utilizarse en obras, consultoría de obras, el servicio especializado de gestión de instalaciones y el servicio de mantenimiento vial, de acuerdo con el sistema de entrega.

Para la adecuación del texto predefinido de cada contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional debe realizarse una evaluación integral que asegure que guarde consistencia con los términos de las cláusulas estandarizadas para evitar la duplicidad o ambigüedad de la redacción.

En esta línea, el numeral 217.3 indica que, para la utilización de un contrato estandarizado, en la estrategia de contratación se debe evaluar la capacidad técnica de la entidad contratante, a fin de garantizar que la ejecución contractual cuente con el soporte técnico necesario para gestionar el contrato estandarizado elegido.

2. CONSULTORÍA DE OBRAS, EJECUCIÓN DE OBRAS Y GESTIÓN DE INSTALACIONES Y EL CONTROL GUBERNAMENTAL

El numeral 59.2 de la LGCP indica que en este caso las entidades contratantes pueden utilizar contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, siempre que así lo determine la estrategia de contratación, agregando la Undécima Disposición Complementaria Final de la LGCP que pueden ser utilizados para el mantenimiento vial.

La ejecución de estos contratos se somete a control gubernamental simultáneo y posterior a cargo de la CGR.

3. LA NORMATIVA APLICABLE

El numeral 59.3 indica que la ejecución contractual de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se rigen por lo dispuesto en los propios contratos y conforme a las disposiciones de la ley y su reglamento.

4. INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA PRESENTAR RECLAMACIONES

En cuanto al incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones sobre el plazo y el monto del contrato, el numeral 59.4 establece que esto es sancionado con la pérdida del derecho a modificarlos o con el no reconocimiento de la reclamación. En este sentido, el referido plazo es considerado como uno de caducidad.

5. EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS

El artículo 218 del RLGCP establece las siguientes reglas respecto del proceso de contratación de los contratos estandarizados:

- Las fases de actuaciones preparatorias y de selección de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional se rigen por la Ley y los capítulos correspondientes del Reglamento.
- La fase de ejecución contractual de los contratos estandarizados se rige por el contenido del contrato suscrito, la Ley en lo que corresponda y el presente capítulo del Reglamento y supletoriamente por el Código Civil.
- En las tres fases del proceso de contratación, los proveedores identifican como confidencial la información que consideren. La entidad contratante da el tratamiento correspondiente a dicha información de acuerdo con la normativa de la materia.

- En el contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional se establecen las condiciones, límites, requisitos y otros para la contratación de subcontratistas.
- Para tomar decisiones durante la ejecución contractual, se toma en cuenta, en lo que corresponda, las buenas prácticas nacionales e internacionales que involucran el trabajo conjunto entre las partes para la obtención de soluciones para el proyecto y el cumplimiento de la finalidad del contrato, así como lo señalado en las guías de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional elegidos, salvo que los contratos estandarizados elegidos no cuenten con guías oficiales

6. PRECISIONES AL REQUERIMIENTO

En este caso, el artículo 219 del RLGCP indica que el área usuaria establece en el requerimiento el modelo y tipo de contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional que se utiliza tras analizar las características del proyecto y aquellos factores relevantes del sistema de entrega, considerando, principalmente, los siguientes aspectos:

- La complejidad según la clasificación del SNPMGI y/o cantidad de las obras, bienes y/o servicios necesarios durante la ejecución de la contratación.
- Evaluación respecto a si corresponde el agrupamiento de prestaciones.
- La gestión de subcontratistas, de corresponder.
- La adecuada asignación de riesgos entre las partes.
- Flexibilidad del modelo y tipo de contrato para efectuar adecuaciones para aclarar conceptos o establecer precisiones de índole técnica.
- Mecanismos de seguimiento y cumplimiento contractual.
- Mecanismos de solución de controversias.
- Mecanismos para el cierre del contrato.

7. SUSTENTO DE LA CAPACIDAD PRESUPUESTAL

En el artículo 220 del RLGCP, se indica respecto del sustento de la capacidad presupuestal que en el caso de los sistemas de entrega:

- Entrega integrada de proyecto o alianza,
- Gestión del diseño y construcción al riesgo, y
- Gestión del diseño y construcción de agencia.

Deben contar de forma previa a la certificación de crédito presupuestario y/o previsión del respectivo procedimiento de selección y con la opinión favorable de la Dirección General de Presupuesto Público (DGPP) del MEF, respecto a la capacidad presupuestal del pliego, de acuerdo con lo establecido en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Además, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, o la que haga sus veces, debe realizar las actualizaciones correspondientes de la certificación de crédito presupuestario y/o previsión en consistencia con las actualizaciones de costo que conlleve el contrato.

8. PRECISIONES A LAS BASES

En el artículo 221 se establece el contenido específico de las bases en este tipo de contrataciones, indicando que estas incluyen la proforma del contrato elegido con las adecuaciones que la DEC y el área usuaria hayan realizado para adaptarlo a las necesidades de la contratación.

En cuanto a las cláusulas obligatorias, el numeral 221.2 establece que esto se hace conforme a lo dispuesto en el artículo 60 de la LGCP[203], así como las que abordan los siguientes aspectos.

- Las partes se comunican de manera honesta y abierta, con respeto mutuo; trabajan en estrecha colaboración durante la vigencia del contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional; se mantienen informadas sobre cualquier problema, incidente o acontecimiento que pueda surgir en la ejecución de dicho contrato.
- El contratista es el único responsable por los actos u omisiones, incumplimientos, ejecución parcial, tardía o defectuosa en que incurran los terceros que contrate para el cumplimiento de sus obligaciones, incluyendo al plantel técnico.
- La verificación de los supuestos y los efectos del caso fortuito o fuerza mayor, así como los vicios ocultos, se remite a lo dispuesto por los artículos 1315 y 1326 del Código Civil, y demás normas aplicables.
- Las partes pueden acordar modificaciones al contrato suscrito que inciden en el monto contractual siempre que la entidad contratante cuente con los recursos necesarios conforme a la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público. Las modificaciones que incidan en el monto contractual no pueden exceder el 50 % del valor del presupuesto de obra consignado en el expediente técnico aprobado o, en el caso del sistema de entrega de solo construcción, del monto del contrato de obra original. En caso las modificaciones excedan el 50 % señalado, se configura la condición de terminación anticipada que ocasiona la resolución del contrato. Dicho porcentaje no comprende los gastos por las modificaciones que afecten el plazo de ejecución.

203 a) Garantías. b) Cláusula anticorrupción y antisoborno. c) Solución de controversias. d) Resolución de contrato por incumplimiento. e) Gestión de riesgos.

- Cuando las modificaciones al contrato que inciden en el monto contractual a las que se alude en el literal precedente excedan el 30 %, de forma previa a su aprobación, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto de la entidad contratante, o la que haga sus veces, sustenta su capacidad presupuestal ante el MEF, de acuerdo con lo establecido en la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público.
- En caso la entidad contratante no cuente con la capacidad presupuestal o con los recursos en su presupuesto institucional, según corresponda, para asumir los compromisos de las modificaciones al contrato que inciden en el monto contractual, puede optar por suspender el contrato hasta contar con el financiamiento correspondiente, conforme lo que acuerden las partes, o proceder a su resolución por configurarse la condición de terminación anticipada.
- En los sistemas de entrega en los que el contratista de la obra también se encuentra a cargo de la elaboración del expediente técnico, no es posible aprobar modificaciones durante la ejecución de obra que incidan en el monto contractual si son consecuencia de deficiencias o errores en el expediente técnico que le sean imputables.
- La precisión de la modalidad de pago a utilizarse, las cuales pueden ser aquellas contempladas en los contratos estandarizados.
- El procedimiento para otorgar la conformidad necesaria para el pago.

9. EL GERENTE DE PROYECTO

La designación del gerente de proyecto corresponde a la entidad contratante, tal como lo establece el numeral 222.1 del artículo 222 del RLGCP, el que se encarga de gestionar las actividades correspondientes de acuerdo con las facultades que el contrato suscrito establezca.

En cuanto a las calidades profesionales, el numeral 222.2 establece que este es un profesional colegiado y habilitado de la carrera de ingeniería, arquitectura o afines a la gestión de proyectos, con no menos de 5 años de experiencia como gerente de proyecto, coordinador de obra, coordinador de proyecto, administrador de obra, administrador de proyecto y/o similares que cuenta con certificación oficial en el contrato estandarizado elegido.

10. ASEGURAMIENTO DE CALIDAD

Corresponde a la entidad contratante la contratación del servicio de supervisión para el aseguramiento de la calidad y de la seguridad, salud ocupacional y medio ambiente en la ejecución del proyecto, la que se efectúa mediante el modelo de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional elegido.

11. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Aunque en el segundo tomo se trata sobre las controversias contractuales, hemos decidido por razones didácticas dada la singularidad de este con-

trato, incorporarlo en el presente rubro, por cuanto en estamos abordando a los contratos estandarizados en su integridad.

En este orden tenemos que en el numeral 224.1 se estableció que toda controversia derivada de la interpretación o cumplimiento del contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional es resuelta por los medios de solución de controversias contemplados en el mismo contrato, de acuerdo con el artículo 78 de la LGCP[204], pudiéndose incluir una cláusula que permita la aplicación de la JPRD, después de lo cual se establecen las siguientes reglas:

- En ningún caso, el sometimiento de una o más controversias a uno de los mecanismos de resolución de controversias determina la suspensión o paralización de la ejecución contractual.
- Es obligación de las partes informar a los adjudicadores sobre el avance de la obra, con la finalidad de que se detecten potenciales desacuerdos. Adicionalmente, los adjudicadores tienen acceso a la información de la ejecución contractual registrada Pladicop y en el Entorno Común de Datos (CDE), este último de emplearse la metodología BIM.

12. LECCIONES APRENDIDAS

Finalmente, el artículo 225 establece que la entidad contratante recolecta, compila y difunde, entre los órganos correspondientes, las lecciones aprendidas tras finalizar cada fase del proceso de contratación, con la finalidad de adoptar o mejorar las acciones de las contrataciones de la entidad.

204 Artículo 78. Medios de solución de controversias en contratos estándar de ingeniería y construcción En el caso de los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, la entidad contratante puede optar por los medios de solución de controversias que en ellos se contemplen, los cuales se regulan según lo expresado en las cláusulas pertinentes en el propio contrato. Cuando no incluyan una cláusula que exprese que la decisión final es vinculante para las partes, la entidad contratante propone una cláusula particular o modificatoria para regularlos en ese sentido.

PARTE VII

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN NO COMPETITIVOS, COMPETITIVOS Y LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS

INSTITUTO PACÍFICO

Capítulo XXIV

LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN NO COMPETITIVOS

Definición. Tipos. Procedimiento

SUMARIO: 1. Definición de contratación directa y el carácter excepcional de la misma. – 2. Los procedimientos de selección no competitivos. – 2.1. Contratación entre entidades. – 2.2. Situación de emergencia. – 2.2.1. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimientos de selección no competitivo. – 2.2.2. La garantía. – 2.2.3. Diferencia entre situación de emergencia y estado de emergencia. – 2.2.4. La ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia o desastre. – 2.2.5. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimiento no competitivo. – 2.2.6. La garantía. – 2.3. Situación de desabastecimiento. – 2.3.1. Improcedencia de la situación de desabastecimiento. – 2.3.2. Responsabilidades. – 2.4. Proveedor único. – 2.4.1. ¿Qué se entiende por *razones técnicas* y *protección de derechos*? – 2.5. Servicios personalísimos. – 2.5.1. Diferencia entre servicios personalísimos y los que no admiten sustitutos. – 2.6. Servicios de publicidad. – 2.7. Investigación, desarrollo en innovación. – 2.8. Adquisición y arrendamiento de inmuebles. – 2.9. Servicios especializados de asesoría legal y otros para la defensa de funcionarios. – 2.10. Asesoría legal o técnica para la defensa de las entidades. – 2.11. Continuación de prestaciones no ejecutadas en un contrato resuelto o declarado nulo. – 2.12. Servicios de capacitación. – 2.13. Secreto militar u orden interno. – 2.13.1. La Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas. – 2.13.2. Normas de control. 3. El procedimiento en las contrataciones directas. – 3.1. Las actuaciones preparatorias. – 3.2. La fase de selección y la aprobación del procedimiento. – 3.3. Niveles de aprobación de la contratación directa: el titular y la autoridad de gestión administrativa. – 3.4. La fase de ejecución contractual. – 3.5. Disposiciones contractuales que no se aplican.

En la cotidiana actividad de la Administración Pública se producen, por razones diversas, situaciones que obligan a efectuar determinadas contrataciones que por sus peculiares características no cumplen con las exigencias deparadas a otras similares, constituyendo las denominadas contrataciones directas, o, como antes se las llamaba, exoneraciones de procedimientos de selección que les correspondería conforme a los montos establecidos en la Ley de Presupuesto, para derivarlos a un tipo de procedimiento más simple y expeditivo, donde los funcionarios y servidores públicos, a diferencia de los procedimientos regulares, ven incrementado su margen de discrecionalidad.

1. DEFINICIÓN DE CONTRATACIÓN DIRECTA Y EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DE LA MISMA

La contratación directa constituye "el procedimiento por el cual el Estado elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes" (Dromi, 1995, p. 117), el que se configura como una excepción al procedimiento regular, mediante el cual se le otorga a la Administración discrecionalidad, fundada en razones legales, de oportunidad, de hecho, de necesidad concreta u otras, a efectos de que elija, en el marco de urgente atención del requerimiento, a la persona natural o jurídica con la que va a contratar directamente, sin acudir a mecanismos previos de selección y de concurrencia competitiva de oferentes, circunstancia que no implica que la entidad renuncie a verificar si el proponente reúne las condiciones de capacidad técnica y económica para el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales (Resolución N.° 1011/2005/TC-SU).

Una definición más simple podría ser la que considera que la contratación directa habilita el cambio de un procedimiento contractual muy complejo a otro más simple, mas no genera liberalidad contractual, siendo un procedimiento de selección no competitivo y de carácter excepcional (Opinión N.° 025-2020/DTN).

En cuanto a los límites de la contratación directa, en la Opinión N.° 118-2020/DTN se estableció que la facultad legal que tiene la entidad de omitir la fase de selección, que es esencialmente competitiva, no significa que pueda "[...] inobservar las reglas aplicables a la fase de actuaciones pre-

paratorias y de ejecución contractual, las cuales deben cumplirse conforme a los requisitos, condiciones, formalidades y garantías, que establecen la Ley y el Reglamento" (Opinión N.° 118-2020/DTN).

2. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN NO COMPETITIVOS

El artículo 55 de la LGCP establece las distintas formas que adoptan los procedimientos de selección no competitivos, indicando que estos se sujetan a los principios que guían a la normativa, en este marco las contrataciones directas que se pueden efectuar son:

- Contratación entre entidades
- Situación de emergencia
- Situación de desabastecimiento
- Proveedor único
- Servicios personalísimos
- Servicios de publicidad
- Investigación, desarrollo en innovación
- Adquisición y arrendamiento de inmuebles
- Servicios especializados de asesoría legal y otros para la defensa de funcionarios
- Asesoría legal o técnica para la defensa de las entidades
- Continuación de prestaciones no ejecutadas en un contrato resuelto o declarado nulo
- Servicios de capacitación
- Secreto Militar u Orden Interno

2.1. Contratación entre entidades

El escenario legal de esta modalidad es el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, referido al principio de subsidiariedad[205]. Atendiendo la importancia del principio de subsidiariedad para explicar la limitación del actuar del Estado en el mercado, seguidamente analizamos el marco conceptual que orienta al mismo.

El Tribunal Constitucional, en la STC Exp. N.° 0008-2003-AI/TC, de 11 de noviembre del 2010, precisó que la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60:

> Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común; disposición que implicaba que las acciones del Estado debían vincularse al "fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada"; concluyendo que la subsidiariedad se debe manifestar "como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada (STC Expediente N.° 0008-2003-AI/TC).

Este principio plantea que el Estado "debe ocupar un puesto de reserva no solo en materia económica, sino en general en lo referente a las relaciones sociales", teniendo en su desenvolvimiento un contenido positivo y negativo. El primero impone al Estado "el deber de intervenir en caso de insuficiencia de la iniciativa privada y en la medida que tal intervención sea socialmente necesaria y no suprima ni impida la actividad de los particulares" (Kresalja, 1999, pp. 60-62), mientras que, según el segundo, el negativo, "se limita la citada intervención en todos aquellos campos o áreas que por su propia naturaleza deben ser asumidas por los particulares" (Kresalja, 1999, pp. 60-62).

205 Artículo 60.- Pluralismo económico
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

En esta misma línea reflexiva tenemos que Gaspar Ariño se refiere al principio de subsidiariedad indicando que "no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, como tampoco lo es, porque daña y perturba el recto orden social, quitar a las comunidades menores lo que ellas puedan realizar por sí mismas, para atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada" (Ariño y López, 2004, pp. 158 y 159).

En el ámbito de la actual legislación tenemos que esta causal se encuentra regulada en el literal a) del numeral 55.1 del artículo 51 de la LGCP y en el literal a) del artículo 100 del RLGCP.

El primero se refiere a la procedencia de la contratación, estableciendo como condición para esta que, debido a costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, el que hemos reseñado precedentemente. El segundo, el literal a) del artículo 100, agrega que la entidad que actué como proveedor no debe ser empresa del Estado o realizar actividad empresarial de manera habitual, definiendo por habitual la suscripción de más de dos contratos en el objeto de la contratación en los últimos 12 meses.

2.2. Situación de emergencia

Las situaciones de emergencia se encuentran determinadas por aquellos hechos de peligro o desastre que requieren de la adopción de acciones de realización efectiva e inmediata; perspectiva desde la cual la Administración tiene la obligación de verificar y acreditar la existencia de un peligro real e inminente, a fin de evitar la adopción de decisiones libradas a su facultad discrecional, sin que esta las haya merituado y motivado de acuerdo con lo previsto en la normativa de la materia (Resolución N.° 092/2007/TC-SU).

La norma distingue, en los términos que seguidamente presentaremos, entre situaciones de emergencia, de la contratación para la prevención o atención de situaciones de emergencia, cuando esta se ha materializado.

Sobre el tema, en el literal b) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP se dispone su uso ante la ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia, mientras que el literal b) del artículo 100 del RLGCP remite a otro artículo, indicando que en ella se cumplen las condiciones y el procedimiento establecido en el artículo 289, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 102 del RLGCP, referido este último a la aprobación de los procedimientos no competitivos.

2.2.1. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimientos de selección no competitivo

Tal como hemos expuesto, el literal b) del artículo 100 remite al artículo 289 del RLGCP, el procedimiento a seguir en los casos de emergencias, indicando que la entidad contratante obtiene los bienes, servicios y obras estrictamente necesarios para prevenir la inminencia de la ocurrencia o atender las consecuencias de la ocurrencia de la situación de emergencia.

En el numeral 289.2 agrega que estas contrataciones se regularizan, como máximo, dentro del plazo de 20 días hábiles, contabilizados conforme lo siguiente:

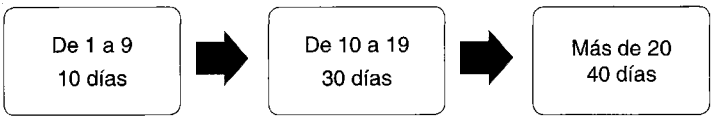
- **Para el caso de bienes**
  i. En el caso de única entrega: desde efectuada la entrega.
  ii. En el caso de varias entregas: desde efectuada la primera entrega.
  iii. En el caso de llave en mano: desde la instalación y puesta en funcionamiento.
- **Para el caso de servicios**

  Desde el inicio de la prestación del servicio.
- **Para el caso de ejecución de obras**

  Desde el inicio de la ejecución de la obra.

El numeral 289.3 se refiere a los casos en que debido a la magnitud de la emergencia la entidad contratante tenga que llevar a cabo más de 10 contrataciones directas dentro de un mismo mes, caso en el cual el plazo de regularización es de 30 días hábiles y en caso sean más de 20 contrataciones directas el plazo de regularización es de 40 días hábiles.

PLAZOS PARA LA REGULARIZACIÓN



Por su parte, el numeral 289.4 refiere que la entidad contratante regulariza y publica en la Pladicop la siguiente documentación:

- El informe o los informes que contienen el sustento técnico-legal de la contratación directa. En el informe técnico emitido por la DEC precisa las acciones, indagaciones y criterios que tomó la entidad contratante para seleccionar al proveedor y atender la emergencia mediante la referida contratación.
- La resolución o acuerdo que la aprueba.
- El requerimiento.
- El contrato y sus requisitos que, a la fecha de la contratación, no haya sido elaborado, aprobado o suscrito, según corresponda.

2.2.2. La garantía

En cuanto a la regularización de la garantía, el numeral 289.5 establece que el plazo puede ampliarse por 10 días hábiles adicionales.

La garantía corresponde al 10 % del monto del contrato original o al monto de las prestaciones del contrato que aún no se hayan ejecutado, siempre que estas sean cuantificables, según corresponda.

No corresponde que la entidad contratante exija la garantía cuando se haya otorgado la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general, o en el supuesto de que se haya producido el consentimiento de la liquidación final para la ejecución y consultoría de obras.

2.2.3. Diferencia entre situación de emergencia y estado de emergencia

No es lo mismo situación de emergencia, que estado de emergencia, tal como se diferenció en la Opinión N.° 37-2004-GNT, en la que se precisó la diferencia entre ambas figuras. Así, ante la interrogante respecto de la relación entre el estado de emergencia y el supuesto de emergencia previsto en la normativa como causal de exoneración, se estableció:

Los supuestos de estado de emergencia y situación de emergencia, si bien gozan de características similares, tienen diferencias sustanciales, las que no solo están relacionadas con el órgano, forma y procedimiento para su aprobación sino fundamentalmente con su alcance, pues mientras la declaración del estado de emergencia es una decisión de Estado de carácter general que busca salvaguardar la vida de la Nación, la declaración de la situación de emergencia es una decisión de una entidad de carácter particular que, basada eventualmente en un estado de emergencia general, intenta proteger la continuidad de sus operaciones y/o servicios. (Castillo Chávez, 2009, p. 335)

2.2.4. La ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia o desastre

En este caso ya no estamos ante la prevención, sino ante la ocurrencia o inminencia de ocurrencia, caso en el cual el numeral 40.3 del artículo 40 de la LGCP indica que las entidades contratantes pueden contratar bienes, servicios y obras mediante el procedimiento de selección no competitivo de situación de emergencia, previsto en el literal b) del párrafo 55.1 del artículo 55 de la norma, y que ha sido expuesto precedentemente, o con proveedores no domiciliados en el país, de acuerdo con lo dispuesto en el literal n) del párrafo 7.1 del artículo 7 de ley[206], caso en el cual no se requiere acreditar ninguno de los supuestos señalados en el referido artículo.

2.2.5. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimiento no competitivo

Tal como hemos expuesto, el literal b) del artículo 100 remite al artículo 289 del RLGCP, el procedimiento a seguir en los casos de emergencias, indicando que la entidad contratante obtiene los bienes, servicios y obras estrictamente necesarios para prevenir la inminencia de la ocurrencia o atender las consecuencias de la ocurrencia de la situación de emergencia.

En el numeral 289.2 agrega que estas contrataciones se regularizan, como máximo, dentro del plazo de 20 días hábiles, contabilizados conforme lo siguiente:

- **Para el caso de bienes**
  - En el caso de única entrega: desde efectuada la entrega.
  - En el caso de varias entregas: desde efectuada la primera entrega.
  - En el caso de llave en mano: desde la instalación y puesta en funcionamiento.
- **Para el caso de servicios**

  Desde el inicio de la prestación del servicio.

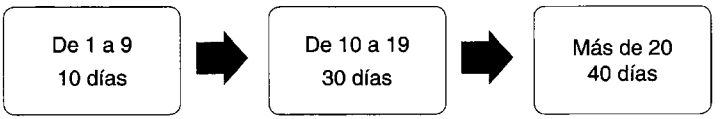
206 n) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país, cuando se cumpla uno de los siguientes supuestos: ante la imposibilidad de realizar la contratación a través de los mecanismos de contratación o los procedimientos de selección de la presente ley; cuando el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero; y para las contrataciones relacionadas a actividades de promoción y participación del Perú que tengan carácter oficial en ferias, cumbres, competiciones y similares, en materia comercial, de inversiones, exportaciones, turismo, así como de imagen país, en territorio extranjero. Los supuestos señalados precedentemente se sustentan con informe técnico y legal.

- **Para el caso de ejecución de obras**

  Desde el inicio de la ejecución de la obra.

El numeral 289.3 se refiere a los casos en que debido a la magnitud de la emergencia la entidad contratante tenga que llevar a cabo más de 10 contrataciones directas dentro de un mismo mes, caso en el cual el plazo de regularización es de 30 días hábiles y en caso sean más de 20 contrataciones directas el plazo de regularización es de 40 días hábiles.

PLAZOS PARA LA REGULARIZACIÓN



Por su parte, el numeral 289.4 refiere que la entidad contratante regulariza y publica en la Pladicop la siguiente documentación:

- El informe o los informes que contienen el sustento técnico-legal de la contratación directa. En el informe técnico emitido por la DEC precisa las acciones, indagaciones y criterios que tomó la entidad contratante para seleccionar al proveedor y atender la emergencia mediante la referida contratación.
- La resolución o acuerdo que la aprueba.
- El requerimiento.
- El contrato y sus requisitos que, a la fecha de la contratación, no haya sido elaborado, aprobado o suscrito, según corresponda.

2.2.6. La garantía

En cuanto a la regularización de la garantía, el numeral 289.5 establece que el plazo puede ampliarse por 10 días hábiles adicionales.

La garantía corresponde al 10 % del monto del contrato original o al monto de las prestaciones del contrato que aún no se hayan ejecutado, siempre que estas sean cuantificables, según corresponda.

No corresponde que la entidad contratante exija la garantía cuando se haya otorgado la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías

en general, o en el supuesto de que se haya producido el consentimiento de la liquidación final para la ejecución y consultoría de obras.

2.3. Situación de desabastecimiento

En la Opinión N.° 022-2009/DTN se definió lo extraordinario, lo imprevisible, la actividad comprometida y el servicio esencial, indicándose que lo extraordinario, como lo imprevisible, son características del caso fortuito y de la fuerza mayor[207]; sin embargo, para los tratadistas en materia de contratación administrativa, ambas características deben valorarse objetivamente y en relación con la existencia misma de la necesidad a satisfacer. De esta manera, bastaría 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 adquisición o contratación en virtud de esta causal de exoneración, como se ha indicado anteriormente en las Opiniones N.°s 072-2006/GNP, 022-2007/GNP y 093-2008/DOP y 036-2021/DTN.

Normativamente, tenemos que el literal c) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP indica que esta modalidad es viable ante una situación de desabastecimiento que afecte o impida el funcionamiento de la entidad contratante o el cumplimiento de sus funciones, a lo que el literal c) del artículo 100 del RLGCP agrega que la situación descrita se configura ante la ausencia inminente de determinado bien o servicio, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que afecte o impida la operación de la entidad contratante o el cumplimiento de sus funciones.

La existencia de la situación descrita faculta a contratar bienes o servicios solo por el tiempo y/o cantidad necesaria, para resolver la situación y llevar a cabo el procedimiento de selección competitivo que corresponda, agregando que cuando no corresponda realizar un procedimiento de selección competitivo posterior, se justifica en el informe o informes que contienen el sustento técnico-legal del procedimiento no competitivo.

2.3.1. Improcedencia de la situación de desabastecimiento

En relación con los antecedentes de la improcedencia, tenemos las limitaciones al ejercicio de dicha atribución establecida en el Comunicado

207 Según la definición contenida en el artículo 1315 del Código Civil, "caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible [...]", además, según anota el jurista De Trazegnies (1995, p. 338), es notorio o público y de magnitud, con alcance general.

N.° 03-2005-CG de la CGR, el que siguiendo el criterio establecido por el Consucode en el Comunicado N.° 002-2003 (PRE), precisó su carácter extraordinario indicando la necesidad de que para su convocatoria concurran los elementos de situación extraordinaria e imprevisible y de ausencia que comprometa de manera directa, inminente y esencial las funciones, servicios, actividades u operaciones de la entidad, los que deben ser interpretados de manera restrictiva, por lo que "no resulta procedente crear, vía interpretación la posibilidad de configurarse la causal, eximiéndose de alguno de los elementos exigidos [...] sustentándose en el hecho que una situación específica no fue contemplada por la normativa aplicable". En estos casos, continúa indicando la Contraloría, no proceden "prórrogas, las adendas, los adicionales, ni los contratos complementarios".

Por su parte, el citado literal c) del artículo 100 precisa la limitación, indicando que no puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en los siguientes supuestos:

- Contrataciones consecutivas que excedan el tiempo necesario para atender la situación, salvo que ocurra una situación diferente a la que motivó el procedimiento no competitivo.

  Sobre este tema, tenemos el criterio del fenecido OSCE respecto de la posibilidad de que exista el desabastecimiento del desabastecimiento: "[...] de mantenerse tales condiciones luego de concluido el contrato de exoneración, la entidad se encontrará facultada de exonerarse nuevamente hasta que la causa —no atribuible a la entidad— que origina dicha contratación excepcional se extinga" (Opinión N.º 022-2009/DTN), agregando que por consiguiente solo procedía aprobar exoneraciones consecutivas "por la causal de desabastecimiento inminente si, debido a hechos distintos al que originó la exoneración original, dicha situación se configura nuevamente" (Opinión N.º 022-2009/DTN).
- Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación del procedimiento no competitive.
- Por prestaciones cuyo alcance exceda lo necesario para atender el desabastecimiento.
- En vía de regularización.

2.3.2. Responsabilidades

Finalmente, se establece que, a través del acto aprobatorio, se ordena el inicio del análisis para determinar las responsabilidades que correspondan, cuando del sustento del desabastecimiento se desprenda que la conducta u omisión de los servidores de la entidad contratante hubiese originado la configuración de la causal.

2.4. Proveedor único

En relación con esta causal, tanto la ley, como el reglamento, hacen referencia a derechos exclusivos[208]; supuesto que implica que la verificación de que los bienes, servicios en general y consultorías solo pueden obtenerse

208 "En relación con las disposiciones de propiedad industrial, en nuestro ordenamiento jurídico encontramos el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, norma supranacional que fue aprobada por Resolución Legislativa N.° 26375, que fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 27/10/1994.

En dicho Convenio se establece que la protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal.

Por su parte, el artículo 35 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que también es una norma supranacional, establece que la patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, exploten la invención patentada. A su vez, el artículo 51 prevé que el titular o quien se considere con derecho a una patente, de conformidad con la presente decisión, podrá iniciar las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que le confiera la legislación nacional del respectivo país miembro. A su vez, la Ley de Propiedad Industrial, aprobada por Decreto Legislativo N.° 823 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24/4/1996, que protege los elementos constitutivos de la propiedad industrial que fueron detallados precedentemente, estipula en su artículo 65 que la patente confiere a su titular el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, exploten la invención patentada. En tal virtud, el titular de una patente podrá impedir a un tercero que no cuente con su consentimiento: a) la fabricación, el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización de un producto objeto de la patente o la importación o posesión del mismo para alguno de los fines mencionados; b) la utilización de un procedimiento objeto de la patente o el ofrecimiento de dicha utilización, cuando el tercero sabe o las circunstancias hacen evidente que la utilización del procedimiento está prohibida sin el consentimiento del titular de la patente; c) el ofrecimiento, la introducción en el comercio o la utilización del producto directamente obtenido por el procedimiento objeto de la patente o la importación o posesión de dicho producto para alguno de los fines mencionados.

El artículo 85 de la Ley de Propiedad Industrial prescribe que el titular o quien se considere con derecho a una patente podrá iniciar las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que le confiera la legislación vigente. Sin perjuicio de cualquier otra acción que pueda corresponderle, el titular de la patente, después de otorgada esta, podrá demandar daños y perjuicios contra quien, sin el consentimiento de dicho titular, hubiere explotado el proceso o producto patentado, cuando dicha explotación se hubiese realizado después de la fecha de publicación de la solicitud de patente e incluso cuando dicha explotación se hubiese realizado antes de la fecha de publicación de la solicitud de patente, a condición de que se le haya notificado la presentación y el contenido de la solicitud. Respecto de las acciones legales por infracción de los derechos de propiedad industrial, la citada norma dispone que se impondrá la sanción respectiva cuando luego del procedimiento correspondiente se demuestre la responsabilidad del demandado. Dicho procedimiento contempla la posibilidad de que se impugne la Resolución de la Oficina competente ante la Sala de la Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, luego de lo cual se podrá recurrir al Poder Judicial a efectos de plantear una acción contencioso-administrativa. En esa medida, las disposiciones contenidas en la Cláusula Sétima de la proforma del contrato encontrarían amparo en la normativa de propiedad industrial, en tanto prevén como requisito para su

de un determinado proveedor se realiza en el mercado peruano; tema sobre el cual el fenecido OSCE emitió algunos criterios que se mantienen vigentes, los que seguidamente citamos.

2.4.1. ¿Qué se entiende por *razones técnicas* y *protección de derechos*?

Al respecto, se ha establecido que si después de realizado el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado se concluye este revela la existencia de un único proveedor en capacidad de satisfacer el requerimiento de la entidad, "[...] esta se encontrará habilitada para contratar con este proveedor [...]" (Opinión N.° 046-2010/DTN); en cuanto al término exclusividad y las razones técnicas se indicó que este "hace referencia a un proveedor que ostenta un determinado privilegio frente a todos los demás proveedores", siendo este el de ser "[...] el único proveedor autorizado para comercializar un determinado bien o servicio en el mercado nacional" (Opinión N.° 102-2013/DTN), la misma que constituye un atributo del proveedor derivado de razones técnicas, o vinculadas a la propiedad intelectual.

Pero ¿qué son las razones técnicas? La Opinión precisa que son aquellas "directamente vinculadas con los aspectos técnicos del requerimiento formulado por el área usuaria; es decir, con la solución técnica requerida por la entidad para satisfacer su necesidad"; supuesto que se configurará "cuando en el mercado existe un único proveedor con derechos exclusivos sobre la solución técnica requerida por el área usuaria de la entidad para satisfacer su necesidad" (Opinión N.° 102-2013/DTN).

Respecto de la protección de derechos de propiedad intelectual, la citada Opinión N.° 102-2013/DTN analizó lo que se entendía por "relacionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual" indicando que esta disposición tiene como objetivo "establecer un mecanismo de compra por bienes o servicios sobre los que recae un derecho de propiedad intelectual que le concede a su titular la exclusividad para su uso y explotación en el mercado".

Finalmente, articulando las definiciones expuestas, se establece que el sentido y alcance del término exclusividad es la necesidad de contratar "[...] al proveedor del bien o servicio requerido por una entidad que no admite sustitutos, que ostenta el privilegio de ser el único proveedor autorizado para comercializarlo en el mercado nacional, ya sea por razones técnicas o rela-

aplicación que se haya determinado la responsabilidad del infractor y no solo la interposición de una medida cautelar" (Pronunciamiento N.° 020-2006/GTN).

cionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual" (Opinión N.° 102-2013/DTN).

Desde el ámbito normativo, tenemos que el literal d) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP indica que se puede optar por esta modalidad cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos, a lo que el literal d) del artículo 100 del RLGCP agrega que la verificación de que los bienes, servicios y consultorías solo pueden obtenerse de un determinado proveedor en el mercado peruano, debido a patentes vigentes, permisos, exclusividad de distribución, entre otras fuentes de información documentadas que permitan acreditar esta condición.

2.5. Servicios personalísimos

Los servicios personalísimos se refieren a la contratación de servicios *intuitu personae*, es decir, en aquellos casos en los que no resulta indiferente la persona que cumplirá con la obligación. Se trata de una institución tomada del derecho civil[209] y que, en términos reales, constituye una restricción a la libertad de contratación.

Al respecto, se ha establecido que, para determinar si un servicio es personalísimo, "debe tenerse en cuenta la forma en que será prestado, atendiendo a las cualidades especiales del contratista para hacerlo, independientemente de que exista otro locador que pueda prestar en esencia el mismo servicio; estableciéndose, de esta manera, que la diferencia entre ambos locadores es la forma de brindar el servicio, ya que uno no puede prestarlo de la misma manera que el otro y, en todo caso, su prestación no satisface el requerimiento particular de la entidad, lo que hace inviable su comparación" (Opinión N.° 081-2009/DTN).

Normativamente, tenemos que el literal e) del numeral 55.1 se refiere a ellos, precisando que este tipo de servicios son prestados por personas naturales, a lo que el literal e) del artículo 100 del RLGCP, agrega que por esta vía pueden contratarse:

209 A este tipo de prestaciones, Díez-Picazo (1996, p. 245) las denomina infungibles y las distingue de las prestaciones fungibles de la siguiente manera: "La prestación es fungible cuando el derecho del acreedor queda satisfecho con una pura actividad, cualquiera que sea la persona que la realice. Por el contrario, es infungible cuando la persona que ha de prestar su actividad constituye un elemento esencial del programa de prestación y no puede por ello ser sustituida por otra. El comportamiento debido se llama en estos casos personal o 'personalísimo'".

• Servicios especializados profesionales.
• Servicios artísticos.
• Servicios científicos o tecnológicos.

En cuanto al procedimiento, se tiene que la entidad contratante sustenta objetivamente las siguientes condiciones:

- **Especialidad del proveedor**

  Relacionada con su conocimiento profesional, artístico, científico o tecnológico, que permita satisfacer la complejidad del objeto contractual.

- **Experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación**

  Las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo del presente literal no son materia de subcontratación.

2.5.1. Diferencia entre servicios personalísimos y los que no admiten sustitutos

Por otro lado, tenemos que en la Opinión N.° 081-2009/DTN el OSCE determinó la diferencia entre servicios personalísimos y los que no admiten sustitutos, indicando:

> [...] el hecho de que en el mercado solo exista un locador que brinde un servicio específico no determina que este sea personalísimo. En estos casos, para la normativa sobre contrataciones del Estado, nos encontraríamos en una causal de exoneración distinta, referida al servicio que no admite sustitutos, comentado líneas arriba. Asimismo, el solo hecho de considerar que determinado servicio es 'especializado'[210] no nos conduce a calificarlo como 'personalísimo', puesto que la calificación de personalísimo está en función de la forma particular de prestación del que puede exhibir una determinada persona atendiendo a las cualidades especiales que esta posee (Opinión N.° 081-2009/DTN).

2.6. Servicios de publicidad

Sobre este tema, se ha hecho referencia sobre la posibilidad de que una agencia de publicidad represente a un medio de comunicación, indicando

210 Si por *especializado* entendemos el servicio que requiere cierto grado de pericia o aptitud para su desenvolvimiento. Dicho adjetivo proviene del acto de especializar que, según el *Diccionario de la lengua española*, significa "cultivar con especialidad una rama determinada de una ciencia o de un arte".

que no procede "[...] cuando el intermediario sea quien asuma las obligaciones del contrato. En dicho caso, el intermediario no estaría representando al medio de comunicación, sino —al estar obligado a cumplir con el servicio— estaría asumiendo el rol de parte en el contrato. En esa línea, cabe advertir, que no es admisible que bajo una aparente representación se encubra una situación en la que se busque eludir el cumplimiento del requisito exigido por la normativa de contrataciones del Estado para el empleo de la contratación directa de servicios de publicidad" (Opinión N.° 063-2019/DTN).

En la legislación vigente tenemos que el literal f) del numeral 55.1 del artículo 55 indica que este método se puede utilizar para contratar medios de comunicación, tales como el radial, televisivo, escrito, digital, entre otros, para fines de publicidad estatal y financiamiento público indirecto conforme a las leyes sobre la materia, precisando el literal f) del artículo 100 que en este supuesto la contratación de los mencionados servicios corresponde a aquellos que prestan directamente los medios de comunicación, conforme a lo dispuesto en la normativa que regula la publicidad estatal, o a aquellos contratados por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) en virtud del financiamiento público indirecto a las organizaciones políticas, de conformidad con la normativa de la materia.

2.7. Investigación, desarrollo en innovación

En el literal g) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP, se estableció respecto de este tipo de contratación se utiliza para la adquisición de bienes y servicios directamente utilizados en las actividades de investigación, desarrollo e innovación, en el ejercicio de sus funciones; supuesto que implica a las entidades públicas que pertenezcan al nivel de ejecución del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Sinacti), de acuerdo con lo previsto en la ley de la materia; y que, a su vez, cuenten con una certificación emitida por los programas nacionales de ciencia, tecnología e innovación o por el Concytec, según corresponda.

Esta disposición es ampliada en el literal g) del artículo 100 del RLGCP, donde se establece que para efectos de la configuración de este supuesto la entidad contratante debe verificar las siguientes condiciones:

- Que se trate de bienes y servicios directamente utilizados en las actividades de I + D + i, en el ejercicio de sus funciones.
- Que la entidad contratante se encuentre en el nivel de ejecución del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (Sinacti).
- Que cuente con la certificación emitida por los programas nacionales de ciencia, tecnología e innovación (Pronacti) cuando el bien o servicio es contratado para actividades de I+D+i dentro de un proyecto de I+D+i, considerado como tal por la normativa de la materia, de un fondo concursable otorgado por estos y durante el periodo de ejecución del proyecto de I+D+i subvencionado, o por el Concytec cuando el bien o servicio es contratado para actividades de I+D+i aprobado y en etapa de ejecución por la entidad contratante.
- La certificación es una autorización emitida por el Concytec o los Pronacti a solicitud de la entidad contratante que ejecuta el proyecto que tiene vigencia durante su periodo de ejecución.

2.8. Adquisición y arrendamiento de inmuebles

Se ha indicado respecto de la singularidad de la adquisición o arrendamiento de un inmueble, que "[...] resulta inviable realizar un procedimiento de selección competitivo, donde concurran distintas ofertas de inmuebles con diferentes características que buscan igualmente suplir la necesidad de la entidad, toda vez que (como ya se ha indicado) en el arrendamiento o la adquisición de un bien inmueble, es fundamental que el bien cumpla con determinadas características particulares que la entidad ya ha identificado y que le permitirán cumplir con sus funciones institucionales" (Opinión N.° 025-2020/DTN).

En relación con esta causal, específicamente para el caso de arrendamiento, en la que se estableció que la "[...] contratación obedece a la necesidad de localizarse en un determinado espacio geográfico, requiriendo incluso que el inmueble posea determinadas características específicas para que la entidad pueda cumplir con sus funciones institucionales", por lo que no se podía restringir la contratación únicamente a aquellos proveedores que cuenten con el título de propietario, por cuanto se constituía en una medida "[...] que atenta contra el principio de libertad de concurrencia y el de competencia, ya que restringe la participación de proveedores que no cuenten con dicho requisito pese a que legalmente puedan brindar en arrendamiento determinado bien inmueble; y, por otro lado, representa una medida que limita las posibilidades de la entidad de poder atender su necesidad [...]" (Opinión N.° 068-2019/DTN).

Por otro lado, se ha establecido respecto de la relación entre arrendamiento y acondicionamiento:

> El acondicionamiento en el marco de la normativa de contrataciones del Estado constituye una prestación que puede ser objeto de la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, y que está destinada a habilitar correctamente un espacio físico a fin de que la entidad realice adecuadamente sus funciones institucionales, y de esta manera cumpla la finalidad pública que subyace a la contratación. Por tanto, cuando la entidad decida incorporar dicha prestación en la contratación del servicio de arrendamiento de bienes inmuebles, las actividades, características y requisitos que dicho acondicionamiento conlleva, así como, las condiciones que determinan su ejecución deben encontrarse definidas de manera objetiva y precisa en el requerimiento formulado por el área usuaria de acuerdo con las necesidades de la entidad (Opinión N.° 094-2023/DTN).

Establecidos estos criterios que se mantienen a la fecha, tenemos que el literal h) del numeral 55.1 del artículo 55 indica que esta modalidad es de aplicación para la adquisición de inmuebles de propiedad privada y para el arrendamiento de inmuebles de propiedad privada, con la posibilidad de incluir el primer acondicionamiento realizado por el arrendador para asegurar el uso del inmueble; disposición que es complementada por el literal h) del artículo 100 del RLGCP. Así se indica que esta contratación puede incluir la prestación del primer acondicionamiento destinado a habilitar un espacio físico, adecuando las dimensiones y disposición de sus espacios, así como la dotación de las instalaciones y equipamiento que posibiliten a la entidad contratante la adecuada realización de las funciones para las que requiere el inmueble.

En cuanto a la responsabilidad del contratista se establece que este es el responsable de la ejecución de la totalidad de las prestaciones involucradas en el contrato.

2.9. Servicios especializados de asesoría legal y otros para la defensa de funcionarios

En cuanto a la oportunidad en que la entidad invocará el supuesto citado, se tiene que este "[...] no discrimina en que oportunidad la entidad se encontrará habilitada para invocar dicha causal, es decir, no hace distinción respecto de si aplica para procesos por iniciarse o para procesos que se encuentren en curso", indicando que la finalidad de la causal "[...] es brindar a las entidades la posibilidad de gestionar una defensa oportuna para la salvaguarda de sus intereses", por lo que es razonable "[...] que la referida causal pueda aplicarse tanto para procesos arbitrales o judiciales por iniciarse, así como también para aquellos procesos que se encuentren

en curso, correspondiendo a la entidad determinar la idoneidad y conveniencia de sustentar y aplicar dicha figura" (Opinión N.° 107-2020/DTN).

Por su parte, el literal i) numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP establece que la modalidad se utiliza para los servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, exfuncionarios, servidores, exservidores y miembros o exmiembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, de acuerdo con lo establecido en las normas de la materia; disposición que es reiterada en el literal i) del artículo 100 del RLGCP.

2.10. Asesoría legal o técnica para la defensa de las entidades

El literal j) del numeral 51.1 indica que este tipo de contratación se aplica para la asesoría legal o técnica en la defensa de las entidades contratantes en cualquier etapa de los procesos arbitrales o judiciales, lo que puede incluir el asesoramiento previo al inicio de los referidos procesos, precisando el literal j) del artículo 100 que la Procuraduría Pública respectiva o la que haga sus veces sustenta la necesidad de la contratación y elabora el requerimiento, para garantizar la adecuada defensa de los intereses del Estado.

Seguidamente agrega que la entidad contratante, previo sustento de la Procuraduría Pública o la que haga sus veces, puede aplicar el supuesto para procesos arbitrales o judiciales por iniciarse, así como para aquellos procesos que se encuentren en curso.

2.11. Continuación de prestaciones no ejecutadas en un contrato resuelto o declarado nulo

En cuanto al objeto de la modalidad, se indica que este es el de "[...] optimizar a la competencia que existió en el procedimiento de selección, antes de recurrir a la contratación directa del total o del saldo pendiente de ejecución, a efectos que —a pesar de que operó la resolución contractual o se declaró la nulidad de un contrato— se mantenga el abastecimiento oportuno que permita a la entidad el cumplimiento de sus funciones" (Opinión N.° 024-2020/DTN).

En esta línea, se precisó que esta modalidad, además de otorgar agilidad a la gestión, permite que en determinadas circunstancias "[...] pueda ejecutarse el saldo pendiente de culminación sin necesidad de convocar un nuevo procedimiento, lo cual podría generar demoras que afecten la oportuna satisfacción de la necesidad subyacente y —en última instancia— el

cumplimiento de las funciones de la entidad"; pudiendo emplearse "[...] incluso en aquellos casos en los que durante el procedimiento de selección solo se hubiera presentado el postor ganador de la buena pro [...]" (Opinión N.° 123-2017/DTN).

En cuanto al porcentaje pendiente de ejecución, en la citada Opinión N.° 024-2020/DTN, se indica:

> En ninguno de los dos casos la norma precisa qué porcentaje de prestaciones debe haber quedado sin ejecución para que se aplique la consecuencia jurídica; así, —dado que no se puede hacer diferencia allí donde la ley no la hace— dichos artículos deben aplicarse obligatoriamente cuando quede pendiente de ejecución una parte de las prestaciones objeto del contrato, o la totalidad de ellas (Opinión N.° 024-2020/DTN).

En este contexto se tiene que ella se quiere viabilizar la ejecución de prestaciones que quedan inconclusas debido a los hechos descritos, resolución o nulidad de contrato. Siendo que el literal k) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP indica sobre el uso de esta modalidad que para continuar con la ejecución de las prestaciones aún no ejecutadas de un contrato resuelto o declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del párrafo 71.1 del artículo 71 de la LGCP[211], siempre que el contrato derive de un procedimiento de selección competitivo, agregando que puede invocarse esta causal para la contratación de la elaboración de expedientes técnicos y de contratos de supervisión vinculados a los saldos de obra derivados de contratos de obra resueltos o declarados nulos conforme a las causales antes señaladas.

Por su parte, el literal k) del artículo 100 del RLGCP hace las precisiones a lo dispuesto en la ley, indicando que el área usuaria, en coordinación con la DEC, ajusta el requerimiento solo en aquellos aspectos que resulten necesarios para viabilizar la contratación de aquello que no se ejecutó en el contrato o que se ejecutó de manera deficiente, así como aquellas disposiciones específicas que hubieran generado controversias que dieron lugar a la resolución del contrato, de corresponder, agregando que no se pueden modificar aspectos que cambien el objeto, la naturaleza, o la finalidad de la contratación.

211 Artículo 71. Nulidad del contrato

71.1. Después de perfeccionados los contratos, la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante puede declarar su nulidad en los siguientes casos:

a) Por haberse suscrito con un proveedor impedido para contratar con el Estado.
b) Cuando se verifique que, durante el procedimiento de selección, se haya presentado documentación falsa, adulterada o con información inexacta que haya sustentado la adjudicación de la buena pro en el procedimiento de selección, previo descargo del contratista.

En cuanto al expediente técnico, en la Opinión N.° 028-2019/DTN, se indicó refiriéndose a la contratación directa de expediente técnico y el escenario de competencia, "[...] que la necesidad de elaborar el expediente técnico del saldo de obra pendiente de ejecución no tiene como antecedente una contratación previa (cuyo objeto hubiera sido la elaboración del expediente técnico) que se vio interrumpida por razones que afectaron su validez o eficacia; por otro lado, la figura del saldo de obra —al tener como origen una contratación inconclusa precedida por un procedimiento de selección— si puede ofrecer un escenario de competencia [...] Por lo tanto, debido a que la contratación directa de la elaboración del expediente técnico del saldo de obra no se deriva de un contrato de consultoría de obra inconcluso —pues, en efecto, no existen prestaciones pendientes de ejecución— no resulta viable realizar la invitación a los demás postores[...]" (Opinión N.° 028-2019/DTN).

2.12. Servicios de capacitación

Literal j) del numeral 55.1, de interés de la entidad contratante con instituciones nacionales autorizadas o extranjeras especializadas, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los acuerdos comerciales u otros compromisos internacionales que incluyan disposiciones en materia de contratación pública, de los que el Perú es parte.

En este caso, el literal j) del artículo 100 establece que, para su implementación, la entidad debe cumplir con las siguientes condiciones:

- En caso el proveedor sea una institución o entidad educativa nacional, este debe encontrarse acreditada conforme a las normas emitidas por el sector educación, a través del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa – SINEACE.
- En el caso que el proveedor sea una entidad extranjera, este debe tratarse de un organismo internacional especializado y acreditado por una agencia acreditadora extranjera, conforme a los lineamientos emitidos por el Sector Educación, a través del SINEACE. En el supuesto de que la capacitación sea prestada por un organismo internacional, este tiene entre su finalidad u objeto, la prestación de servicios de formación, capacitación o asistencia técnica.

2.13. Secreto militar u orden interno

Sobre esta causal, el literal m) del numeral 51.1 del artículo 51 de la LGCP establece, respecto de su procedencia, que las contrataciones de

bienes, servicios u obras realizadas por las FF. AA., PNP, y los componentes del Sistema de Inteligencia Nacional (SINA) que hayan sido declaradas de carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno, mediante decreto supremo, refrendado por el MEF y el sector correspondiente[212]. Para efectuar dicha contratación, se requiere la opinión previa favorable de la Contraloría General de la República.

El literal m) del artículo 100 del RLGCP indica que no es aplicable a la contratación de bienes, servicios u obras de carácter administrativo u operativo necesarios para el normal funcionamiento de las FF. AA., la PNP y componentes del SINA[213].

212 Puede verse el Decreto Supremo N.° 052-2001-PCM, modificado por D. S. N.° 205-2012-EF

213 El Decreto Supremo N.° 052-2001-PCM, modificado Decreto Supremo N.° 205-2012-EF
El Decreto Supremo N.° 205-2012-PCM modificó los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 del Decreto Supremo N.° 052-2001-PCM en los términos siguientes:

a. Lo que constituye secreto militar u orden interno

La contratación de bienes, servicios u obras que directa o indirectamente revelen:

- Los cuadros de organización del personal.
- La naturaleza, ubicación, cantidad y operatividad del material bélico, equipamiento e infraestructura militar o policial disponible.
- La ubicación o distribución de las fuerzas o dependencias militares, policiales y de inteligencia estratégicas, información que, de hacerse de público conocimiento, pondría en riesgo la seguridad nacional.

La norma indica que la necesidad de contratación se deriva del planeamiento estratégico, operativo y administrativo de la Seguridad y Defensa Nacional aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

"En el caso de contrataciones destinadas a zonas declaradas en Estado de Emergencia, el titular del Sector correspondiente podrá disponer su ejecución previa comunicación al Consejo de Seguridad Nacional; debiendo informar obligatoria, sustentada y oportunamente al referido Consejo sobre el proceso, condiciones y ventajas de la contratación efectuada para fines de su aprobación".

i. Precisión de lo que es objeto de exoneración

- Bases e instalaciones militares, policiales y contrasubversivas, así como los bienes y servicios que sean necesarios para su implementación y funcionamiento. Puestos de vigilancia de fronteras, así como los bienes y servicios que sean necesarios para su implementación y funcionamiento.
- Todo tipo de armamento y sistemas de armas terrestres, navales, aéreas, antiaéreas y de defensa aérea, con sus correspondientes repuestos, accesorios y municiones. Todo tipo de equipo, armamento y municiones de carácter no letal y menos letal de uso militar y policial.
- Bombas, cohetes, misiles, torpedos y minas.
- Vehículos de combate, apoyo de combate y de comando (multipropósito, porta-tropas o similares), incluyendo los destinados al orden interno, con sus correspondientes accesorios, repuestos, armas y municiones.
- Unidades navales y aeronaves de combate, y de apoyo de combate, con sus correspondientes repuestos, accesorios, armas y municiones.
- Vehículos que, por su naturaleza y equipamiento, sean exclusivamente de uso militar o policial.

La opinión favorable de la CGR se sustenta en la comprobación de la

- Equipos de seguridad y protección destinados exclusivamente para el uso militar o policial.
- Sistemas de cómputo componentes de los sistemas de armas, equipo, material y sistema de comunicaciones y electrónica; equipos y sistemas de inteligencia electrónica que, por su naturaleza, sean exclusivamente de uso militar, policial o para la seguridad nacional. Sistema de radares, sonares y de guerra electrónica, plantas propulsoras y componentes de las mismas de uso estrictamente militar, policial o para la seguridad nacional.
- Máquinas y herramientas para fabricación de armas, municiones y sus correspondientes insumos. Equipos, maquinarias, herramientas y material de ingeniería que, por su naturaleza, sean exclusivamente de uso militar o policial.
- Medicinas, equipos médicos e instrumental quirúrgico que, por su naturaleza, sean de uso exclusivamente militar o policial para campañas, operaciones especiales o las instalaciones detalladas.
- Raciones de campaña destinadas exclusivamente para uso militar o policial en las instalaciones detalladas en los literales a) y b) precedentes.
- Servicios de asesoría, consultoría y asistencia técnica relacionadas con la operatividad de los bienes, los servicios para el mantenimiento y reparación, así como para los estudios de preinversión e inversión, relacionados a los bienes y obras señalados.
- Transferencia de tecnología que, por su naturaleza, sea exclusivamente de uso militar, policial o para la seguridad nacional.
- Contratación de pólizas de seguros para cubrir los riesgos asociados a los bienes y obras antes mencionadas.
- Otros bienes, servicios u obras de similar naturaleza cuya contratación sea clasificada expresamente, como secreto, secreto militar o de orden interno mediante decreto supremo emitido con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y refrendado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Economía y Finanzas, el ministro de Defensa o el ministro del Interior según corresponda.

b. Inaplicación de la exoneración

La norma modificada indica que la exoneración materia de análisis no será aplicable a las contrataciones de bienes, servicios y obras de carácter administrativo u operativo necesarios para el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, tales como:

- Automóviles, camionetas, camiones y cualquier otro vehículo motorizado y sus repuestos en general, cuyo uso sea civil o administrativo.
- Medicinas y equipos médicos en general, con excepción de lo señalado en el punto precedente.
- Prendas de vestir y material textil para la confección de uniformes, equipos y materiales de lavandería.
- Alimentos para personas, con excepción de lo señalado en el artículo precedente.
- Cualquier otro bien o servicio cuyo uso no se encuentre restringido a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional o que, por su naturaleza, no sea de uso exclusivo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo lo señalado en el Decreto Supremo N.° 205-2012-PCM.

c. Procedimiento y control

Los artículos 4, 5 y 6 del acotado decreto supremo disponen mecanismos de procedimiento y control de este tipo de exoneraciones indicando que estas deben cumplir con lo dispuesto en la LCE y RLCE.

En cuanto a la fiscalización, se precisa que el titular de Defensa o Interior, según corresponda, remitirá anualmente a las Comisiones de Fiscalización y de Defensa del Congreso de la República un informe con la relación de las contrataciones con carácter de secreto, secreto militar o de orden interno, efectuadas en el marco de la LCE. Asimismo, dispone, respecto de la partici-

inclusión del objeto de la contratación en la lista de bienes, servicios y obras realizadas por las FF. AA., la PNP y los componentes del SINA declarados de carácter de secreto militar o de orden interno, y se emite dentro del plazo de siete días hábiles a partir de presentada la solicitud.

2.13.1. La Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas

Mediante Decreto Legislativo N.° 1128 se creó la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, la que tiene como competencia el planificar, organizar y ejecutar el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, así como los procesos de contrataciones de bienes, servicios, obras y consultorías a su cargo, en el mercado nacional y extranjero; contexto en que define como su objetivo lograr una eficiente y transparente contratación de bienes, servicios, obras y consultorías, que fortalezcan el planeamiento estratégico de compras y la adecuada ejecución de las contrataciones del sector defensa, en el marco de la normativa de contrataciones públicas, o la normativa que resulte aplicable.

En relación con la citada modalidad, el literal 3 del artículo 4 establece, como una de las funciones de la Agencia, el proponer, para su aprobación mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Defensa, con voto aprobatorio del Consejo de Ministros, la lista general de contrataciones.

2.13.2. Normas de control

En relación con esta modalidad de contratación directa, la CGR ha aprobado la Directiva N.° 010-2021-CG/SIE, la que tiene como finalidad regular el servicio de control previo para la emisión de la opinión previa vinculante, en la que se precisan requisitos, plazos y procedimientos aplicables al trámite de la solicitud.

3. EL PROCEDIMIENTO EN LAS CONTRATACIONES DIRECTAS

El numeral 55.2 del artículo 55 de la LGCP establece el marco general del procedimiento, estableciendo que las contrataciones directas son aprobadas por la autoridad de la gestión administrativa o el titular de la entidad, según corresponda, siendo que en el caso de que sea aprobada por la autoridad de la gestión administrativa, dicha facultad será indelegable.

---

pación de la Contraloría General de la República, que la opinión previa de esta para el caso de la contratación de los bienes, servicios y obras bajo la causal de secreto, secreto militar u orden interno, destinados a zonas declaradas en estado de emergencia, deberá ser emitida dentro del plazo de 7 días hábiles de presentada la solicitud. En todos los demás casos, será de aplicación el plazo señalado en dicha disposición.

El reglamento regula los aspectos específicos de esta modalidad, como son la fase interna, la fase de selección y de ejecución contractual.

3.1. Las actuaciones preparatorias

El numeral 101.1 del RLGCP indica que el proceso de contratación se inicia con la elaboración del requerimiento de conformidad con el artículo 46 de la Ley, siendo aplicables las disposiciones generales de las actuaciones preparatorias contempladas en el Reglamento, con excepción de la interacción con el mercado, agregando que no corresponde realizar la segmentación de contrataciones.

Durante la estrategia de contratación, la DEC identifica al proveedor que cumpla los requisitos de admisión y requisitos de calificación, según corresponda.

3.2. La fase de selección y la aprobación del procedimiento

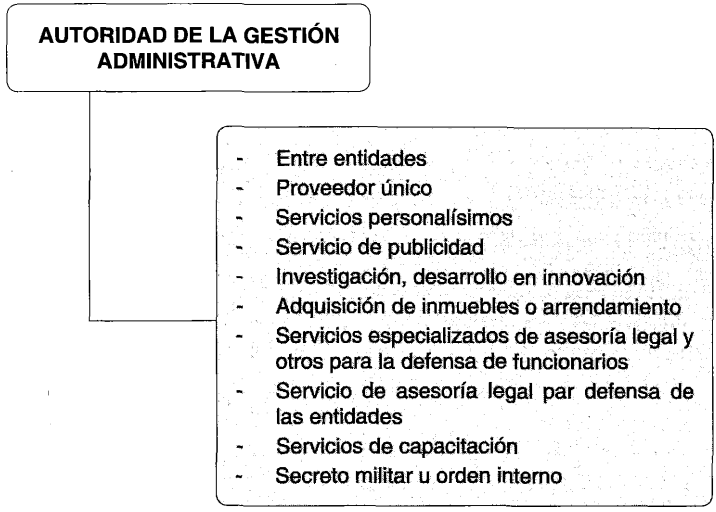
El numeral 101.2 se refiere a la fase de selección, indicando que esta comienza luego de la aprobación del expediente de contratación y consiste únicamente en la invitación al proveedor identificado, adjuntando las bases de procedimientos de selección no competitivos conforme al formato aprobado por la DGA, y la presentación de las ofertas técnica y económica por parte de este, conforme a los artículos 68 y 69 del RLGCP.

En este caso, precisa el numeral citado, no se designan evaluadores ni hay evaluación técnica ni económica de ofertas. La DEC selecciona a un proveedor según la causal que se invoque, que cumpla los requisitos de admisión y los requisitos de calificación que se hubieran establecido en el requerimiento.

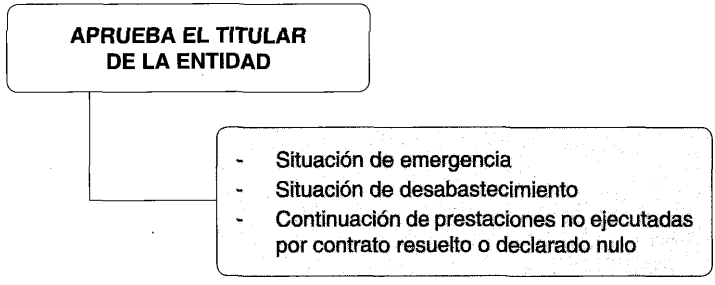
3.3. Niveles de aprobación de la contratación directa: el titular y la autoridad de gestión administrativa

El numeral 101.3 indica que, una vez seleccionado el proveedor, se procede a la aprobación del procedimiento de selección no competitivo, estableciéndose para tal efecto los siguientes niveles.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 102.1, la autoridad de gestión administrativa aprueba la contratación mediante procedimientos no competitivos, en las siguientes causales: a), d), e), f), g), h), i), j), l) y m) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP.



Por su parte, el numeral 102.2 indica que el titular de la entidad aprueba la contratación mediante procedimientos no competitivos en las siguientes causales: b), c), y k) del numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP.



La resolución que apruebe el procedimiento de selección no competitivo requiere obligatoriamente de los informes técnico y legal respecto de la necesidad de la contratación y la procedencia del supuesto respectivo, correspondiendo emitir el informe técnico a la DEC.

El numeral 102.4 indica que, luego de aprobado el procedimiento de selección no competitivo, la DEC comunica al proveedor que ha sido seleccionado para la suscripción del contrato, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 88[214] y siguientes, salvo lo previsto en el artículo 90, referido

214 Artículo 88. Requisitos para perfeccionar el contrato
88.1. Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro presenta, además de lo previsto en las bases, lo siguiente:

a los plazos y procedimiento para el perfeccionamiento del contrato, por lo que la entidad contratante, en atención a su necesidad, define el plazo que le permita suscribir el contrato.

En caso no se concrete la suscripción del contrato, la adjudicación queda sin efecto automáticamente y la entidad contratante continúa con las acciones que correspondan.

En cuanto a la publicidad del procedimiento, en el numeral 102.5 establece que la resolución que aprueba el procedimiento de selección no competitivo y los informes que los sustentan, salvo el supuesto previsto para el secreto militar u orden interno, se publican a través de la Pladicop dentro de los 10 días hábiles siguientes a su emisión, según corresponda.

Finalmente, el numeral 102.6 establece que se encuentra prohibida la aprobación de procedimientos de selección no competitivos en vía de regularización, a excepción de la situación de emergencia.

3.4. La fase de ejecución contractual

En relación con la suscripción del contrato, el TCP estableció respecto de la manifestación de voluntad, que en los casos de contratación directa:

> [...] se verifica un procedimiento de elección —sin concurrencia, puja u oposición de oferentes— que se evidencia a través de las acciones ejecutadas por la entidad a fin de obtener una propuesta que se ajuste a sus necesidades y cumpla las especificaciones fijadas y la presentación de una oferta a través de cualquier medio, quedando, por ende, configurada la voluntad contractual [...] en la contratación directa se advierte una comunicación recíproca entre los futuros contratantes, exteriorizada por manifestaciones volitivas de las partes que anticipan un contrato por formalizar. En tal sentido, el hecho de responder a la invitación para intervenir en un procedimiento de contratación directa vincula al oferente con la Administración y lo supedita a la

a) Garantías, salvo casos de excepción.
b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
c) Código de cuenta interbancaria (CCI) o, en el caso de proveedores no domiciliados, el número de cuenta bancaria y nombre de la entidad bancaria en el exterior.
d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
e) Propuesta de la institución arbitral elegida por el postor, de corresponder.
f) Propuesta del centro de administración de la JPRD elegida por el postor, de corresponder.
g) En el caso de obras o consultoría de obras, los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional, de corresponder.

88.2. Estos requisitos no son exigibles cuando el contratista sea otra entidad contratante, cualquiera sea el procedimiento de selección, con excepción de las empresas del Estado.

> eventualidad de que la entidad le comunique su decisión de contratar con él, lo que implica, en definitiva, la concreción del acuerdo de voluntades.
>
> En ese orden de ideas, una vez que consta de modo indubitable y por escrito el acuerdo de voluntades, es decir, la oferta y aceptación, ambas partes quedan constreñidas a suscribir el contrato respectivo [...] que es el requisito que la normativa ha previsto para la formalización de la relación contractual (Resolución N.° 417-2011-TC-S1).

3.5. Disposiciones contractuales que no se aplican

Normativamente, tenemos que esta fase se encuentra regulada por el artículo 103 del RLGCP, el que dispone que a los contratos derivados de procedimientos de selección no competitivos le son aplicables las disposiciones correspondientes a la ejecución contractual del Reglamento, con las siguientes excepciones:

- No procede la aprobación de contrataciones complementarias.
- No procede la aprobación de adicionales en los contratos derivados de las causales de situación de emergencia y desabastecimiento.
- En caso se requieran prestaciones adicionales, se aprueba nuevamente su contratación mediante un procedimiento de selección no competitivo o se convoca el procedimiento de selección competitivo que corresponda, en caso no persista el supuesto respectivo.

Capítulo XXV

EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN COMPETITIVO

La formación de la voluntad administrativa. La preclusividad. Interrelación jurídica Administración-administrado. Evolución de los procedimientos de selección. Determinación y cuantía. Los procedimientos de selección competitivos: LP, CP. Modalidades abreviadas y diferenciadas. Las etapas y plazos del procedimiento de selección competitivos. Improcedencia del término de la distancia. Los procedimientos de selección competitivos sin modalidad: etapas. Los procedimientos de selección sujetos a modalidad: etapas. Otras modalidades diferenciadas: etapas. La comparación de precios. Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos. La negociación y el diálogo competitivo

SUMARIO: 1. La formación de la voluntad contractual y la preclusividad. – 2. La interrelación jurídica administración-administrado. – 3. Definiendo el procedimiento de selección y la evolución normativa de los procedimientos de selección hasta la ley n.º 30225. – 4. Determinación y cuantía. – 5. El procedimiento de selección en la LGCP y su reglamento. – 6. Los tipos de procedimiento de selección: competitivos y no competitivos. – 7. La licitación pública y el concurso público. – 7,1. Definiciones y objetivo de la licitación pública. – 8. Los procedimientos de selección competitivos: lp, cp. Modalidades abreviadas y diferenciadas. – 9. Los procedimientos de selección competitivos sin modalidad. – 10. Los tipos de LP y CP en la LGCP y su reglamento. – 11. Los procedimientos de selección sujetos a modalidad. – 12. Otras modalidades diferenciadas. – 12.1. Compra pública precomercial. – 12.2. Asociación para la innovación. – 12.3. Subasta inversa electrónica. – 13. Comparación de precios. – 13.1. La evaluación de las ofertas en la comparación de precios. – 13.2. Otorgamiento de la buena pro y empate en la comparación de precios. – 13.3. Listado de bienes y servicios que pueden adquirirse por comparación de precios. – 14. Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos. – 15. La negociación y el diálogo competitivo. –

15.1. La negociación. – 15.2. Las ofertas preliminares. – 15.3. Lo que no constituye objeto de negociación. – 15.4. El procedimiento de la negociación. – 15.5. La modificación del requerimiento o de las condiciones contractuales luego de la negociación. – 15.6. El acta de negociación. – 16. El diálogo competitivo. – 16.1. Objetivo y procedimiento del diálogo competitivo. – 16.2. Ajuste del requerimiento preliminar.

La formación de la voluntad administrativa se inicia a partir del requerimiento del área usuaria y de la precisión de lo que será objeto de adquisición o contratación, después de lo cual corresponde la programación respectiva, la formulación de los documentos del procedimiento de selección, la convocatoria, la presentación de ofertas, la selección y, finalmente, la adjudicación u otorgamiento de la buena pro; procedimiento que se realiza con el objetivo de atender el interés general y que tiene la característica de estar constituido por una serie de etapas preclusivas y de actos separables, donde cada uno de ellos engendra derechos en las partes intervinientes, siendo además autónomos, independientes y dotados de individualidad jurídica (Dromi, 1995, p. 167).

1. LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD CONTRACTUAL Y LA PRECLUSIVIDAD

La selección es la fase esencial del procedimiento de contratación, ya que comprende a todos "los actos dirigidos a lograr la manifestación de voluntad común del ente público licitante y de un tercero contratista, donde las relaciones que se entablan son bilaterales, afectan o pueden afectar a terceros, y se desarrolla a través del llamado a licitación, la publicación del anuncio, la apertura de las ofertas, la admisión de oferentes, el estudio de las propuestas, la preadjudicación y la adjudicación" (Dromi, 2004, p. 501).

En este orden, la formación de la voluntad de la Administración no se configura en un solo acto, no es instantánea, como puede ser en el ámbito privado, sino que es producto de la ejecución de una serie de etapas preclusivas, que implican una relación dialéctica, ya que lejos de ser un procedimiento unilineal y acumulativo se constituye en uno contradictorio, por cuanto puede ser afectado por las consultas, observaciones e impugnaciones que pueden terminar modificando lo inicialmente establecido por la entidad.

La preclusividad significa "que transcurrido el plazo establecido para el desarrollo de una etapa y habiéndose iniciado otra nueva y sucesiva, no es posible que en esta última se realicen actos correspondientes a aquella" (Resolución N.° 2294-2010-TC-S1), siendo su consecuencia la separabilidad y

la cualidad de cada acto, lo que permite su impugnación por parte de los demás oferentes, terceros ajenos a la relación contractual, en defensa de sus derechos e intereses (Dromi, 1995, p. 167).

2. LA INTERRELACIÓN JURÍDICA ADMINISTRACIÓN-ADMINISTRADO

En cuanto a la interrelación jurídica entre Administración y administrado, y los derechos que en ella se generan, tenemos que, en el procedimiento de selección, el poder público se exterioriza "en actos del poder o prerrogativas como formas del ejercicio de su competencia" (Dromi, 1995, pág. 188); y, por otro lado, se establece para el administrado oferente, "el derecho-deber de participación y colaboración en la preparación, formación, impugnación y fiscalización de la voluntad administrativa contractual" (Dromi, 1995, p. 189).

Tal como hemos expuesto, si la Administración actúa para atender el interés general, el participante y/o postor lo hace en función de su afán de lucro, encontrándose ambas racionalidades en el procedimiento administrativo de contratación que es el espacio donde busca materializarse la ecuación prerrogativa-garantía, protegiendo en su desenvolvimiento "tanto el ejercicio de las prerrogativas públicas como el de las garantías individuales" (Gonzáles Pérez, 2000, p. 75), articulando "el ejercicio de las distintas prerrogativas al mismo tiempo que el de los derechos y libertades públicas" (Dromi, 1995, p. 169).

Así, en las contrataciones públicas los extremos de la relación están constituidos por la entidad, los participantes y postores[215]. La articulación entre ambos se produce a partir de la convocatoria, que es cuando concluye la fase interna o previa de la entidad y se inicia la fase externa, en la que se involucra la decisión de la persona natural o jurídica de participar en el procedimiento de selección, vinculación que tiene implicancias jurídicas, por cuanto genera derechos y deberes para cada uno de ellos en el contexto de la emisión de actos administrativos.

215 Son las condiciones jurídicas que alcanza uno de los extremos de la relación según la etapa en que se encuentre el proceso de selección. Se distinguen dos condiciones jurídicas la de participante y la de postor. Participante es el proveedor "que puede intervenir en el proceso de selección, por haber sido habilitado por la entidad convocante, ya sea por haber cancelado el derecho correspondiente (adquisición de bases) o por haber sido invitado en forma expresa, según sea el caso"; postor es la "persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta".

Al estar regulada la totalidad del procedimiento de selección, a medida que se van ejecutando las distintas etapas de estos, se van configurando diferentes derechos subjetivos para los participantes o postores. En principio, todo aquel que participa en él tiene el derecho subjetivo a ser evaluado, a competir, pero no a ser adjudicado, ese es su interés. En este orden, es titular de un interés legítimo, por cuanto los distintos actos que puedan realizarse en las diferentes fases del procedimiento pueden reportarle un beneficio o perjuicio.

Esta situación implica la ampliación de la definición, ya que no estamos ante una persona, sino ante un grupo de personas que pueden tener la misma condición jurídica. En este sentido, el interés legítimo se produce cuando existe una "concurrencia de individuos a quienes el orden jurídico otorga una protección especial por tener un interés personal y directo en la impugnación del acto" (Dromi, 1995, p. 191), por lo que el interés termina perteneciendo a un círculo definido y limitado de individuos. Tanto el derecho subjetivo como el interés legítimo generan en los administrados el derecho de exigir a la entidad el cumplimiento de la normativa, la misma que debe estar plasmada en las bases.

En este contexto, se plantea que las entidades se encuentran obligadas a tener una conducta diligente y respetuosa de las normas que rigen la contratación pública en aras de que sus contrataciones "sean expeditivas y eficientes" a efectos de evitar situaciones que afecten o perjudiquen al procedimiento de selección, así como al "[...] derecho de los postores y produzcan el incremento de los costos de transacción de la contratación pública, haciéndola más onerosa, lenta e ineficiente" (Resolución N.° 438/2007/TC-S2), debiendo, por tanto, regirse "[...] por reglas claras, transparentes y que puedan ser cumplidas por los postores de manera que garantice la posibilidad que exista competencia y una pluralidad de representantes" (Resolución N.° 1098-2017-TCE-S4).

3. DEFINIENDO EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN HASTA LA LEY N.° 30225

Hasta aquí hemos descrito en forma resumida en qué consiste, pero ¿qué se entiende por procedimiento de selección? Teniendo en cuenta lo expuesto, tenemos que se le define como el procedimiento administrativo especial "conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las entidades del Estado van

a celebrar un contrato para la adquisición de bienes, la contratación de servicios o la ejecución de una obra" (Resolución N.° 1011/2005/TC-SU); o como "el sistema aplicado por la Administración respecto de la selección de candidatos que pueden presentar ofertas" (Garrido Falla, 2002, p. 96).

Antes de continuar, queremos presentar la evolución en la normativa de los procedimientos de selección. Al respecto, tenemos que, en la exposición de motivos de la LCE derogada, se hacía referencia a la eliminación de algunos procedimientos de selección (AMC, AD, ADP), y a la incorporación de otros, como la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios.

Esta eliminación e incorporación de procedimientos se debería, indica la exposición de motivos, a que el anterior esquema no estaba recogiendo "las características particulares de algunos proveedores y mercados", lo que estaba originando "que las entidades no logren maximizar el valor del dinero de sus contrataciones", por lo que se hacía necesario incorporar a la legislación nacional "procedimientos de selección aplicados tanto en otros países con sistemas de adquisiciones más desarrollados como en organismos internacionales [...]" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 101 de 152]).

En atención a ello, la propuesta, que en su momento se plasmó en Ley, era la de simplificar procedimientos de selección, estableciendo otros que sean acordes a las características de los mercados, pero como se podrá constatar en el cuadro comparativo, la cantidad se mantiene, y en el caso de la exoneración del procedimiento de selección, se ha asistido al cambio de denominación. Asimismo, se distinguió entre procedimientos que estaban a cargo de la propia entidad, y los que podrían ser asignados a otras instituciones.

PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN ELIMINADOS	PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN INCORPORADOS
✓ Adjudicación de menor cuantía	✓ Adjudicación simplificada
✓ Adjudicación directa	✓ Selección de consultores individuales
✓ Adjudicación directa pública	✓ La comparación de precios
✓ Exoneración	✓ Contratación directa

4. DETERMINACIÓN Y CUANTÍA

En cuanto a la determinación del procedimiento de selección, el segundo párrafo del citado artículo indica que este se determina conforme a los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública, a lo que se agrega el objeto de la contratación, la cuantía, y otros criterios.

En cuanto a la determinación por la cuantía, seguidamente presentamos el cuadro elaborado por el OECE para el ejercicio presupuestal 2025.

OECE Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes

TOPES (*) PARA CADA PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PARA LA CONTRATACIÓN DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS - RÉGIMEN GENERAL - LEY Nº 32069 - LEY DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Año Fiscal 2025 y en Soles

TIPO PROCEDIMIENTO	MONTOS (**)				
	BIENES	SERVICIOS			OBRAS
		SERVICIO EN GENERAL	CONSULTORÍA DE OBRAS	CONSULTORÍA EN GENERAL	
Licitación Pública	>= de 485,000	-			< de 79'000,000 >= de 5'000,000
Licitación Pública Abreviada	< de 485,000 > de 42,800	-			< de 5'000,000 > de 42,800
Concurso Público de Servicios	-	>= de 485,000	-		-
Concurso Público para Consultoría de Obras	-	-	>= de 485,000		-
Concurso Público Abreviado	-	< de 485,000 > de 42,800			-
Concurso Público para Consultoría en General	-	< de 100,000 > de 42,800	-	-	-
Concurso Público para Proyectos de Inversión	-	< de 485,000 > de 42,800	-	-	-
Adjudicación Directa Pública y Selección de Consultores Individuales	-	-	> de 42,800	-	> de 42,800
Subasta Inversa Electrónica	> de 42,800	> de 42,800	-		
Comparación de Precios	<= a 100,000 > de 42,800	<= a 100,000 > de 42,800	-		
Contratación Directa	> de 42,800	> de 42,800	> de 42,800	> de 42,800	> de 42,800

Elaborado por la Dirección del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - OECE (***)

(*) Artículos 54 y 55 de la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley Nº 32069, y Artículos 93, 94 y 95 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo Nº 009-2025-EF; y al Artículo 14 de la Ley Nº 32185 que aprueba el presupuesto del sector público para el año fiscal 2025.

(**) Decreto Supremo Nº 260-2024-EF, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 17/12/2024.

(***) Prohibida su reproducción, modificación o publicación, sin citar la fuente.

5. EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN EN LA LGCP Y SU REGLAMENTO

Establecido el marco teórico, corresponde abordar el análisis de la normativa respecto de esta fase tan importante en la contratación pública. Al respecto, tenemos que el artículo 53 de la LGCP establece que las entidades contratantes realizan procedimientos de selección para las contrataciones de los requerimientos previstos en su PMBSO.

6. LOS TIPOS DE PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: COMPETITIVOS Y NO COMPETITIVOS

La nueva normativa incorpora los procedimientos competitivos, al lado de los no competitivos. Los primeros se encuentran regulados en los artículos 54 de la LGCP y en el artículo 62 y siguientes del reglamento. En cuanto a los no competitivos, estos los hemos tratado en un capítulo especial, por lo que remitimos al lector a este. En las siguientes líneas solo nos abocaremos a los competitivos.

7. LA LICITACIÓN PÚBLICA Y EL CONCURSO PÚBLICO

La Licitación Pública tiene una larga historia en su relación con el Estado como medio para lograr determinados fines públicos, por cuanto antes se la llamaba "remate" o "subasta", tal como hemos descrito en la parte inicial de este texto.

Modernamente la LP va de la mano con el CP, por cuanto, aunque no siendo sinónimas, ambas denominaciones tienen en común la participación amplia de postores. Pero ¿cuál es la *ratio iuris* de la LP y, por ende, del CP? La *ratio iuris* se desenvuelve en dos ámbitos, por un lado, el vinculado al Estado, y, por el otro, a los administrados.

En relación con el Estado, la *ratio iuris* de esta consiste en "[...] conseguir que el contrato se realice de modo tal que la Administración Pública tenga las mayores posibilidades de acierto en la operación, en lo que respecta, por un lado, al 'cumplimiento' del contrato (calidad de la prestación) y, por otro lado, a lograr todo eso en mejores condiciones económicas", por el lado de los administrados "tiende a mantener la 'igualdad' entre los administrados en sus relaciones con la Administración Pública, evitando de parte de esta favoritismos en beneficio de uno y en perjuicios de otros [...] trátese de evitar improcedentes tratos preferenciales o injustos" (Marienhoff, 1998, p. 184).

De lo expuesto se tiene que la licitación pública tiene un doble objetivo. Por un lado, busca lograr el contrato más conveniente para la Administración Pública; por el otro, se plantea asegurar a todos la posibilidad de contratar con el Estado (Durán Martínez, 2014, p. 118).

La normativa le otorga en diversos aspectos un tratamiento común a la LP y al CP, situación que en algunos casos puede producir confusión en la denominación del procedimiento de selección, es decir, denominar concurso público a una licitación pública o viceversa, caso en el cual el Tribu-

nal estableció, mediante la Resolución N.° 121/99/TC-S2, que no constituye causal de nulidad si la entidad, inicialmente, denominó licitación pública al procedimiento de selección y lo condujo con la normativa aplicable a los concursos públicos, sin que las partes hayan hecho observación alguna, criterio que se precisó más en la Resolución N.° 205/2007/TC-SU, en la que el Tribunal determinó que "[...] la naturaleza de las cosas no está determinada por la denominación que se emplee para ellas sino por su esencia propia. En otras palabras, las cosas son lo que son y no como se les llame [...] una tipificación equivocada del proceso no puede, simplemente por ello, importar su nulidad si tal no ha tenido graves efectos en las condiciones de competencia [...] una simple incorrecta denominación, desprovista de otro factor, no puede conducir irremisiblemente a la dilación del proceso, con los costos en términos de recursos económicos y tiempo que asume el Estado por ello" (Resolución N.° 205/2007/TC-SU).

7.1. Definiciones y objetivo de la licitación pública

La licitación pública es el procedimiento de selección base, a partir del cual se desprenden los otros tipos y modalidades, siendo definida como "[...] el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el Pliego de Condiciones, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará la más conveniente" (Dromi, 1995, p. 76).

Una definición más amplia la brinda Marienhoff, para quien esta "consiste en un procedimiento de selección del cocontratante de la Administración Pública que, sobre la base de una "previa" justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer qué persona o entidad es la que ofrece el "precio" —o condiciones— más convenientes para el Estado", siendo este, en opinión del citado autor, un concepto lato, por lo que precisa el concepto de licitación pública indicando que debe entenderse como tal al "procedimiento de selección del cocontratante de la Administración donde el número de oferentes o licitadores no tiene limitaciones, dado que pueden concurrir a ella todas aquellas personas o entidades que, de acuerdo a las normas vigentes, estén en condiciones de presentarse a la licitación [...]" (Marienhoff, 1998, p. 181).

Otra definición relevante es la de Sayagüés Laso (2004), para quien esta constituye un "[...] un procedimiento relativo a la forma de celebración de ciertos contratos, cuya finalidad es determinar la persona que ofrece condiciones más ventajosas [...] todo el procedimiento se funda, para alcanzar

la finalidad pública buscada, en los principios de igualdad de los licitantes y en el cumplimiento estricto del pliego de condiciones" (p. 543).

8. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN COMPETITIVOS: LP, CP. MODALIDADES ABREVIADAS Y DIFERENCIADAS

Normativamente tenemos que, sobre estas dos modalidades, el numeral 54.1 del artículo 54 de la LGCP establece que la licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras, mientras que el concurso público para la contratación de servicios. El citado artículo establece también los procedimientos de selección competitivos, indicando en el numeral 54.1 que estos son los siguientes: licitación pública y concurso público, siendo estos los procedimientos esenciales, a partir de los cuales se estructura un conjunto de procedimientos que reciben distintas denominaciones.

Además de la LP y CP, sin modalidad y con modalidad, teniendo dos tipos de modalidades: abreviadas y diferenciadas.

En este orden, tenemos que los artículos 93, 94 y 95 del RLGCP se refieren a los siguientes procedimientos:

SIN MODALIDAD	MODALIDAD ABREVIADA	MODALIDAD DIFERENCIADA
Licitación pública para bienes	Licitación pública abreviada para bienes	Licitación pública para bienes especializados
Licitación pública de obras	Licitación pública abreviada de obras	Licitación pública de obras con precalificación
Concurso público de servicios	Concurso público abreviado	Licitación pública con diálogo competitivo
Concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial	Concurso público con precalificación	Licitación pública de obras con negociación
	Concurso público abreviado para la contratación de expertos y gerentes de proyectos	Licitación pública para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA)

SIN MODALIDAD	MODALIDAD ABREVIADA	MODALIDAD DIFERENCIADA
		Concurso público con diálogo competitivo
		Otras modalidades diferenciadas Compra pública precomercial
		Asociación para la innovación
		Subasta inversa electrónica
		Comparación de precios
		Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos

El citado artículo concluye en que cualquiera sea el procedimiento de selección aplicable, este contempla condiciones necesarias para que la adjudicación se realice en favor de la oferta más conveniente para la entidad contratante conforme al principio de valor por dinero.

En conclusión, tenemos 20 tipos de procedimientos de selección que serán de aplicación obligatoria a partir de la entrada en vigencia de la norma, por lo que seguidamente los abordaremos conceptualmente.

9. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN COMPETITIVOS SIN MODALIDAD

En este orden tenemos que los artículos 93, 94 y 95 del RLGCP se refieren a los siguientes procedimientos:

- Licitación pública, la que según las circunstancias puede adoptar cualquiera de las siguientes modalidades:

  - Licitación pública para bienes
  - Licitación pública para bienes especializados
  - Licitación pública abreviada para bienes
  - Licitación pública de obras
  - Licitación pública de obras con precalificación
  - Licitación pública abreviada de obras
  - Licitación pública con diálogo competitivo
  - Licitación pública de obras con negociación
  - Licitación pública para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA)

- Concurso público, el que puede adoptar cualquiera de las siguientes modalidades:

- Concurso público de servicios
- Concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial
- Concurso público abreviado
- Concurso público con precalificación
- Concurso público con diálogo competitivo
- Concurso público abreviado para la contratación de expertos y gerentes de proyectos

- Modalidades diferencias, las que se encuentran establecidas en el artículo 95 del RLGCP.

- Compra pública precomercial
- Asociación para la innovación
- Subasta inversa electrónica
- Comparación de precios
- Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos

En conclusión, tenemos 20 tipos de procedimientos de selección que serán de aplicación obligatoria a partir de la entrada en vigencia de la norma, por lo que seguidamente los abordaremos conceptual y normativamente.

10. LOS TIPOS DE LP Y CP EN LA LGCP Y SU REGLAMENTO

La ley y su reglamento distinguen distintos procesos de licitación y concurso público en relación con el objeto.

- Licitación pública para bienes
- Licitación pública para bienes especializados
- Licitación pública abreviada para bienes
- Licitación pública de obras
- Licitación pública de obras con precalificación
- Licitación pública abreviada de obras
- Licitación pública con diálogo competitivo
- Licitación pública de obras con negociación
- Licitación pública para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA)
- Concurso público de servicios
- Concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial
- Concurso público abreviado
- Concurso público con precalificación
- Concurso público con diálogo competitivo
- Concurso público abreviado para la contratación de expertos y gerentes de proyectos

Los artículos 93 y 94 establecen los objetos y etapas de los siguientes procedimientos de selección competitivos no sujetos a modalidad:

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Licitación pública para bienes	S/M	Se trate de la adquisición de bienes según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente.	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración. d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	Sí	Simultánea
Licitación pública de obras	S/M	Se trate de obras bajo los sistemas de entrega: a) Solo construcción b) Diseño y construcción, c) Diseño, construcción, operación y mantenimiento, con una cuantía de acuerdo con lo establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente y menor a S/ 79 000 000,00 (setenta y nueve millones y 00/100 soles).	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Comité o jurado	Sí	Posterior
Concurso público de servicios	S/M	Se trate de servicios en general, según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente.	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	Sí	Posterior

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial	Abreviada	1. Se trate de la contratación de servicios o consultorías de obra según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente, o, 2. Se trate de la contratación de servicios homologados, o 3. Se trate de servicios o consultorías de obra para la rehabilitación y reconstrucción posterior a emergencias y desastres, o, 4. Se trate de la segunda convocatoria de un *concurso público*, un concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial o un concurso público *para consultorías con* precalificación, o, 5. Se trate de insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado conforme la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	No	Posterior

11. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN SUJETOS A MODALIDAD

Los citados artículos 93 y 94 tratan también sobre los procedimientos de selección sujetos a modalidad.

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Licitación pública para bienes especializados	Diferenciada	Se trate de bienes bajo el sistema de entrega de llave en mano o llave en mano con mantenimiento, con una cuantía mayor a S/ 2 000 000,00 (dos millones y 00/100 soles).	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Precalificación e) Evaluación de ofertas técnicas y económicas f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Comité o jurado	Sí	Posterior

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Licitación pública abreviada para bienes	Abreviada	1. Se trate de la adquisición de bienes según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente, o, 2. Se trate de la adquisición de bienes homologados, o, 3. Se trate de la adquisición de bienes de rehabilitación y reconstrucción posterior emergencias y desastres, o, 4. Se trate de la segunda convocatoria de una licitación pública de bienes, o de bienes especializados, o, 5. Se trate de insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado conforme la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración Evaluación de ofertas técnicas y económicas. d) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	No	Simultánea
Licitación pública de obras con precalificación	Diferenciada	Se trate de obras bajo los sistemas de entrega: a) Solo construcción b) Diseño y construcción, c) Diseño, construcción, operación y mantenimiento; con una cuantía igual o mayor a S/ 79 000 000,00 (setenta y nueve millones y 00/100 soles).	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Precalificación e) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Comité o jurado	Sí	Posterior
Licitación pública abreviada de obras	Abreviada	1. Se trate de obras bajo los sistemas de entrega de solo construcción y diseño y construcción, según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente. o, 2. Se trate de obras de rehabilitación y reconstrucción posterior a emergencias y desastres, o, 3. Se trate de la segunda convocatoria de una Licitación Pública de obras o una Licitación Públicas de obras con precalificación.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	No	Posterior

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Licitación pública con diálogo competitivo	Diferenciada	La entidad contratante sustenta en la estrategia de contratación que no está en condiciones de definir por sí misma el requerimiento idóneo para satisfacer su necesidad, dada su alta complejidad técnica o la necesidad de plantear soluciones innovadoras, siempre que: 1. Se trate de bienes altamente sofisticados, con una cuantía mayor a S/ 2 000 000,00 (dos millones y 00/100 soles) o, 2. Se trate de obras a ejecutarse por el sistema de entrega integrada de proyecto o alianza, siempre que incluya la formulación, con una cuantía igual o mayor a S/ 79 000 000,00 (*setenta y nueve millones* y 00/100 soles)	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Precalificación con diálogo competitivo d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas definitivas e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Jurado	No	Posterior
Licitación pública de obras con negociación	Diferenciada	Se trate de obras ejecutadas bajo los siguientes sistemas de entrega: a) integrada de proyecto o alianza, b) gestión del diseño y construcción al riesgo, y c) gestión del diseño y construcción de agencia.	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Precalificación con negociación e) Evaluación de ofertas técnicas y económicas definitivas. f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Jurado	No	Posterior
Licitación pública para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA)	Diferenciada	Se trate de la contratación de tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras o huérfanas, enfermedades oncológicas y enfermedades de alto costo, así como tecnologías sanitarias innovadoras.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Negociación d) Evaluación de ofertas definitivas e) Otorgamiento de la buena pro	Lista cerrada	Jurado	No	Posterior

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Concurso público abreviado	Abreviada	1. Se trate de la contratación de servicios o consultorías de obra según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente, o, 2. Se trate de la contratación de servicios homologados, o 3. Se trate de servicios o consultorías de obra para la rehabilitación y reconstrucción posterior a emergencias y desastres, o, 4. Se trate de la segunda convocatoria de un concurso público, un concurso público para consultorías y servicios de mantenimiento vial o un concurso público para consultorías con precalificación, o, 5. Se trate de insumos directamente utilizados en los procesos productivos por las empresas del Estado conforme la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra o comité	No	Posterior
Concurso público con precalificación	Diferenciada	Se trate de consultorías de obra, servicios de mantenimiento vial o servicio especializado de gestión de instalaciones, con una cuantía mayor a S/ 2 000 000,00 (dos millones y 00/100 soles).	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Precalificación e) Evaluación de ofertas técnicas y económicas f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Comité o jurado	Sí	Posterior
Concurso público con diálogo competitivo	Diferenciada	La entidad sustenta en la estrategia de contratación que no está en condiciones de definir por sí misma el requerimiento idóneo para satisfacer su necesidad, dada su alta complejidad técnica y la necesidad de plantear soluciones innovadoras, siempre que: 1. Se trate del ASISTE. o, 2. Se trate del servicio especializado de gestión de instalaciones o de mantenimiento vial o, 3. Se trate de consultorías de obra bajo el sistema de entrega formulación y diseño.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Precalificación con diálogo competitivo e) Evaluación de ofertas definitivas f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta con invitación	Jurado	No	Posterior

Tipo de procedimiento	Modalidad	Condiciones para su uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación del pliego de consultas y observaciones al OECE	Tipo de evaluación económica
Concurso público abreviado para la contratación de expertos y gerentes de proyectos	Abreviada	1. Se trate de la contratación de gerentes de proyectos para los contratos estandarizados a los que hace referencia el artículo 223, según la cuantía establecida en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal correspondiente, o, 2. Se trate de la contratación de evaluadores expertos a los que hace referencia el artículo 57, con una cuantía menor a S/ 100 000,00 (cien mil y 00/100 soles).	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. d) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta con invitación	Comité	No	Posterior

12. OTRAS MODALIDADES DIFERENCIADAS

El artículo 95 del RLGCP distingue las siguientes modalidades diferenciadas:

- Compra pública precomercial
- Asociación para la innovación
- Subasta inversa electrónica
- Comparación de precios
- Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos

Las indicadas modalidades diferenciadas tienen el siguiente objeto y procedimiento, de acuerdo con lo establecido en el citado artículo 95:

12.1. Compra pública precomercial

Modalidad	Condiciones de uso	Anuncio de contratación futura	Etapas	Registro de participantes	Evaluadores	Elevación	Tipo de evaluación económica
Compra pública precomercial	Se trata de la contratación de soluciones innovadoras que comprenden investigación y desarrollo (I+D), y la creación de prototipos o las primeras pruebas de estos, con independencia de su cuantía.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Precalificación con diálogo competitivo d) Evaluación de ofertas definitivas e) Otorgamiento de la buena pro	Abierto	Jurado	No	Posterior

12.2. Asociación para la innovación

Asociación para la innovación	Se trata de la contratación de soluciones innovadoras que no se encuentran en el mercado o, existiendo, son pasibles de ajuste, adaptación y/o mejora, las cuales comprendan tanto la investigación y desarrollo (I+D) como la contratación de la solución propuesta, con independencia de su cuantía.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Precalificación con diálogo competitivo d) Evaluación de ofertas definitivas e) Adjudicación para la innovación f) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta con invitación	Jurado	No	Posterior

12.3. Subasta inversa electrónica

La actual normativa define a la SIE así:

> [...] un procedimiento de selección utilizado por las entidades contratantes para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica. En este procedimiento, los proveedores pujan y el ganador es aquel que oferta el menor precio. Las especificaciones, excepciones y condiciones del uso de la subasta inversa electrónica se encuentran establecidas en el reglamento.

En este orden tenemos que este tipo de modalidad diferenciada se encuentra regulada en los artículos 95 y 96 del RLGCP. El primero establece la síntesis del objeto y de las etapas, mientras que el segundo se refiere a la evaluación de las ofertas.

Subasta inversa electrónica	Se trata de bienes o servicios comunes que cuenten con ficha técnica, con independencia de su cuantía.	No	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Evaluación de ofertas d) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Oficial de compra	No	Lances

En cuanto a la evaluación de las ofertas, el artículo 95 establece las siguientes reglas respecto de la evaluación de ofertas en subasta inversa electrónica, precisando antes que mediante ella se contratan bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica, siendo que la utilización del procedimiento de selección puede ser opcional u obligatoria conforme lo determine Perú Compras en el documento que aprueba la referida ficha.

En este contexto, desarrolla las siguientes reglas del procedimiento:

- En el requerimiento de bienes y servicios comunes con ficha técnica, no se pueden incluir requisitos de calificación adicionales o diferentes a aquellos contemplados en la ficha técnica o en los documentos de información complementaria, salvo que la normativa específica que regula el objeto de la convocatoria exija algún requisito obligatorio.
- En la subasta inversa electrónica no se realiza la evaluación técnica de las ofertas, y la revisión de los requisitos de calificación se realiza posteriormente a la evaluación económica.
- La evaluación de ofertas económicas se realiza mediante lances en línea a través de la Pladicop, otorgándose la buena pro al postor que oferte el menor precio, conforme al procedimiento establecido en la directiva y las bases estándar.
- El oficial de compra revisa los requisitos de calificación de los postores que ocuparon los primeros lugares en el orden de prelación de la evaluación económica sucesivamente hasta identificar al menos tres postores que cumplan estos requisitos, asignándoles su orden de prelación final correspondiente y otorgando la buena pro al primer lugar. En caso solo dos postores hubieran participado de la evaluación económica, únicamente se revisan los requisitos de calificación de estos. En caso un solo postor hubiera participado de la evaluación económica, el procedimiento de selección se declara desierto.
- En caso una subasta inversa electrónica se declare desierta, la siguiente convocatoria se realiza mediante el mismo procedimiento de selección, salvo que la DEC sustente en el informe de declaratoria de desierto que existe un riesgo de que el procedimiento de selección se vuelva a declarar desierto, en cuyo caso se puede convocar una licitación pública.

13. COMPARACIÓN DE PRECIOS

Esta modalidad tiene sus antecedentes en la normativa derogada, siendo que en la "exposición de motivos" de la derogada Ley N.° 30225 se refería a la agilidad de este procedimiento, por cuanto mediante él se comparan varias cotizaciones, "sin requerir la presentación de documentos formales durante la selección", siendo útil "cuando el bien o servicio a contratar sea de fácil obtención o tenga un estándar establecido en el mercado" (Poder Ejecutivo, 2014, [p. 104 de 152]).

Por su parte, en el derogado RLCE se precisaban las condiciones para su utilización, señalándose que para su aplicación correspondía a la entidad verificar que los bienes y/o servicios en general objeto de la contratación sean de disponibilidad inmediata, fáciles de obtener en el mercado, se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado y que no se fabrican, producen o suministran o prestan siguiendo la descripción particular o instrucciones dadas por la entidad contratante; para estos efectos el órgano encargado de las contrataciones elabora un informe (RLCE, art. 98).

Finalmente, la "exposición de motivos" del Decreto Legislativo N.° 1341 reiteraba lo afirmado anteriormente, al afirmar que esta modalidad se utilizaba para bienes y servicios que son "altamente comerciales, cuyas características han sido definidas en el mercado y que pueden ser ofrecidas por una diversidad de proveedores".

En la actual normativa la comparación de precios se define como "un procedimiento de selección competitivo para la contratación de bienes y servicios en los que el único factor de evaluación es el precio" y se encuentra regulada en los artículos 95, 97, 98 y 99 del RLGCP, estableciendo el primero el objeto y etapas del procedimiento.

Comparación de precios	Se trata de bienes o servicios cuya oferta en el mercado es estándar, que pueden ser entregados o implementados en un máximo de cinco días hábiles, sin necesidad de ser fabricados, producidos, modificados, suministrados o prestados siguiendo la descripción particular de la entidad contratante o que se encuentren en el Listado de Bienes y Servicios que pueden adquirirse por comparación de precios emitidos por la DGA; cuya cuantía ascienda hasta S/ 100 000,00 (cien mil y 00/100 soles).	No	a) Convocatoria b) Evaluación de ofertas económicas c) Otorgamiento de la buena pro	Lista cerrada	Oficial de compra	No	Simultánea

13.1. La evaluación de las ofertas en la comparación de precios

El artículo 98 establece que el oficial de compra verifica que los postores que presentaron ofertas cumplan los requisitos de calificación, luego de lo cual procede a la evaluación de la oferta económica, la cual consiste en establecer el orden de prelación de los postores considerando en el primer lugar a quien oferte el menor monto. Para proceder a la evaluación de la oferta económica, se debe contar con al menos dos ofertas que cumplan los requisitos de calificación.

13.2. Otorgamiento de la buena pro y empate en la comparación de precios

Los numerales 98.2 y 98.3 establecen que el otorgamiento de la buena pro lo realiza el oficial de compra mediante su publicación en la Pladicop, debiendo proceder al sorteo en caso de empate.

13.3. Listado de bienes y servicios que pueden adquirirse por comparación de precios

El numeral 99.1 indica que la DGA puede aprobar mediante resolución directoral los bienes y servicios que pueden ser adquiridos por comparación de precios, la cual es publicada en la Pladicop, después de lo cual la entidad contratante se encuentra facultada a utilizar la comparación de precios desde el día siguiente de la inclusión del bien o servicio en el referido listado.

14. CONCURSO DE PROYECTOS ARQUITECTÓNICOS Y URBANÍSTICOS

Respecto de esta modalidad diferenciada, en el artículo 95 se establece:

Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos	Se trata de la contratación de consultorías de obra bajo los sistemas de entrega de solo diseño o de formulación de diseño u obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción para obras urbanas, edificaciones y afines, previo sustento del área usuaria	Opcional	a) Convocatoria b) Registro de participantes c) Consultas, observaciones e integración d) Evaluación de ofertas técnicas y económicas. e) Otorgamiento de la buena pro	Lista abierta	Jurado	Sí	Posterior

En cuanto a la convocatoria, el artículo 97 indica que, para aplicar el procedimiento de selección de comparación de precios, la DEC elabora un informe que sustente el cumplimiento de las condiciones para utilizar dicho procedimiento de selección, después de lo cual el oficial de compra registra la convocatoria en la Pladicop y remite invitación a un mínimo de 3 proveedores a fin de que presenten sus ofertas, adjuntando las bases conforme al formato aprobado en las bases estándar por la DGA.

15. LA NEGOCIACIÓN Y EL DIÁLOGO COMPETITIVO

La negociación y el diálogo competitivo constituyen subetapas de los procedimientos de selección y se enmarca en la precalificación, permitiendo fomentar una interacción directa entre los postores preseleccionados (en la etapa de precalificación) y las entidades contratantes.

En la exposición de motivos del RLGCP se establece que, con la negociación, "los postores presentan y sustentan sus ofertas iniciales para me-

jorar su contenido. Pueden formular consultas y proponer modificaciones a la versión inicial del contrato, compromisos financieros u otras condiciones, con el objetivo de ajustar las ofertas a los requisitos específicos del contrato y seleccionar la oferta más ventajosa", mientras que con el diálogo competitivo "los evaluadores y los postores preseleccionados entablan un diálogo para identificar y desarrollar soluciones idóneas que satisfagan las necesidades de la entidad contratante. Partiendo de un requerimiento preliminar, se pueden discutir todos los aspectos del contrato y los evaluadores tienen la posibilidad de modificar dicho requerimiento para definir la solución más conveniente antes de solicitar las ofertas finales" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 33]).

Establecidas las diferencias, la exposición de motivos pasa a exponer los fundamentos de la decisión de incorporación de ambos.

- Se optimizan las propuestas iniciales, así como se proporcionan soluciones eficientes para satisfacer las necesidades de la entidad contratante.
- Se identifican nuevos enfoques o alternativas que no fueron incorporadas en el requerimiento, lo cual permitirá un equilibrio entre la calidad y el costo, a fin de que se haga un uso eficiente de los recursos.
- Con el intercambio de información, se mitigan los riesgos que se hubiesen evidenciado durante la ejecución contractual y se proponen soluciones innovadoras.
- La negociación y el diálogo competitivo deben ser documentados adecuadamente en el expediente, lo que garantiza la transparencia y la trazabilidad de las decisiones tomadas durante el proceso.
- Estos procedimientos permiten ajustar las ofertas a los pliegos de cláusulas administrativas y otros documentos complementarios, asegurando que las propuestas finales cumplan con todos los requisitos establecidos.
- El diálogo competitivo en particular fomenta una colaboración estrecha entre el sector público y el privado para definir las soluciones más adecuadas, facilitando la alineación de intereses y objetivos comunes.
- Ambos procedimientos pueden desarrollarse en fases sucesivas, lo que permite un proceso de selección más dinámico y ajustable a medida que se avanza hacia la definición y adjudicación del contrato.
- En el contexto de la negociación, se puede utilizar la subasta electrónica como una herramienta para ajustar las ofertas económicas y técnicas de manera transparente y eficiente, mejorando la competitividad y los resultados del proceso.

En cuanto a su regulación, tenemos que esta se encuentra consignada en los artículos 76 y 77 del RLGCP.

15.1. La negociación

El artículo 76 establece el procedimiento a seguir en caso la precalificación incluya esta subetapa.

15.2. Las ofertas preliminares

El numeral 76.1 indica que los postores seleccionados en la etapa de precalificación presentan y sustentan ante los evaluadores ofertas preliminares, respecto de las cuales se puede realizar rondas de negociación, con el fin de mejorar su contenido.

En cuando a la dinámica de la negociación se indica que durante ella los postores pueden formular consultas y proponer modificaciones a la versión inicial del contrato, a la modalidad de pago u a otras condiciones del contrato.

15.3. Lo que no constituye objeto de negociación

El numeral 76.2 establece que no son materia de negociación:

- Los factores de evaluación.
- Las condiciones mínimas que se hubieran establecido como no negociables en las bases.

El numeral agrega que cuando en la negociación se modifique el requerimiento, el miembro del jurado que es servidor o funcionario del área usuaria emite la no objeción correspondiente.

15.4. El procedimiento de la negociación

Respecto del procedimiento, el numeral 76.3 establece que la negociación puede darse en rondas sucesivas, en las cuales los postores presentan sus ofertas ajustadas producto de la negociación, pudiendo establecerse en las bases que estas rondas sean eliminatorias bajo criterios de adjudicación previamente establecidos.

En cuanto al control, el numeral 76.4 establece que un representante del OCI de la entidad contratante puede participar de las rondas de negociación como veedor.

15.5. La modificación del requerimiento o de las condiciones contractuales luego de la negociación

En el numeral 76.5 se hace referencia a la modificación del requerimiento o las condiciones contractuales, luego de obtenida la no objeción, estableciendo que en estos casos se informa a través de la Pladicop a los postores que participan de la negociación, brindándoles un plazo no menor de 7 días hábiles para modificar sus ofertas.

15.6. El acta de negociación

El numeral 76.6 indica que cada ronda de negociación se plasma en un acta que la DEC publica en la Pladicop, la cual suscriben todos los que han participado en estas, y en las que se publican las modificaciones al requerimiento o a las bases que se hubieran aprobado.

En el acta de la ronda final, se da a conocer a los postores que se encuentran aptos para presentar sus ofertas finales, oportunidad en la que se publican las bases integradas definitivas, que incluyen todas las modificaciones adoptadas durante el transcurso de la negociación.

16. EL DIÁLOGO COMPETITIVO

El diálogo competitivo, que se realiza como mínimo con 2 postores precalificados, se encuentra regulado en los distintos numerales que integran el artículo 77 del RLGCP, indicando que en caso la precalificación incluya esta subetapa, los evaluadores entablan un dialogo con los postores seleccionados en la etapa de precalificación, con el fin de identificar y desarrollar soluciones idóneas para satisfacer las necesidades de la entidad contratante, a partir de un requerimiento preliminar.

16.1. Objetivo y procedimiento del diálogo competitivo

La normativa establece que el objetivo del dialogo competitivo es obtener un requerimiento definitivo a partir de las rondas realizadas, respecto de lo cual los numerales 77.2 y 77.3 establecen el procedimiento a seguir, indicando que en el transcurso de este se debaten los aspectos del requerimiento preliminar con los postores para obtener la mejor solución a la necesidad de la entidad contratante, salvo el alcance esencial del objeto contractual y su finalidad pública.

A este trámite, los numerales 77.5, 77.6, 77.7 y 77.8, le hacen las siguientes precisiones:

- El diálogo se lleva a cabo de manera bilateral con cada uno de los postores seleccionados, los cuales presentan propuestas de solución que pueden modificarse y actualizarse según avance el dialogo. El número de rondas de diálogo puede variar respecto de cada uno de los postores, ya que se llevan a cabo las que sean necesarias hasta que, a juicio de los evaluadores, se haya aclarado las soluciones planteadas por cada postor.
- El procedimiento puede articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de ofertas a examinar durante la fase de diálogo, mediante la aplicación de los criterios de adjudicación previamente establecidos en las bases.
- Los evaluadores no pueden revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un postor u otros datos confidenciales que este les comunique sin previo consentimiento de este.
- Se emiten tantas actas como rondas de diálogo se efectúen que suscriben todos los que han participado en esta. En estas actas se publican las modificaciones al requerimiento o a las bases que se hubieran aprobado. En el acta de la ronda final, publicada por la DEC en la Pladicop, se da a conocer a los postores que se encuentran aptos para presentar sus ofertas definitivas para la respectiva evaluación técnica y económica. En esta oportunidad se publican las bases integradas definitivas, que incluyan todas las modificaciones adoptadas durante el transcurso del diálogo y el requerimiento definitivo.

Al igual que en el caso de la negociación, un representante del OCI de la entidad contratante puede participar como asistente en las rondas del diálogo competitivo.

16.2. Ajuste del requerimiento preliminar

En cuanto a este procedimiento, en el numeral 77.4 se indica que el requerimiento preliminar es ajustado por los evaluadores durante el transcurso del dialogo competitivo, conforme vaya definiéndose la solución más conveniente para llevar a cabo el objeto del contrato, y poniendo en conocimiento de las modificaciones adoptadas a todos los postores.

Cuando se ajuste el requerimiento, el voto del miembro del jurado que es servidor o funcionario del área usuaria hace las veces de la no objeción correspondiente.

Capítulo XXVI

LAS ETAPAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN COMPETITIVOS

Plazos y términos de la distancia. La convocatoria. Registro de participantes. Bases. Consultas. Observaciones. La oferta. Evaluación de las ofertas. Acceso a la información. Declaratoria de desierto. La cancelación. La nulidad del procedimiento de selección

SUMARIO: 1. La convocatoria. – 1.1. Requisitos para la convocatoria y el cronograma en el RLGCP. – 1.1.1. Cronograma. Plazos. – 1.1.2. Postergación o prórroga. – 1.1.3. El cronograma en la contratación futura. – 2. El registro de participantes. – 2.1. Lista abierta. – 2.2. Lista abierta con invitación. – 2.3. Lista cerrada. – 3. Cuestionamientos a las bases: las consultas y observaciones. – 3.1. Definición de consultas y observaciones. – 3.1.1. Las consultas. – 3.1.2. Las observaciones. – 3.2. El trámite de las consultas y observaciones en el RLGCP. – 3.2.1. ¿Quiénes pueden formular consultas y observaciones? – 3.2.2. El pliego de absolución de consultas y observaciones. – 3.2.3. Modificación de las bases debido a las consultas y observaciones. – 3.2.4. Divergencia entre el pliego y las bases integradas. – 3.2.5. Cuando no se formulan consultas, ni observaciones. – 3.2.6. La elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas. – 3.3. La oferta. – 3.3.1. Características de la oferta. – 3.3.2. Presentación de las ofertas en la LGCP. – 3.3.3. Contenido de las ofertas. – 3.4. Evaluación de las ofertas: tipos. – 3.4.1. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección sin precalificación. – 3.4.2. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección con precalificación. – 3.4.3. Admisión de las ofertas. – 3.4.4. La subsanación de las ofertas. – 3.4.5. La subsanación de ofertas en el RLGCP. – 4. Acceso a la información. – 5. La declaratoria de desierto. – 5.1. ¿Cuándo se declara desierto un procedimiento de selección? – 5.2. La declaratoria de desierto en los procedimientos según relación de ítems. – 5.3. Declaratoria de desierto de seguros patrimoniales. – 5.4. Las acciones a seguir luego de la declaratoria de desierto y hasta antes de la siguiente convocatoria. – 5.5. La declaratoria de desierto en las modalidades abreviadas. – 6. La cancelación. – 6.1. Procedimiento y responsabilidad. – 7. Nulidad de procedimiento de selección. – 7.1. La nulidad de los actos procedimentales. – 7.2. ¿Quiénes pueden declarar la nulidad? – 7.2.1. El TCP. – 7.2.2. La autoridad de gestión administrativa. – 7.2.3. El jefe de Perú Compras. – 7.3. La determinación de responsabilidades. – 7.4. Cuando la nulidad es solicitada por alguno de los participantes o postores.

El numeral 62.1 del artículo 62 del RLGCP establece las distintas etapas que pueden contener el procedimiento de selección competitivos, determinando que pueden contener las siguientes etapas y subetapas, dependiendo de su tipo, objeto y modalidad:

- Convocatoria
- Registro de participantes
- Cuestionamientos a las bases
- Consultas y observaciones
- Integración
- Precalificación
- Precalificación
- Diálogo competitivo
- Negociación
- Evaluación de ofertas técnicas y económicas
- Adjudicación para la innovación
- Otorgamiento de la buena pro

En el marco de la normativa de contrataciones públicas, tenemos que los plazos y términos inherentes a él son entendidos como máximos, debiéndose computar independientemente de cualquier formalidad, y obligan por igual a la Administración y a los administrados, quienes tienen recíprocamente el deber de cumplirlos y poder exigir su cumplimiento en la sede que corresponda, en aquello que respectivamente les concierna (Resolución N.° 500-2008-TC-S1)[216].

Desde esta perspectiva no existen plazos flexibles para uno, y para otro no. Los plazos son obligatorios para ambas partes, y excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, salvo disposición expresa, distinguiéndose entre el plazo del procedimiento y el plazo contractual.

216 Ver Resolución N.° 500-2008-TC-S1.

En el numeral 62.2 se establece que, en la fase de selección, y hasta el perfeccionamiento del contrato, se contabilizan en días hábiles, precisando que no son hábiles los días sábado, domingo y feriados, y los declarados no laborables para el sector público.

El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, salvo disposición distinta establecida en el Reglamento. Por su parte, la Cuarta Disposición Complementaria Final establece que, para el cómputo de los plazos aplicables al procedimiento de selección, de impugnación y el procedimiento sancionador, no aplica el término de la distancia.

1. LA CONVOCATORIA

En lo sustantivo, la convocatoria constituye un acto administrativo (Dromi, 2004, p. 515) por cuanto es una declaración unilateral, dictada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos individuales y directos (Dromi, 1995, p. 279), mediante la cual se exterioriza la voluntad de la entidad pública de contratar "sujetándose a las bases y cláusulas elaboradas para su preparación y ejecución" (Dromi, 1995, p. 277), comunicando para tal efecto su decisión a todas las personas, naturales o jurídicas para que participen del procedimiento de selección presentando sus propuestas. A través de la convocatoria, la Administración Pública comunica y explica a los interesados "[...] lo que desea y aclara cuándo y dónde deberán ofrecer sus propuestas. Esclarece, además, tanto la forma por la cual se examinará y calificarán las propuestas como los criterios que regirán la elección de la mejor, así como también las condiciones en que pretende realizar el contrato" (Dromi, 2004, p. 516 y 517).

Desde la perspectiva de comprender a los procedimientos de selección como un conjunto de actos separables, se entiende que la convocatoria, al ser uno de estos actos, tiene esta misma cualidad jurídica, por lo que goza de autonomía e independencia de los demás, "inclusive de su publicación". La convocatoria "impone su publicidad y esta presupone aquel. La publicación es la forma de comunicarlo de manera general e impersonal. La publicación le da eficacia jurídica al llamado a licitación" (Dromi, 2004, pp. 516 y 517), genera derechos y deberes entre las partes, por lo que no cabe identificación, no confusión entre ellas. Ambas poseen un régimen distinto, mientras la convocatoria es un acto administrativo, la publicación constituye una actividad material (Dromi, 1995, p. 286).

En este contexto se debe tener presente que la convocatoria no es normalmente una efectiva oferta, sino, como hemos indicado, un acto admi-

nistrativo, que está dirigido "a provocar la presentación de una pluralidad de ofertas privadas"; que tampoco es una oferta de contrato, sino una invitación a presentar ofertas, donde la proposición que se formula no implica aceptación definitiva "[...] porque el contrato no nace de esta actuación privada, sino de la aprobación de la Administración. La mecánica del contrato del Estado es triangular: invitación o convocatoria; proposición u oferta; aceptación o aprobación" (Dromi, 1995, p. 286).

Respecto a la relación entre convocatoria y oferta, el TCP estableció que la primera "constituye una invitación a ofrecer, debiendo observar los oferentes las disposiciones consignadas en las bases y los requerimientos técnicos expresados en dicho documento (Resolución N.° 2055-2007/TC-S4)".

1.1. Requisitos para la convocatoria y el cronograma en el RLGCP

La convocatoria constituye el inicio de la fase de selección, siendo que, en cuanto a los requisitos para efectuarla, así como el cronograma de los procedimientos de selección se encuentran regulados en los artículos 63 y 64 del RLGCP.

En el numeral 63.1 se indica que para convocar un procedimiento de selección se debe contar con:

- El expediente de contratación aprobado; y
- Las bases del procedimiento de selección elaboradas por los evaluadores o la DEC, según corresponda.

La convocatoria, entendida como inicio de la fase de selección, supone que esta se inicia con la publicación en la Pladicop del aviso de esta, el cual contiene lo siguiente:

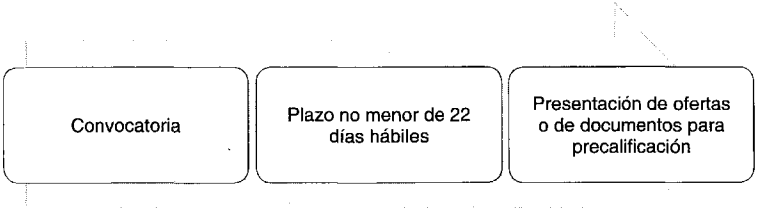
- Identificación de la entidad contratante.
- Identificación del procedimiento de selección y su objeto.
- Cronograma del procedimiento de selección.
- Indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cubierto el procedimiento de selección.
- Bases del procedimiento de selección, las cuales incluyen el requerimiento.

En cuanto a la mayor difusión, el numeral 63.3 indica que las entidades contratantes pueden utilizar otros medios para que los proveedores conozcan la convocatoria del procedimiento de selección.

1.1.1. Cronograma. Plazos

En este contexto, en la normativa se establece el cronograma y los lazos a él inherentes, lo que se encuentra regulado en el artículo 64 del RLGCP, respecto del cual establece las siguientes reglas:

El numeral 64.1 indica que en los procedimientos de selección competitivos el plazo entre la fecha de convocatoria y la presentación de ofertas o la presentación de los documentos para la precalificación no puede ser menor de 22 días hábiles, salvo en el caso de las modalidades abreviadas y aquellas que no contemplen etapas de consultas y observaciones.



1.1.2. Postergación o prórroga

En cuanto a las características de las prórrogas y postergaciones, se ha establecido, definiéndolas, que "la prórroga es el alargamiento del plazo o la continuación de la etapa durante un lapso determinado; es decir, se extiende o se prolonga la finalización de la misma. [...] En tanto, la postergación es el aplazamiento en el tiempo del cumplimiento de una etapa del proceso de selección" (OSCE, 2014, [p. 6]).

Estando a las definiciones citadas, las prórrogas operan cuando sea necesario extender la duración de alguna de las etapas del procedimiento de selección por un lapso mayor al inicialmente previsto, situación que obliga al comité de selección a comunicar dicha decisión a los participantes o postores, según sea el caso, a través del SEACE, señalando su motivación; situación similar que alcanza a la prórroga[217].

Desde esta perspectiva, se tiene que el numeral 64.2 indica que, en los casos de prórroga o postergación de las etapas de un procedimiento de

217 Debe tenerse presente que la potestad de realizar prórrogas o postergaciones tenía un carácter netamente excepcional, razón por la que solo debía utilizarse cuando resultara estrictamente necesario y hubiesen de por medio razones justificadas; asimismo, se debía procurar que la realización de una prórroga o postergación no expusiera a la entidad en una situación de desabastecimiento.

selección, estos son registradas en la Pladicop modificando el cronograma inicial.

1.1.3. El cronograma en la contratación futura

El numeral 64.3 indica que en los procedimientos de selección respecto de los cuales se hubiera publicado en la Pladicop y en la sede digital de la entidad contratante un anuncio de contratación futura con una anticipación no menor de 40 días calendario a la fecha de convocatoria, el plazo señalado en el numeral 64.1 (22 días hábiles) puede reducirse conforme lo que señalen las bases estándar, no pudiendo ser menor a diez días calendario en ningún caso.

2. EL REGISTRO DE PARTICIPANTES

A diferencia de la normativa derogada, la actual incorpora algunos conceptos nuevos en lo que se refiere a la incorporación al registro de participantes, como son: lista abierta, lista cerrada, y lista corta, respecto de las cuales la exposición de motivos del RLGCP establece algunas precisiones que son desarrolladas en la normativa. Así, en el marco de lo establecido en la exposición de motivos, el numeral 65.4 indica que el registro de participantes puede ser de tres tipos, dependiendo de la modalidad del procedimiento de selección, conforme lo señalado en los artículos 93, 94 y 95 del RLGCP, en los que se detallan los distintos tipos de procedimientos de selección:

2.1. Lista abierta

No se requiere invitación por parte de la entidad contratante para participar del procedimiento, no se cuentan con limitaciones o restricciones para la participación de los proveedores.

Cualquier proveedor puede registrarse como participante en el procedimiento de selección.

2.2. Lista abierta con invitación

La entidad contratante identifica a los proveedores potencialmente calificados; sin embargo, no se limita a que aquellos proveedores interesados puedan participar. La entidad contratante invita a determinados proveedores a registrarse, lo que no obsta que puedan registrarse otros proveedores interesados.

En relación con esta modalidad en el numeral 65.5 se indica que en los procedimientos de selección que contemplen la posibilidad de invitar a proveedores, dicha invitación se realiza a través de la Pladicop y está a cargo de la DEC.

2.3. Lista cerrada

Se prepara una relación de proveedores a los que la entidad contratante invita a participar en un determinado procedimiento de selección en función de su naturaleza o características (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 34]). Solo pueden registrarse los proveedores que la entidad contratante invita.

Normativamente, tenemos que el artículo 65 del RLGCP regula el registro de participantes en los siguientes términos:

- El registro de participantes se realiza de forma gratuita a través de la Pladicop, de acuerdo con el cronograma del procedimiento de selección.
- Para registrarse como participante, el proveedor debe contar con inscripción vigente en el RNP, conforme al objeto de la contratación.
- El registro de participantes se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de ofertas, según corresponda, salvo en los procedimientos de selección que cuenten con la etapa de precalificación, en cuyo caso el registro concluye antes de esta etapa.
- El proveedor que se registra como participante se adhiere al procedimiento de selección en el estado en que se encuentre.

3. CUESTIONAMIENTOS A LAS BASES: LAS CONSULTAS Y OBSERVACIONES

Al tener el procedimiento de selección la condición de procedimiento administrativo, que es el medio a través del cual la Administración ejecuta su actuación y realiza sus fines, es ella quien decide respecto de cualquier consulta, observación o impugnación que pudieran presentar los administrados, en este caso los participantes o postores, en la ruta a seleccionar la mejor oferta, previa evaluación de esta.

Pero esta es solo la mitad de la historia, por cuanto en el otro extremo de la relación se encuentra el participante o postor, en términos generales administrado, quien además de poseer el derecho subjetivo por haberse registrado como participante y actuar como postor en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, se constituye también en parte interesada, ya que es actor del procedimiento y lo que se resuelva a él lo afectará directamente, por lo que se ha establecido que durante el desarrollo podrá formular consultas y observaciones respecto de las bases.

3.1. Definición de consultas y observaciones

Las bases no se cuestionan a través del recurso impugnativo de apelación[218], siendo que la normativa ha establecido un procedimiento ad hoc para cuestionarlas en la medida en que hayan vulnerado la legislación sobre contrataciones del Estado, el que prescinde de los recursos administrativos. La razón de tal decisión es que las bases no comparten la misma naturaleza jurídica que los actos administrativos, sino que su naturaleza jurídica es de índole reglamentaria.

Desde esta perspectiva, se plantea que el cuestionamiento a las bases tiene dos fases, la primera está constituida por las consultas, y la segunda por las observaciones, constituyendo ambas distintas etapas del procedimiento de selección, constituyendo un elemento fundamental en los procedimientos de contrataciones del Estado, y, a decir de Fiorini, es el derecho a impugnar, *ab initio,* los pliegos confusos o erróneos y su ejercicio de ningún modo puede considerarse una "[...] petición perturbadora, ni tampoco desestimarse con el argumento de que los administrados carecen de interés legítimo en formular observaciones a los pliegos, si previamente no presentan ofertas. El derecho a la amplia información de las aclaraciones, modificaciones o rectificaciones configura una garantía del correcto proceder durante la selección" (Fiorini, 1976, p. 639).

Las consultas y observaciones, en términos generales, tienen por finalidad que estas "contengan disposiciones y exigencias que resulten claras, precisas y objetivas, evitando de esta manera apreciaciones o interpretaciones antojadizas y subjetivas por parte de los postores y el propio órgano colegiado, las que no contribuyen a que el Estado pueda optar o elegir la oferta que le resulte más conveniente en términos técnicos y económicos" (Resolución 1144/2007/TC-S4).

3.1.1. Las consultas

En cuanto a la finalidad de las consultas, se tiene que estas se instrumentalizan para "[...] realizar determinados pedidos o aclarar cierto aspecto de las bases". La definición expuesta comprende dos variables, aclaración y solicitud, por lo que corresponde tener la precisión conceptual respecto de cada una de ellas. La aclaración es definida jurídicamente como la explicación o el apartamiento o "supresión" de lo que impide la claridad o

218 "[Cuando] los postores impugnen las bases y/o su integración, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado deberá declarar improcedente el recurso de apelación presentado" (Resoluciones N.° 1897-2007/TC-S2 y N.° 1726-2008-TC-S2).

transparencia. [...] Interpretación o detalle complementario que permite la mejor comprensión (Cabanellas, 1989, I, p. 105), mientras que solicitud es la "pretensión o petición por escrito" (Cabanellas, 1989, VII, p. 502).

Por su parte, el Tribunal, precisando el concepto expuesto, ha establecido que, a través de las consultas, "[...] los participantes podrán solicitar la aclaración de cualquiera de los extremos de las bases o plantear solicitudes respecto de ellas" (Resolución N.° 1144/2007/TC-S4), siendo que las respuestas a las consultas "se consideran como parte integrante de las bases y del contrato" (Resolución N.° 1144/2007/TC-S4); ampliación de la definición que involucra, a la vez, la obligación de absolverlas, por lo que el incumplimiento infundado e injustificado constituye la vulneración de los principios de legalidad y transparencia.

Otro aspecto relevante de las definiciones glosadas es que las consultas pasan a formar parte de las bases en la etapa de integración, deviniendo en una modificación de estas en función de los términos de la absolución de las consultas.

La nueva normativa ha recogido el sentido de la legislación derogada, tal como consta en el numeral 66.2 del artículo 66 del RLGCP, en el que se establece que las consultas son pedidos de aclaración o información adicional a las disposiciones recogidas en las bases; disposición que se complementa con la Directiva N.° 003-2025-OECE/CD, denominada "Disposiciones para la presentación de la solicitud de elevación de cuestionamientos, emisión del pronunciamiento e integración definitiva", aprobada por Resolución N.° D000052-2025-OSCE-PRE, a la que remitimos al lector.

3.1.2. Las observaciones

La finalidad de las observaciones "es la identificación de alguna contravención normativa de las disposiciones contenidas en las bases", correspondiendo al pliego absolutorio, otorgar legalidad a las bases respecto de la observación o aclaración requerida.

En este sentido, el cuestionamiento es por incumplimiento de la normativa de contrataciones o de cualquier otra norma vinculada a ella, perspectiva desde la cual las observaciones requieren una mayor rigurosidad jurídica tanto en la formulación como en su absolución, y al igual que en las consultas, el acogimiento o rechazo de estas debe estar debidamente fundamentado.

Al poseer esta condición jurídica, el postor-observante tiene la obligación de que su solicitud de emisión de pronunciamiento cumpla con susten-

tar y especificar la vulneración de la normativa de contratación pública u otras normas conexas

Las observaciones tienen como fundamento jurídico-procesal, en lo sustancial, el mantenimiento de la doble instancia y la necesidad de brindar seguridad jurídica a los participantes en los procedimientos de selección. Asimismo, la decisión que respecto de ellas adopte es irrevisable (Resolución N.° 1446/2007/TC-S4).

Al igual que en el caso de las consultas, la nueva normativa ha mantenido el espíritu de la anterior, tal como se puede apreciar en el numeral 66.3 del RLGCP, en el que se indica que mediante las observaciones los participantes comunican de manera fundamentada los supuestos incumplimientos a la normativa de contrataciones públicas u otras normas complementarias o conexas que tuvieran relación con el objeto de la contratación.

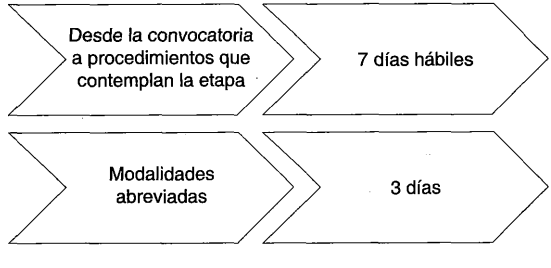
3.2. El trámite de las consultas y observaciones en el RLGCP

Los artículos 66 y 67 del RLGCP regulan lo referente al trámite de las consultas y observaciones en los procedimientos de selección, correspondiendo al primero establecer el marco general, y al segundo el trámite de elevación de estas.

3.2.1. ¿Quiénes pueden formular consultas y observaciones?

El numeral 66.1 indica que los participantes pueden formular consultas y/u observaciones a las bases en los procedimientos de selección que contemplen dicha etapa, a través de la Pladicop, en un plazo no menor a 7 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la convocatoria.

En las modalidades abreviadas este plazo es no menor a 3 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la convocatoria.



3.2.2. El pliego de absolución de consultas y observaciones

En numeral 66.4 indica que el oficial de compra o el comité o la DEC, en coordinación con el jurado, según corresponda, elabora el pliego de absolución de consultas y observaciones. Cuando se trata de las observaciones se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen, con el sustento respectivo.

En cuanto al sustento, que es la motivación, se ha establecido, respecto de las observaciones, que corresponde en la respuesta detallar "[...] el análisis que la sustenta, así como el argumento desarrollado para desvirtuar o confirmar la transgresión normativa identificada por el proveedor [...]" (Pronunciamiento N.° 626-2017/OSCE-DGR); criterio que se precisó indicando que en la absolución deberá detallarse el análisis "respecto a las consultas y observaciones recibidas así como la precisión exacta de lo que se incorporará en las bases integradas" (Pronunciamiento 612-2017/OSCE-DGR).

Por otro lado, y en relación con el tema de la absolución, tenemos que esta no sigue un orden arbitrario, ya que deben absolverse "de manera correlativa en función del orden de los acápites de las bases a los que se refieren dichas consultas y/u observaciones, con independencia del participante que las haya presentado" (Pronunciamiento N.° 652-2017/OSCE-DGR).

El referido pliego se publica en la Pladicop con las bases integradas, las cuales contienen las modificaciones o precisiones formuladas y se constituyen en las reglas definitivas del procedimiento.

3.2.3. Modificación de las bases debido a las consultas y observaciones

Esta etapa no era la oportunidad "[...] para introducir nuevos criterios de evaluación" (Pronunciamientos N.° 215-2017/OSCE-DGR y N.° 370-2017/OSCE-DGR), apreciación que también es recogida por la doctrina, donde se refiere que la aclaración y su respuesta "[...] no pueden erigirse en vehículo para introducir cambios en las condiciones fijadas en el pliego, sino que deben comportar verdaderas precisiones sobre puntos oscuros o no del todo determinados de cláusulas de aquel" (De la Riva, 2014, p. 752), en razón del objeto de cada una de ella.

En esta línea, sobre las consultas se estableció que "[...] las respuestas que se proporcionen en la etapa de consultas en modo alguno pueden desnaturalizar el objetivo de la convocatoria, ni su congruencias con los requisitos o condiciones establecidas en las bases o en la normativa de la materia [...] las precisiones [...] no deben resultar desproporcionadas ni incongruen-

tes con el objeto de la convocatoria [...] en todo caso, entre dos o más interpretaciones, debe optarse por aquella que sea coherente con el objeto del proceso y los principios que rigen la contratación pública, así como con el conjunto de respuestas efectuadas por el comité [...] no debe confundirse el texto de la consulta con el sentido de la respuesta brindada por el comité [...]" (Resolución N.° 727/2005/TC-SU).

Normativamente, tenemos que el numeral 66.5 establece que, si como resultado de una consulta u observación corresponde precisar o ajustar el requerimiento, el trámite a seguir es el siguiente:

- El oficial de compra, el comité o la DEC, en coordinación con el jurado, realiza las propuestas de modificaciones que corresponda y solicita al área usuaria su no objeción.
- En caso el área usuaria objete la modificación del requerimiento de manera sustentada, indicando que esta no satisface su necesidad, los evaluadores pueden optar por modificar el requerimiento conforme lo solicitado por el área usuaria, o devolver el expediente de contratación a la DEC a fin de que se evalúe la nulidad del procedimiento de selección por no satisfacer la necesidad de la entidad contratante y, por ende, su finalidad pública.
- En el caso de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, en caso la modificación del requerimiento como producto de las consultas u observaciones implique el replanteo del expediente técnico, los evaluadores remiten la consulta u observación al órgano encargado de la elaboración, aprobación o conformidad de los expedientes técnicos en la entidad contratante, para su opinión técnica, previo a realizar cualquier modificación o solicitar la no objeción del área usuaria.

3.2.4. Divergencia entre el pliego y las bases integradas

El numeral 66.6 del RLGCP establece que, cuando exista divergencia entre lo indicado en el pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas, prevalece lo absuelto en el referido pliego.

3.2.5. Cuando no se formulan consultas, ni observaciones

En la legislación derogada se indicaba que, al no haber consultas, ni observaciones, no se podían modificar las bases, quedándose como estaban originalmente presentadas (Resolución N.° 2026-2007-TC-S1), disposición que ha sido precisada en la nueva normativa. Así, el numeral 66.7 del RLGCP indica que cuando no se formulen consultas ni observaciones dentro del plazo establecido en las bases, la entidad contratante puede modificar el cronograma de las demás etapas del procedimiento de selección e integrar las bases al día siguiente de concluido dicho plazo, siempre que se cumplan los plazos mínimos entre la convocatoria y la presentación ofertas establecidos en el artículo 64 del RLGCP (22 días hábiles).

3.2.6. La elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas

La elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones viene de las distintas normas derogadas, lo nuevo es que se incorpora a las bases integradas, tal como consta en el numeral 67.1 del RLGCP el que establece que en los procedimientos de selección que permiten cuestionar el pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas, estos pueden ser elevados por la entidad contratante al OECE a través de la Pladicop.

En todos los casos, los cuestionamientos que motivan el pedido de elevación se sustentan en supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones públicas, a los principios que la rigen u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación, con lo que el espectro es amplio.

Un aspecto relevante es el establecido en el numeral 67.6, el que abre la posibilidad de omitir esta etapa en caso en la interacción con el mercado se haya utilizado la herramienta correspondiente a la difusión del requerimiento.

En cuanto al trámite en los procedimientos de selección que contemplen la posibilidad de elevar el pliego de absolución de consultas y observaciones y la integración de bases ante el OECE tenemos que el numeral 67.2 y siguientes, establecen las siguientes reglas:

- Los cuestionamientos son presentados por los proveedores en el plazo de 3 días hábiles siguientes a la publicación del pliego de absolución de consultas y observaciones y la integración de bases en la mencionada plataforma, cumpliendo los requisitos establecidos por el OECE mediante directiva.
- Dentro de los 4 días hábiles de vencido el plazo para solicitar la elevación indicada en el numeral anterior, y siempre que esta se haya producido, la entidad contratante registra en la Pladicop los cuestionamientos y la documentación requerida, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en la directiva de alcance general emitida por el OECE.
- El pronunciamiento sobre elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones y/o a las bases integradas, constituye un servicio prestado en exclusividad y se encuentra sujeto al pago del costo previsto en el TUPA del OECE.
- El pronunciamiento que emite el OECE a través de la Pladicop se encuentra motivado e incluye la revisión de oficio de los aspectos trascendentes de las bases y realiza la integración definitiva. El OECE puede solicitar a las entidades contratantes información adicional para la emisión del pronunciamiento.
- El plazo para notificar el pronunciamiento con la integración definitiva es de 10 días hábiles, contabilizados desde el día hábil siguiente que la entidad contratante efectúa el registro de la elevación en la Pladicop o desde el día hábil siguiente de recibida la información solicitada.

Acorde con la naturaleza jurídica de las bases, en el numeral 67.5 indica que no cabe interposición de recurso administrativo alguno respecto del pronunciamiento emitido por el OECE, siendo de obligatorio cumplimiento para la entidad contratante, los participantes y postores del procedimiento de selección.

Sobre este aspectos, debe tenerse presente la Directiva N.° 003-2025-OECE-CD, referida a la presentación de la solicitud de elevación de cuestionamientos, emisión de pronunciamientos e integración definitiva de las bases, la que tiene como objetivo establecer disposiciones para presentar la solicitud de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas en los procedimientos de selección que permiten cuestionarlos, así como la documentación que la entidad contratante presenta al OECE para la emisión del pronunciamiento.

3.3. La oferta

La oferta constituye una declaración de voluntad que tiene por fin inmediato "establecer, crear y modificar relaciones jurídicas" entre el postor proponente y la Administración, así como con los demás postores oferentes, siendo un procedimiento reglado que comprende actos que involucran tanto al postor como a la entidad. Se articulan a la oferta, el acto de presentación, recepción y apertura, subsanación, admisión y rechazo, los cuales pueden ser impugnados por el postor que considere que ha sido agraviado por alguna decisión del comité de selección (Dromi, 2004, pp. 521 y 522).

Este es un acto que se encuentra en la esfera del participante que, mediante ella, se convertirá en postor, marcando con ello una fase esencial en el procedimiento de selección. En cuanto a la oferta, y al vínculo entre esta y el contratista, en el Pronunciamiento N.° 393-2017/OSCE-DGR se estableció que lo ofertado en la etapa de postor obligaba, al luego contratista, a respetar los términos de esta, siendo que actuar en contrario significaba vulnerar "[...] los principios de Transparencia, Igualdad de trato, y competencia [...] sin embargo, existen supuestos de excepción que no son imputables al contratista" (Pronunciamiento N.° 393-2017/OSCE-DGR).

En relación con su alcance, se ha establecido que estas debían ser completas, por lo que correspondía formularse de tal manera "[...] que contengan lo necesario para la configuración del contrato [...]" (Resolución N.° 2055-2007/TC-S4); criterio también establecido en la Resolución N.° 009-2011-TC-S2, donde se precisó que debía tenerse presente que lo consignado en las propuestas "[...] busca una plena vinculación del mismo con aquello que oferta, mediante su aceptación y responsabilidad de todos

y cada uno de los documentos que presenta en su propuesta integral; por ello, resulta sumamente importante tener en cuenta que las declaraciones formuladas por estos resultan ser un medio que busca mantener la seguridad jurídica y en consecuencia, permitir a la entidad tener la certeza de la voluntad de obligarse del postor con una determinada oferta" (Resolución N.° 009-2011-TC-S2).

En cuanto a los diversos aspectos que comprende la oferta, tenemos:

> [...] la congruencia de la información presentada en una oferta alcanza a todos los documentos que la conforman, toda vez que, por el hecho de formar parte de esta, debe ser objeto de revisión integral o conjunta por parte del comité de selección; debiéndose precisar que, lo que se busca, es que la información comprendida en la oferta sea congruente entre sí, debiendo ser objeto de revisión integral todos los documentos que la conforman (Resolución N.° 4022-2021-TCE-S4).

3.3.1. Características de la oferta

En relación con ella, a lo largo de los años se han establecido algunos criterios básicos a seguir tanto por los postores como por la entidad.

i) **Deben ser autónomas, completas y suficientes.** Sobre el particular, se indica que ellas deben reflejar "de manera manifiesta, precisa y directa la voluntad del proponente de obligarse frente a la entidad de ejecutar a cabalidad las prestaciones a su cargo" (Resolución N.° 435/2004/TC-SU).

ii) **Deben ser serias, firmes, concretas y determinadas** y no contener cláusulas condicionales ni contradictorias (Resolución N.° 465/2004/TC-SU).

iii) **Deben pasar primero "el tamiz de la observancia de los requerimientos de cumplimiento obligatorio y, en segundo lugar, son sometidas a la aplicación de los factores de** evaluación consignados en las bases" (Pronunciamiento N.° 147-2003, GTN).

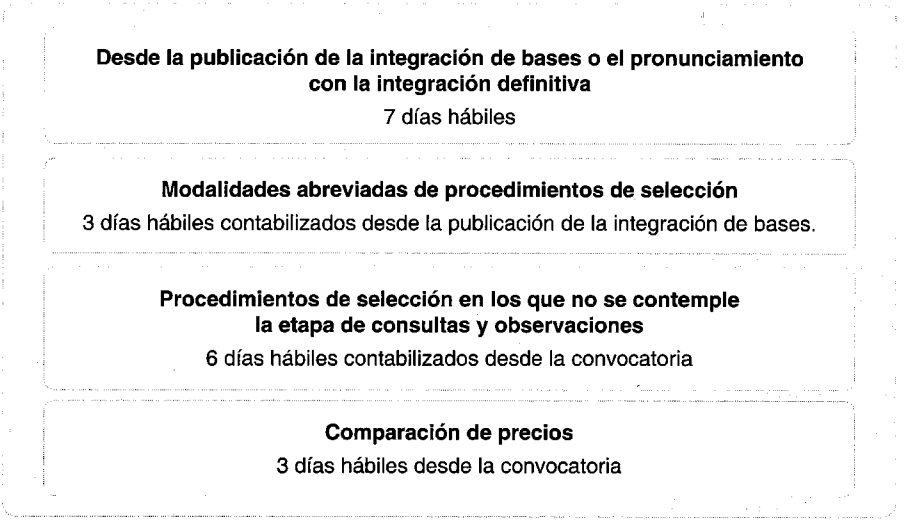
iv) **La formulación y presentación de las propuestas son de entera y exclusiva responsabilidad de cada Postor**, "por lo que las consecuencias de cualquier deficiencia o defecto en su elaboración, que impida que la propuesta se ajuste a las bases, deben ser asumidos por aquel" (Resolución N.° 411-2008-TC-S1).

Un aspecto importante de esta es el idioma en que se debe presentar. En un mundo globalizado, y en un escenario donde operan los TLC y otros, el idioma de los documentos y la formalidad deviene en relevante.

3.3.2. Presentación de las ofertas en la LGCP

El artículo 68 del RLGCP regula la presentación de la oferta en los procedimientos de selección, indicando que esta se realiza a través de la Pladicop en un plazo no menor de 7 días hábiles contabilizados desde la publicación de la integración de bases o el pronunciamiento con la integración definitiva de bases por parte del OECE, según corresponda, salvo en las modalidades abreviadas de procedimientos de selección, en cuyo caso el plazo de presentación de ofertas es no menor de 3 días hábiles contabilizados desde la publicación de la integración de bases.

Por su parte, el numeral 68.2 establece que en los procedimientos de selección en los que no se contemple la etapa de consultas y observaciones, la presentación de ofertas se realiza en un plazo no menor de 6 días hábiles contabilizados desde la convocatoria, salvo en el caso de la comparación de precios, en cuyo caso se puede establecer un plazo no menor de 3 días hábiles desde la convocatoria.



3.3.3. Contenido de las ofertas

El artículo 69 del RLGCP establece las siguientes reglas para el contenido de las ofertas, distinguiendo entre ofertas técnicas y económicas, y estableciendo el contenido mínimo para ser admitidas:

i) Las ofertas técnicas

- Acreditación de la representación de quien suscribe la oferta.
- Pacto de integridad[219] durante el procedimiento de selección, conforme al formato aprobado en las bases estándar, el que es de antigua data, ya que fue incorporado en la Ley N.° 26850 tomándolo de las Normas Técnicas de Control de la CGR.
- Declaración jurada declarando que:
  (i) Es responsable de la veracidad de los documentos e información de la oferta, y
  (ii) No encontrarse impedido para contratar con el Estado, de acuerdo con el artículo 33 de la LGCP, conforme al formato aprobado en las bases estándar.

- Promesa de consorcio con firmas electrónicas, o en su defecto, firmas legalizadas, de ser el caso, en la que se consigne los integrantes, el representante común, el domicilio común y las obligaciones a las que se compromete cada uno de los integrantes del consorcio, así como el porcentaje equivalente a dichas obligaciones.

  Los integrantes de un consorcio no pueden presentar ofertas individuales ni conformar más de un consorcio en un procedimiento de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procedimientos de selección según relación de ítems.

El numeral 69.2 agrega que adicionalmente, las ofertas técnicas contienen la documentación que acredita el cumplimiento de los requisitos de calificación y aquella que sustenta el otorgamiento de puntaje conforme a los factores de evaluación, cuando esta no obre en la FUP. Asimismo, puede contener documentación que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas, de haberse determinado así en la estrategia de contratación.

ii) La oferta económica. Los numerales 69.3 y 69.4 regulan la oferta económica, estableciendo para tal efecto las siguientes reglas:

- La oferta económica y sus subtotales se expresan en dos decimales y todos sus valores desagregados pueden ser expresados con más de dos decimales.

219 El reglamento lo define como "el compromiso formal que suscribe el proveedor en el que se compromete a mantener un comportamiento probo y transparente durante el proceso de contratación, así como a la aceptación de acciones de debida diligencia, apertura a procesos de veeduría, transparencia, y el uso de mecanismos de prevención y denuncia de prácticas antiéticas y corruptas. Su incumplimiento puede generar el inicio de acciones legales por parte de la entidad contratante".

- La oferta económica incluye todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio en general, consultoría u obra a contratar.
- Los postores que gocen de alguna exoneración legal tributaria no incluyen en su oferta los tributos respectivos.

iii) **El idioma.** El numeral 69.5 trata el tema del idioma en que se deben presentar las ofertas, indicando que los documentos que presentan los participantes en la fase de selección, incluyendo las ofertas, son presentadas en idioma español o con la respectiva traducción por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentada en el idioma original.

3.4. Evaluación de las ofertas: tipos

El artículo 70 del RLGCP establece en su numeral 70.1 que la evaluación de la oferta puede ser sin precalificación y con precalificación, dependiendo del procedimiento de selección.

3.4.1. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección sin precalificación

- Respecto de este tipo de calificación el citado numeral indica que en esta las ofertas se presentan en una sola fase, que a su vez se subdivide en:
- Admisión de las ofertas.
- Revisión de los requisitos de calificación.
- Evaluación técnica.
- Evaluación económica.

3.4.2. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección con precalificación

En los procedimientos de selección con precalificación la evaluación de las ofertas se realiza, de acuerdo con lo establecido en el numeral 70.3, conforme al siguiente trámite:

a) Fase inicial

Presentación de ofertas de precalificación, las cuales incluyen la documentación para la admisión de ofertas y aquella correspondiente a los requisitos de calificación.

b) Fase de precalificación

Presentación de ofertas definitivas por parte de los postores precalificados en la fase inicial, respecto de las cuales se realiza la evaluación técnica y la evaluación económica.

Se indica que esta fase puede contener una subetapa de:

i) negociación; o

ii) diálogo competitivo, en las cuales se presentan ofertas preliminares antes de presentar las ofertas definitivas.

En relación con este extremo, en el numeral 70.4 se indica que, en la evaluación con precalificación, luego de revisar la oferta de precalificación presentada por los postores, los evaluadores determinan los postores precalificados que pasan a la siguiente fase, publicando los resultados en la Pladicop, los cuales son invitados a presentar sus ofertas definitivas. En caso se haya previsto una fase de diálogo competitivo o negociación, se les invita a participar de la referida fase.

3.4.3. Admisión de las ofertas

El artículo 71 del RLGCP establece que la admisión de las ofertas consiste en la verificación de los documentos mínimos señalados en el numeral 69.1 del artículo 69 del RLGCP referido al contenido de las ofertas.

3.4.4. La subsanación de las ofertas

Tema relevante en el día a día de los procedimientos de selección y que ha sido tratado en las distintas normas de contrataciones derogadas, por lo que existe un conjunto de criterios establecidos en su momento por el Consucode, y luego por el OSCE.

Al respecto, tenemos que desde una perspectiva doctrinaria la instrumentalización de esta posibilidad generaría el conflicto entre los principios de igualdad y concurrencia, la misma que se exteriorizaría en que, por un lado, la igualdad, "[...] reclama un mayor rigorismo en lo que hace a la exigencia de los recaudos formales preestablecidos"; mientras que por el otro, en el de la concurrencia, "[...] la autorización a subsanar favorece la mayor

concurrencia y la puja sobre la base de la comparación de los aspectos verdaderamente relevantes de las distintas ofertas presentadas" (De la Riva, 2014, p. 766).

Desde la perspectiva procedimental, tenemos que los meros defectos formales "que no afectan sustancialmente la validez de la oferta, no producen su rechazo", pudiendo la entidad "emplazar al oferente para que perentoriamente los subsane bajo apercibimiento de rechazo o desestimación" (Dromi, 1995, p. 369).

En cuanto a los errores ortográficos, en la Resolución N.° 4502-2021-TCE-S4 se estableció que entre los errores por faltas ortográficas y de digitación se encuentran:

ERRORES ORTOGRÁFICOS	ERRORES DE DIGITACIÓN
• La omisión de reglas ortográficas.	• Duplicidad de letras o palabras
• Diéresis.	• Supresión de letras o palabras
• Acentuación.	• Alteración o distorsión de palabras
• Puntuación.	• Errores de transcripción, y errores de la misma naturaleza

En este contexto, de acuerdo con la Opinión N.° 067-2018/DTN, para que un error ortográfico o de digitación sea susceptible de subsanación "[...] debe ser manifiesto e indubitable, es decir que no debe generar ningún tipo de duda o cuestionamiento [...]".

a) Criterios del Tribunal respecto de la subsanación de ofertas

En el contexto de este margen de discrecionalidad, a lo largo del tiempo se han formulado algunos criterios que han abordado aspectos específicos de la subsanación.

i) **Firma y rúbrica.** El TCP estableció la diferencia entre firma y rúbrica, indicando que estas "[...] constituyen actos de distinta naturaleza, pues esta última es el visado que los postores se encuentran obligados a consignar en toda la oferta, mientras que la firma constituye la expresión de la manifestación de voluntad del representante legal del oferente que debe constar en cada declaración jurada [...]" (Resolución N.° 2377-2019-TCE-S2).

ii) **Documentos que dan fe pública.** En la Opinión N.° 151-2019/DTN se determinó que "[...] solo puede ser subsanada la omisión de documentos que poseen la calidad de dar fe pública de una

situación, condición o calidad respecto del presentante [...] siempre que sean emitidos por entidad pública o un privado ejerciendo función pública. No es posible subsanar la omisión de otro tipo de documentos" (Opinión N.° 151-2019/DTN).

iii) **Error material o formal.** En la Opinión N.° 122-2020/DTN se indicó que, si bien la normativa no había definido "[...] qué debe entenderse por un error "material" o "formal", puede considerarse que el "error material" es aquel "atribuible no a la manifestación de voluntad o razonamiento contenido en el acto, sino al soporte material que lo contiene" (Morón Urbina, 2018, p. 145) y que no altera lo sustancial del contenido ni el sentido de tal acto, mientras que, el error formal[220] es aquel referido, precisamente, a formalidades que no inciden en el contenido esencial o alcance de la oferta" (Opinión N.° 122-2020/DTN).

3.4.5. La subsanación de ofertas en el RLGCP

La subsanación de ofertas se encuentra regulada en el artículo 78 del RLGCP, en el que se establece como regla general que, durante el desarrollo de la fase de selección, los evaluadores pueden solicitar a cualquier postor que subsane alguna omisión o corrija algún error material o formal de los documentos presentados en la precalificación y/o presentación de ofertas, siempre que no alteren su contenido esencial, respetando el principio de igualdad de trato. Esta subsanación es preclusiva a cada etapa y se realiza a través de la Pladicop.

- **¿Qué se puede subsanar en las ofertas?**

Al respecto, el numeral 78.2 indica que son subsanables:

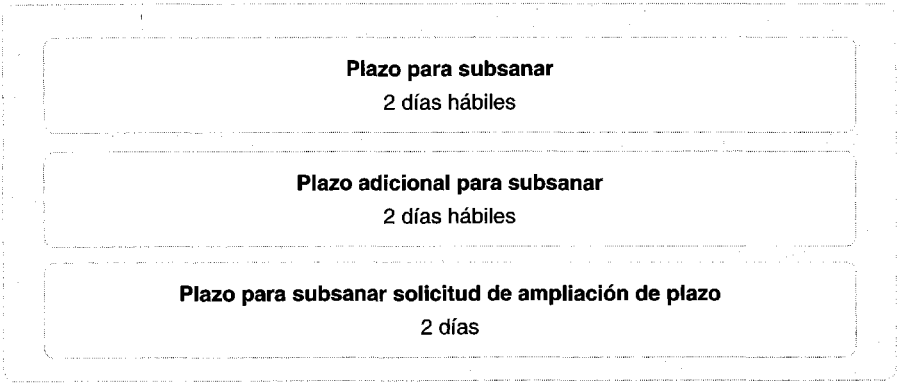
- Los documentos emitidos por entidades públicas o privadas ejerciendo función pública, o la omisión de su presentación, siempre que hayan sido emitidos con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de ofertas, tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias, certificaciones y/o documentos que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga.
- En las modalidades de pago a precios unitarios, esquema mixto, pago por consumo y tarifas, cuando se advierta errores aritméticos, corresponde su corrección a los evaluadores, debiendo constar dicha rectificación en el acta respectiva; dicha corrección no implica la variación de los precios unitarios ofertados.

220 Según el Diccionario de la lengua española, 23.a ed., la palabra "formal", en su primera acepción, significa "perteneciente o relativo a la forma, por contraposición a esencial"; asimismo, en su segunda acepción, significa "que tiene formalidad". http://dle.rae.es/?id=lF5edRF

- **¿Puede otorgarse plazo adicional para subsanar?**

En el numeral 78.4 se establece que, cuando se requiera subsanación, la oferta continúa vigente para todo efecto, a condición de la efectiva subsanación dentro el plazo de 2 días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la notificación al postor, pudiendo la entidad contratante otorgar al postor un plazo adicional de 2 días hábiles para la subsanación pertinente a solicitud del postor.

La solicitud de ampliación de plazo se otorga en un plazo no mayor de 2 días hábiles de recibida, caso contrario se considera autorizada.



4. ACCESO A LA INFORMACIÓN

En los procedimientos de selección un tema relevante es el del acceso a la información, el que efectivamente constituye un derecho del administrado, pero, a la vez, se puede convertir en un riesgo para el propio procedimiento, tema sobre el cual el artículo 79 del RLGCP establece las siguientes reglas:

- Durante la evaluación de las ofertas no se da a conocer información alguna acerca del análisis, subsanación y evaluación de las ofertas hasta que se haya publicado el otorgamiento de la buena pro.
- Una vez otorgada la buena pro, la DEC está en la obligación de permitir el acceso de los participantes y postores al expediente de contratación, salvo la información calificada como secreta, confidencial o reservada por la normativa de la materia, así como aquella correspondiente a las ofertas que no fueron admitidas, a más tardar dentro del día hábil siguiente de haberse solicitado por escrito.

5. LA DECLARATORIA DE DESIERTO

La declaratoria de desierto se encuentra regulada en los artículos 56 de la LGCP y 84 del RLGCP, siendo una figura que viene de las normativas anteriores, por lo que existe criterios establecidos respecto de ella por las distintas instancias del fenecido OSCE.

En la Opinión N.° 052-2019/DTN se estableció que la declaratoria de desierto no implicaba el fin del procedimiento de selección, sino que la decisión conllevaba la justificación y evaluación de los hechos que condujeron a tal situación, para lo que se debía elaborar un Informe donde se consignen "[...] las razones que impidieron la conclusión de dicho procedimiento de selección, a efectos de adoptar las medidas correctivas que resulten pertinentes para realizar su siguiente convocatoria" (Opinión N.° 052-2019/DTN).

En cuanto al informe, el que se mantiene en la actual normativa, tenemos que este se enmarca en la necesidad de adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente, lo que podría implicar una modificación de las bases, que a su vez involucra el reinicio del trámite de aprobación de estas (Pronunciamiento N.° 142-2005/DTN); esta es una exigencia de cumplimiento obligatorio que tiene como objetivo afinar las bases donde corresponda.

5.1. ¿Cuándo se declara desierto un procedimiento de selección?

El numeral 56.1 del artículo 56 de la LGCP establece el marco general de la declaratoria de desierto de los procedimientos de selección, indicando que estos quedan desiertos cuando no se valide ninguna oferta, estableciendo a la vez la singularidad de la declaración de desierto, en la comparación de precios y la subasta inversa electrónica, remitiendo al reglamento el desarrollo de esta disposición.

En este orden, el artículo 84 del RLGCP precisa la situación en que un procedimiento de selección queda desierto total o parcialmente, destacando las siguientes situaciones:

- Cuando no se reciban ofertas; o
- Cuando no exista ninguna oferta válida; o
- Cuando no se perfeccione el contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 del RLGCP, que se refiere a los supuestos de no perfeccionamiento.

5.2. La declaratoria de desierto en los procedimientos según relación de ítems

El numeral 84.2 establece que en este caso la entidad contratante puede declarar desierto uno o más ítems cuando no se admita ninguna oferta, y continuar con las acciones siguientes para continuar la siguiente convocatoria de dichos ítems, independientemente del estado de los demás ítems.

5.3. Declaratoria de desierto de seguros patrimoniales

En la Séptima Disposición Complementaria Final del RLGCP, se establece que cuando se declare desierto el procedimiento de selección convocado para la contratación de seguros patrimoniales y se opte por utilizar el mecanismo regulado en el literal n) del numeral 7.1 del artículo 7 de la LGCP[221], referido a la contratación con proveedores no domiciliados en el país, la entidad contratante verifica que la empresa de seguros a contratar cumpla con los siguientes requisitos:

- Encontrarse legalmente constituida en un Estado que cuente con una clasificación de riesgo con grado de inversión.
- Encontrarse bajo la supervisión de la autoridad competente en el país de su constitución.
- Contar con autorización de la autoridad competente en el país de su constitución para asegurar riesgos contratados desde el extranjero, incluyendo la cobertura del riesgo que contrata con la entidad contratante.
- No tener impedimento legal para pagar, en moneda de libre convertibilidad, las obligaciones que resulten del contrato de seguro que suscribe con la entidad contratante, lo que es acreditado por la autoridad competente en el país de su constitución.
- Acreditar que en su país de origen no existen restricciones gubernamentales o legales para la libre transferencia de recursos para fines del pago de las obligaciones que resulten del contrato de seguro.
- Contar con una clasificación de riesgo vigente otorgada por una empresa clasificadora de riesgo debidamente autorizada por la autoridad competente en el país de su constitución. La clasificación no tiene una antigüedad mayor a doce (12) meses a la fecha en la que se realiza la contratación y la categoría resultante de la misma asegura la fortaleza financiera necesaria para garantizar el pago de las obligaciones que resulten del contrato de seguro.

221 Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país, cuando se cumpla uno de los siguientes supuestos: ante la imposibilidad de realizar la contratación a través de los mecanismos de contratación o los procedimientos de selección de la presente ley; cuando el mayor valor de las prestaciones se realice en territorio extranjero; y para las contrataciones relacionadas a actividades de promoción y participación del Perú que tengan carácter oficial en ferias, cumbres, competiciones y similares, en materia comercial, de inversiones, exportaciones, turismo, así como de imagen país, en territorio extranjero. Los supuestos señalados precedentemente se sustentan con informe técnico y legal.

5.4. Las acciones a seguir luego de la declaratoria de desierto y hasta antes de la siguiente convocatoria

Al respecto, el numeral 84.3 establece que, posteriormente a la publicación de la declaratoria de desierto y previo a la siguiente convocatoria, se realizan las siguientes acciones:

- Los evaluadores remiten a la DEC y al funcionario o servidor que aprobó el expediente de contratación un informe en el que identifiquen las causas que no permitieron el otorgamiento de la buena pro en el procedimiento de selección, que es registrado en la Pladicop.
- En caso se determine que la causa del desierto se encuentra relacionada con el requerimiento, la DEC informa de ello al área usuaria para que modifique el requerimiento o realiza las modificaciones correspondientes y los remite al área usuaria para su no objeción.
- En caso no se haya presentado ninguna oferta, este informe es realizado por la DEC y remitido al funcionario o servidor que tiene facultades para aprobar los expedientes de contratación en la entidad contratante, debiendo proponer las modificaciones a la estrategia de contratación o al requerimiento según corresponda.

5.5. La declaratoria de desierto en las modalidades abreviadas

El numeral 84.4 indica que las siguientes convocatorias de los procedimientos de selección que se realicen mediante las modalidades abreviadas consideran el mismo tipo de evaluador del procedimiento original, y se rigen conforme las disposiciones específicas señaladas en las bases estándar para estos.

6. LA CANCELACIÓN

En la Opinión N.° 060-2023/DTN se estableció que la cancelación del procedimiento de selección no era "[...] una actuación que requiera, necesariamente, de una solicitud o de alguna actuación del área usuaria de la contratación[...]" (Opinión N.° 060-2023/DTN).

La cancelación del procedimiento de selección se encuentra regulada en los artículos 57 de la LGCP y en el 85 del RLGCP, estableciendo el primero de ellos que la entidad contratante puede cancelar el procedimiento de selección en cualquier momento previo a la adjudicación de la buena pro basada en:

- **Razones de fuerza mayor o de caso fortuito.**

  El caso fortuito se refiere a los acontecimientos que provienen de la naturaleza, en tanto que la fuerza mayor es atribuida a los que provienen del hombre, en ambos casos la característica común es que el acontecimiento se encuentra fuera de la voluntad y del control

de las partes contratantes, por lo que no pueden ser susceptibles de disposición por parte de los coestipulantes (entidad y contratista) (Pronunciamiento N.° 023-2001, GTN).

- **Cuando desaparezca la necesidad de contratar.**

  En relación con esta causal, en la Opinión N.° 030-2010/DTN, se estableció que antes de otorgada la buena pro, la necesidad "[...] varía (en cantidad u otros aspectos) al punto de convertir en innecesaria la contratación en las condiciones previstas originalmente, podría afirmarse que la necesidad original ha desaparecido y, por lo tanto, estaríamos ante uno de los supuestos de cancelación [...]" (Opinión N.° 030-2010/DTN).

- Cuando en persistencia de dicha necesidad, el presupuesto inicialmente asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad.

  Al respecto, se indicó que la causal de falta de presupuesto "[...] no impide que, al advertir la existencia de una nueva necesidad, en el mismo periodo fiscal, dicha entidad pueda convocar la contratación de un nuevo requerimiento cuyas condiciones contractuales difieran respecto del requerimiento que no se contrató, dado que constituye un objeto contractual distinto, independientemente de la denominación del procedimiento de selección" (Opinión N.° 052-2019/DTN).

6.1. Procedimiento y responsabilidad

Comprobada la desaparición de la necesidad, la entidad notifica mediante resolución las razones por las cuales se cancela el procedimiento de selección. La resolución se notifica a través de la Pladicop.

Finalmente, el numeral 85.3 establece que la entidad contratante no incurre en responsabilidad por el solo hecho de actuar de conformidad con el presente artículo, respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas.

7. NULIDAD DE PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Respecto a la nulidad del acto administrativo, la Resolución N.° 1187-2011-TC-S2 estableció: "[...] la nulidad en sede administrativa y judicial resulta ser siempre una decisión *in extremis*, es decir, que, si existe la posibilidad de 'salvar' el acto procesal viciado, se deberá preferir por la conservación del mismo, siempre y cuando, nos encontremos frente a uno de los llamados vicios subsanables" (Resolución N.° 1187-2011-TC-S2); siendo

por ello de carácter excepcional, "[...] pues con ella se intenta asegurar el equilibrio necesario entre el principio de seguridad jurídica, que postula a favor del mantenimiento de los derechos ya declarados, y el principio de legalidad que exige depurar las infracciones del ordenamiento jurídico" (Resolución N.° 1108-2017-TCE-S3).

En esta misma línea, en el Pronunciamiento N.° 588-2019/OSCE-DGR, se indicó que esta se aplica "[...] como una herramienta o mecanismo para sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera enturbiar la contratación que se pretenda efectuar; lo cual implicaría corregir aquellas deficiencias que podrían alterar las etapas del procedimiento o el resultado del mismo" (Pronunciamiento 588-2019/OSCE-DGR), siendo su finalidad, de acuerdo con lo establecido en la Resolución N.° 2334-2019-TCE-S3, el "[...] proporcionar a las entidades una herramienta lícita que permita sanear el procedimiento de selección de cualquier irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un procedimiento transparente y con todas las garantías previstas en la normativa de contrataciones" (Resolución N.° 2334-2019/OSCE-DGR).

7.1. La nulidad de los actos procedimentales

El artículo 70 de la LGCP regula los diversos aspectos de la nulidad de los actos procedimentales, estableciendo que procede en los siguientes supuestos:

- Cuando hayan sido dictados por órgano incompetente.
- Cuando contravengan las normas legales.
- Cuando contengan un imposible jurídico.
- Cuando prescindan de las normas esenciales del procedimiento.
- Cuando prescindan de la forma prescrita por la normativa aplicable, solo cuando esta sea insubsanable.

7.2. ¿Quiénes pueden declarar la nulidad?

La nulidad puede ser declarada por el TCP y por la autoridad de gestión administrativa en los términos siguientes:

7.2.1. El TCP

Solo en los casos que conozca por interposición de recurso de apelación, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.

7.2.2. La autoridad de gestión administrativa

La autoridad de gestión administrativa puede declarar la nulidad de oficio en cualquiera de las siguientes 3 situaciones:

i) Declara de oficio **hasta el otorgamiento de la buena pro**, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación

ii) **Luego del otorgamiento de la buena pro.** Solo puede declarar la nulidad del procedimiento de selección de configurarse alguno de los siguientes supuestos:

- Por haber advertido un vicio trascendente y que la entidad contratante que considere puede afectar la finalidad de la contratación.
- Por encontrarse el adjudicatario impedido de contratar.

iii) **De advertirse otros vicios,** la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la suscripción del contrato, previos informes técnicos y legales favorables que sustenten tal necesidad sobre la base de un análisis costo-beneficio orientado al cumplimiento de la finalidad pública del contrato y de los principios que rigen esta ley, sin perjuicio de realizar la denuncia al Tribunal para el inicio del procedimiento sancionador, de corresponder. Esta facultad es indelegable.

7.2.3. El jefe de Perú Compras

El jefe de Perú Compras es el encargado de los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.

7.3. La determinación de responsabilidades

El instrumento que dispone la declaración de nulidad determina, en caso corresponda, el inicio del deslinde de responsabilidades.

7.4. Cuando la nulidad es solicitada por alguno de los participantes o postores

En este caso, el numeral 70.4 indica que cuando la nulidad sea solicitada por alguno de los participantes o postores, bajo cualquier mecanismo distinto al recurso de apelación, esta se tramita conforme a lo establecido en el artículo 73 de la LGCP, que se refiere a la oportunidad de recurso de apelación, es decir, se le aplican las reglas de dicho recurso.

Capítulo XXVII

REQUISITOS DE CALIFICACIÓN

Evaluación de las ofertas técnicas y económicas. Disposiciones especiales para la calificación de bienes y servicios.
Los procedimientos de selección de modalidad abreviada. La bonificación.
Disposiciones especiales para la evaluación de bienes y servicios

SUMARIO: 1. Tipos de requisitos de calificación. – 1.1. Capacidad legal. – 1.2. Capacidad técnica y profesional. – 1.2.1. La experiencia y calificaciones del personal clave. – 1.2.2. Equipamiento estratégico y/o infraestructura estratégica del proveedor necesario para la ejecución del contrato. – 1.2.3. En el caso de obras y consultoría de obras. – 1.2.4. Verificación de la capacidad técnica y profesional en obras y consultoría de obras. – 1.3. Experiencia del postor en la especialidad. – 1.4. Condiciones de participación en consorcio. – 1.5. Capacidad económica en procedimientos de selección con precalificación. – 2. Evaluación de las ofertas técnicas. – 2.1. Los factores de evaluación. – 2.2. Distorsiones del método de evaluación. Criterios del tribunal. – 2.2.1. Exigencias formales y sustanciales. – 2.2.2. Exigencia indebida para la formulación de la oferta. – 2.2.3. Exigencias normativas de orden formal y material y la participación de los proveedores. – 3. Evaluación económica de la oferta. – 3.1. La determinación del puntaje de la oferta económica. – 3.1.1. Inaplicación de la fórmula a la subasta inversa. – 3.2. La determinación del puntaje total. – 3.2.1. En el caso de evaluación simultánea. – 3.2.2. Cuando la evaluación económica de las ofertas se realice de manera posterior a la evaluación técnica. – 3.3. Los coeficientes de ponderación. – 4. Los procedimientos de selección de modalidad abreviada y la bonificación a las micro y pequeñas empresas. – 5. Bonificación por domicilio en la provincia y en la provincia colindante. – 6. Disposiciones especiales para la evaluación de bienes y servicios. – 6.1. La calificación de experiencia en la especialidad en micro y pequeña empresa. – 6.2. Evaluación de las ofertas. – 6.2.1. Cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento de selección y la negociación. – 6.2.2. La forma en que se ejecuta la negociación. – 6.3. Evaluación de las ofertas económicas de servicios de operación y/o mantenimiento o de mantenimiento vial. – 6.4. Disposiciones especiales para el concurso público para la contratación de expertos o de gerentes de proyectos. – 6.5. Disposiciones especiales para el concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos. – 6.5.1. La fase de selección: el jurado. – 6.5.2. La evaluación de las ofertas técnicas.

En la Resolución N.° 1622-2018-TCE-S4, citada por el Pronunciamiento N.° 510-2019/OSCE-DGR, se distingue entre los requisitos de calificación y los documentos de admisión, siendo que el primero sirve "para verificar si los postores cuentan con capacidades necesarias para ejecutar el contrato", mientras que el segundo tiene como finalidad "acreditar el cumplimiento de las especificaciones técnicas" (Pronunciamiento N.° 510-2019/OSCE-DGR).

Pero ¿cómo se acreditan los requisitos de calificación? En la Opinión N.° 186-2016 y en la Resolución N.° 1122-2017-TCE-S3, se estableció que estos debían ser acreditados documentalmente "[...] según lo indicado en los documentos del procedimiento de selección", no pudiendo "ser acreditados mediante la presentación de una declaración jurada, toda vez que el propósito de los mismos es que el postor acredite contar con las capacidades suficientes para ejecutar las prestaciones objeto del contrato".

En la actual normativa los requisitos de calificación se encuentran establecidos en el artículo 72 del RLGCP, en cuyo numeral 72.1 se indica que estos permiten determinar si los postores cuentan con las capacidades y aptitudes para ejecutar el contrato, encontrándose establecidos en la estrategia de contratación y su cumplimiento es acreditado conforme indiquen las bases.

¿Quién revisa los requisitos de calificación?

El numeral 72.2 establece que los evaluadores revisan los requisitos de calificación de las ofertas que sean admitidas.

1. TIPOS DE REQUISITOS DE CALIFICACIÓN

El numeral 72.3 establece que los requisitos de calificación son de 5 tipos, de los cuales 3 vienen de la normativa derogada:

REQUISITOS DE EVALUACIÓN

CAPACIDAD LEGAL
CAPACIDAD TÉCNICA Y PROFESIONAL
EXPERIENCIA EN LA ESPECIALIDAD
CONDICIONES DE PARTICIPACIÓN EN CONSORCIO
CAPACIDAD ECONÓMICA

Por su parte, el numeral 72.4 refiere que las bases estándar determinan los tipos de requisitos de calificación a considerar dependiendo de la modalidad del procedimiento de selección.

1.1. Capacidad legal

Es la habilitación para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación, la misma que no debe ser confundida con inscripción en el RNP, tal como se estableció en el Pronunciamiento N.° 556-2019/OSCE-DGR en el que se precisó que esta no constituía la habilitación del proveedor para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación, criterio que estaría vinculado al consignado en la Opinión N.° 186-2016/DTN, en la refiriéndose a la habilitación de un postor, se dispuso que esta se encuentra "[...] relacionada con cierta atribución con la cual debe contar el proveedor para poder llevar a cabo la actividad materia de contratación [...]", por lo que "[...] la presentación del RNP vigente en servicios y RUC activo y habido; no constituiría la habilitación del proveedor para llevar a cabo la actividad económica materia de contratación" (Opinión N.° 186-2016/DTN).

De igual forma, se estableció también lo que no constituía requisito de habilitación, precisando que no eran los siguientes documentos "certificados de buenas prácticas de manufactura", "certificado de buenas prácticas de almacenamiento" y "certificado de buenas prácticas de distribución y transporte", por cuanto estos estaban orientados "[...] orientados a acreditar las características técnicas de los bienes, no siendo una atribución con la cual deba contar el proveedor para poder llevar a cabo la actividad materia de contratación" (Pronunciamiento N.° 698-2019/OSCE-DGR).

Por otro lado, en el Pronunciamiento N.° 225-2022/OSCE-DGR, se precisó que el requisito de la capacidad legal era exigible cuando no resultaba obligatoria "[...] para todos los casos, sino para aquellos casos en los cuales resulte necesario que el proveedor cuente con cierta atribución para poder llevar a cabo la actividad materia de contratación [...]" (Pronunciamiento N.° 225-2022/OSCE-DGR).

Normativamente, tenemos que el literal a) del numeral 72.3 del artículo 72 del RLGCP establece respecto de este requisito que la capacidad legal consiste en encontrarse apto para ejecutar la actividad económica materia de contratación, para lo cual se debe contar con las habilitaciones que corresponda conforme a la normativa que regule el objeto contractual.

1.2. Capacidad técnica y profesional

En la evaluación de esta capacidad constituye un factor importante la variable experiencia. En cuanto al tiempo, en la determinación de la experiencia del personal clave se indicó que en esta "[...] se acreditará el tiempo que tiene el personal ejecutado determinadas actividades, lo cual permitiría demostrar que este cuente con la destreza necesaria para asumir las obligaciones del puesto" (Pronunciamiento N.° 164-2022/OSCE-DGR).

En cuanto a la certificación del tiempo de experiencia, se precisó que "[...] para tener certeza sobre el tiempo de experiencia, así como sobre las funciones o cargos de una persona o profesional, resulta necesario atender a la información que brindan las entidades públicas y a aquella que es declarada por los postores en sus propuestas en el marco de un procedimiento de selección o ejecución de contrato con una entidad pública" (Resolución N.° 4492-2021-TCE-S5).

Por su parte, el literal b) del numeral 72.3 indica que la capacidad técnica y profesional comprende:

1.2.1. La experiencia y calificaciones del personal clave

En cuanto a las calificaciones del personal, tenemos que estas se encuentra vinculada a la formación académica, tema sobre el cual se ha indicado que cuando en las bases estándar se hacía referencia al nivel o grado académico, que estos eran los reconocidos "[...] por la Ley Universitaria (bachiller, maestro y doctor), no pudiendo realizarse interpretación distinta y extender el concepto de nivel o grado académico hacia capacitaciones o especializaciones", por lo que se entiende que los "diplomados", "especialización", "cursos", "masters" o "estudios concluidos de diplomados o maestrías" no se encontrarían dentro de los niveles permitidos por la normativa de contrataciones públicas" (Pronunciamientos N.° 461-2017/OSCE y N.° 659-2017/OSCE-DGR).

En esta misma línea, sobre la acreditación en la evaluación de la formación académica del personal, se estableció que esta "[...] debe ser aquella solicitada en los requisitos de calificación y evaluada en la oportunidad correspondiente a este, por lo que no es posible solicitar la acreditación de determinada formación académica distinta a la especificada en los requisitos de calificación como parte del rubro expediente técnico e información complementaria del expediente técnico" (Pronunciamiento N.° 581-2017/OSCE-DGR). Asimismo, en el Pronunciamiento N.° 657-2019/OSCE-DGR, citando las Opiniones N.° 220-2017/DTN y N.° 225-2017/DTN, se refería

que, "para el caso en que el personal propuesto tenga títulos profesionales extranjeros, deberá acreditar además con la copia simple del documento de la revalidación o del reconocimiento del título profesional otorgado en el extranjero, extendido por la autoridad competente en el Perú, conforme a la normativa especial de la materia" (Opiniones N.° 220-2017/DTN y 225-2017/DTN), citando para ello el Informe N.° 311-2019-SUNEDU-03-06, en el que se señala que, "[...] tanto en el procedimiento de efectuado por la Sunedu como en el procedimiento de revalidación u homologación efectuado por las universidad autorizadas, se mantiene la mención y/o denominación otorgada en el grado académica o título profesional original e indicada en el diploma original".

Sobre este punto, citando las Opiniones N.° 007 y 042-2019/DTN, se estableció que "el personal clave es aquel que resulta esencial para la ejecución de la prestación", correspondiendo a la entidad que convoca al procedimiento de selección "definir —en función del objeto de la contratación— cuál es la formación académica del personal clave que necesita exigir como requisito de calificación" (Pronunciamiento N.° 488-2019/OSCE-DGR).

1.2.2. Equipamiento estratégico y/o infraestructura estratégica del proveedor necesario para la ejecución del contrato

Sobre la determinación del equipamiento estratégico, tenemos que se ha establecido que en las bases debe determinarse "[...] de manera clara la relación del equipamiento considerado como estratégico, así como sus respectivas cantidades, siendo que ello deberá encontrarse acorde a lo establecido en el expediente técnico" (Pronunciamiento N.° 692-2017/OSCE-DGR), no pudiendo aceptarse equipos distintos a los establecidos como estratégicos (Pronunciamiento N.° 649-2017/OSCE-DGR).

En cuanto a la acreditación, en el Pronunciamiento N.° 637-2019/OSCE-DGR se hizo referencia a la Opinión N.° 161-2018, en la que se indicó que el postor debía "[...] acreditar que cuenta con la disponibilidad del equipamiento estratégico requerido —en iguales características y condiciones a las solicitadas por la entidad o superiores a las mínimas establecidas— para ejecutar la obra que es objeto de la convocatoria", por lo que correspondía que se le exigiera "la presentación de documentos (contenidos en la oferta) que proporcionen la certeza de que dispone del equipo idóneo para realizar las actividades inherentes al contrato" (Pronunciamiento N.° 637-2019/OSCE-DGR).

Sobre la posibilidad de ofertar características superiores prevista en las bases, se ha precisado que esta no resulta aplicable "en los casos que se

establecieron rangos, en la medida que para estos ya se determinó un límite superior y no sería coherente aceptar bienes con especificaciones que se encuentren fuera del intervalo" (Resolución N.° 0082-2020-TCE-S4).

Por otro lado, respecto de la acreditación de la infraestructura estratégica, se indicó que la normativa no había previsto que esta deba "[...] acreditarse con la licencia de funcionamiento, por cuanto en este rubro solo se requería [...] que los postores acrediten la disponibilidad de la infraestructura estratégica solicitada por la entidad a través de la presentación de copia de documentos que sustenten la propiedad, la posesión, el compromiso de compra venta o alquiler u otro documento que acredite su disponibilidad" (Pronunciamiento N.° 211-2022/OSCE-DGR).

1.2.3. En el caso de obras y consultoría de obras

La experiencia del personal clave corresponde a la especialidad y subespecialidad acorde al artículo 157 referido a la especialidad, subespecialidad y tipología de obras.

1.2.4. Verificación de la capacidad técnica y profesional en obras y consultoría de obras

Al respecto, se indica que la capacidad técnica y profesional es verificada por la DEC para la suscripción del contrato de acuerdo al literal g) del numeral 88.1 del artículo 88 del RLGCP[222], siempre que no se trate de un procedimiento con precalificación o no se hayan elegido factores de evaluación como la experiencia específica adicional o la formación adicional del personal clave, conforme a lo establecido en las bases estándar del procedimiento de selección.

1.3. EXPERIENCIA DEL POSTOR EN LA ESPECIALIDAD

La experiencia en la especialidad debe acreditarse tanto en bienes y servicios como en obras, temas respecto de los cuales la normativa y los documentos del fenecido OSCE y del TCP, han establecido pautas a seguir.

En términos conceptuales tenemos que esta es la "[...] obtenida por el postor como consecuencia de una transacción en el mercado; en otras palabras, solo puede considerarse como válida aquella experiencia que el postor haya adquirido luego de ejecutar una determinada prestación a cam-

222 g) En el caso de obras o consultoría de obras, los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional, de corresponder.

bio del precio pactado" (Opinión N.° 120-2017/DTN). Asimismo, desde la perspectiva conceptual y de alcance de la experiencia, tenemos que en el Pronunciamiento N.° 035-2003 (GTN) se estableció que se debe entender por esta "[...] el advenimiento o enseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o solo con el vivir, por lo que, consecuentemente, la experiencia del postor está referida a la práctica adquirida por este al ejecutar prestaciones similares o relacionadas con aquellas que constituyen el objeto de la convocatoria durante un determinado periodo de tiempo" (Pronunciamiento N.° 035-2003 [GTN]).

Siguiendo con la experiencia, se tiene que esta "[...] constituye un elemento fundamental en la calificación de los proveedores, debido a que les permite a las entidades determinar, de manera objetiva, la capacidad de los mismos para ejecutar las prestaciones requeridas, al comprobarse que estos han ejecutado y provisto previamente prestaciones iguales o similares a las que se requiere contratar" (Opinión N.° 120-2017/DTN).

En relación con la forma de acreditar la experiencia en la especialidad, se ha indicado que debía demostrarse "[...] el monto facturado requerido en las bases integradas, para lo cual podía presentarse el contrato y su respectiva conformidad o constancia de prestación" (Resolución N.° 4491-2021-TCE-S5).

Sobre este requisito, el literal c) del numeral 72.3 establece que este tipo de experiencia esta referida a la destreza adquirida por el postor en el desempeño de las labores consideradas iguales o similares al objeto de contratación.

En el caso de obras y consultoría de obras, dicha experiencia corresponde a la acreditada en la especialidad y subespecialidad conforme a lo dispuesto en el artículo 157 del RLGCP, referido a la especialidad, subespecialidad y tipología de obras.

Las personas jurídicas resultantes de un proceso de reorganización societaria no pueden acreditar como experiencia del postor en la especialidad que le hubiesen transmitido como parte de dicha reorganización las personas jurídicas sancionadas con inhabilitación vigente o definitiva.

En el caso de consorcios, solo se considera la experiencia de aquellos integrantes que ejecutan conjuntamente el objeto del contrato.

1.4. Condiciones de participación en consorcio

El literal d) del numeral 72.3 indica que en este requisito se aprecia el número máximo de consorciados en función de la naturaleza de la pres-

tación, porcentaje mínimo de participación de cada consorciado y/o que el integrante del consorcio que acredite mayor experiencia cumpla con un determinado porcentaje de participación.

1.5. Capacidad económica en procedimientos de selección con precalificación

El literal e) del numeral 72.3 indica que es la condición obtenida a partir de la evaluación de los antecedentes financieros que demuestre que se encuentra posibilitado para cumplir con las obligaciones contractuales.

Este requisito solo se aplica en procedimientos de selección con etapa de precalificación. Se sustenta con el volumen de ventas, estados financieros auditados u otros que establezcan las bases estándar.

2. EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS TÉCNICAS

En relación con la evaluación en general, el TCP ha destacado algo que es esencial en las contrataciones públicas, como es el hecho de que, en un procedimiento de selección, "siempre debe buscar el conseguir el bien o servicio de mayor calidad posible", para lo que se "deben establecerse ciertos criterios o factores de evaluación para que la selección final sea óptima" (Resolución N.° 618-2010-TC-S2); criterio general en el que "[...] las propuestas deben evaluarse de manera conjunta e integral", para lo que la entidad "deberá aplicar los principios y normas jurídicas de la materia, dentro de un contexto que incida en la plena satisfacción de sus necesidades en tiempo oportuno y en plena observancia de los derechos e intereses de los administrados [...]" (Resolución N.° 109-2011-TC-S4).

Desde el ámbito normativo, tenemos que el artículo 73 del RLGCP establece el marco general de la evaluación de las ofertas técnicas, estableciendo las siguientes reglas:

- Las ofertas son evaluadas de acuerdo con los factores de evaluación establecidos en las bases integradas.
- Los factores de evaluación tienen como objetivo permitir la selección de la mejor oferta, conforme al principio de valor por dinero.
- Las bases estándar aprobadas incluyen factores de evaluación obligatorios y facultativos de acuerdo con el objeto del procedimiento de selección y su modalidad, así como la ponderación correspondiente a la evaluación técnica y económica.

2.1. Los factores de evaluación

¿Tiene límite la discrecionalidad de la entidad para la determinación de los requisitos o factores de evaluación? Al respecto, se determinó que dicha potestad "[...] no es irrestricta, ya que para su determinación se debe verificar que resulten razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, no restringiendo innecesariamente la competencia, así como que se encuentren acordes con los principios que regulan la normativa de contratación pública" (Pronunciamiento N.° 468-2017/OSCE-DGR).

En cuanto al objetivo de los factores de evaluación, se estableció que esta era el de "[...] comparar y discriminar propuestas", por lo que no se podía exigir al comité de selección "elaborar factores de evaluación cuyo puntaje máximo pueda ser obtenido por la totalidad de los postores, ya que ello desnaturalizaría su función principal" (Pronunciamiento N.° 181-2022/OSCE-DGR).

¿Cuál es la finalidad de los factores de evaluación? En general, tienen como finalidad asegurar la calidad de la propuesta (Pronunciamientos N.° 035-2003 [GTN] y N.° 036-2003 [GTN]), no pudiendo ni debiendo responder "a limitaciones o condicionamientos de los proveedores existentes en el mercado local", por lo que únicamente responden "a la funcionalidad y operatividad de los bienes requeridos en relación con las necesidades que se pretende satisfacer" (Pronunciamiento N.° 068-2003 [GTN]).

La razón de la determinación de los factores de evaluación es "[...] comparar y discriminar propuestas", no pudiendo exigirse al comité de selección "elaborar factores de evaluación cuyo puntaje máximo pueda ser obtenido por la totalidad de los postores, ya que ello desnaturalizaría su función principal" (Pronunciamiento N.° 652-2017/OSCE-DGR).

Asimismo, existe una relación directa entre factores de evaluación y principios que orientan las contrataciones públicas. Al ser de conocimiento público, la entidad tiene la obligación de justificarlos, si alguno de los factores es observado como desproporcionado, respecto del objeto de la convocatoria "[...] la entidad debería demostrar que ello no es así, de modo que justifique la conveniencia del referido factor respecto del objeto del proceso de selección y la necesidad que requiere satisfacer" (Pronunciamiento N.° 041-2001 [GTN]).

¿Es factible agregar nuevos factores de evaluación con las consultas y pronunciamientos? Al respecto, se estableció que en esta etapa "[...] no es la oportunidad para introducir nuevos criterios de evaluación, ni realizar añadidos que no fueron considerados en la etapa de actuaciones prepara-

torias, ya que ello desnaturalizaría la prestación prevista con la decisión de compra materializada en la aprobación del expediente de contratación [...]" (Pronunciamiento N.° 574-2017/OSCE-DGR).

2.2. Distorsiones del método de evaluación. Criterios del Tribunal

En relación con la aplicación del método de evaluación, el Tribunal ha establecido en diversas resoluciones aquellas disposiciones que constituyen una distorsión de este, como los siguientes:

2.2.1. Exigencias formales y sustanciales

Las exigencias, tanto formales como sustanciales, que se solicitan a los postores, "deberán responder a la necesidad de garantizar el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de estos a participar en un marco de libre competencia" (Resolución N.° 846/2004/TC-SU); permitiendo la determinación de manera objetiva, entre otros aspectos, de la calidad y eficacia del producto ofertado (Pronunciamiento N.° 036-2003/GTN); sujetándose a criterios de razonabilidad y objetivos congruentes con el bien, servicio u obra requerido, encontrándose prohibido el establecimiento de factores desproporcionados o incongruentes con el objeto de la convocatoria (Pronunciamiento N.° 035-2003/GTN).

2.2.2. Exigencia indebida para la formulación de la oferta

En el Pronunciamiento N.° 593-2017/OSCE-DGR se determinó respecto de la formulación de la oferta económica que la normativa no había previsto "[...] la presentación de otros documentos en adición al precio total de la oferta y, de ser el caso, el detalle de los precios unitarios, por lo que no es viable exigir documentos adicionales tales como el desagregado de gastos generales o el consolidado de insumos" (Pronunciamiento N.° 593-2017/OSCE-DGR).

2.2.3. Exigencias normativas de orden formal y material y la participación de los proveedores

Respecto de este tema, se ha establecido que "[...] las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado" (Resolución N.° 1116-2017-TCE-S3).

3. EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA OFERTA

El artículo 74 regula la evaluación de la oferta económica, indicando en el numeral 74.1 que esta se efectúa de acuerdo con el tipo de procedimiento de selección o sus modalidades, los que pueden adoptar los siguientes tipos:

De manera simultánea a la evaluación técnica

La oferta económica es un factor de evaluación

De manera posterior a la evaluación técnica

La oferta económica se evalúa luego de realizada la evaluación técnica de la oferta y solo respecto de aquellos proveedores que hubieran obtenido un puntaje mínimo en dicha evaluación.

Con lances

Se permite a los postores mejorar los montos de sus ofertas a través de lances sucesivos en línea. La mejora de precios de la oferta queda a criterio de cada postor.

3.1. La determinación del puntaje de la oferta económica

El numeral 74.2 indica que, a fin de determinar el puntaje de la oferta económica a evaluar, el mayor puntaje se otorga al menor monto ofertado, y se otorga a las demás ofertas económicas puntajes inversamente proporcionales a sus respectivos montos ofertados, según la siguiente fórmula:

$$Po = \frac{Mb \times Pmax}{Mo}$$

Donde:

Po = Puntaje de la oferta económica a evaluar
Mo = Monto de la oferta económica
Mb = Monto de la oferta económica más baja
Pmax = Puntaje máximo

3.1.1. Inaplicación de la fórmula a la subasta inversa

El numeral 74.3 establece, como limitación a la aplicación de la fórmula, que esta no es aplicable a la subasta inversa ni a la comparación de precios, en las que la evaluación económica consiste en establecer el orden de prelación de los postores considerando que la buena pro se otorga al menor monto ofertado.

3.2. la determinación del puntaje total

El artículo 75 del RLGCP regula la determinación del puntaje total en los procedimientos de selección, tema sobre el cual el numeral 75.1 establece las siguientes reglas:

3.2.1. En el caso de evaluación simultánea

En este caso, el puntaje total de las ofertas se determina por la suma de los puntajes asignados por cada factor de evaluación.

La suma de los puntajes máximos de los factores de evaluación es equivalente a cien puntos.

El factor de evaluación correspondiente a la oferta económica no puede superar los cuarenta puntos, con excepción de la comparación de precios.

3.2.2. Cuando la evaluación económica de las ofertas se realice de manera posterior a la evaluación técnica

En este caso, indica el numeral 75.2, el puntaje máximo de cada una de estas evaluaciones es equivalente a cien puntos. La determinación del puntaje total es el promedio ponderado de la evaluación técnica y la evaluación económica, aplicándose la siguiente fórmula:

$$PTP = {}_{c1}PT + {}_{c2}Pe$$

Donde:

PTP	= Puntaje total del postor a evaluar
Pt	= Puntaje de la evaluación técnica del postor a evaluar
Pe	= Puntaje de la evaluación económica del postor a evaluar
c1	= Coeficiente de ponderación para la evaluación técnica
c2	= Coeficiente de ponderación para la evaluación económica

3.3. Los coeficientes de ponderación

Al respecto, el numeral 75.4 establece que las bases estándar determinan los coeficientes de ponderación en los procedimientos de selección con evaluación posterior de ofertas económicas, de acuerdo con el objeto contractual.

4. LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE MODALIDAD ABREVIADA Y LA BONIFICACIÓN A LAS MICRO Y PEQUEÑAS EMPRESAS

Por su parte, el numeral 75.5 indica que en los procedimientos de selección o ítems cuya cuantía corresponda a una modalidad abreviada, las bases estándar contemplan bonificaciones en el puntaje a las micro y pequeñas empresas, o a los consorcios conformados en su totalidad por estas.

5. BONIFICACIÓN POR DOMICILIO EN LA PROVINCIA Y EN LA PROVINCIA COLINDANTE

En relación con esta bonificación, el numeral 75.6 establece las siguientes reglas en los casos de contratación de servicios en general, consultorías y obras.

- Deben ser prestadas o ejecutadas fuera de las provincias de Lima y Callao.
- La cuantía no debe superar los S/ 200 000.00 para la contratación de servicios en general y consultorías, y no superen los S/ 900 000.00 en el caso de obras.
- La bonificación se consigna en las bases estándar, y consiste en el 10 % sobre el puntaje total para los postores con domicilio en la provincia donde presta el servicio o se ejecuta la obra, o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región.
- El domicilio es el consignado en la constancia de inscripción ante el RNP.

6. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA EVALUACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

En relación con la evaluación de bienes y servicios, los artículos 131 al 135 establecen disposiciones especiales para estos en los siguientes términos.

6.1. La calificación de experiencia en la especialidad en micro y pequeña empresa

Al respecto, tenemos que el artículo 131 establece que, cuando en los procedimientos de selección para la contratación de bienes y servicios en general se incluya el requisito de calificación de experiencia del postor en la especialidad, la experiencia exigida a los postores que acrediten tener la condición de micro y pequeña empresa, o los consorcios conformados en su totalidad por estas, no puede superar el 25 % de la cuantía, siempre que el procedimiento de selección o ítem respectivo, por su cuantía, corresponda a la modalidad abreviada de un procedimiento de selección.

6.2. Evaluación de las ofertas

En relación con la evaluación de las ofertas en bienes y servicios, el artículo 132 establece las siguientes reglas:

6.2.1. Cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento de selección y la negociación

Sobre este extremo, el numeral 132.1 indica que, si la oferta económica del postor que obtiene el mejor puntaje total supera la cuantía del procedimiento de selección, la DEC gestiona la solicitud de la ampliación de la certificación o previsión presupuestal correspondiente.

Pero ¿qué sucede cuando no se tiene los recursos suficientes?

Al respecto, se indica que, en caso la oficina de planeamiento y presupuesto, o la que haga sus veces, indique que no se cuenta con los recursos necesarios, previamente a la adjudicación de la buena pro los evaluadores negocian con el postor que obtuvo el mejor puntaje total lo siguiente, en este orden:

- La reducción de su oferta económica.
- La reducción de determinadas prestaciones o condiciones del requerimiento, previa no objeción del área usuaria. No puede negociarse las condiciones que dieron lugar al otorgamiento de puntaje en los factores de evaluación.
- Si el postor no aceptara la reducción del monto o la reducción de las prestaciones o condiciones del requerimiento, se procede a negociar con los siguientes postores en el orden de prelación que obtuvieron.

¿Qué sucede cuando acepta reducir la oferta, pero esta sigue están por encima de la cuantía?

El numeral 132.3 se pone en esta situación e indica que, si producto de la negociación el postor reduce la oferta económica a un monto superior al de la cuantía del procedimiento de selección, se vuelve a solicitar a la oficina de planeamiento y presupuesto o quien haga sus veces la ampliación de la certificación de crédito presupuestario y/o previsión presupuestal correspondiente.

En caso no se cuente con los recursos necesarios, se puede optar por negociar con los siguientes postores en el orden de prelación o declarar desierto el procedimiento de selección.

6.2.2. La forma en que se ejecuta la negociación

El numeral 132.4 indica al respecto que la negociación se realiza preferentemente mediante medios digitales, debiendo participar el área usuaria.

Las decisiones adoptadas por los evaluadores en la negociación constan en actas que se publican en la Pladicop y se sustentan en el principio de valor por dinero, priorizando el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, de conformidad con el artículo 27 de la LGCP que se refiere a la discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones.

6.3. Evaluación de las ofertas económicas de servicios de operación y/o mantenimiento o de mantenimiento vial

Este es un tema de suma importancia para el país, el mantenimiento de la red vial, respecto del cual el artículo 133 indica que en los procedimientos de selección en los que la entidad contratante cuenta con el diseño de operación y/o mantenimiento o con un diseño definido para el mantenimiento vial, la cuantía de la contratación es punto de referencia para las ofertas.

Se agrega que en la estrategia de contratación se puede optar entre dos métodos de evaluación ofertas:

Oferta económica limitada

Las ofertas económicas de los postores deben encontrarse en el rango entre el 95 % y 110 % de la cuantía de la contratación. Los evaluadores descalifican las propuestas que no cumplan el referido rango.

Oferta económica fija al 100 %

La oferta económica de los postores corresponde al 100 % de la cuantía de la contratación. En este caso, solo se realiza la evaluación técnica de las ofertas, sobre cien puntos.

6.4. Disposiciones especiales para el concurso público para la contratación de expertos o de gerentes de proyectos

El artículo 134 del RLGCP establece que la oferta económica de los postores es fija y corresponde a la cuantía de la contratación, por lo que los evaluadores descalifican las ofertas que no correspondan a dicha cuantía.

Con respecto a la evaluación de ofertas técnicas, el numeral 134.2 indica que se realiza sobre cien puntos, considerando los factores de evaluación obligatorios señalados en las bases estándar.

6.5. Disposiciones especiales para el concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos

El artículo 135 establece las reglas para este tipo de evaluación, precisando que el concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos es una modalidad diferenciada mediante la cual se evalúa principalmente la propuesta arquitectónica durante la selección de la contratación de consultorías de obra bajo los sistemas de entrega de solo diseño o de formulación y diseño, así como la ejecución de obras mediante el sistema de entrega de diseño y construcción.

6.5.1. La fase de selección: el jurado

Al respecto, el numeral 135.2 indica que la fase de selección está a cargo de un jurado que, de acuerdo con lo determinado en la estrategia de contratación, está compuesto por 3 o 5 arquitectos, los que son seleccionados a solicitud de la entidad contratante, a partir de una lista de profesionales habilitados recomendada por el Colegio de Arquitectos del Perú o de la región que corresponda a la ubicación de la obra.

La entidad contratante verifica que los profesionales cumplan, como mínimo, con los siguientes requisitos:

- Ser profesional colegiado y habilitado de la carrera de arquitectura.
- Tener experiencia profesional no menor de diez años como arquitecto en el ejercicio profesional y/o haber participado como jurado en concursos o premios de arquitectura.
- La lista de profesionales recomendados por el Colegio de Arquitectos incluye las tarifas de honorarios propuestas para el jurado.

El numeral 135.4 dispone que la entidad contratante puede designar a uno de los miembros del jurado calificador fuera de la lista recomendada por el Colegio de Arquitectos, de considerarlo pertinente. En este caso, debe cumplir los requisitos para experto establecidos en el artículo 57 del RLGCP[223].

223 Artículo 57. Expertos
57.1. Para ser designado experto en un comité o jurado, se requiere poseer experiencia profesional y especialidad en el objeto de la contratación. Los perfiles y requisitos para ser experto son determinados en la estrategia de contratación o en cualquier momento luego de la aproba-

La normativa también contempla la posibilidad del experto internacional. Así, el numeral 135.5 indica que, de haberse evaluado en la estrategia de contratación por la envergadura del concurso, puede designar como jurado a un experto internacional, en cuyo caso el profesional cumple con la equivalencia a los requisitos indicados y cuenta con un premio o reconocimiento internacional en la profesión de arquitectura.

6.5.2. La evaluación de las ofertas técnicas

El numeral 135.6 se refiere a la evaluación de ofertas técnicas, cuyo puntaje total es equivalente a 100 puntos, indicando que considera como factor de evaluación obligatorio la propuesta arquitectónica, el cual no puede ser menor de 80 puntos del total de puntaje de la oferta técnica, en el caso de consultorías de obra, y no menor a 50 puntos, en el caso obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción.

El jurado emite un informe que sustente la asignación de puntaje en este factor a las ofertas presentadas. La calificación que asignen los miembros del jurado a los postores por este factor de evaluación no es apelable.

ción del PAC del CMN, en caso se requiera realizar gestiones tempranas para contar con el o los expertos desde la estrategia de contratación.

57.2. En el caso del jurado, los expertos cuentan con no menos de ocho años de experiencia general y cinco años de experiencia en la especialidad correspondiente al objeto de la convocatoria.

57.3. Los expertos pueden ser servidores de la misma entidad contratante o de otra con la que se haya gestionado el apoyo para tal efecto. Asimismo, puede contratarse un proveedor para prestar el servicio de experto en uno o más procesos de contratación.

Capítulo XXVIII

SERVICIO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

Asistencia técnica especializada en gestión de proyectos (ASISTE). El procedimiento de contratación de obras y consultoría de obras. El requerimiento para obras y consultoría de obras y el expediente técnico. Plazos de ejecución contractual en obras y consultoría de obras. Especialidad, subespecialidad y tipología de obras. Tipos de sistema de entrega de obras. Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras. Disposiciones especiales para la fase de selección en obras y consultoría de obras

SUMARIO: 1. Servicio de operación y/o mantenimiento. – 1.1. Sistema de entrega de obras que incluye operación y/o mantenimiento. – 1.2. Avance y culminación de las actividades de operación y/o mantenimiento. – 1.3. Supervisión de las actividades de operación y/o mantenimiento. – 2. Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Proyectos (ASISTE). – 2.1. Condiciones para el uso del ASISTE. – 2.2. Alcances del ASISTE. – 3. El proceso de contratación de obras y consultoría de obras. – 3.1. La asignación de riesgos estrategia de contratación. – 3.2. La segmentación de contrataciones e interacción con el mercado para obras y consultoría de obras. – 3.2.1. La contratación básica. – 3.2.2. La contratación avanzada. – 3.2.3. La interacción con el mercado bajo el sistema de solo construcción y el sistema de entrega de obras que incluyan el diseño. – 3.3. El requerimiento para obras y consultoría de obras y el expediente técnico. – 3.3.1. Requerimiento de obras del sistema de entrega de solo construcción. – 3.3.2. El requerimiento de obras y consultoría de obras en los demás sistemas de entrega. – 3.3.3. Plan para la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares por parte de la entidad contratante. – 3.3.4. Necesidad de emplear la metodología BIM (*Building Information Modeling*) durante la ejecución contractual, conforme a las disposiciones que se emitan en el marco de la SNPMGI. – 3.4. Plazos de ejecución contractual en obras y consultoría

de obras. – 3.5. Especialidad, subespecialidad y tipología de obras. – 3.5.1. La especialidad. – 3.6. Tipos de sistema de entrega de obras. – 3.6.1. Solo construcción. – 3.6.2. Diseño y construcción. – 3.6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento. – 3.6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo. – 3.6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia. – 3.6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza. – 3.6.7. Llave en mano. – 3.6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional. – 3. 7. Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico. – 3.7.1. Solo formulación o solo diseño. – 3.7.2. Formulación y diseño. – 3.8. Criterios para la elección de sistemas de entrega y modalidades de pago para obras y consultoría de obras. 3.9. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras. – 3.9.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras. – 3.9.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra. – 3.10. Incentivos para proveedores de obra y consultoría de obra. – 3.10.1. Cumplimiento anticipado de la fecha programada de culminación de la prestación. – 3.10.2. Incorporación de excelencia en estándares ambientales y de seguridad. – 3.10.3. Incentivo por respuesta rápida de la supervisión. – 4. Disposiciones especiales para la fase de selección en obras y consultoría de obras. – 4.1. Convocatoria de los procedimientos de selección de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción. – 4.1.1. Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción. – 4.1.2. Para la contratación de obras con el sistema de entrega de solo construcción. – 4.2. Factor de evaluación desempeño del proveedor. FUP. – 4.3. Evaluación de ofertas económicas de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción. – 4.4. Evaluación de ofertas económicas de obras y consultoría de obras bajo sistemas de entrega distintos a solo construcción. – 4.4.1. La evaluación económica. – 4.4.2. Evaluación de las ofertas en los procedimientos de selección de obras bajo los sistemas de entrega de gestión del diseño y construcción al riesgo, gestión del diseño y construcción de agencia y entrega integrada de proyecto o alianza; y en las consultorías de obras. – 4.4.3. Las ofertas en los procedimientos de selección de consultorías de obras bajo sistema de entrega de solo formulación y solo diseño, así como en la supervisión de obras. – 4.5. Certificación presupuestal luego de la evaluación de la oferta económica en caso de obras y consultoría de obras. – 4.5.1. Obras y consultoría de obras cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento.

Los artículos 147 y 148 del RLGCP regulan estos dos tipos de procedimientos de selección, detallando no solo su objeto, sino también el procedimiento a seguir. En cuanto al primero, se indica que las disposiciones son aplicables al servicio especializado de gestión de instalaciones y al servicio de mantenimiento vial.

1. SERVICIO DE OPERACIÓN Y/O MANTENIMIENTO

En la exposición de motivos del reglamento se justifica esta modalidad en el hecho de que, en el Perú, "la gestión de bienes e infraestructuras ha mostrado serias deficiencias, manifestadas en la proliferación de elefantes blancos —proyectos que, una vez construidos, no entran en operación o se deterioran rápidamente debido a la falta de un adecuado plan de mantenimiento. Esta situación representa una pérdida económica significativa para el Estado y afecta directamente a la población, que es beneficiada con las infraestructuras planificadas" (Poder Ejecutivo, 2024a, [p. 45]).

En este orden, tenemos que en el artículo 147 del RLGCP se establece que el servicio de operación y/o mantenimiento se realiza en concordancia con los parámetros sectoriales vigentes, siendo que las condiciones del servicio se detallan en un diseño de operación y/o mantenimiento.

En cuanto al diseño, en el artículo 148 se indica que el diseño de operación y/o mantenimiento contiene como mínimo:

- Las actividades.
- La periodicidad.
- El cronograma.
- Los costos de la operación y/o mantenimiento a efectos de alcanzar el nivel de servicio o estándar de calidad correspondiente.

1.1. Sistema de entrega de obras que incluye operación y/o mantenimiento

En estos casos el numeral 148.2 establece que el diseño referido en el literal d) del artículo 129 del RLGCP[224] es elaborado y presentado por

224 d) Diseño de la operación y mantenimiento: se contrata la elaboración de un documento que contenga el diseño de la operación y mantenimiento; o el diseño de la gestión de instalaciones;

el contratista antes de la recepción total de la obra para su aprobación por parte de la entidad contratante; mientras que en los casos en que no se incluyan actividades de operación y/o mantenimiento, se aplican los sistemas de entrega previstos en los literales d) o e) del artículo 129 del RLGCP[225].

Finalmente, el numeral 148.3 establece que en el caso de contrataciones que incluyan el mantenimiento vial, el diseño de operación y/o mantenimiento equivale al plan de gestión vial.

1.2. Avance y culminación de las actividades de operación y/o mantenimiento

Sobre este aspecto, el artículo 149 establece las siguientes reglas:

- Al finalizar cada mes de operación y/o mantenimiento, o el periodo convenido por las partes, el contratista notifica a la entidad contratante en un plazo máximo de cinco días contabilizados desde el día siguiente de finalizado el mes, solicitando la conformidad de las prestaciones por los avances realizados. Las bases pueden establecer periodos distintos de valorización.
- La entidad contratante tiene un plazo máximo de diez días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada para remitir dicha conformidad u observar. El contratista dispone de un plazo máximo de diez días contabilizados desde el día siguiente de notificado para subsanar las observaciones y solicitar nuevamente la conformidad, que es revisada por la entidad contratante en un plazo máximo de cinco días hábiles contabilizados desde el día siguiente de notificada, sin posibilidad de realizar nuevas observaciones.
- Al concluir todas las actividades de operación y/o mantenimiento, el contratista solicita la conformidad del servicio acompañándola con un informe final del servicio que consta del cierre técnico financiero del contrato. La entidad contratante y el contratista verifican la finalización del servicio en un plazo máximo de veinte días desde que este último solicite la conformidad.

o el manual de operación y mantenimiento o el plan de gestión vial, para el caso del servicio de mantenimiento vial.

225 d) Diseño de la operación y mantenimiento: se contrata la elaboración de un documento que contenga el diseño de la operación y mantenimiento; o el diseño de la gestión de instalaciones; o el manual de operación y mantenimiento o el plan de gestión vial, para el caso del servicio de mantenimiento vial.

e) Gestión de instalaciones: el contratista se encarga de la operación y/o el mantenimiento de una edificación o infraestructura. Es el sistema de entrega utilizado en el servicio especializado de gestión de instalaciones. Puede incluir la adquisición de bienes y servicios necesarios que determine la entidad contratante. También puede incluir el diseño de los documentos indicados en el literal precedente.

- En el caso del servicio de gestión de instalaciones, operación y mantenimiento o mantenimiento vial, los reajustes se realizan, según lo requerido en las bases, aplicando fórmulas monómicas o polinómicas, de acuerdo con lo dispuesto en la directiva emitida por la DGA. El contratista calcula y consigna en la valorización el monto resultante de la aplicación de la fórmula correspondiente, considerando las variaciones mensuales, hasta la fecha de pago prevista en el contrato, utilizando los Índices Unificados de Precios de la Construcción o los Índices de Precios al Consumidor publicados por el INEI a la fecha de solicitud de pago. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizan los ajustes necesarios. El contratista solicita la aplicación y pago de los reajustes en las valorizaciones o en la liquidación.
- El contratista puede solicitar la reducción de la garantía de fiel cumplimiento cada seis meses, en función del monto contractual pendiente de pagar por parte de la entidad contratante.

1.3. Supervisión de las actividades de operación y/o mantenimiento

El artículo 150 indica que la entidad contratante es responsable de la supervisión del avance y calidad de las actividades de operación y/o mantenimiento previstas en el diseño respectivo referido en el artículo 129 del RLGCP[226] a través del personal designado para dicho fin. En caso se requiera, la entidad contratante puede contratar los servicios de supervisión.

226 Artículo 129. Sistemas de entrega para bienes y servicios
La entidad contratante puede determinar alguno de los siguientes sistemas de entrega de bienes y servicios durante la elaboración de la estrategia de contratación, de considerarlo pertinente:

a) Llave en mano: aplica para la adquisición de bienes cuando el postor oferta adicionalmente su instalación y puesta en funcionamiento.
b) Llave en mano con mantenimiento: aplica cuando adicionalmente a las prestaciones de llave en mano, se incluye el mantenimiento de un equipo. Este sistema de entrega es obligatorio para adquirir equipamiento médico, para garantizar su ciclo de vida y operatividad. En el caso de equipamiento técnicamente complejo o avanzado, puede incluirse la operación.
c) Suministro con comodato: aplica cuando por condiciones de mercado, resulta más eficiente que se adquieran los suministros y el proveedor entregue el equipo en comodato, lo que representa para la entidad ahorros en términos de mantenimiento, costos operativos y obsolescencia.
d) Diseño de la operación y mantenimiento: se contrata la elaboración de un documento que contenga el diseño de la operación y mantenimiento; o el diseño de la gestión de instalaciones; o el manual de operación y mantenimiento o el plan de gestión vial, para el caso del servicio de mantenimiento vial.
e) Gestión de instalaciones: el contratista se encarga de la operación y/o el mantenimiento de una edificación o infraestructura. Es el sistema de entrega utilizado en el servicio especializado de gestión de instalaciones. Puede incluir la adquisición de bienes y servicios necesarios que determine la entidad contratante. También puede incluir el diseño de los documentos indicados en el literal precedente.

2. ASISTENCIA TÉCNICA ESPECIALIZADA EN GESTIÓN DE PROYECTOS (ASISTE)

En la exposición de motivos del reglamento se indica que la contratación de la acotada asistencia es una decisión de gestión de la entidad contratante, que debe responder a una ponderación del valor que dicha asistencia pueda aportarle.

Desde el ámbito normativo tenemos que se encuentra regulada en los artículos 151 y 152 del RLGCP, correspondiendo al primero establecer las condiciones para el uso del ASISTE, y al segundo, los alcances.

2.1. Condiciones para el uso del ASISTE

El numeral 151.1 establece que el ASISTE puede ser contratado únicamente para carteras de proyectos de inversión y/o programas de inversión que sean viables y estén incluidas en la Programación Multianual de Inversiones (PMI) de la entidad contratante y cuyo monto mínimo sea de: S/ 1 000 000 000.00 (mil millones y 00/100 soles).

Por su parte, el numeral 151.2 indica que en el caso de contrataciones que no estén sujetas al SNPMGI, se aplica el monto señalado en el numeral anterior.

Además de lo expuesto, se ponen como condición las siguientes reglas:

- La entidad pública puede contratar el ASISTE, siempre que cuente con los recursos para su financiamiento, así como para el financiamiento de los proyectos de inversión y/o programas de inversión, en su presupuesto institucional y en la Asignación Presupuestaria Multianual, de corresponder.
- Para contratar el servicio de ASISTE la entidad contratante tiene una estructura de gestión de proyectos (EGP); o, en su defecto, el contrato de ASISTE contiene el desarrollo de la EGP, conforme a las disposiciones del SNPMGI.
- El proceso de contratación para el ASISTE se rige por las disposiciones aplicables para la contratación de servicios contempladas en el Reglamento.
- La entidad contratante debe contar con un solo contrato de ASISTE en ejecución.

2.2. Alcances del ASISTE

En cuanto al alcance, el artículo 152 del RLGCP establece los siguientes:

- Diagnóstico, revisión técnica y propuesta de mejora de los estudios de preinversión, fichas técnicas, expedientes técnicos, informes o cualquier otro documento técnico vinculado a edificación o infraestructura.
- Soporte técnico en el ciclo de la inversión: formulación y evaluación, ejecución (diseño y construcción) y funcionamiento (operación y mantenimiento), según corresponda.
- Soporte técnico en las fases del proceso de contratación.
- Soporte técnico en la implementación progresiva de métodos modernos de construcción, metodologías colaborativas y/o empleo de la metodología BIM (Building Information Modeling), a nivel organizacional y/o en el ciclo de vida de los proyectos.
- Coadyuvar en la aplicación de metodologías de gestión de proyectos que aseguren una gobernanza clara, evaluaciones de la madurez organizacional y los controles de proyecto necesarios para una gestión eficiente.
- Otros componentes especializados que evalúe la entidad contratante, según la naturaleza de sus contrataciones.
- La transferencia de conocimientos debe estar incluida en cada alcance contratado.

3. EL PROCESO DE CONTRATACIÓN DE OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

La ley establece disposiciones específicas para la fase de actos preparatorios respecto a la estrategia de contratación en obras y consultoría de obras, así como para la formulación del expediente técnico, mientras que el reglamento determina las disposiciones especiales tanto para la fase de actuaciones preparatorias como para la fase de selección.

La fase de actuaciones preparatorias comprende la asignación de riesgos en la estrategia de contratación, la segmentación de contrataciones e interacción con el mercado, el requerimiento, los plazos, la gestión de riesgos, la especialidad, subespecialidad y tipología, tipos de sistemas de entrega de obras, modalidades de pago, temas estos últimos que por razones didácticas también abordamos en la ejecución contractual.

3.1. La asignación de riesgos estrategia de contratación

El numeral 49.2 de la LGCP establece que la estrategia de contratación debe comprender, además, una correcta asignación de riesgos, reflejada en el perfil de riesgos de la contratación, de acuerdo con los objetivos la adquisición, sea servicios u obras; disposición que es desarrollada en el artículo 156 del RLGCP, el que establece las siguientes reglas para gestión de riesgos en obras y consultoría de obras:

- En las obras y consultorías de obras segmentadas como avanzadas, es obligatorio que en la estrategia de contratación el área usuaria en coordinación con la DEC realice la planificación integral de la gestión de riesgos, en una matriz que forma parte del expediente de contratación, en la que se incluye la identificación, responsable, análisis cualitativo y cuantitativo de los riesgos.
- La entidad contratante asigna los riesgos que componen la matriz a la parte que pueda gestionarlos y mitigarlos, procurando que ninguna de las partes asuma riesgos que no puedan manejar o cuyo costo de gestión sea desproporcionado.
- En el caso de las obras y consultoría de obras segmentadas como avanzadas cuya cuantía supere los S/ 50 000 000.00 (cincuenta millones de soles y 00/100) la entidad contratante implementa un comité de gestión de riesgos para evaluar y tomar decisiones.
- Este comité supervisa y revisa el proceso de gestión de riesgos, durante las tres fases del proceso de contratación, aprueba nuevos riesgos u oportunidades, aprueba estrategias de respuesta, revisa y realiza el seguimiento de alertas tempranas en búsqueda de una gestión efectiva y oportuna de los riesgos, y demás acciones relevantes para la gestión de riesgos.
- La DGA, mediante directiva, establece las disposiciones específicas para la gestión de riesgos.

Por su parte, el numeral 49.3 indica que, tratándose de obras y consultoría de obras, cuya complejidad técnica haya sido determinada por el área usuaria o por el área técnica estratégica, la propuesta de estrategia de contratación incluye, adicionalmente:

- El análisis comparativo para la elección del sistema de entrega de la obra
- La evaluación del uso de un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional
- La valoración del empleo de metodologías de trabajo colaborativo para la gestión de la información de una inversión pública (Building Information Modeling, BIM), en caso se proponga su utilización, y la consideración de que dicho contrato establezca incentivos a cambio de beneficios de naturaleza técnica, económica y de plazo para la entidad y la obra, entre otros

3.2. La segmentación de contrataciones e interacción con el mercado para obras y consultoría de obras

En numeral 153.1 indica que, en el caso de obras y consultorías de obra, la segmentación de contrataciones se realiza para determinar el tipo de consulta al mercado a realizar considerando las siguientes categorías:

- Contrataciones básicas: consulta al mercado básica.
- Contrataciones avanzadas: consulta al mercado avanzada.

3.2.1. La contratación básica

Se considera que tiene tal situación cuando se presentan las siguientes condiciones, en caso contrario, se consideran contrataciones avanzadas.

- La inversión involucrada sea de bajo grado de innovación y de una complejidad baja o media, conforme la clasificación del SNPMGI.
- La entidad contratante haya ejecutado previamente obras o consultorías de obras similares.
- Que el promedio de postores en los procedimientos de selección con objeto similar en los dos últimos años haya sido mayor o igual a tres.
- No se trate de un saldo de obra. Los requerimientos de IOARR se consideran básicos.

3.2.2. La contratación avanzada

El numeral 153.3 indica que en los supuestos en que no se cumplan las condiciones establecidas para la contratación básica, esta se considerará avanzada.

3.2.3. La interacción con el mercado bajo el sistema de solo construcción y el sistema de entrega de obras que incluyan el diseño

Los numerales 153.4 y 153.5 regulan la interacción con el mercado en el caso de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, mediante consulta al mercado básica o avanzada, a efectos de priorizar la detección temprana de errores u omisiones en el expediente técnico, a fin de realizar las modificaciones al expediente técnico que sean necesarias.

El numeral 153.5 indica que la interacción con el mercado en el caso de sistema de entrega de obras que incluyan el diseño sea consulta básica o avanzada, prioriza el sinceramiento y actualización de la cuantía del rubro de ejecución de obra determinado en el PAC del CMN.

3.3. El requerimiento para obras y consultoría de obras y el expediente técnico

Los numerales 46.5 y 46.6 de la LGCP se refieren al requerimiento para la ejecución de obras y para la consultoría de obras, indicando el primero de ellos que el expediente técnico de obra debe contar con una estructura de costos definida de acuerdo con las particularidades que demande la complejidad del proyecto.

Por su parte, el 46.6 indica respecto del expediente técnico, que, para la elaboración de expedientes técnicos de obra, las entidades contratantes utilizan la metodología BIM en el marco del Plan BIM Perú y las disposiciones del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones para la gestión de la información de las inversiones.

La ley remite al reglamento la determinación de las precisiones respecto del requerimiento, las que se encuentran consignadas en el artículo 154, indicando que adicionalmente a las condiciones de contratación referidas en el numeral 44.2 del artículo 44 del RLGCP[227], el requerimiento de obras y consultoría de obras incluye las siguientes propuestas, a ser sustentadas en la estrategia de contratación:

TIPO DE CONTRATO A EMPLEAR
• Contratos o contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.
• Necesidad de emplear la metodología BIM (Building Information Modeling) durante la ejecución contractual, conforme a las disposiciones que se emitan en el marco de la SNPMGI.
• Propuesta de incentivos por beneficios o mejoras de naturaleza técnica, económica, social, ambiental y de plazo para la entidad contratante y para el proyecto, conforme lo dispuesto en el artículo 162, referido a los incentivos para proveedores de obra y consultoría de obras.
• Posibilidad de ejecutar la obra mediante ejecución rápida o fasttrack, en el caso del sistema de entrega de diseño y construcción.
• Sustento de la disponibilidad física del terreno, según corresponda de conformidad con el sistema de entrega elegido.
• Plan para la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares por parte de la entidad contratante.
• Determinación del responsable de la elaboración del expediente técnico del adicional de obra, en el caso del sistema de entrega de solo construcción, que puede ser: i. la entidad contratante, ii. el contratista, o iii. el supervisor.
• Para el caso de consultoría de obras, una estructura de costos, que puede ser actualizada durante la estrategia de contratación y el procedimiento de selección.
• Metodologías colaborativas que contribuyen a la optimización de procesos, sostenibilidad y eficiencia en la ejecución de las obras y/o consultorías de obras como el Lean Construction, VDC (Virtual Design and Construction), u otras.

227 44.2. El área usuaria remite el requerimiento a la DEC. El requerimiento contiene las condiciones de contratación, que incluyen como mínimo lo siguiente, de corresponder: a) el alcance de la contratación, y las condiciones de ejecución, en función de su desempeño y funcionalidad. b) Propuesta de requisitos de calificación y/o precalificación. c) Propuesta de modalidad de pago y sistema de entrega. d) Equipamiento, permisos, entre otros recursos que el contratista necesite para ejecutar la contratación. e) Fórmula de reajuste.

3.3.1. Requerimiento de obras del sistema de entrega de solo construcción

Este tipo de requerimiento se plasma en un expediente técnico y, adicionalmente, en el documento en el que obre las condiciones de contratación referidas en el numeral 154.1 precedentemente citado.

En este caso el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra, sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder.

3.3.2. El requerimiento de obras y consultoría de obras en los demás sistemas de entrega

Al respecto, se indica que adicionalmente a la información referida en el numeral 154.1, se plasma en objetivos funcionales, los cuales incluyen la idea del proyecto, el estudio de preinversión o la ficha técnica de inversiones, según corresponda, así como los requerimientos de rendimiento o desempeño de la obra.

3.3.3. Plan para la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares por parte de la entidad contratante

Con relación al plan para la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares por parte de la entidad contratante, en el numeral 154.4 se indica que la entidad contratante puede tercerizar las referidas actividades al contratista siempre que así lo sustente en la estrategia de contratación.

3.3.4. Necesidad de emplear la metodología BIM (Building Information Modeling) durante la ejecución contractual, conforme a las disposiciones que se emitan en el marco de la SNPMGI

El numeral 154.5 trata sobre la propuesta necesidad de emplear la metodología BIM durante la ejecución contractual, conforme a las disposiciones que se emitan en el marco de la SNPMGI, indicando que en este caso la entidad contratante planifica y determina los requisitos BIM a emplear durante la obra y/o consultoría de obra acorde a la necesidad del proyecto, a su complejidad y al ciclo de vida de la inversión, en el marco del Plan de Implementación y Hoja de Ruta del Plan BIM Perú y a las disposiciones del SNPMGI.

Se prevé un entorno de datos comunes (CDE) como fuente de información al cual tienen acceso los aplicativos informáticos del SNPMGI y que

utiliza el equipo del proyecto conforme a lo establecido en el marco colaborativo del Plan BIM Perú.

3.4. Plazos de ejecución contractual en obras y consultoría de obras

El artículo 155 del RLGCP indica que la entidad contratante puede evaluar la conveniencia de realizar contrataciones hasta por un periodo de 3 años, salvo de que se trate de sistemas de entrega que incluyan el componente de operación y mantenimiento, así como cuando por la naturaleza de la obra o por leyes especiales se requieran plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones, según la normativa del Sistema Nacional de Presupuesto Público.

3.5. Especialidad, subespecialidad y tipología de obras

El numeral 157.1 del artículo 157 del RLGCP establece que, al aprobar el expediente de contratación, la entidad debe identificar y registrar en la Pladicop la clasificación de la obra a convocar según:

3.5.1. La especialidad

El numeral 157.2 establece la siguiente clasificación de obras por especialidad:

- Obras o consultoría de obras en edificaciones y afines.
- Obras o consultoría en obras viales, puertos y afines.
- Obras o consultoría en obras de saneamiento y afines.
- Obras o consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines.
- Obras o consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines.

En cuanto al contenido de cada una de estas especialidades, tenemos que el citado numeral 157.2 establece para cada una de ellas:

Obras o consultoría de obras en edificaciones y afines
Construcción, reconstrucción, remodelación, refacción, ampliación, mejoramiento y/o rehabilitación de establecimientos administrativos o de atención al público, edificación educativa, establecimientos o espacios deportivos, establecimientos de salud, establecimientos de seguridad y vigilancia, establecimientos penitenciarios, espacios públicos y recreacionales, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.

Obras o consultoría en obras viales, puertos y afines
Construcción, reconstrucción, remodelación, refacción, mejoramiento, ampliación y/o rehabilitación de obras viales, vías urbanas infraestructura ferroviaria, infraestructura aeroportuaria, infraestructura portuaria, infraestructura pesquera, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.

Obras o consultoría en obras de saneamiento y afines
Construcción, refacción, instalación, ampliación, mejoramiento, reconstrucción y/o rehabilitación de Infraestructura para agua potable, infraestructura para alcantarillado, infraestructura para drenaje, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.

Obras o consultoría en obras electromecánicas, energéticas, telecomunicaciones y afines
Construcción, reconstrucción, refacción, rehabilitación, instalación, ampliación y/o mejoramiento de infraestructura para energía eléctrica, infraestructura para telecomunicaciones e infraestructura para hidrocarburos, y afines a los antes mencionados.

Obras o consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines
Construcción, instalación, refacción mejoramiento, ampliación, rehabilitación y/o reconstrucción de represas, infraestructura para riego e infraestructura para encauzamiento, obras rurales de la especialidad y afines a los antes mencionados.

Finalmente, el numeral 157.3 indica respecto de la subespecialidad y tipología que esta se consigna en un listado aprobado por la DGA mediante resolución, agregando que las obras rurales que por su naturaleza correspondan a cada una de las subespecialidades son incluidas en dicho listado.

3.6. Tipos de sistema de entrega de obras

En atención a lo indicado en la ley, se tiene que en el artículo 158 del reglamento se han establecido los siguientes tipos:

- Solo construcción

- Diseño y construcción
- Diseño, construcción, operación y mantenimiento
- Gestión del diseño y construcción al riesgo
- Gestión del diseño y construcción de agencia
- Entrega integrada de proyecto o alianza
- Llave en mano
- Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional

3.6.1. Solo construcción

En el numeral 46.6 del artículo 46 de la LGCP se hace la precisión, respecto de este tipo de sistema de entrega de obras, que, en él, el contratista revisa el expediente técnico de obra e informa al supervisor o inspector de obra, sobre los posibles riesgos del proyecto, de corresponder, no siendo de aplicación en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional.

En este caso, el literal a) del artículo 158.1 del RLGCP indica que bajo este tipo se contrata solo la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado, estableciendo, además, dos niveles de responsabilidades:

- **La responsabilidad del contratista**

  Corresponde al componente que ejecuta.
- **Responsabilidad de la entidad**

  Es responsable de los errores o deficiencias del expediente técnico

3.6.2. Diseño y construcción

En este caso, el literal b) del artículo 158 indica que mediante este sistema de entrega el contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico y de la ejecución de la obra, y procede su utilización cuando la entidad contratante busca retener menor riesgo del diseño. Puede utilizarse para saldos de obra.

3.6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento

En el sistema en mención, indica el literal c), el contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra, así

como de la operación y mantenimiento durante el periodo que la entidad contratante determine, considerando la vida útil del activo.

3.6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo

En este caso, el contratista contrata directamente a los subcontratistas y asume la responsabilidad de la entrega de la obra a la entidad contratante; se encarga de administrar a todos los subcontratistas que realizan la elaboración del expediente técnico, la ejecución y cualquier otro componente que se hubiese previsto como parte del alcance.

¿En qué casos se utiliza este sistema de entrega? De acuerdo con lo establecido en el literal d), se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad según la clasificación SNPMGL y cuando la entidad contratante requiere que el contratista se involucre desde las primeras etapas del proyecto para gestionar la definición del alcance de los subcontratistas, la documentación del diseño y la ejecución de las obras.

3.6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia

En este caso, el literal e) indica que el contratista se encarga de administrar la contratación de los subcontratistas que ejecutan la obra, sin asumir la responsabilidad de los resultados de dichas contrataciones, proporcionando solo asesoramiento, coordinación, planificación, gestión y supervisión del costo y tiempo, además puede encargarse de otras actividades que se establezca en su contrato.

El literal finaliza indicando que este sistema de entrega se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad según la clasificación SNPMGI.

3.6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza

En este sistema, la entidad contratante y uno o varios contratistas comparten los riesgos del proyecto y la toma de decisiones, respecto del alcance, diseño, adquisiciones, ejecución de la obra, etc., bajo un ánimo de cooperación mutua.

La gestión del proyecto es conjunta y todos los integrantes del contrato participan en las ganancias y pérdidas finales de la obra. La norma precisa que todas las partes suscriben un contrato único, incluidos los subcontratistas, pudiéndose incluir la formulación del proyecto de inversión.

CUADRO COMPARATIVO

Solo construcción	Diseño y construcción	Diseño, construcción, operación y mantenimiento	Gestión del diseño y construcción al riesgo	Gestión del diseño y construcción de agencia	Entrega integrada de proyecto o alianza
Se contrata solo la ejecución de la obra, una vez que se cuenta con el expediente técnico aprobado	El contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico y de la ejecución de la obra	El contratista es responsable de la elaboración del expediente técnico, la ejecución de la obra, así como de la operación y mantenimiento	El contratista contrata directamente a los subcontratistas y asume la responsabilidad de la entrega de la obra a la entidad contratante	El contratista se encarga de administrar la contratación de los contratistas que ejecutan la obra, sin asumir la responsabilidad de los resultados de dichas contrataciones, proporcionando solo asesoramiento	La entidad contratante y uno o varios contratistas comparten los riesgos del proyecto y la toma de decisiones

3.6.7. Llave en mano

En estos sistemas, indica el numeral 158.2, se pueden incluir, adicionalmente, llave en mano, que consiste en la dotación de mobiliario, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio. Asimismo, pueden contemplar la ejecución de la obra en paralelo a la elaboración del expediente técnico, cuando el traslape entre ambos sea técnicamente viable y sustentado en un análisis costo-beneficio en la estrategia de contratación.

En este tipo de contratos, en cuanto a la aplicación de las penalidades, en la Opinión N.° 066-2023/DTN, se estableció:

> En un contrato de obra que incluye diseño y construcción, bajo la modalidad de llave en mano, la penalidad por mora se aplicará considerando la naturaleza de cada una de las dos prestaciones diferenciadas que lo conforman (elaboración de expediente técnico, por un lado; y construcción, equipamiento, mobiliario y puesta en funcionamiento, de otro). De este modo, en la aplicación de la penalidad por mora por retraso en la elaboración del expediente técnico, al ser un contrato de ejecución única, se debe considerar el monto total correspondiente a dicha prestación consistente en la elaboración del expediente técnico y no el monto total del contrato bajo la modalidad de llave en mano que también incluye construcción, equipamiento, mobiliario y puesta en funcionamiento. Lo indicado no obsta para que se puedan aplicar penalidades a retrasos en las entregas parciales que pudieron haberse previsto en el contrato respecto de la elaboración del expediente técnico, en cuyo caso se considerará el monto y plazo correspondiente a la prestación individual que fuera materia de retraso (Opinión N.° 066-2023/DTN).

3.6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional

El numeral 158.3 establece que para la ejecución de los sistemas de entrega:

- Diseño, construcción, operación y mantenimiento
- Gestión del diseño y construcción de agencia
- Entrega integrada de proyecto o alianza

3. 7.Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico

En el artículo 159 del RLGCP se establecen los sistemas que son de aplicación cuando se trata de consultoría de obras, siendo estos los que seguidamente se indican:

3.7.1. Solo formulación o solo diseño

Este sistema es de aplicación cuando se contrata a un consultor para que realice todas las actividades correspondientes a la formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI, una vez que se cuente con la viabilidad, a otro consultor para que realice el diseño correspondiente a la elaboración del expediente técnico.

3.7.2. Formulación y diseño

En este caso, el contratista es responsable de los documentos técnicos de la fase de formulación y evaluación en el marco de las disposiciones del SNPMGI y el expediente técnico. La convocatoria se puede realizar con una idea de proyecto brindada por la entidad contratante. En el supuesto de que el proyecto no obtenga la viabilidad, el contrato se resuelve.

3.8. Criterios para la elección de sistemas de entrega y modalidades de pago para obras y consultoría de obras

En relación con lo hasta aquí expuesto respecto de los sistemas de entrega y modalidades de pago tanto para obras, como para consultoría de obras, el artículo 160 del RLGCP establece las siguientes reglas de evaluación:

- El nivel o grado de madurez de la información con la que se cuenta respecto del proyecto, considerando su complejidad o envergadura, en caso sean aplicables las disposiciones del SNPMGI.
- El nivel requerido de participación del contratista en el proceso de diseño.
- La complejidad técnica del diseño o de la ejecución de la obra.
- Nivel de certeza del costo final: el sistema de entrega y su modalidad de pago elegida brinda a la entidad contratante un nivel razonable de certeza sobre el presupuesto necesario para la ejecución de los componentes.
- La oportunidad de entrega de la obra, considerando la duración del procedimiento de selección y de ejecución de la obra.
- Asignación de riesgos a las partes: considera el nivel de transferencia de riesgos de la entidad contratante al contratista, así, como las responsabilidades del contratista.
- Las capacidades de la entidad contratante para gestionar el sistema de entrega elegido con sus propios recursos.

3.9. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras

La normativa derogada denominaba a las modalidades de pago sistemas de contratación, tal como se le conoce en la doctrina, a las distintas formas de ejecutar los contratos administrativos de obras. En principio, tenemos que estos pueden ser ejecutados por la propia administración (administración directa), pero también los pueden ejecutar terceros, el contratista, relación en la que se establecen distintas formas de articulación contractual que darán origen a lo que se denominaba sistemas de contratación contractual, hoy modalidades de pago, debido a que de ellos derivarán peculiares formas de ejecutar la prestación y el pago.

En la doctrina se establecen distintas denominaciones, según los términos del relacionamiento contractual, pudiendo ser estos "unidad de medida", "ajuste alzado", "coste y costas", "sistemas de excepción". En el artículo 166 del RLGC se hace referencia a las distintas modalidades de pago en la ejecución de obra, entendibles a la consultoría de obras.

3.9.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras

En estos casos se utilizan, indica el numeral 161.1, las siguientes modalidades de pago:

- A suma alzada.
- Precios unitarios.
- Esquema mixto.

- Costo reembolsable.

3.9.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra

En estos casos, el numeral 161.2 indica que se utiliza las modalidades de:

- Pago por tarifas.
- Esquema mixto.

Precisando que, en caso de emplearse un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional, se pueden emplear las modalidades de pago precisadas en estos, lo que amplía el panorama contractual.

i) Suma alzada

En el anexo de definiciones del RLGCP se establece que la modalidad de pago a suma alzada se aplica cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidos en el requerimiento, por lo que en ella "el postor formula su oferta proponiendo un monto fijo integral por toda actividad que sea necesaria para el cumplimiento contractual y presenta su presupuesto desagregado en costo y plazo de ejecución".

Sobre esta modalidad, el TCP ha establecido algunos criterios relevantes que seguidamente citamos:

- *La estructura de costos que da origen a dicha suma y los precios que contenga dicha estructura, son netamente referenciales*

  En el sistema de suma alzada, se indica:

  > [...] solo corresponde verificar si el postor ganador de la buena pro ofertó un monto fijo para llevar el objeto de la convocatoria, y no indagar en la composición de su oferta [...]. Por lo tanto, el desagregado de partidas presentado resulta meramente referencial, sin que algún defecto, error u omisión en él pueda ocasionar la descalificación de la propuesta. En tal razón, las eventuales diferencias que pudieran hallarse en los cálculos de cada uno de los conceptos que conforman la estructura de costos, son de cargo exclusivo del postor que propone la oferta, quien es el único que debe soportar el riesgo económico inherente a un contrato de esta naturaleza. El monto total ofertado no se ve afectado, debido a las posibles incongruencias e incluso, deficiencias, en los cálculos efectuados por parte del postor en sus costos, ya que en ningún caso estos pueden ser objeto de variación alguna en perjuicio de la entidad. (Resolución N.° 363/2007/TC-S1)

- *Suma alzada y procedencia de adicionales y deductivos, la mayor o menor ejecución de metrados*

  En el caso de mayor o menor ejecución de metrados, se precisa que cuando se trate de obras ejecutadas bajo el sistema de suma alzada "[...] la entidad solo podrá ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o la reducción de prestaciones, cuando ello sea necesario debido a la modificación de los planos o especificaciones técnicas, y no debido a la mayor o menor ejecución de metrados, pues en estos supuestos el costo debe ser asumido por el contratista o la entidad, según se trate de mayores o menores metrados, dado el sistema de contratación elegido" (Opinión N.° 021-2011/DTN).

  Por su parte, en la Opinión N.° 008-2012/DTN, en la consulta de si "¿en un contrato a suma alzada es procedente valorizar y pagar mayores metros ejecutados?", la DTN estableció: "[...] no es posible valorizar ni pagar los mayores metrados ejecutados por el contratista, sino que únicamente se valorizará y pagará los metrados previstos en el presupuesto de obra" (Opinión N.° 008-2012/DTN).

- *Suma alzada: definición de monto fijo e integral*

  En la Opinión N.° 009-2010/DTN se estableció qué debe entenderse por monto fijo e integral:

  > Una vez convocado el proceso de selección respectivo, los postores formulan sus propuestas por un monto fijo e integral, es decir, deben formular una oferta técnica y económica que considere la totalidad de las actividades que involucraría la ejecución del contrato y, principalmente, un costo total y único por la ejecución de dichas actividades. En otros términos, en estos procesos de selección, el contratista se encuentra obligado a formular su propuesta respetando las especificaciones técnicas preestablecidas por la entidad y los montos contractuales adjudicados' (Opinión N.° 009-2010/DTN)

- *Adicionales en contratos de obra a suma alzada*

  En la Opinión N.° 180-2015/DTN se estableció que en esta modalidad contractual "[...] la entidad solo puede aprobar la ejecución de prestaciones adicionales si los planos o especificaciones técnicas fueron modificados durante la ejecución contractual[228], justamente,

228 A mayor abundamiento, puede consultarse la Opinión N.° 021-2011/DTN.

con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato"[229] (Opinión N.° 180-2015/DTN).

ii) Precios unitarios

Desde la doctrina se tiene que en el sistema el proponente se compromete a ejecutar, "[...] por los precios unitarios indicados, cada ítem de la obra consignando a la vez los importes parciales de estos y el total de su propuesta. Se determinan los trabajos: movimiento de tierra, excavaciones, mampostería, estructuras de maderas, etc., la unidad: m^3, m^2 o m/lineal, global, por boca; la cantidad, precio unitario y precio total para cada trabajo, cuya suma será el total cotizado" (Bezzi, 1982, p. 21).

A diferencia de la suma alzada, este sistema es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. Aquí el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases, y que se valorizan en relación con su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución, tal como se indica en el Anexo de Definiciones del RLGCP.

En el caso del sistema de precios unitarios, la determinación de la propuesta económica y los subtotales que lo componen se expresan hasta con dos decimales, lo que se encuentra acorde a lo dispuesto en las normas que regulan el sistema monetario en el Perú, como son la Ley N.° 25295 y el Decreto Supremo N.° 001-91-EF-90.

> Sin embargo, debe tenerse presente que dicha disposición normativa no obliga a que los precios unitarios deban expresarse con un máximo de dos decimales, por lo que le asiste el derecho al postor de formular su oferta, en el aspecto concerniente a los mencionados precios unitarios, mediante la utilización del número de decimales que juzgue pertinente, a fin de que el precio ofertado refleje con mayor exactitud el precio real de los bienes que se pretende adquirir, lo que no puede ser limitado en las bases de un proceso de selección (Resolución N.° 234/2007.TC-SU).

229 No sucede lo mismo con la ejecución de mayores metrados, ya que en estos supuestos la liquidación final de obra se realiza teniendo en cuenta únicamente los metrados contratados, de tal forma que el costo de la ejecución de mayores metrados es asumido por el contratista y, en consecuencia, la entidad no debe efectuar pago adicional alguno.

En el caso de obras, "se realiza un cómputo métrico de la obra que se va a efectuar". Así, cuando se trata de la construcción de un edificio, "se calcularán los metros cúbicos de mampostería, los metros cuadrados de revoque, los metros cuadrados del parquet, etc. Y se aplicarán precios unitarios para cada uno de los ítems que integran la obra. Es, entonces, un contrato, en el que se fija el precio para cada uno de los elementos de la obra" (Diez, 1979, p. 203).

A mayor detalle desde el ámbito normativo nacional se tiene que en la DTN precisó que en esta modalidad "[...] el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios considerando las partidas contenidas en los documentos del procedimiento, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución"; la razón de esta disposición es que, "en las obras ejecutadas bajo este sistema, dada la naturaleza de la prestación, no es posible conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas, por lo que es necesario valorizar la obra en función de su real ejecución; sin perjuicio de la existencia de un monto máximo para la ejecución de la obra, correspondiente a la oferta económica del postor ganador de la buena pro, así como de un plazo máximo" (Opinión N.° 058-2013/DTN).

En cuanto a la valorización de metrados en precios unitarios, indicando que en las obras contratadas bajo esta modalidad "[...] se valoriza el total de los metrados realmente ejecutados; independientemente de los metrados que se hubiesen consignado en el expediente técnico de la obra [...] la entidad debe realizar el pago al contratista según los metrados realmente ejecutados y de acuerdo al precio unitario ofertado en atención a las partidas contenidas en las bases, a las condiciones previstas en los planos y a las especificaciones técnicas, ello a través de la valorización correspondiente" (Opinión N.° 132-2019/DTN).

Por otro lado, en cuanto al pago, se indica que en estos casos:

> [...] la información contenida en el expediente técnico tiene un carácter referencial, por tanto, no es posible cuantificar con exactitud los trabajos que deben ser realizados por el contratista; en consecuencia, los metrados necesarios para una obra de esta naturaleza, así como el monto que debe ser pagado por la entidad, **solo pueden conocerse cuando el contratista ejecute la obra**[230] [...] Por tanto, cuando —en las obras contratadas bajo

230 Vargas Cantor (2010): El valor total de los contratos de obra bajo el sistema de precios unitarios corresponde al que resulta de multiplicar la cantidad de obra inicialmente contratada y recibida

el sistema a precios unitarios— los trabajos realizados por el contratista superen los metrados consignados (referencialmente) en el expediente técnico corresponde que la entidad, en atención al sistema de contratación empleado, efectúe el pago al contratista según lo efectivamente ejecutado y de acuerdo a los precios unitarios ofertados, a través de la valorización correspondiente; sin que esto último constituya una prestación adicional de obra[231] (Opinión N.° 049-2019/DTN).

- *Diferencia entre sistema de precios unitarios y suma alzada en la presentación del presupuesto*

  Sobre el particular, el TCP estableció la distinción entre los referidos sistemas de contratación, indicando que el mismo tiene su antecedente en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (Rulcop):

  > [...] en el que se permitía realizar licitaciones a precios unitarios atendiendo a la complejidad de los proyectos de ingeniería que muchas veces no contienen todas las partidas posibles de ejecutar, siendo imprescindible dejar abierta la posibilidad de modificarlas, incorporar nuevas o desechar las preexistentes por innecesarias y pagar lo efectivamente construido. Sin embargo, la citada norma legal, precisaba que cuando la obra hubiese estado plenamente definida en sus planos y especificaciones técnicas, correspondía contratar por una suma fija, esto es, bajo la modalidad de suma alzada (Resolución N.° 818/2006/TC-SU).

La diferencia entre ambos sistemas radica en la determinación precisa de la cantidad de prestaciones a ejecutar, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro.

a entera satisfacción por los precios unitarios fijados en la propuesta adjudicada. (p. 210)

231 De conformidad con lo señalado en las Opiniones N.° 259-2017/DTN, N.° 027-2017/DTN y N.° 080-2015/DTN.

SUMA ALZADA	PRECIOS UNITARIOS
Si los planos y las especificaciones técnicas son suficientes para determinar la magnitud real de la obra, la necesidad de establecer precios unitarios desaparece y debe elegirse el sistema de suma alzada. El postor formula su propuesta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución, procediendo únicamente cuando las magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas y en los términos de referencia. Se oferta un monto integral. El presupuesto referencial se presenta para la celebración del contrato.	La cantidad de partidas a ejecutar son producto de estimaciones realizadas en la elaboración del proyecto y que, de acuerdo con la naturaleza del hecho técnico, resulta imposible determinarlas con exactitud. El postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real, así como por un determinado plazo de ejecución. Resulta relevante, específicamente, para la determinación de las ofertas económicas, la propuesta económica se formula atendiendo a cantidades referenciales o partidas. Será exigible la presentación de un presupuesto detallado como parte de la propuesta económica.
	El postor oferta el precio unitario según la cantidad requerida por la entidad, en virtud del cual obtiene el monto total de su propuesta, siendo este último objeto de evaluación. La operación aritmética que debe ser objeto de verificación, según lo dispone la normativa, está referida a las originadas a partir de la consignación del precio unitario, a efectos de comprobar su correspondencia con el monto total ofertado, mas no los montos de los conceptos que dan origen a dicho precio unitario, ya que los mismos son determinados exclusivamente por el postor, encontrándose, por lo tanto, dentro de su esfera de control, no pudiendo ser cuestionados por la entidad ni por el Tribunal. Las eventuales diferencias que pudieran hallarse en los cálculos de cada uno de los conceptos que conforman la estructura de costos son de cargo exclusivo del postor que propone la oferta, quien es el único que debe soportar el riesgo económico inherente a un contrato de esta naturaleza, como sería el hecho de afectar el porcentaje de su utilidad, de ser necesario. En tal sentido, el monto total ofertado no se ve afectado, no varía, debido a las posibles incongruencias e incluso, deficiencias, en los cálculos efectuados por parte del postor en sus costos, es decir, en ningún caso podrá ser objeto de variación alguna en perjuicio de la entidad.

iii) Esquema mixto

En el Anexo de Definiciones del RLGCP se le define como la modalidad de pago aplicable cuando la entidad contratante puede utilizar más

de una modalidad de pago como suma alzada, tarifas y/o precios unitarios en un contrato. Para obras y consultoría de obras, se precisa en el listado de actividades la modalidad de pago usada para cada partida, subpartida, especialidad y/o componente del proyecto.

iv) Costo reembolsable

Al costo reembolsable se le define como la modalidad de pago aplicable cuando la entidad contratante requiera reembolsar al contratista los costos reales en los que incurre durante la ejecución del contrato, tras el sinceramiento de las cantidades, precios unitarios, plazo y gastos generales. La utilidad puede ser fija o porcentual.

v) Pago por tarifas

Según el Anexo de Definiciones del RLGCP, el pago por tarifas es una modalidad de pago aplicable cuando no puede conocerse con precisión el tiempo de prestación de servicio caso en el cual el postor formula su oferta proponiendo tarifas en base al tiempo estimado o referencial para la ejecución de la prestación contenido en el requerimiento y que se valoriza con relación a su ejecución real. Las tarifas incluyen costos directos, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidades.

Sobre esta modalidad de pago, en la Opinión N.° 021-2019/DTN se hicieron precisiones sobre su definición y uso, y diferenciándolo de la suma alzada, indicando que en él:

> [...] no es posible definir previamente y con precisión, el plazo que será necesario para el cumplimiento de las prestaciones contractuales; por tal razón [...] establecen un plazo de ejecución estimado o referencial [...] la aplicación [...] requiere que los postores, al formular sus ofertas, asignen una tarifa —*precio fijo que incluye costo directo, cargas sociales, tributos, gastos generales y utilidad*— por el periodo o unidad de tiempo (hora, día, mes, entre otros) definido en los documentos del procedimiento de selección; debiendo pagarse la tarifa respectiva hasta la culminación de las prestaciones contractuales [...][232] que, al no ser posible definir con precisión el plazo que se requerirá para supervisar la ejecución de una obra debido a que este —*el plazo de supervisión*— se encuentra vinculado a la ejecución y recepción de la obra, y a las posibles variaciones de esta última, la normativa de contrataciones del Estado establece que la supervisión de una obra debe ejecutarse bajo el sistema de tarifas y **pagarse en función a su ejecución real**; esto es, se debe pagar la tarifa fija contratada

232 Entre ellas, las Opiniones N.° 253-2017/DTN, N.° 077-2017/DTN y N.° 154-2016/DTN.

(horaria, diaria, mensual, etc.) hasta la culminación de las prestaciones del supervisor de obra.

En este punto, resulta importante distinguir entre (i) el sistema de contratación y (ii) la periodicidad del pago. Así, cuando se contemple el sistema de tarifas, la entidad calcula el monto a pagar de acuerdo a lo **efectivamente supervisado por el contratista**, en base a la tarifa que este ofertó en su momento por el periodo o unidad de tiempo definido en los documentos del procedimiento de selección. En cuanto a la periodicidad del pago, en virtud de esta puede establecerse que cada cierto periodo de tiempo (quincenal, mensual, trimestral, etc.) se deberá valorizar lo efectivamente ejecutado hasta ese momento y efectuar el pago correspondiente por dichas prestaciones.

De esa manera, el pago de la tarifa podría realizarse por un monto proporcional a esta cuando se requiera pagar periodos de tiempo inferiores a los previstos en el contrato.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que, a diferencia del sistema a suma alzada, donde existe un costo total y único por la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, en el sistema de tarifas, el pago se realiza en función de las actividades efectivamente realizadas, lo cual quiere decir que el monto establecido en el contrato es solo una aproximación o estimado, pudiendo resultar menor o mayor a lo inicialmente calculado (Opinión N.° 021-2019/DTN).

En cuanto a la posibilidad de pagos por prestaciones adicionales, en la Opinión N.° 126-2023/DTN, se estableció:

Para la contratación de servicios de supervisión aplica el sistema de tarifas y por lo tanto durante su ejecución se paga la tarifa contratada, conforme a la prestación efectiva de los servicios de supervisión; de esta manera, una extensión del plazo para la ejecución de dichos servicios —prestados bajo los mismos términos establecidos en el contrato (es decir, que no impliquen prestaciones adicionales de supervisión)—, originaba el pago del supervisor conforme a la tarifa pactada; no aplicando para estos casos, la figura del adicional.

3.10. Incentivos para proveedores de obra y consultoría de obra

Al igual que en el caso de bienes y servicios, en el caso de obras y consultoría de obras la normativa también se ha puesto en la situación de otorgar incentivos a los proveedores, lo que se encuentra establecido en el artículo 162 del RLGCP. Así, se indica que las entidades contratantes, independientemente de la modalidad de pago, pueden establecer en las bases,

de acuerdo con el numeral 49.3 del artículo 49 de la Ley[233], los siguientes incentivos durante la ejecución contractual:

3.10.1. Cumplimiento anticipado de la fecha programada de culminación de la prestación

Cuando el contratista finalice la ejecución antes de la fecha programada de uno o más componentes que le fueron asignados y se le otorgue la conformidad respectiva. La entidad contratante paga al contratista el monto del gasto general variable diario por el número de días de diferencia entre el plazo de ejecución contractual vigente y el número de días real de ejecución. En el caso del sistema de entrega de solo construcción, este incentivo es de uso obligatorio.

3.10.2. Incorporación de excelencia en estándares ambientales y de seguridad

Aplica únicamente para componentes de ejecución de obra cuando el contratista cumpla con estándares ambientales y de seguridad superiores a los mínimos establecidos por la normativa de la materia. La entidad contratante otorga una bonificación hasta el 1 % del monto del contrato original. Para aplicar este incentivo, se establece indicadores iniciales en el contrato. Cuando se haya establecido este incentivo en la estrategia de contratación, no se incluye como factor de evaluación la sostenibilidad ambiental y/o seguridad y salud en el trabajo.

3.10.3. Incentivo por respuesta rápida de la supervisión

Cuando emita pronunciamiento debidamente sustentada sobre el total de las consultas del cuaderno de incidencias y/o a todas las modificaciones contractuales en un plazo igual o menor al 50 % del establecido en el contrato o en el Reglamento. La entidad contratante otorga una bonificación equivalente hasta el 3 % del monto del contrato original.

233 49.3. Tratándose de obras y consultoría de obras, cuya complejidad técnica haya sido determinada por el área usuaria o por el área técnica estratégica, la propuesta de estrategia de contratación incluye, adicionalmente, el análisis comparativo para la elección del sistema de entrega de la obra, la evaluación del uso de un contrato estandarizado de ingeniería y construcción de uso internacional, la valoración del empleo de metodologías de trabajo colaborativo para la gestión de la información de una inversión pública (Building Information Modeling, BIM), en caso se proponga su utilización, y la consideración de que dicho contrato establezca incentivos a cambio de beneficios de naturaleza técnica, económica y de plazo para la entidad y la obra, entre otros.

4. DISPOSICIONES ESPECIALES PARA LA FASE DE SELECCIÓN EN OBRAS Y CONSULTORÍA DE OBRAS

Habiendo tratado el tema de los actos preparatorios para obras y consultoría de obras, corresponde establecer las disposiciones especiales para la fase de selección, tema que se encuentra regulado en los artículos 163 al 167 del RLGCP.

4.1. Convocatoria de los procedimientos de selección de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción

El tema se encuentra regulado por el artículo 163 del RLGCP, en el que se establece las siguientes reglas especiales:

4.1.1. Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción

Adicionalmente a los requisitos establecidos en el artículo 63 del RLGCP[234], es requisito para convocar contar con el expediente técnico aprobado y la disponibilidad física del terreno.

4.1.2. Para la contratación de obras con el sistema de entrega de solo construcción

Se publica en la convocatoria la cuantía de la contratación correspondiente al presupuesto definido en el expediente técnico.

234 Artículo 63. Requisitos para convocar un procedimiento de selección

63.1. Para convocar un procedimiento de selección se debe contar con el expediente de contratación aprobado y las bases del procedimiento de selección elaboradas por los evaluadores o la DEC, según corresponda.

63.2. La fase de selección inicia con la publicación en la Pladicop del aviso de convocatoria del procedimiento de selección, el cual contiene lo siguiente:

a) Identificación de la entidad contratante.
b) Identificación del procedimiento de selección y su objeto.
c) Cronograma del procedimiento de selección.
d) Indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cubierto el procedimiento de selección.
e) Bases del procedimiento de selección, las cuales incluyen el requerimiento.

63.3. Las entidades contratantes pueden utilizar otros medios para que los proveedores conozcan la convocatoria del procedimiento de selección.

4.2. Factor de evaluación desempeño del proveedor. FUP

El artículo 164 establece que, en los procedimientos de selección de obras y consultoría de obras, es obligatorio considerar el factor de evaluación desempeño del proveedor, considerando la calificación de este en la FUP, conforme las disposiciones establecidas en las bases estándar.

4.3. Evaluación de ofertas económicas de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción

Sobre este aspecto de la fase de selección, el artículo 165 establece las siguientes reglas:

- En los procedimientos de selección de obras bajo sistema de entrega de solo construcción, la cuantía de la contratación determinada en el expediente técnico es punto de referencia para las ofertas.
- En la estrategia de contratación se puede optar entre dos métodos de evaluación ofertas:
  - **Oferta económica limitada**

    La oferta económica de los postores debe encontrarse en el rango entre el 95 % y 110 % de la cuantía de la contratación. Los evaluadores descalifican las propuestas que no cumplan el referido rango.
  - **Oferta económica fija al 100 %**

    La oferta económica de los postores corresponde al 100 % de la cuantía de la contratación. En este caso, solo se realiza la evaluación técnica de las ofertas, sobre cien puntos.

4.4. Evaluación de ofertas económicas de obras y consultoría de obras bajo sistemas de entrega distintos a solo construcción

El numeral 166.1 del artículo 166 del RLGCP establece que, en los procedimientos de selección de obras bajo el **sistema de entrega de diseño y construcción**, los postores realizan una oferta económica que contienen dos rubros:

i. Costo de la ejecución de la obra, y

ii. Costo del diseño.

Del total contemplado como cuantía de la contratación, solo aquella correspondiente al rubro costo de la ejecución de la obra, es punto de referencia para las ofertas.

4.4.1. La evaluación económica

En el numeral 166.2 se establecen las siguientes reglas para la evaluación económica.

- La evaluación económica se realiza sobre 100 puntos únicamente respecto al rubro correspondiente al costo del diseño, mientras que el monto de la oferta económica del rubro correspondiente a la ejecución de la obra es fijo al 100 %, por lo que no es materia de calificación.
- Los evaluadores descalifican las ofertas económicas que consideren una cuantía diferente al 100 % en el rubro correspondiente a la ejecución de la obra.
- Esta evaluación también es aplicable al sistema de entrega diseño, construcción, operación y mantenimiento, en cuyo caso se incluye en el rubro materia de calificación el costo del diseño, la operación y el mantenimiento.

4.4.2. Evaluación de las ofertas en los procedimientos de selección de obras bajo los sistemas de entrega de gestión del diseño y construcción al riesgo, gestión del diseño y construcción de agencia y entrega integrada de proyecto o alianza; y en las consultorías de obras

En este caso, indica el numeral 166.3, la evaluación de las ofertas se realiza conforme lo dispuesto en las disposiciones generales del Reglamento y las bases estándar, las que hemos expuesto precedentemente.

4.4.3. Las ofertas en los procedimientos de selección de consultorías de obras bajo sistema de entrega de solo formulación y solo diseño, así como en la supervisión de obras

En estos casos indica el numeral 164.4 la cuantía de la contratación determinada mediante una estructura de costos es punto de referencia para las ofertas, conforme a lo siguiente:

- **Oferta económica limitada**

  La oferta económica de los postores no debe ser menor al 90 % de la cuantía de la contratación. Los evaluadores descalifican las propuestas que no cumplan el referido mínimo.

4.5. Certificación presupuestal luego de la evaluación de la oferta económica en caso de obras y consultoría de obras

El artículo 167 del RLGCP establece las siguientes reglas respecto de la acotada certificación presupuestal.

4.5.1. Obras y consultoría de obras cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento

En este caso, indica el numeral 167.1, si la oferta económica del postor que obtiene el mejor puntaje total supera la cuantía del procedimiento de selección, la DEC gestiona la solicitud de la certificación y/o previsión presupuestal correspondiente.

Si la oficina de planeamiento y presupuesto, o la que haga sus veces, indique que no se cuenta con los recursos necesarios, previa a la adjudicación de la buena pro los evaluadores negocian con el postor que obtuvo el mejor puntaje total, lo siguiente, en este orden:

i) La reducción de su oferta económica

En el caso de los sistemas de entrega de: diseño y construcción y, diseño, construcción, operación y mantenimiento, solo puede negociarse la reducción del rubro materia de calificación.

ii) La reducción de determinadas prestaciones o condiciones del requerimiento, previa no objeción del área usuaria

Se indica que no pueden negociarse las condiciones que dieron lugar al otorgamiento de puntaje en los factores de evaluación correspondientes a la oferta técnica o aquellos establecidos como no negociables en el requerimiento. La finalidad pública de la contratación no debe ser afectada.

iii) Cuando el postor no acepta la reducción

El numeral 167.2 establece que en caso el postor con el mejor puntaje no acepte la reducción del monto o la reducción de las prestaciones o condiciones del requerimiento, se procede a negociar con los siguientes postores en el orden de prelación que obtuvieron.

iv) Cuando la reducción del postor sigue estando por encima

Al respecto, el numeral 167.3 establece que, si producto de la negociación el postor reduce la oferta económica a un monto superior al de la cuantía del procedimiento de selección, se vuelve a solicitar a la oficina de

planeamiento y presupuesto o quien haga sus veces la ampliación de la certificación de crédito presupuestario y/o previsión presupuestal correspondiente. En caso no se cuente con los recursos necesarios, se puede optar por negociar con los siguientes postores en el orden de prelación o declarar desierto el procedimiento de selección.

v) Forma de efectuar la negociación

En este extremo el numeral 167.4 indica que la negociación se realiza preferentemente mediante medios digitales, participando el área usuaria. Las decisiones adoptadas por los evaluadores en la negociación constan en actas que se publican en la Pladicop, priorizando el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, de conformidad con el artículo 27 de la Ley, que se refiere a la discrecionalidad y rigor técnico de los funcionarios y servidores, dependencias y unidades de organización encargadas de las contrataciones

Capítulo XXIX

LA BUENA PRO

Empate. Los recursos impugnativos. Supuestos impugnables y no impugnables. El recurso de apelación. Competencia judicial para las actuaciones del OECE. El agotamiento de la vía administrativa

SUMARIO: 1. El empate en la buena pro. – 2. El consentimiento de la buena pro. – 3. Verificación posterior de la oferta ganadora. – 4. La culminación del procedimiento de selección. – 5. Solución de controversias previas al perfeccionamiento del contrato. – 5.1. Los recursos impugnativos. – 5.2. Recursos impugnativos en la LPAG. – 5.3. El recurso de apelación en la LGCP. – 5.3.1. La pretensión procesal. – 5.3.2. La legitimidad procesal. – 5.3.3. La competencia para conocer y resolver el recurso de apelación. – 5.3.4. Compras corporativas, compras por encargo y compras centralizadas. – 5.4. Supuestos impugnables y no impugnables. – 5.5. Oportunidad de presentación del recurso de apelación. – 5.6. La garantía por la interposición del recurso de apelación. – 5.6.1. Las garantías en el caso de las micro y pequeñas empresas. – 5.6.2. Requisitos de las garantías y su plazo de vigencia. – 5.7. Efectos del recurso de apelación. – 5.7.1. El agotamiento de la vía administrativa y la acción contencioso-administrativa. – 5.8. Competencia judicial para las actuaciones del OECE. – 5.9. Plazo de interposición del recurso de apelación. – 5.10. Requisitos de admisibilidad. – 5.10.1. Trámite de admisibilidad. – 5.10.2. La improcedencia. – 5.11. Procedimiento ante la entidad contratante. – 5.12. El procedimiento ante el TCP. – 5.13. Reglas adicionales sobre la notificación y acumulación. – 5.14. El contenido de la resolución y sus alcances. – 5.14.1. Alcances de la resolución. – 5.15. La nulidad y su procedimiento. – 5.16. Cumplimiento de las resoluciones. – 5.17. El desistimiento. – 5.18. Ejecución y devolución de garantía. – 5.18.1. Cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o el impugnante desista. – 5.18.2. En caso de que el recurso de apelación sea declarado improcedente. – 5.19. La devolución de la garantía. – 5.20. La denegatoria ficta y la responsabilidad funcional. – 5.21. El agotamiento de la vía administrativa.

La buena pro constituye la fase final del procedimiento de selección, al que se llega luego del cumplimiento de un conjunto de etapas preclusivas a través de las cuales se ha ido preparando la voluntad contractual de la Administración, etapa que muchas veces presenta problemas en su ejecución, por lo que la normativa ha establecido soluciones para las diversas circunstancias que se pudieran presentar.

El RLGCP, en los artículos 80 al 83, regula el otorgamiento de la buena pro, estableciendo en el primero de ellos que es el acto que declara al postor ganador del procedimiento de selección, decisión que se publica a través de la Pladicop.

En este aspecto establece que la DEC, el oficial de compra o el comité, según corresponda, es responsable de la publicación del otorgamiento de la buena pro, con los documentos que sustenten los resultados de calificación y evaluación.

1. EL EMPATE EN LA BUENA PRO

El artículo 81 del RLGCP establece los criterios para el otorgamiento de la buena pro en caso de empate de dos o más ofertas, para lo que se debe seguir el siguiente orden de prelación:

La buena pro se otorga al postor que haya obtenido el mejor puntaje técnico.

La buena pro se otorga al postor que sea microempresa o pequeña empresa integrada por personas con discapacidad o a un consorcio conformado en su totalidad por estas empresas, siempre que acredite tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia.

La buena pro se otorga al postor que sea microempresa o pequeña empresa o a un consorcio conformado en su totalidad por estas, siempre que estén debidamente acreditadas de acuerdo con la normativa de la materia.

A través de sorteo.

2. EL CONSENTIMIENTO DE LA BUENA PRO

¿En qué momento se produce el consentimiento de la buena pro? Al respecto, en la Resolución N.° 2305-2019-TCE-S4 se indicó:

> [...] el consentimiento de la buena pro se produce cuando los postores teniendo la posibilidad de cuestionar en el plazo legal los actos producidos dentro del proceso de selección no interponen recurso impugnativo alguno.

Normativamente, tenemos que los numerales 82.1 y 82.2 han establecido las siguientes reglas:

- Cuando se hayan presentado dos o más ofertas definitivas, el consentimiento de la buena pro es publicado a través de la Pladicop al día siguiente de vencido el plazo correspondiente para interponer recurso de apelación, sin que los postores hubieran ejercido ese derecho.
- En caso de que se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

3. VERIFICACIÓN POSTERIOR DE LA OFERTA GANADORA

Esta disposición se vincula a la fiscalización posterior, estando regulada en el artículo 83 del RLGCP, en cuyo numeral 83.1 se indica que, dentro de los 10 días hábiles posteriores al consentimiento de la buena pro, la DEC inicia la verificación posterior de los documentos de la oferta del postor ganador de la buena pro que no consten o no se hubieran verificado a través de la FUP.

El numeral 83.2 se refiere al caso en que, como producto de dicha verificación, se compruebe la inexactitud o falsedad en los documentos, información o declaraciones presentada, situación en la cual la autoridad de la gestión administrativa puede declarar la nulidad del otorgamiento de la buena pro o del contrato, dependiendo de la oportunidad en que se hizo la comprobación, de conformidad con lo establecido en la normativa, comunicando en paralelo al TCP para que inicie el procedimiento administrativo sancionador.

4. LA CULMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

El artículo 92 del RLGCP establece las distintas formas de culminación del procedimiento de selección, las que hemos tratado precedentemente.

Se perfecciona el contrato.

Se cancela el procedimiento de selección.

Se deja sin efecto el otorgamiento de la buena pro por causa imputable a la entidad contratante.

No se perfeccione el contrato por los supuestos establecidos en el artículo 91 del RLGCP.

5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PREVIAS AL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Cuando desde la perspectiva procedimental nos planteamos la temática de las impugnaciones en el ámbito de las contrataciones del Estado, emergen inicialmente interrogantes respecto del contexto jurídico en que se desenvuelven; en relación con qué se efectúan, quiénes las pueden formular o interponer, los actores jurídicos.

La respuesta a estas iniciales interrogantes nos permitirá establecer apreciaciones sobre la condición jurídica de quienes la formulan, la etapa de los procedimientos de selección en que se plantean, las responsabilidades de la Administración y los derechos subjetivos de los postores.

El conflicto administrativo es externo al individuo y, a diferencia de otros, se plantea en el marco de la compleja relación Estado-sociedad- individuo, donde, por una parte, el Estado desenvuelve su racionalidad (Weber, 1987), como exteriorización de la soberanía[235], a través del sistema institucional o administrativo, y por la otra, aparece el individuo en ejercicio de su libertad[236]; constituyéndose así los dos aspectos de la contradicción que han marcado la dinámica de la dialéctica social.

235 La soberanía constituye el eje del accionar de la razón de Estado, su evolución en el tiempo se ha dado en la misma medida que se transformó el Estado, el pensamiento político y el conflicto por el poder, y es definida como "la cualidad de una unidad territorial de decisión y acción, en virtud de la cual y en defensa del mismo orden jurídico, se afirma de manera absoluta, en los casos de necesidad, aun en contra del derecho" (Heller, 1995, p. 29).

236 Burdeau (1983) define la libertad de la siguiente manera: "[La] facultad que todo hombre lleva en sí de obrar según su propia determinación, sin tener que sufrir otras limitaciones que las necesarias para la libertad de los demás [...] responde [...] a una

En esta relación, el Estado actúa investido de autoridad, de prerrogativas, de potestades, de derechos, pero también de obligaciones. La libertad se desenvuelve planteando limitaciones a la actividad estatal, en la que el individuo asume derechos frente al Estado y sus congéneres, contexto en el que surgen los denominados derechos públicos subjetivos, que son la facultad de poder exigir al Estado el cumplimiento de dar, hacer o no hacer algo. En esta articulación entre Administración y administrado, que son las partes de una relación jurídica bilateral, ambos son titulares de derechos y deberes, por lo que deviene en la capacidad de las partes para exigir el cumplimiento de determinada prestación u obligación.

En este contexto, las controversias que se puedan presentar cotidianamente en la referida relación se resuelven mediante el denominado procedimiento administrativo, por cuanto: "El equilibrio real "autoridad-libertad" exige una herramienta procesal idónea que garantice la tutela de los principios políticos y jurídicos del Estado de derecho. La tutela sustantiva de los derechos públicos subjetivos del Estado (prerrogativas) y de los administrados (garantías) se arbitra formalmente a través de técnicas procesales administrativas y judiciales" (Dromi, 1999, p. 24). Así, el procedimiento administrativo se constituye en un instrumento de gobierno que articula, regula y habilita el ejercicio de las distintas prerrogativas estatales compatibilizándolas, en su ejercicio, con los derechos y libertades de los individuos, en la perspectiva de solucionar los conflictos que en dicha relación puedan surgir[237], el que se sustenta en principios de orden sustancial y formal (Dromi, 1999, pp. 60 y 79).

concepción del hombre fundamentalmente única: la de un individuo que es al mismo tiempo fuente de sus derechos y fin de todas las instituciones políticas y sociales [...] combina tres aspectos estrechamente complementarios: la autonomía individual, la propiedad, la seguridad" (p. 167).

237 Sobre la argumentación del impugnante y la validez de los dichos del postor impugnado, debe tenerse presente lo indicado en la Resolución N.° 045/2006/TC-SU, donde el Tribunal estableció: "Este colegiado tiene en cuenta para resolver el presente caso el criterio de que la resolución de las controversias no solamente debe considerar la necesidad de que los mecanismos formales se respeten, sino que la interpretación de la voluntad de las partes debe efectuarse teniendo en cuenta, en caso de duda, la expresión del propio sujeto a quien se le atribuye la declaración. Por ello, en este caso, pese a que de acuerdo con la lógica utilizada por el consorcio que obtuvo la buena pro para mostrar las cifras en el formato respectivo el flete unitario incluía el IGV, si se acoge la pretensión del impugnante de que el cuadro se interprete de acuerdo con su criterio, soslayando la manifestación de voluntad del propio declarante, el resultado de ello es que se incrementa el monto de la oferta económica en cerca de seiscientos mil nuevos soles, porque a un precio unitario que ya considera el IGV se le vuelve a sumar nuevamente el 19 % por concepto de dicho tributo, con lo que se llega a una

5.1. Los recursos impugnativos

Pero antes de ingresar al tema debemos indicar que el presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo en la vía administrativa es la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida, el que debe causar agravio al administrado; perspectiva desde la cual el recurso "se interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida. Si el postor no cuestiona su situación legal en el proceso de selección, consiente su descalificación y, por lo tanto, pierde la calidad de postor" (Resolución N.° 218/2006/TC-SU), siendo este el escenario de los recursos impugnativos en la vía administrativa.

El recurso administrativo está constituido por el acto de impugnación de un acto administrativo (Gonzáles Pérez, 2000, Cap. IV). Se definen como los "actos de impugnación, o contestación de un acto administrativo anterior basado en el derecho de contradicción administrativa, y que se dirige a la autoridad gubernativa con el objeto que analice y determine si existe agravio en contra del recurrente y, en su caso dicte una nueva decisión sobre el expediente" (Morón Urbina, 2011, p. 443), por lo que los recursos impugnativos constituyen los "remedios procesales contra los actos administrativos que se supone violan, desconocen o lesionan un derecho o interés legítimo de los administrados y que, en el caso particular del procedimiento de selección para determinar al cocontratante de la Administración, son promovidos contra las decisiones de los órganos que intervienen en el mismo" [238].

En este orden, los recursos impugnativos son los medios a través de los cuales la entidad puede revisar sus propios actos, deviniendo por ello en un mecanismo de autocontrol, los que requieren para su materialización de la actuación del administrado impugnando un acto o una actuación. De acuerdo con lo establecido en la Resolución N.° 2060-2008-TC-S3, el sistema de impugnaciones considerado por la normativa "no está diseñado para la protección de derechos inciertos o indeterminados, sino de afectaciones concretas a los derechos de los postores en un proceso de selección que constituyan una situación objetiva que amerite una acción".

La viabilidad o procedencia de la pretensión o pretensiones del impugnante, que tiene como objetivo el modificar la condición jurídica determinada por la decisión de la Administración, se encuentra condicionada por el hecho

cifra que no es la que ha sido ofertada, según propia declaración del postor adjudicatario de la buena pro".

238 Resolución N.° 1445/2007/TC-S4.

de que la contradicción comprenda al acto o actos que lo agravien[239], la precisión y naturaleza jurídica de los mismos por cuanto permitirá delimitar el alcance del pronunciamiento[240]; y, además, la existencia de conexión lógica entre los hechos que se exponen en el recurso impugnativo y la pretensión en él consignada, "el cual consiste en que quien efectúa la impugnación debe alegar un interés legítimo o afectación directa a un derecho subjetivo"[241].

5.2. Recursos impugnativos en la LPAG

El artículo 218 del T.U.O. de la LPAG establece que los recursos administrativos están conformados por el recurso de reconsideración y el recurso de apelación, siendo materia de interés de este trabajo el recurso de apelación, respecto del cual el artículo 220 de la LPAG indica que se interpondrá "cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico", disposición general que se mediatiza cuando se trata de un procedimiento especial.

El origen y existencia del procedimiento especial se vincula a la dinámica y complejidad de la Administración Pública, la que se caracteriza por tener una pluralidad de procedimientos administrativos[242], donde existen algunos

239 "[El] sistema de impugnaciones que el ordenamiento legal contempla está diseñado para la protección de afectaciones concretas y directas a los derechos de los postores en un proceso de selección que constituyan una situación objetiva que amerite una acción en este sentido" (Resolución N.° 2161-2007-TC-S2).

240 Resolución N.° 2161-2007-TC-S2.

241 "[Se] debe alegar un agravio directo, específico y personalizado. En esta línea argumental, la falta de conexión lógica referida está referida a la relación objetiva entre el petitorio (que se revoque la buena pro y se le otorgue al impugnante) objeto del recurso de apelación, y los hechos expuestos en su recurso de apelación como argumentos para amparar su petitorio (también llamado en doctrina *causa petendi*) y que de los mismos se verifiquen su derecho afectado de manera directa. Entonces, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera efectiva y directa que configure un conflicto de relevancia jurídica respecto del bien que se pretende proteger" (Resolución N.° 2161-2007-TC-S2).

242 "No hay un procedimiento general, sino varios, una pluralidad de procedimientos formalizados que, en ocasiones, y para ciertos supuestos, pueden admitir específicas desviaciones o diferenciaciones en la realización de uno o varios trámites, desviaciones que pueden a veces ser tan importantes que alteren la íntima estructura del procedimiento formalizado utilizables normalmente para el cumplimiento de una determinada finalidad administrativa, en cuyo caso, y solo entonces, se podrá hablar de procedimiento especial, pues de lo contrario —y es lo que ocurre casi siempre— estaremos en presencia de una

que requieren una tramitación distinta de la general, y en el que participa más de un administrado, teniendo la condición jurídica de procedimiento trilateral. En este tipo de procedimiento trilateral, "[...] la Administración aparece decidiendo un conflicto de intereses entre dos o más sujetos de un conflicto jurídico-procesal de derecho administrativo. No solo se trata que en vez de un administrado frente al Estado, converjan dos o más, sino que entre ellos preexista un conflicto de interés, pretensiones recíprocas y una entidad pública con competencia para dirimirlos, sin convertirse en sujeto procesal" (Morón Urbina, 2011, p. 490). Para mayor precisión, el numeral 229.1 del artículo 229 del T.U.O. de la LPAG establece que el procedimiento trilateral "es el procedimiento administrativo contencioso seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la administración".

5.3. El recurso de apelación en la LGCP

En el caso de la normativa de contrataciones del Estado, el procedimiento que sigue el recurso impugnativo de apelación es de naturaleza trilateral (Resolución N.° 2154-2007/TC-2004), debiendo ejercerse con el patrocinio de un abogado, quien puede regularizar su condición de hábil ante el colegio profesional respectivo en el desarrollo del proceso, tal como quedó establecido en la Resolución N.° 547-2012-TC-S1 donde el Tribunal precisó respecto de la falta de habilidad del abogado que suscribía el recurso de apelación, que dicha omisión "[...] constituye un aspecto formal que puede ser subsanado durante la tramitación del procedimiento, pues de lo contrario se causaría indefensión en la parte, privilegiándose formalismos que bien pueden ser materia de enmienda, solución que es aconsejada también por el hecho de que es perfectamente posible que el impugnante pueda haber actuado con desconocimiento de que el abogado patrocinante había incumplido con el pago de cuotas al gremio al que debe pertenecer por imperio de la ley, priorizándose un criterio rígido formal con sacrificio de la justicia y equidad" (Resolución N.° 547-2012-TC-S1).

Los artículos 72 al 75 de la LGCP, así como el 302 al 317 del RLGCP, regulan la solución de las controversias que surjan hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

5.3.1. La pretensión procesal

En relación con la pretensión procesal se ha establecido que para ser considerada como tal "debe constar de dos elementos esenciales: en primer

simple especialidad procesal y no de un verdadero y propio procedimiento especial" (Gonzales Navarro, 1982, p. 354).

lugar, el objeto, el cual constituye el efecto jurídico determinado que se persigue, y, por lo tanto, la tutela jurídica que se reclama. En segundo lugar, la razón de la pretensión, que es el fundamento que se le da, y se distingue en razón de hecho y de derecho; es decir, el conjunto de hechos que constituyen el relato histórico de las circunstancias de donde se cree deducir lo que se pretende y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material o sustancial" (Resolución N.° 1937-2007-TC-S1).

5.3.2. La legitimidad procesal

En las resoluciones N.° 454-2008-TC-S2 y N.° 2381-2019-TCE-S3 se estableció, respecto de la legitimidad procesal, que esta se encuentra referida "[...] a la relación objetiva entre la identidad del sujeto que recurre a la administración pública y el derecho afectado. En ese sentido, se requiere la constatación de una situación objetiva que implique la lesión de un derecho de manera efectiva y que configure un conflicto de relevancia jurídica en relación al bien que se pretende proteger [...] en la vía administrativa es presupuesto procesal objetivo para la validez de cualquier recurso impugnativo, la existencia de un acto administrativo previo contra el cual la impugnación está dirigida y que dicho acto debe causar agravio al administrado, siendo que el recurso administrativo se interpondrá a efectos de modificar o extinguir su eficacia y, por su efecto, variar la condición jurídica discutida" (Resoluciones N.° 454-2008-TC-S2 y N.° 2381-2019-TCE-S3).

En este orden tenemos que la impugnación al otorgamiento de la buena pro, "solo está reservada a aquellos postores que participen en el acto, mas no para aquellos que fueron descalificados en la etapa de calificación técnica o económica, esto por precedente de observancia obligatoria de Acuerdo de Sala Plena N.° 014/009[243], por lo que la impugnante puede cuestionar su descalificación técnica y no el otorgamiento de buena pro, salvo que previamente revierta su condición de postor descalificado, lo que motiva que previamente se analice las razones que motivaron su descalificación técnica"[244].

5.3.3. La competencia para conocer y resolver el recurso de apelación

En cuanto a la competencia para conocerlos, el artículo 302 del RLGCP establece que los recursos de apelación son conocidos y resueltos por el TCP y por la autoridad de la gestión administrativa, precisando en cuanto

243 Publicado en el diario oficial *El Peruano* con fecha 23/9/2002.

244 Resolución N.° 752-2008-TC-S1.

a ellas que esta facultad es indelegable. Las reglas específicas que establece para la solución de controversias son las siguientes:

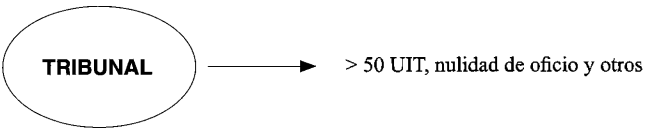
• En los procedimientos de selección competitivos según relación de ítems, incluso los derivados de aquellos declarados desiertos, la cuantía total del procedimiento de selección original determina la autoridad ante la que se presenta el recurso de apelación.
• Con independencia de la cuantía del procedimiento de selección competitivo, la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento son impugnadas ante el TCP.

En este orden tenemos que el artículo 74 de la LGCP establece a los órganos competentes para resolver el recurso de apelación.

i) TCP

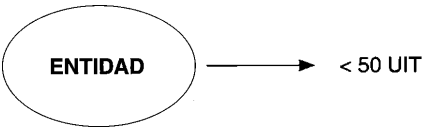
Cuando se trate de procedimientos de selección cuya cuantía sea superior a las 50 UIT, así como en los procedimientos para implementar o mantener la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

Ante el Tribunal también se impugnan, con independencia del valor referencial o valor estimado del procedimiento de selección, la declaración de nulidad de oficio u otros emitidos por la autoridad de la gestión administrativa o el titular de la entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación.



ii) Autoridad de gestión administrativa

La autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante en los demás casos. Esta autoridad verifica que, en las actuaciones del recurso, al interior de la entidad contratante, no participen quienes hayan intervenido en el mismo proceso de contratación.



5.3.4. Compras corporativas, compras por encargo y compras centralizadas

En estos casos las atribuciones de la entidad contratante son ejercidas por la entidad que conduce el procedimiento de selección correspondiente.

5.4. Supuestos impugnables y no impugnables

Los artículos 72 de la LGCP y el 303 del RLGCP regulan los supuestos impugnables y no impugnables. En cuanto a los primeros, el artículo 72 establece que son impugnables:

- Las discrepancias surgidas entre la entidad contratante y los participantes o postores en un procedimiento de selección.
- Las discrepancias surgidas en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.
- Los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento que sean anteriores al perfeccionamiento del contrato.

En cuanto a los actos no impugnables, tenemos que, en la Resolución N.° 834/2004/TC-SU, el Tribunal estableció que no cabe impugnación de actos administrativos que no causan agravio al impugnante. Por su parte, el numeral 72.3 y el artículo 303 del RLGCP establecen que no son impugnables:

- No se pueden impugnar las contrataciones no sujetas a procedimiento competitivo
- Los actos y actuaciones realizadas en la fase de actuaciones preparatorias, incluyendo la interacción con el mercado y la estrategia de contratación.
- Los actos y actuaciones realizadas en los procesos de contratación de contratos menores.
- Las bases y/o su integración.
- Las actuaciones referidas al registro de participantes.
- Los actos y actuaciones realizados en las etapas de negociación y diálogo competitivo.
- El puntaje en el factor de evaluación "diseño arquitectónico" en los concursos de proyectos arquitectónicos y urbanísticos.
- Los procedimientos no competitivos.

5.5. Oportunidad de presentación del recurso de apelación

El artículo 73 de la LGCP establece que el recurso de apelación solo puede interponerse después de los siguientes hechos:

- Otorgamiento de la buena pro.
- Declaración de desierto.
- Publicación de los resultados de adjudicación, en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco.

El numeral 305.3 del artículo 305 del RLGCP establece que la entidad contratante o el TCP, según corresponda, informa de la interposición del recurso de apelación a través de su registro en la Pladicop, hasta el día hábil siguiente de su interposición.

5.6. La garantía por la interposición del recurso de apelación

El numeral 73.2 del artículo 73 de la LGCP y el artículo 309 del RLGCP abordan el tema de la garantía en el caso de la interposición del recurso de apelación, cuya razón de ser fue precisada en su oportunidad por el TCP, indicando que esta:

> [...] no constituye un cobro por derecho de tramitación, ni un pago por el que se extingue una obligación preexistente entre acreedor y deudor, sino que se configura como un instrumento legal previsto como requisito de admisibilidad del recurso a través del cual se pretende respaldar las resultas del recurso impugnativo, siendo pasible de devolución en caso de ampararse la pretensión del impugnante. Mediante la garantía se busca que los postores que interpongan su recurso impugnativo lo hagan con fundamentos que permitan inferir que poseen la razón, disminuyéndose de ese modo las impugnaciones con fines dilatorios que afectan el curso de los procesos de selección convocados por las entidades del Estado.
>
> En ese sentido, dicha exigencia no lesiona los derechos de defensa, de petición y de acceso a la jurisdicción del impugnante ni se encuentra en contraposición con lo establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 3741-2004-AA/TC[245], toda vez que la garantía tiene una naturaleza distinta a la tasa por la interposición de un recurso, puesto que, en el caso de ampararse la pretensión del impugnante, se dispone la devolución de la garantía (Resolución N.° 149/2007/TC-SU).

Normativamente, tenemos que el numeral 73.2, modificado por la Décimo Sexta Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 32187, indica que la garantía por interposición del recurso de apelación debe otorgarse a favor de la entidad contratante o del OECE, según corresponda,

245 Exp. N.° 3741-2004-AA/TC-LIMA
"En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes con los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138).
[...]

§2. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

18. Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, no solo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a '[...] cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana' (caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

19. Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.

20. El recurrente sostiene, en efecto, que la exigencia del pago previo de una tasa para recibir y dar trámite a su escrito de apelación contra un acto administrativo que considera contrario a sus intereses, afecta su derecho de defensa en sede administrativa y, por lo tanto, vulnera el debido procedimiento administrativo. Por su parte, al contestar la demanda, la municipalidad emplazada aduce que dicho cobro es por la '[...] realización de un acto administrativo que deseaba efectuar el actor', el cual se encuentra plenamente reconocido en el TUPA y que, por ello, no puede ser inconstitucional. El Tribunal Constitucional no comparte el argumento de la emplazada, puesto que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

21. El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

22. En conclusión, este Tribunal estima que, en el presente caso, el establecimiento de una tasa o derecho como condición para ejercer el derecho de impugnar la propia decisión de la Administración, vulnera el debido proceso reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución.

§3. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

23. Íntimamente vinculado a lo anterior está el tema del derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble ins-

tancia como un derecho fundamental. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

24. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por lo tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta solo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce '[...] únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos [...] con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado [...]' (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

25. El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.

26. En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por lo tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N.° 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

§4. La imposición del pago de un derecho por recurrir un acto de la administración incentiva la arbitrariedad de los actos de poder

27. Al momento de presentar su 'expresión de agravios' frente a la decisión del a quo, el recurrente ha argüido: '[...] de admitirse como legítima la facultad de la administración para cobrar un derecho administrativo por recepcionar recursos de impugnación contra las sanciones que impone, se estaría creando una nueva fuente de recursos financieros municipales sustentados en la arbitrariedad. En tal caso, ya no importaría si la multa finalmente será pagada, sino que el solo hecho de pretender impugnarla habrá de constituir un ingreso para la administración'.

28. Si bien debe presumirse que toda actuación de los poderes públicos tiene como marco de referencia la observancia del principio de buena fe y la defensa del interés general, también

debe aceptarse que el razonamiento del recurrente resulta materialmente plausible. Aun no reconociendo esta posibilidad como real en el contexto del caso planteado, este Tribunal estima que la presencia de cuotas o derechos por concepto de impugnación de los propios actos de la administración, en el mejor de los casos, no incentiva la participación del ciudadano en el control de los actos del poder público y genera una interferencia cuestionable para el desarrollo del Estado social y democrático de derecho.

En consecuencia, también desde esta perspectiva, el establecimiento del pago de un derecho para impugnar una decisión de la administración es atentatorio del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad en el ejercicio del poder público y, además, desde una perspectiva más general, estimula comportamientos contrarios al espíritu que debe inspirar una práctica administrativa democrática.

§5. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

29. El recurrente también ha señalado en su escrito de demanda y en su recurso extraordinario que el pago de un derecho previo a la presentación de un escrito de impugnación de una resolución de la municipalidad emplazada afecta su derecho constitucional de petición, previsto en el artículo 2, inciso 20, de la Constitución.

30. El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad. En la STC Exp. N.° 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este '[...] constituye [...] un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho' (f. j. 2.2.2).

31. Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, específicamente en los artículos 106 a 112, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho "de contradecir actos administrativos". De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:

1. La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado, ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.
2. La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de queja o el derecho al recurso administrativo del derecho de petición. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.
3. Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia, e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin

distinguiendo respecto del caso de las micro y pequeñas empresas, para las que se establece que el monto de la garantía es del 0.5 % de la cuantía del procedimiento de selección o ítem que se vaya a impugnar hasta el límite de 25 IUT vigentes al momento de interponer el recurso.

En este contexto, el numeral 309.1 del artículo 309 del RLGCP establece, manteniendo el pasado, que la garantía que respalda la interposición del recurso de apelación es del 3 % de la cuantía del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar.

Para el caso de los procedimientos de selección según relación de ítems, el monto de la garantía se calcula en función del monto de contratación del ítem impugnado.

---

poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado, y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

32. Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

§6. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

33. Visto de cara a la posibilidad de impugnar la decisión de fondo de la municipalidad emplazada en un procedimiento contencioso o en un amparo, si acaso dicha decisión contuviera una decisión que afectara de manera inminente un derecho fundamental, el tema aquí planteado también puede enfocarse desde la perspectiva del derecho de acceso a la jurisdicción. Es decir, se trata ahora de responder a la pregunta de si el establecimiento de una tasa o derecho, toda vez que estamos aún en un procedimiento ante la propia administración, ¿no supone acaso un obstáculo para la satisfacción del derecho de acudir ante la instancia judicial impugnando una decisión de la administración municipal?

34. En la STC Exp. N.° 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

35. Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio solve et repete era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del 'pague primero y reclame después', sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto".

En ningún caso la garantía es mayor a 300 UIT vigentes al interponerse el recurso de apelación.

5.6.1. Las garantías en el caso de las micro y pequeñas empresas

Para las micro y pequeñas empresas, la norma, en el numeral 309.2, establece reglas especiales, indicando que para el caso de interposición del recurso de apelación el monto de la garantía es del 0.5 % de la cuantía del procedimiento de selección o del ítem que se decida impugnar, cuyo límite es de 25 UIT vigentes al momento de interponerse el recurso de apelación.

5.6.2. Requisitos de las garantías y su plazo de vigencia

El numeral 309.3 precisa que la garantía cumple los mismos requisitos previstos para las garantías contractuales reguladas en la LGCP, pudiendo consistir en un depósito en la cuenta bancaria de la entidad contratante o del OECE, según corresponda.

En este último caso, cuando el recurso de apelación se presente ante la entidad contratante, la garantía tiene un plazo mínimo de vigencia de 20 días calendario, contabilizados desde el día siguiente de su emisión; de presentarse ante el TCP, la garantía tiene un plazo mínimo de vigencia de 60 días calendario, contabilizados desde el día siguiente de su emisión; debiendo ser renovada, en cualquiera de los casos, hasta el momento en que se agote la vía administrativa, siendo obligación del impugnante realizar dichas renovaciones en forma oportuna.

En el supuesto de que la garantía no fuese renovada hasta la fecha consignada como vencimiento de esta, es ejecutada para constituir un depósito en la cuenta bancaria de la entidad contratante o del OECE, el cual se mantiene hasta el agotamiento de la vía administrativa.

5.7. Efectos del recurso de apelación

Los artículos 75 de la LGCP, y el 305 del RLGCP regulan los efectos de la interposición del recurso de apelación, estableciendo en el primero, como regla general, que el recurso interpuesto deja en suspenso el procedimiento de selección hasta que sea resuelto, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución, precisando el numeral 305.1 del artículo 305 del RLGCP que la interposición del recurso de apelación suspende el procedimiento de selección. Si el procedimiento de selección fue convocado según relación de ítems, la suspensión afecta únicamente al ítem impugnado.

Por otro lado, el numeral 305.2 del RLGCP indica que la interposición del recurso de apelación no suspende la incorporación de proveedores a los catálogos electrónicos de acuerdo marco ni la extensión de vigencia de dichos catálogos.

5.7.1. El agotamiento de la vía administrativa y la acción contencioso-administrativa

El numeral 75.2 de la LGCP establece que la resolución que resuelve el recurso de apelación agota la vía administrativa. La interposición de la acción contencioso-administrativa procede contra lo resuelto en última instancia administrativa, sin suspender su ejecución.

Seguidamente, el numeral 75.3 establece que en el caso de que la entidad contratante o el TCP, según corresponda, no resuelvan ni notifiquen sus resoluciones dentro del plazo establecido en el reglamento, los interesados consideran denegados sus recursos, pudiendo interponer la acción contencioso-administrativa contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente, debiendo la entidad que debió resolver el recurso de apelación, devolver la garantía a la que hace referencia el párrafo 73.2 del artículo 73.

5.8. Competencia judicial para las actuaciones del OECE

Sobre el particular, la Décima Sexta Disposición Complementaria Final establecen las siguientes reglas respecto de la competencia judicial para las actuaciones del OECE:

- Cuando el objeto de una acción contencioso administrativa verse sobre actuaciones de los órganos del OECE, es competente, en primera instancia, la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva, correspondiente al distrito judicial donde tiene su domicilio el OECE. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en grado de apelación y la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en casación.
- Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior y, en apelación, la Sala Civil de la Corte Suprema, correspondientes al distrito judicial donde tiene su domicilio el OECE.
- Los procesos constitucionales de amparo sustentados en la presunta vulneración de derechos constitucionales, relativos a actuaciones de los órganos del OECE, son conocidos en primera instancia por la Sala Superior Especializada en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia respectiva y, en grado de apelación, por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. Es competente para conocer la solicitud de medida cautelar la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia y, en apelación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

- No procede el proceso constitucional de amparo cuando exista una vía específica, igualmente satisfactoria, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.
- Las medidas cautelares y demás resoluciones dictadas por jueces en contravención de lo dispuesto serán puestas en conocimiento de la presidencia de la Corte Superior de Justicia del distrito judicial correspondiente, así como de la Oficina de Control de la Magistratura respectiva, a fin de que, de oficio, se inicie el proceso disciplinario, según corresponda.

5.9. Plazo de interposición del recurso de apelación

El artículo 304 del RLGCP regula el plazo de interposición del recurso de apelación, estableciendo en el numeral 304.7 que los plazos indicados resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la entidad contratante o ante el TCP, según corresponda. Asimismo, establece las siguientes reglas:

LA SITUACIÓN FÁCTICA	EL PLAZO
La apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella en los procedimientos de selección competitivos	Debe interponerse, como máximo, dentro de los 8 días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro a través de la Pladicop.
Concurso público abreviado, licitación pública abreviada, selección de expertos y comparación de precios	En estos casos, el numeral 304.2 establece que la apelación se presenta dentro de los 5 días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro.
En el caso de subasta inversa electrónica	El plazo para la interposición del recurso de apelación es de 5 días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, salvo que su cuantía corresponda a la de una licitación pública o un concurso público, en cuyo caso el plazo es de 8 días hábiles.
Contabilización del plazo en el caso actos dictados con posterioridad al otorgamiento de la bueno buena pro, contra la declaración de nulidad, cancelación y declaratoria de desierto del procedimiento	En estos casos el numeral 304.4 establece que los plazos indicados en los numerales precedentes se contabilizan desde que se toma conocimiento del acto que se desea impugnar.
En caso de la implementación, extensión de vigencia o incorporación en los catálogos electrónicos de acuerdo marco	El numeral 304.5 indica que el plazo para la interposición del recurso de apelación es de ocho días hábiles contabilizados desde la publicación de los resultados.
El plazo para interponer el recurso de apelación en el caso de un procedimiento de selección, derivado de uno declarado desierto	Se precisa en el numeral 304.6 que se rige por las disposiciones del nuevo procedimiento de selección convocado.

5.10. Requisitos de admisibilidad

En relación con este tema, surge el de la oportunidad de plantear los puntos controvertidos respecto del cual en el Acuerdo de Sala Plena 002-2012, referido a la evaluación y adopción del criterio respecto de la oportunidad de plantear los puntos controvertidos en la interposición y trámite de recursos de apelación, se estableció:

> [...] en aplicación del principio de preclusión procesal, los puntos controvertidos se establecen únicamente respecto de los hechos alegados en el recurso de apelación y en la absolución del referido recurso, sin que sea posible que las partes incorporen hechos nuevos o no alegados oportunamente.
>
> En consecuencia [...] solo serán materia de la decisión los puntos controvertidos que se sustenten en los hechos contenidos en el recurso de apelación presentado por el impugnante y en la absolución del traslado del referido recurso que presenten los demás postores intervinientes en el procedimiento de impugnación. (Acuerdo de Sala Plena 002-2012)

El artículo 306 del RLGCP regula la admisibilidad del recurso de apelación, indicando que este se presenta ante la mesa de partes de la entidad contratante o del TCP, según corresponda, y cumple con los siguientes requisitos:

• Identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial nacional de identidad, o su denominación o razón social y número de RUC, según corresponda. En caso de actuación mediante representante, se acompaña la documentación que acredite tal representación. En relación con la representación para la interposición queda subsistente el criterio establecido por el Tribunal en la Resolución N.º 1085/2005/TC-SU, donde determinó que esta puede ser presentada por un representante, siendo suficiente "las facultades generales de representación, por lo que debe rechazarse mayores requerimientos por atentar contra la simplicidad, eficiencia y derecho de defensa de los postores. Por lo tanto, apreciándose que el poder exhibido por el personero que suscribió la apelación se refiere a una representación general ante autoridades administrativas, ello debe ser reputado suficiente, por lo que la pretensión de la adjudicataria de la buena pro de que se declare improcedente el recurso carece de amparo" (Resolución N.º 1085/2005/TC-SU).
• Tratándose de consorcios, el representante común interpone el recurso de apelación a nombre de todos los consorciados.
• La nomenclatura del procedimiento de selección del cual deriva el recurso.

• El petitorio[246], que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita, y sus fundamentos[247].
• Las pruebas instrumentales pertinentes. En relación con la carga y oficialidad de la prueba en la Resolución N.º 1754-2008-TC-S2 el Tribunal estableció que la oficialidad se refiere "a la búsqueda de la determinación, conocimiento y comprobación de los datos para poder emitir una resolución fundada en derecho", mientras que la carga de la prueba, establece "que corresponde a los administrados realizar, entre otras diligencias, el aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, a efectos de defender sus intereses" (Resolución N.º 1754-2008-TC-S2).
• La garantía por interposición del recurso.
• Encontrarse inscrito en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE), de corresponder.
• La firma del impugnante o de su representante.
• En el caso de consorcios basta la firma del representante común señalado como tal en la promesa de consorcio.

246 Confusión de petitorio. "[Al] margen de la poco feliz redacción que el consorcio ha utilizado en su recurso, de las dos (2) comunicaciones remitidas en las que se ratificó primero y se rectificó después acerca de la materia de su petitorio, y de la eventual extemporaneidad para cumplir el requerimiento formulado por la entidad, lo cierto es que del texto de los fundamentos de hecho en que se apoya la apelación se desprende que el auténtico objeto de la reclamación era la descalificación de la propuesta que presentó para los ítems cuyos sobres económicos fueron abiertos el 29/3/05, de modo que no existía impedimento alguno para que la entidad pudiera reconducir el recurso presentado y tramitarlo como uno planteado contra el acto de descalificación de la propuesta técnica, en aplicación del artículo 213 de la Ley N.° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que dispone que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter. Por ende, se colige que el motivo invocado por la entidad para declarar la inadmisibilidad de la reclamación carece de sustento legal" (Resolución N.° 629/2005/TC-SU).

247 Al respecto, en la Resolución N.° 1081/2005/TC-SU se estableció: "[Debe] determinarse de forma preliminar que los asuntos controvertidos deben plantearse en el recurso de apelación y en la absolución del mismo, y en caso de presentarse un recurso de revisión, en este podrá invocarse argumentos o consideraciones que no hayan sido planteadas en la apelación, pero solo respecto de las pretensiones planteadas, no resultando procedente plantear nuevas pretensiones. En este sentido, los argumentos o consideraciones sobre los que debe pronunciarse este Colegiado deben ser planteados por el postor impugnante hasta la presentación de su recurso de revisión, resultando extemporáneo todo cuestionamiento formulado de forma posterior; ello sin perjuicio de la potestad de este Tribunal de declarar la nulidad por los vicios que detectase durante el trámite de un recurso de revisión. Lo anteriormente señalado obedece a la exigencia que tiene la Administración Pública para garantizar la adecuada transparencia en la discusión de los argumentos planteados por las partes, de modo tal que el análisis de un caso concreto no se vea afectado por sucesivas nuevas alegaciones, que no solo prolongan desmedidamente el trámite del recurso interpuesto, sino que impela a conocer aspectos previamente consentidos por las partes y sobre los que no hubo discrepancia inicial".

5.10.1. Trámite de admisibilidad

Independientemente que sea interpuesto ante la entidad contratante o ante el TCP, el trámite de admisibilidad del recurso de apelación es el siguiente:

• El análisis referido a la conformidad de los requisitos de admisibilidad se realiza en un solo acto, al momento de la presentación del recurso de apelación. La mesa de partes de la entidad contratante o del TCP notifica las observaciones y el plazo de subsanación.
• Los requisitos de admisibilidad indicados en los literales b) y g)[248] del artículo precedente son consignados obligatoriamente en el primer escrito que se presente; de lo contrario, el recurso es rechazado por la mesa de partes de la entidad contratante o del TCP.
• La omisión de los requisitos señalados en los literales a), c), d), e) y f)[249] del artículo precedente es subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. Este plazo es único y suspende todos los plazos del procedimiento de impugnación.
• Transcurrido el plazo indicado en el literal anterior sin que se verifique el cumplimiento de los requisitos previstos en el mismo, el recurso de apelación se considera como no presentado, publicándose esta condición en la Pladicop, sin necesidad de pronunciamiento alguno.
• Si la entidad contratante o el TCP, según sea el caso, advierte alguna omisión respecto de los requisitos de admisibilidad del recurso, que no fue advertido en el momento de la presentación, la entidad contratante o el TCP, concede un plazo máximo de dos días hábiles contabilizados desde el día siguiente de la notificación de las observaciones para la subsanación respectiva. Transcurrido el plazo sin que se realice la subsanación, el recurso se tiene por no presentado.
• Si se advierten errores o defectos en los documentos remitidos en la subsanación de alguno de los requisitos de admisibilidad, la entidad contratante o el TCP debe declarar como no presentado el recurso.
• El recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a esta, que se presente antes de haberse efectuado el otorgamiento de la buena pro, es rechazado por la mesa de partes de la entidad contratante o del TCP, según corresponda, con la simple verificación en la Pladicop de la fecha programada para el otorgamiento de la buena pro.

248 b) La nomenclatura del procedimiento de selección del cual deriva el recurso.
g) La firma del impugnante o de su representante. En el caso de consorcios basta la firma del representante común señalado como tal en la promesa de consorcio.

249 a) Identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial nacional de identidad, o su denominación o razón social y número de RUC, según corresponda. En caso de actuación mediante representante, se acompaña la documentación que acredite tal representación. Tratándose de consorcios, el representante común interpone el recurso de apelación a nombre de todos los consorciados.
c) El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita, y sus fundamentos.
d) Las pruebas instrumentales pertinentes.
e) La garantía por interposición del recurso.
f) Encontrarse inscrito en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE), de corresponder.

5.10.2. La improcedencia

El artículo 308 del RLGCP establece que el recurso de apelación presentado ante la entidad contratante o ante el TCP es declarado improcedente cuando:

• La entidad contratante o el TCP carezca de competencia para resolverlo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 74 de la LGCP[250]. No aplica en estos casos lo establecido en el artículo 130 de la LPAG[251], o disposición que la sustituya, referido a la presentación de escritos ante entidades que no resultan competentes.
• Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.
• Sea interpuesto fuera del plazo.
• El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.
• El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 30 de la LGCP, referido a los impedimentos para contratar con el Estado.
• El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.
• El proveedor impugne la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta o, aun cuestionándola, no logra revertir de forma previa su condición de no admitido o descalificado del procedimiento.

250 Artículo 74.- Órgano competente para resolver el recurso de apelación
74.1. El recurso de apelación es conocido y resuelto por las siguientes autoridades:
a) El Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuya cuantía sea superior a cincuenta UIT y de procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdos marco. Los actos que declaren la nulidad de oficio u otros emitidos por la autoridad de la gestión administrativa o el titular de la entidad que afecten la continuidad del procedimiento de selección, distintos de aquellos que resuelven los recursos de apelación, solo pueden impugnarse ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.
b) La autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante, en los demás casos. Esta autoridad verifica que, en las actuaciones del recurso, al interior de la entidad contratante, no participen quienes hayan intervenido en el mismo proceso de contratación.
74.2. En el caso de las compras corporativas, compras por encargo y compras centralizadas, las atribuciones de la entidad contratante son ejercidas por la entidad que conduce el procedimiento de selección correspondiente.

251 Artículo 130.- Reglas generales para la recepción documental Los escritos que los administrados dirigen a las entidades pueden ser presentados de modo personal o a través de terceros, ante las unidades de recepción de:
1. Los órganos administrativos a los cuales van dirigidos.
2. Los órganos desconcentrados de la entidad.
3. Las autoridades políticas del Ministerio del Interior en la circunscripción correspondiente.
4. En las oficinas de correo, en la manera expresamente prevista en esta Ley.
5. En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero, tratándose de administrados residentes en el exterior, quienes derivan los escritos a la entidad competente, con indicación de la fecha de su presentación.

• Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.
• No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y su petitorio.
• El impugnante carezca de interés para obrar o legitimidad procesal.

5.11. Procedimiento ante la entidad contratante

El artículo 310 establece el procedimiento que debe seguir el recurso de apelación ante la entidad contratante, indicando en el numeral 310.2 que, a efectos de resolverlo, la autoridad de la gestión administrativa cuenta con la opinión previa de las áreas legal y técnicas, cautelando que en la decisión sobre la impugnación no intervengan los servidores que participaron en el procedimiento de selección.

• La presentación del recurso de apelación se registra en la Pladicop al día siguiente de haber sido interpuesto.
• De haberse interpuesto dos o más recursos de apelación respecto de un mismo procedimiento de selección o ítem, la entidad contratante los acumula a fin de resolverlos de manera conjunta, siempre que los mismos guarden correspondencia. La acumulación se efectúa al procedimiento de impugnación más antiguo. Producida la acumulación, el plazo para emitir resolución se contabiliza a partir del último recurso interpuesto o subsanado.
• La entidad contratante corre traslado de la apelación a los postores que tengan interés directo en la resolución del recurso, al día hábil siguiente de la presentación del recurso o desde la subsanación de las omisiones advertidas en su presentación, según corresponda. Esta notificación se efectúa a través de la publicación del recurso de apelación y sus anexos en la Pladicop.
• El postor o postores emplazados pueden absolver el traslado del recurso interpuesto en un plazo no mayor a tres días hábiles, contabilizados a partir del día siguiente de notificado a través de la Pladicop. Dicha absolución es publicada en la Pladicop. La entidad contratante resuelve con la absolución del traslado o sin ella.
• Las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo legal. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento, presentados dentro del plazo legal.
• Al interponer el recurso o al absolverlo, el impugnante o los postores pueden solicitar el uso de la palabra, actuación que se realiza dentro de los tres días hábiles siguientes de culminado el plazo para la absolución del traslado del recurso de apelación.
• La entidad contratante resuelve la apelación y notifica su decisión a través de la Pladicop en un plazo no mayor de diez días hábiles, contabilizados a partir del día siguiente de la presentación del recurso o la subsanación de las omisiones y/o defectos advertidos en su presentación.

5.12. El procedimiento ante el TCP

El otro trámite a seguir respecto de los recursos de apelación en los procedimientos de mayor cuantía, así como de determinados actos de la

entidad, es ante el TCP. En relación con ello, el artículo 311 del RLGCP establece el siguiente procedimiento:

• Al día hábil siguiente de la presentación del recurso o de la subsanación de las omisiones advertidas en su presentación, el TCP notifica a través de la Pladicop el recurso de apelación y sus anexos, a efectos que, dentro de un plazo no mayor de 3 días hábiles, la entidad contratante registre el sustento técnico-legal en el cual indique su posición respecto de los fundamentos del recurso interpuesto, y el postor o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados absuelvan el traslado del recurso.
• En la misma oportunidad que se realiza dicha notificación, el expediente de apelación es remitido a la Sala respectiva, junto con la programación de la audiencia pública, la cual debe efectuarse en un plazo no menor de tres ni mayor de cinco días hábiles contabilizados desde del día siguiente de la notificación.
• El incumplimiento de la entidad contratante de registrar el informe o informes que comprenden el sustento referido en el numeral anterior es comunicado al OCI y/o de la Secretaría Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios de la entidad contratante para la determinación de las responsabilidades funcionales y/o administrativas, de corresponder.
• Las partes formulan sus pretensiones y ofrecen los medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación o al absolver el traslado, según corresponda, presentados dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento.
• La sala puede solicitar información adicional a la entidad contratante, al impugnante y a terceros a fin de recabar la documentación necesaria para mejor resolver, antes y/o, luego de realizada la respectiva audiencia pública. El pedido de información adicional prorroga el plazo total de evaluación por el término necesario, el que no excede de diez días hábiles contabilizados desde que el expediente es recibido en sala. En caso de acumulación de expedientes, el plazo para evaluar se contabiliza a partir de la recepción del último expediente por la sala.
• La oposición, omisión o demora en el cumplimiento de dicho mandato supone, sin excepción alguna, una vulneración al deber de colaboración con la administración que, en el caso de la entidad contratante se pone en conocimiento de su OCI y/o de la Secretaría Técnica de Procedimientos Administrativos Disciplinarios de la entidad contratante para la adopción de las medidas a que hubiere lugar. Tratándose de personas naturales o jurídicas, o del postor adjudicatario de la buena pro, el incumplimiento en el envío de la información requerida es valorado por el TCP al momento de resolver, juntamente con los demás actuados que obren en el expediente.
• Al día siguiente de recibida la información adicional, de realizada la audiencia pública o de vencido el plazo indicado en el literal e), se declara el expediente listo para resolver. Los escritos recibidos con posterioridad a la declaración del expedito no se consideran para fundamentar la resolución que expida el TCP, salvo decisión debidamente motivada de la sala.
• El TCP expide la resolución dentro del plazo de cinco días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de la fecha de emisión del decreto que declara que el expediente está listo para resolver. La resolución es notificada a través de la Pladicop, a más tardar al día siguiente hábil de emitida.

5.13. Reglas adicionales sobre la notificación y acumulación

A lo expuesto, los numerales 311.2 y 311.3 establecen las siguientes reglas adicionales referidos a la notificación y acumulación: todos los actos que emita el TCP en el trámite del recurso de apelación se notifican a las partes a través de la Pladicop, agregando que de haberse interpuesto dos o

más recursos de apelación respecto de un mismo procedimiento de selección o ítem, el TCP los acumula a fin de resolverlos de manera conjunta, siempre que los mismos guarden correspondencia. La acumulación se efectúa al procedimiento de impugnación más antiguo. Producida la acumulación, el plazo para emitir resolución se contabiliza a partir del último recurso interpuesto o subsanado.

5.14. El contenido de la resolución y sus alcances

El artículo 312 del RLGCP establece que la resolución expedida por el TCP o por la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante, consigna como mínimo lo siguiente[252]:

- Los antecedentes del proceso de contratación en el ámbito del cual se desarrolla la impugnación.
- La verificación de procedencia del recurso de apelación.
- La determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante en su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver oportunamente el traslado del recurso de apelación.
- El análisis de cada uno de los puntos controvertidos.
- El pronunciamiento respecto de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos.

Respecto de la motivación de las resoluciones, en la Resolución N.° 1198-2011-TC-S2, el Tribunal estableció:

> [...] en aquellos casos que el acto administrativo sea motivado por la entidad mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones

252 En la Resolución N.° 214/2006/TC-SU, el Tribunal estableció que la resolución que resuelve el recurso de apelación "debe consignar como mínimo la determinación de los puntos controvertidos planteados por el impugnante mediante su recurso y por los demás postores intervinientes en el procedimiento, el análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos y el pronunciamiento respecto de cada uno de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás postores intervinientes en el procedimiento, conforme a los puntos controvertidos".

de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, dicha condición deberá ser indicada de modo certero, teniéndose en cuenta que dichos documentos serán parte integrante del acto administrativo, y en ese sentido, deberán ser acompañados en la notificación. Lo contrario, esto es, notificar únicamente el documento que contiene la decisión adoptada por la entidad sin acompañar los dictámenes, decisiones o informes en cuyos fundamentos o conclusiones se apoya, implicaría poner en desventaja al administrado, quien se vería impedido de conocer las razones de hecho y de derecho que justifican la decisión tomada.

Cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha precisado que 'la motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

El tema de la motivación del acto administrativo es una cuestión clave en el ordenamiento jurídico-administrativo, y es objeto central de control integral por el juez constitucional de la actividad administrativa y la consiguiente supresión de los ámbitos de inmunidad jurisdiccional. Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de Derecho. [...] Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa'[253].

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional, mediante sentencia del 22 de enero del 2001, publicada el 9 de setiembre del 2001, recaída en el Expediente N.° 319-2000 -AA/TC, ha establecido que: 'Motivar una decisión, no es expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino fundamentalmente, expresar las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada'. (Resolución N.° 1198-2011-TC-S2)

5.14.1. Alcances de la resolución

En cuanto a los alcances, el artículo 313 del RLGCP indica que, al ejercer su potestad resolutiva, el Tribunal o la entidad debe resolver de una de las siguientes formas:

i) Infundado el recurso de apelación y confirma el acto objeto del mismo

Cuando el acto impugnado se ajusta a las disposiciones y principios de la LGCP, al RLGCP, a los documentos de la fase de selección y demás normas conexas o complementarias.

253 STC Exp. N.° 0091-2005-PA/TC.

ii) Fundado en recurso de apelación y revoca el acto impugnado

Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones y principios de la LGCP, del RLGCP, de los documentos de la fase de selección o demás normas conexas o complementarias, agregando que cuando el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación, calificación de las ofertas y/u otorgamiento de la buena pro, evalúa si es posible efectuar el análisis sobre el fondo del asunto, otorgando la buena pro a quien corresponda.

iii) Improcedente

Cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 308 del RLGCP.

5.15. La nulidad y su procedimiento

El literal d) del numeral 313.1 establece que cuando verifique alguno de los supuestos previstos en el numeral 70.1 del artículo 70 de la LGCP[254], en virtud del recurso interpuesto o de oficio, y no sea posible la conservación del acto, declara la nulidad de los actos que correspondan, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotrae la fase de selección, en cuyo caso puede declarar que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Esta potestad se puede ejercer incluso cuando el recurso sea declarado improcedente, sin perjuicio de la ejecución de la garantía presentada conforme al numeral 315.2 del artículo 315 del RGLCP[255].

En cuanto al procedimiento para la validez de la declaratoria de nulidad, el numeral 312.2 establece que cuando el TCP o la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante advierta de oficio posibles vicios de nulidad de la fase de selección, corre traslado a las partes, según corresponda, para que se pronuncien en un plazo máximo de 5 días hábiles.

254 70.1. Procede la nulidad de los actos expedidos dentro del procedimiento de selección en los siguientes supuestos:
a) Cuando hayan sido dictados por órgano incompetente.
b) Cuando contravengan las normas legales.
c) Cuando contengan un imposible jurídico.
d) Cuando prescindan de las normas esenciales del procedimiento.
e) Cuando prescindan de la forma prescrita por la normativa aplicable, solo cuando esta sea insubsanable.

255 315.2. En caso el recurso de apelación sea declarado improcedente, se ejecuta el 50 % de la garantía.

En caso de apelaciones ante el TCP, se extiende el plazo previsto en el literal e) del numeral 311.1 del artículo 311. Tratándose de apelaciones ante la entidad contratante, se extiende el plazo previsto para resolver.

5.16. Cumplimiento de las resoluciones

El numeral 313.3 indica que la resolución dictada por la autoridad competente es cumplida por las partes sin calificarla y bajo sus propios términos. Cuando la entidad contratante no cumpla con lo dispuesto en la resolución del TCP este comunica el hecho a la CGR.

5.17. El desistimiento

El tema viene de legislaciones anteriores, por lo que el Tribunal ha establecido algunos criterios al respecto, como el que el desistimiento es una forma de conclusión del proceso, "procedente durante la tramitación del recurso [...] en tanto no se afecte el interés público" (Resolución N.° 479/2004/TC-SU) y siempre que sea presentado hasta antes de haberse declarado que el expediente se encuentra listo para resolver[256]; requiriéndose para tal efecto que el postor presente su escrito con firma legalizada ante notario o ante la secretaría del Tribunal[257]. Asimismo, en la Resolución N.° 684/2005/TC-SU, se estableció, respecto del desistimiento, que su efecto inmediato "es que el acto administrativo que se impugna deviene en firme o consentido, trayendo ello como consecuencia que el acto administrativo se vuelve inatacable para el administrado, no siendo susceptible de recurso alguno ni en la vía administrativa ni en la judicial" (Resolución N.° 684/2005/TC-SU).

Normativamente, tenemos que el artículo 314 del RLGCP regula lo referente al desistimiento, estableciendo que el apelante puede desistirse del recurso de apelación mediante escrito con firma legalizada notarialmente o certificada ante el TCP, presentado ante la entidad contratante o ante el TCP, según corresponda, siempre y cuando la respectiva solicitud de desistimiento haya sido formulada hasta antes de haberse declarado que el expediente está listo para resolver y no comprometa el interés público.

El desistimiento es aceptado por el TCP o la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante, mediante resolución, y pone fin al procedimiento administrativo.

256 Resolución N.° 2154-2007/TC-S4.

257 Resoluciones N.° 1717-2008-TC-S2; N.° 1727-2008-TC-S2 y N.° 1752-2008-TC-S2.

5.18. Ejecución y devolución de garantía

Este es un tema que afecta directamente a la economía del apelante, respecto del cual en el artículo 315 del RLGCP se han establecido las siguientes reglas:

5.18.1. Cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o el impugnante desista

Se procede a ejecutar el íntegro de la garantía.

5.18.2. En caso de que el recurso de apelación sea declarado improcedente

Se ejecuta el 50 % de la garantía.

5.19. La devolución de la garantía

El numeral 315.3 establece los casos en que procede la devolución total de la garantía, lo que sucede cuando:

- El recurso sea declarado fundado en todo o en parte.
- Se declare la nulidad y/o carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto.
- Con posterioridad a la interposición del recurso de apelación sobrevenga un impedimento para contratar con el Estado aplicable al Impugnante.
- Opere la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal.
- El plazo para la devolución de la garantía es de 5 días hábiles de solicitada

5.20. La denegatoria ficta y la responsabilidad funcional

El artículo 316 del RLGCP indica en su numeral 316.1 que cuando vence el plazo para que el TCP o la autoridad de la gestión administrativa de la entidad contratante resuelva y notifique la resolución que se pronuncia sobre el recurso de apelación, el impugnante debe considerar que el mismo fue desestimado, operando la denegatoria ficta, a efectos de la interposición de la demanda contencioso-administrativa.

El numeral 316.2 establece la responsabilidad en caso de omisión de resolver y notificar el recurso de apelación dentro del plazo estableci-

do, lo que genera responsabilidad administrativa debiendo procederse al deslinde respectivo al interior del TCP o de la entidad contratante, según corresponda.

5.21. El agotamiento de la vía administrativa

El artículo 317 del RLGCP se aboca a establecer el agotamiento de la vía administrativa, indicando en el numeral 317.1 que la resolución que resuelve el recurso de apelación o la denegatoria ficta, por no resolver ni notificar su pronunciamiento dentro del plazo respectivo, agotan la vía administrativa, por lo que no cabe interponer recurso administrativo alguno.

La interposición de la acción contencioso-administrativa cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta, que agotan la vía administrativa, y no suspende lo resuelto por la entidad contratante o por el TCP. Dicha acción se interpone dentro del plazo de la ley de la materia.

BIBLIOGRAFÍA

Abanto Vásquez, M. (2001). *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra, Lima.

Aguilar Andrade, J. P. (2009). Sobre las materias arbitrables en el derecho administrativo. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje,* (1), Quito. https://acortar.link/zb2HrY

Aguilar Villanueva, L. F. (2008). *Gobernanza y gestión pública*. Fondo de Cultura Económica, México.

Alexy, R. (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (5), 139-151. Alicante. https://doi.org/10.14198/DOXA1988.5.07

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid.

Alonso Puig, J. M. (2008). El deber de revelación del árbitro. En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima.

Alsina, H. (1941). *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial* (t. 1). Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires.

Alterini, A. A. (1999). *Contratos civiles, comerciales, de consumo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Alterini, A. A. / Ameal, Ó. J. / López Cabana, R. M. (1996). *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Alva Navarro, E. y Vidal Ramos, R. (2011). *Arbitraje: la anulación del laudo*. Palestra/Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Álvarez Caperochipi, J. A. (2002). *Curso de derecho de obligaciones. El derecho de los contratos* (t. 2). Civitas, Madrid.

Amprimo Plá, N. (2024). Un petardo al sistema arbitral. *Lampadia*, Lima, 9 de octubre del 2024. https://www.lampadia.com/opiniones/natale-amprimo/un-petardo-al-sistema-arbitral/

Ariño Ortiz, G. (1968). *Teoría del equivalente económico de los contratos administrativo.* Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

Ariño Ortiz, G. (2004). *Principios de derecho público económico.* ARA/Ariño Asociados, Lima.

Ariño Ortiz, G. (2005). *Servicios públicos, regulación y renegociación.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ariño Ortiz, G. y López de Castro García-Morato, L. (2004). *Principios de derecho público económico.* ARA, Lima.

Arroyo Jiménez, L. (2009). Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo *Indret. Revista para el Análisis del Derecho* (2/2009), Barcelona. https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/621_es.pdf

Arteaga Zegarra, M. (2005). El incumplimiento en materia de contratación pública. *Actualidad Jurídica* (138), Lima.

Baldwin Gayoso, E. (2005). Cálculo de las penalidades por mora en la ejecución de los contratos con el Estado. *Actualidad Jurídica*, (138), Lima.

Barboza, S. (2005). Impacto de Basilea II en el sistema financiero peruano. ¿Adopción o adecuación? *Ius et Veritas*, (30), 105-118, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11793/12359

Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo.* Paidós, Barcelona.

Benavides, L. (2009). La subjetividad jurídica del individuo: una visión desde el derecho internacional. *Derechos Humanos México*, 4(12), 145-162. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r28616.pdf

Berman, H. (1966). *La formación de la tradición jurídica de Occidente.* Fondo de Cultura Económica, México.

Bernal, D. (2020). *Tendencias académicas sobre el derecho internacional público.* Universidad Santo Tomás, Bogotá.

Bezzi, O. M. (1982). *El contrato de obra pública.* Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia.* Fondo de Cultura Económica, México.

Borda, G. (1994). *Tratado de derecho civil. Obligaciones* (7.ª ed.; t. 1). Perrot, Buenos Aires.

Bullard González, A. (2006). Enemigos íntimos: el arbitraje y los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje,* (2), 155-225, Lima. https://n9.cl/db010

Buongermini, M. M. (1999). "Desarrollo de la concesión estatal de obras públicas en la antigua Roma", en *Revista Jurídica UCA*, enero-diciembre, Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción [Paraguay]. https://acortar.link/bJfL4N

Burdeau, G. (1983). *El liberalismo político*. Editorial Universitaria, Buenos Aires.

Busso, A. D. (2012). El derecho y el tiempo. *Anuario Argentino de Derecho Canónico* (18), 331-342. https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/5571/1/derecho-tiempo-ariel-busso.pdf

Cabanellas, G. (1981). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, 21.ª ed., ts. 1, 3, 6. Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (1994). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. 5). Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. 1). Heliasta, Buenos Aires.

Cabanellas, G. (2006a). *Nuevo diccionario enciclopédico de derecho usual* (t. VII). Heliasta, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (1994). Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad. *Jurisprudencia Argentina N.º 5869*, Buenos Aires, 23 de febrero de 1994.

Caivano, R. J. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje*. Apenac, Lima.

Caivano, R. J. (2001). *Control judicial en el arbitraje*. Abeledo Perrot, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (2008). *Arbitraje*. Ad Hoc, Buenos Aires.

Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801/14425

Caivano, R. J. y Ceballos Ríos, N. M. (2020). El principio *Kompetenz-Kompetenz*, revisitado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina. *Thémis* (77), 15-34, Lima.

Calduch, R. (1991). *Relaciones internacionales*. Ediciones Ciencias Sociales, Buenos Aires.

Carré de Malberg, R. (2013). *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México.

Carrillo, J. (2021). La compra pública de innovación: retos y oportunidades para el desarrollo de la I+D+i desde la demanda pública. *Ius et Veritas*, (62), 38-59, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.002

Carvallo, A. (1962). *Métodos de interpretación en la ciencia del derecho.* Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago.

Cassagne, J. C. (2010). *Derecho administrativo* (t. 1). Palestra, Lima.

Cassagne, J. C. (2013). *El acto administrativo*. Temis, Bogotá.

Cassese, S. (2014). *Derecho administrativo: historia y futuro*. Editorial Global Lae Press, Sevilla.

Castagnino, D. T. (2020). Las juntas de controversias o *dispute boards* como medio alterno para la prevención y/o resolución de conflictos. *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional,* (1), 39-62. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/AVANI/1/AVANI_2020_1_39-62.pdf

Castán Tobeñas, J. C. (1962). *Derecho civil español, común y foral*. Reus, Madrid.

Castillo Freyre, M. (2007). Orígenes del arbitraje. En M. Castillo Freyre. *Arbitraje y debido proceso*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. (2010). *El principio de flexibilidad en el arbitraje* (Vol. 12). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. y Vásquez Kunze, R. (2006). *Arbitraje del juicio privado. La verdadera reforma de la justicia* (Vol. 1). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M. y Sabroso Minaya, R. (2009). *El arbitraje en la contratación pública* (Vol. 7). Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Castillo Freyre, M., Sabroso Minaya, R., Castro Zapata, L. y Chipana Catalán, J. (2015). Principios y derechos de la función arbitral. *Lex,* (15), 215-234. Universidad Alas Peruanas, Lima. https://lauracastro.com.pe/wp-content/uploads/2021/04/9-Principios-y-derechos-de-la-funcion-arbitral.pdf

Castro, C. y Villavicencio, L. (2021). El Buen Gobierno en las contrataciones del Estado: la metodología del *Total Cost of Ownership* como propuesta para mejorar la determinación y aplicación de los factores de evaluación de ofertas. En: *Ius et Veritas*, (62) 60-81, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.003

Chillón Medina, J. y Merino Merchán, J. (1991). *Tratado de arbitraje interno e internacional*. Civitas, Madrid.

Chipana, J. (2013). *Los árbitros en la Ley de Arbitraje. Bases para una reforma del Título III del Decreto Legislativo N.° 1071*. Tesis de Licenciatura. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. https://tesis.pucp.edu.pe/items/c87957c0-a2cd-4b00-9de2-1b3229492ac4

Ciaramitaro, F. (2008). El autoritarismo-absolutismo en el Antiguo Régimen. Origen aragonés del virreinato y poderes del virrey de Nueva España. *Contribuciones desde Coatepec*, (15), julio-diciembre. Universidad Autónoma del Estado de México (Toluca). https://www.redalyc.org/pdf/281/28101503.pdf

Cicero, N. K. (1996). *Servicios públicos, control y protección*. Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Claros Alegría, P. C. y Velasco Papineschi, C. (2011). Laudo parcial. En J. L. Collantes González (dir.), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://acortar.link/rYTJXM

Collantes González, J. L., dir. (2011), *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. Palestra-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://acortar.link/rYTJXM

Comadira, J. R. (2000). *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*. Depalma, Buenos Aires.

Consucode (2003). *Informe de gestión (Enero 2001 - Noviembre 2003). Presidente Dr. Ricardo Salazar Chávez.* Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Lima. https://acortar.link/h7H131

Contraloría General de la República (2005). *Guía de auditoría de las adquisiciones y contrataciones del Estado (Guía conceptual que incluye procedimientos de auditoría)*. Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 532-2005-CG, de 13 de diciembre de 2005. https://acortar.link/3zyfhW

Contraloría General de la República (2013). *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013.* Gerencia de Estudios y Gestión Pública. Contraloría General de la República, Lima. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf

Contraloría General de la República (2016). *Directiva N.° 011-2016-CG/GPROD. Servicio de control previo de las prestaciones adicionales de obra.* Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 147-2016-CG, de 13 de mayo de 2016. https://acortar.link/b94po2

Contraloría General de la República (2018). *Informe ejecutivo semestral de gestión (Julio-Diciembre 2018).* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/oekw1g

Contraloría General de la República (2019). *Informe ejecutivo semestral de gestión (Julio-Diciembre 2019).* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/13oood

Contraloría General de la República (2020). *Informe ejecutivo de gestión 2020. Memoria institucional.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). Contraloría General de la República. https://n9.cl/ndmqz

Contraloría General de la República (2021). *Normas generales de control gubernamental.* Aprobadas por Resolución de Contraloría N.° 295-2021/-CG de 23 de diciembre del 2021. https://acortar.link/kscHn9

Contraloría General de la República (2021a). *Informe ejecutivo de gestión 2021.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/oe0bm7

Contraloría General de la República (2021b). *Directiva N.° 007-2021-CG/NORM. Servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad.* Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 134-2021-CG, de 11 de junio de 2021. https://n9.cl/1uhzn

Contraloría General de la República (2022). *Informe ejecutivo de gestión 2022. Memoria institucional.* Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/qb6tj

Contraloría General de la República (2022a). *Compendio normativo. Auditoría de cumplimiento.* Gerencia de Asesoría Jurídica y Normatividad en Control gubernamental. Subgerencia de Normatividad en Control Gubernamental. Lima. https://n9.cl/i8rh5l

Contraloría General de la República (2023). *Directiva N.° 005-2023-CG/GMPL Gestión del registro de obras públicas en el Sistema de Información de Obras Públicas-INFOBRAS.* Resolución de Contraloría N.° 185-2023-CG. https://n9.cl/fydc9

Contraloría General de la República (2023a). *Directiva N.° 007-2023-CG. Acción de control de oficio.* Resolución de Contraloría N.° 253-2023-CG. https://n9.cl/rwwv2

Contraloría General de la República (2023b). *Análisis de la contratación pública en el Perú (2018-2022): una mirada desde el control gubernamental.* Serie: Documentos de investigación. Contraloría General de la República del Perú, Lima. https://acortar.link/ufjI1Z

Contraloría General de la República (2023c). *Informe ejecutivo de gestión 2023*. Nelson Shack Yalta (Contralor General de la República). https://n9.cl/jq46d

Contraloría General de la República (2024). *Memoria de gestión institucional 2017-2024*. Contraloría General de la República, Lima. https://n9.cl/t3fqs6

Contraloría General de la República (2024a). *Directiva N.° 008-2024-CG. Auditoría Forense*. Aprobada por la Resolución de Contraloría N.° 254-2024-CG, de 14 de mayo de 2024. https://n9.cl/dk4sq

Contraloría General de la República (2024b). *Información presupuestal para el Portal de Transparencia Estándar al III Trimestre 2024*. https://n9.cl/5pce1

Correas, Ó. (1998). *Sociología del derecho y crítica jurídica*. Fontanamara, México.

Dalmaso Marques, R. (2014). Breves apuntes sobre la extensión del deber de revelación del árbitro en el arbitraje internacional y en la realidad brasileña. En C. A. Soto Coaguila (Ed.), *Anuario latinoamericano de arbitraje. Conflictos de intereses de los árbitros. Deber de revelación y deber de declaración de los árbitros* (Vol. 3). https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-3.pdf

Danós Ordóñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 9-44, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738

Darnaculleta Gardella, M. M. (2016). El Derecho Administrativo Global. ¿Un nuevo concepto clave del Derecho Administrativo? *Revista de Administración Pública,* (199), 11-50, Madrid. https://acortar.link/9u3fFd

De Bono, E. (1986). *Conflictos. Cómo resolverlos de la mejor manera*. Plaza & Janes, Barcelona.

De la Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado* (Vol. 1). Cultural Cuzco, Lima.

De la Puente y Lavalle, M. (2003). *El contrato en general*, 2.ª ed., vol. 1. Palestra, Lima.

De la Puente y Lavalle, M. (2007). *El contrato en general* (Vol. 1). Palestra, Lima.

De la Riva, I. (2014). Apuntes sobre la licitación pública. En J. C. Cassagne, *Tratado general de los contratos públicos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

De Marino, R. (1962). Análisis del concepto del suministro. *Revista de derecho mercantil,* (83), 27-78, Madrid.

De Trazegnies, F. (1995). *La responsabilidad extracontractual.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Delpiazzo, C. (2011). Contratación pública electrónica en Europa y América Latina. *Derecho PUCP,* (66), 147-167, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3027/3468

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso* (Vol. 1). Editorial Universidad, Buenos Aires.

Devis Echeandía, H. (1985). *Teoría general del proceso* (Vol. 2). Editorial Universidad, Buenos Aires.

Díaz-Candia, H. (2020). Otra mirada al principio de buena fe en el arbitraje internacional. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia,* (15), 45-70, Caracas. https://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2020/12/RVLJ-15-45-70.pdf

Diego Aramburú, M. (2011). Rectificación, interpretación, integración y exclusión. En C. Soto Coaguila y A. Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Vol. 1). Instituto Peruano de Arbitraje, Lima.

Diez, M. M. (1979). *Derecho administrativo* (t. 3). 2.ª ed. Plus Ultra, Buenos Aires.

Díez-Picazo, L. (1954). El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje. *Anuario de Derecho Civil,* 7(4), 1155-1174, Madrid. https://acortar.link/E4ljix

Díez-Picazo, L. (1996). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Vol. 2). Civitas, Madrid.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (1986). *Sistema de derecho civil* (Vol. 1). Tecnos, Madrid.

Dirección de Supervisión, F. (2010). *Bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio está influido por esta. ¿Cuáles son o cómo delimitarlos? Análisis del artículo 49° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.* Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios. Sub Dirección de Estudios Económicos y de Mercado, OSCE, Lima. http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/cotizacion_internacional_final.pdf

D'Ors, A. (1999). Prólogo, en A. Mateo, *Manceps, Redemtor y Publicanus/ Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma,* Cantabria, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, pp. 13-18. https://acortar.link/Hxrn7p

Dreyfus, F. (2012). *La nueva invención de la burocracia. Servir al Estado en Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos.* Biblos.

Dromi, R. (1987). *Manual de derecho administrativo.* Astrea, Buenos Aires.

Dromi, R. (1995). *Licitación pública.* Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Dromi, R. (1999). *El procedimiento administrativo.* Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Dromi, R. (2004). *Derecho administrativo* (10.ª ed., actualizada). Ciudad Argentina, Buenos Aires.

Durá Juez, P. (2003). *Teoría de subastas y reputación del vendedor.* Monografías N.° 03. Dirección de Estudios. Comisión Nacional del Mercado de Valores. https://n9.cl/6zuxt

Durán Martínez, A. (2014). El contrato administrativo en el Uruguay. En J. C. Cassagne, *Tratado general de los contratos administrativos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

Dussan Hitscherich, J. (1990). *El Estado administrativo.* Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá.

Elías, N. (2015). *Sobre el tiempo.* Fondo de Cultura Económica, México.

Engels, F. (1971). *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado* (9.ª ed.). Claridad, Buenos Aires.

Escribano Testaud, P. y Benavente Cózar, M. (2003). De las garantías exigidas para los contratos con la Administración. En *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (Vol. 2). Comares, Granada.

Febles Pozo, N. (2019). Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro. *Cadernos de Dereito Actual,* (11), 141-160, Universidade de Santiago de Compostela. https://acortar.link/iUhNUV

Febles Pozo, N. (2021). Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional. *Revista de Derecho Privado,* (40), 465-494. Universidad Externado de Colombia. https://doi.org/10.18601/01234366.n40.16

Fernández Rosas, J. C. (2010). *Contenido ético del oficio del árbitro.* Congreso Arbitraje La Habana, 1 de agosto de 2010. https://n9.cl/xxptq7

Ferrer Maestro, J. J. (2009). Los contratos públicos y el poder privado en la República Romana. *Religión, poder y monarquía. Revista*

del Grupo Europeo de Investigación Histórica, 5-35. Universitat Jaume I, Castelló de la Plana (España). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3070685

Ferrero Costa, R. (2004). *Curso de derecho de las obligaciones* (3.ª ed.). Grijley, Lima.

Fiorini, B. (1976). *Derecho administrativo* (2.ª ed., t. I). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (1985). *SÍ ... ide acuerdo!* Norma.

Flint, P. (1993). *La negociación empresarial*. Ediciones Justo Valenzuela.

Fouchard. (1996). *Traité de l´arbitrage comercial international*. París.

Frederic, M. (2020). *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Aranzadi.

Freitas, R. y Gushiken, D. (2020). Antecedentes históricos de la junta de resolución de disputas (dispute board). *Portal Jurídico Ius et Veritas*. https://ius360.com/antecedentes-historicos-de-la-junta-de-resolucion-de-disputas-dispute-board-rodrigo-freitas-y-juan-gushiken/

Fuentes Bardaj, J. *et al.* (2005). *Manual de derecho administrativo sancionador* (Vol. 1). Abogacía General del Estado / Dirección del Servicio Jurídico del Estado, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana* (2.ª ed.).

García de Enterría, E. (1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (10), 399-430.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1983). *Curso de derecho administrativo* (4.ª ed., Vol. 1). Editorial Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001). *Curso de derecho administrativo* (Vol. 1). Ediciones Civitas.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2001a). *Curso de derecho administrativo II*. Civitas, Madrid.

García Gómez de Mercado, F. (2002). *Sanciones administrativas*. Comares, Granada.

García, A. M. (2011). Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones). En J. L. Collantes González, *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Vol. 18). Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

García Calderón, F. (1879). *Diccionario de la legislación peruana* (Vol. 2). Librería de Laroque, París.

García-Trevijano Fos, J. A. (1974). *Tratado de derecho administrativo (Vol. I)*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

García-Trevijano Garnica, E. (1997). *El régimen de las garantías en la contratación administrativa*. Civitas, Madrid.

Garrido Falla, F. (2002). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 2). Tecnos, Madrid.

Garrido Falla, F. (2012). *Tratado de derecho administrativo* (Vol. 2). 13.ª ed., Tecnos, Madrid.

Ghersi, C. A. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial* (Vol. 1). Astrea, Buenos Aires.

Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2013). *Derecho administrativo sancionador* (3.ª ed.). Aranzadi, Cizur Menor.

Gómez-Valdés, M.; Acevedo-Acevedo, S.; Alvarado-Acuña, L. e Iturra-Molina, R. (2023). Impacto de la metodología BIM en la gestión de proyectos de construcción. *Tecnología en Marcha, 36*(7), 66-77, Cartago (Costa Rica). https://acortar.link/SDzz9i

Gonzáles de Cossío, F. (2002). Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros. *Jurídica Ibero,* (32), 459-479, Ciudad de México. https://acortar.link/plI4Qq

González Navarro, F. (1982). Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos. *Administración y Constitución. Estudios en homenaje al profesor Mesa Morales*. Presidencia del Gobierno, Servicio de Publicaciones, Madrid.

González Pérez, J. (2000). *Manual del procedimiento administrativo*. Civitas, Madrid.

Gordillo, A. (2003). *Tratado de derecho administrativo I*. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires.

Gordillo, A. (2016). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas IV* (Vol. 4). Buenos Aires.

Gosálbez Pequeño, H. (2017). Los contratistas de la Administración Pública española del siglo XIX. *Derecho Público Iberoamericano*, (11), 87-126. Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/86/78

Gozaini Alfredo, O. (1995). *Las formas alternativas para la solución de conflictos*. Depalma.

Guerrero-Orozco, O. (2015). Los grandes maestros de la administración pública: Justi, Stein, Bonnin y González. *Revista de Gestión Pública, 4*(1), 5-24, Valparaíso (Chile). https://acortar.link/Nqb3Un

Guzmán-Barrón Soldevilla, C. y Zúñiga Maraví, R. (2014). *Tendencias del arbitraje en la contratación pública: análisis de laudos arbitrales.* Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://cdn01.pucp.education/carc/wp-content/uploads/2018/05/22204433/estudio-laudos-carc-pucp.pdf

Habermas, J. (1992). *Después de Marx. La reconstrucción del materialismo histórico.* Taurus, Madrid.

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez.* Trotta, Madrid.

Hegel, G. F. (1987). *Filosofía del derecho.* Claridad, Buenos Aires.

Heller, H. (1995). *La soberanía.* Fondo de Cultura Económica, México.

Hernández García, R. (2014). *Dispute Boards* paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos.* Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Herrera Mercado, H. [2017]. *El arbitraje administrativo.* https://acortar.link/IRAneH

Howard Ross, M. (1995.). *La cultura del conflicto.* Paidós, Barcelona.

Hoyos Elizalde, C. (2012). *El seguro de caución.* Fundación Mapfre, Madrid.

Jakobs, G. (2001). *La imputación objetiva del derecho penal.* Grijley, Lima.

Jandt, F. E. (1987). *Ganar-ganar negociando.* Compañía Editorial Continental, México.

Jarrosson, C. (1987). *La notion d'arbitrage.* Librairie générale de droit et de jurisprudence, París.

Jessup, P. (1956). *Transnational law.* Yale University Press.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2012). Los Principios del Proceso Contencioso Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo,* (11), 21-33, Lima. https://acortar.link/Dvczz7

Jiménez Vivas, J. E. (2020). El proceso contencioso-administrativo peruano: breve historia, presente y perspectivas futuras. *Revista Oficial del Poder Judicial, 11*(13), 41-79, Lima. https://acortar.link/Mk9wmq

Kant, I. (2010). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres.* Alianza Editorial, Lima.

Kelsen, H. (1957). *Teoría general del Estado*. Editora Nacional, México.

Kelsen, H. (1982). *La teoría pura del derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México.

Kelsen, H. (2003). *Teoría general de las normas* (reimpr.). Trillas, México.

Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. (2010). El surgimiento del derecho administrativo Global. *Revista de Derecho Público,* (24), 4-46, Bogotá. https://acortar.link/OyrbQM

Kresalja, B. (1999). El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos. *Thémis. Revista de Derecho,* (39), 60-62, Lima. https://acortar.link/RfkFkb

Lamprea Rodríguez, P. A. (2007). *Contratos estatales*. Temis, Bogotá.

Landa Arroyo, C. (2008). El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Landa Arroyo, C. (2019). El principio de subsidiariedad en el marco de la Constitución económica del Perú. *Forseti. Revista de Derecho, 4*(6), 146-158, Universidad del Pacífico, Lima. https://acortar.link/FZ9LFT

Ledesma Narváez, M. (2005). *Laudos arbitrales y medios impugnatorios*. Cuadernos jurisprudenciales. Gaceta Jurídica, Lima.

Ledesma Narváez, M. (2020). Los precedentes del Tribunal Constitucional en el arbitraje. *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo*, *1*(1), 29-46. ESAN, Lima. https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.03

Llambías, J., Raffo Venegas, P. y Sassot A. (1997). *Manual de derecho civil. obligaciones* (11.ª ed.). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Lohmann Luca de Tena, G. (1988). *El arbitraje*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Lohmann Luca de Tena, G. (2010). El deber de declaración. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

López de Zavalía, F. J. (1997). *Teoría general de los contratos*, Zavalía, Buenos Aires.

López-Elías, J. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F.

Marienhoff, M. (1980). *Tratado de derecho administrativo* (t. I). Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1994). *Tratado de derecho administrativo* (t. III-A). 3.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1998). *Tratado de derecho administrativo* (t. III-A). 4.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (1998a). *Tratado de derecho administrativo/De los contratos en particular* (t. III-B). 4.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (2000). *Tratado de derecho administrativo* (t. I). 5.ª ed., reimpr. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marienhoff, M. (2010). *Tratado de derecho administrativo* (t. II). 4.ª ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Marina Jalvo, B. (2006). *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*. Lex Nova, Valladolid.

Martorell, B. (2001). *La desadministración pública.* Marcial Pons, Madrid.

Masucci, A. (2011). Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania. *Revista de Administración Pública,* (184), 9-39, Madrid. https://acortar.link/eQNoXX

Mata, I. (2014). La licitación pública (Análisis normativo). En J. C. Cassagne (director), *Tratado general de los contratos públicos* (t. 2). La Ley, Buenos Aires.

Mateo, A. (1999). *Manceps, redemptor y publicanus. Contribución al estudio de los contratistas en Roma.* Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander (España).

Matheus López, C. (2006). *Introducción al derecho de arbitraje.* Semper Veritas Ediciones, Lima.

Matheus López, C. (2007). La independencia e imparcialidad del árbitro. *Foro Jurídico,* (7), 67-69. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18458

Medina Flores, J. (2023). Contratos estándares internacionales de construcción: apuntes para una eventual regulación de estos modelos en la normativa de contrataciones del Estado. *Ius et Veritas,* (66), 137-148, Lima. https://acortar.link/Gcs8kh

Merino Merchán, J. y Chillón Medina, J. (2006). *Tratado de derecho arbitral* (3.ª ed.). Aranzadi, Cizur Menor.

Merryman, J. y Pérez, R. (2015). *La tradición jurídica romano-canónica.* Fondo de Cultura Económica, México.

Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato.* EJEA, Buenos Aires.

Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. EJEA, Buenos Aires.

Montoya Alberti, U. (1988). *El arbitraje comercial*. Cultural Cuzco, Lima.

Montoya Alberti, U. (2003). Historia del arbitraje. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa,* (56), Lima.

Montoya Manfredi, U. (1999). *Derecho comercial* (Vol. 2). Grijley, Lima.

Morineau, M. (2003). Introducción al sistema del *common law*. En P. Kurczyn, *¿Hacia un nuevo derecho del trabajo?* Universidad Nacional Autónoma de México, México.

Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima.

Munné, F. (2002). *La administración del arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*. Aranzadi, Cizur Menor.

Muñoz Machado, S. (2005). *Diccionario de derecho administrativo* (Vol. 2). Iustel, Madrid.

Muñoz Machado, S. (2009). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general* (2.ª ed., Vol. 2). Iustel, Madrid.

Nakaya Vargas Machuca, F. (2021). La importancia de la flexibilidad en el arbitraje. *Revista Peruana del Derecho de la Empresa. Temas actuales del Derecho Arbitral*, (75), 66-76. https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf

Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. ARA, Lima.

Nicholson, M. (1974). *Análisis del conflicto*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

Nieto, A. (2000). *Derecho administrativo sancionador* (2.ª ed.). Tecnos, Madrid.

OCDE. (2017). *La contratación pública en el Perú: reforzando la capacidad y coordinación, estudios de la OCDE sobre la gobernanza pública*. Éditions OCDE. https://www.oecd-ilibrary.org/governance/la-contratacion-publica-en-el-peru_9789264281356-es

Ogliastri, E. (1992). *El sistema japonés de negociación*. Ediciones Uniandes, Bogotá.

Ormachea, I. (1999). *Manual de conciliación*. Iprecon.

Ortega Piana, M. A. (2006). Garantías en la contratación administrativa: comentarios respecto de la póliza de caución. *Revista de Derecho de los Alumnos de la Universidad de Lima,* (1).

OSCE (2014). *¿Qué influye para que el cronograma de un proceso de selección se prorrogue o postergue? El caso de la LP y CP del año 2013.* Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Oficina de Estudios Económicos, Lima. https://acortar.link/wNETJp

Osterling Parodi, F. y Castillo Freyre, M. (1994). *Tratado de las obligaciones* (Vol. I). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Oviedo, Juan (1879). *Colección de Leyes, Decretos y Órdenes publicadas en el Perú desde el año de 1821 hasta 31 de diciembre de 1859*, t. I, Felipe Bailly, Editor, Lima.

Parada, R. (2002). *Derecho administrativo I. Parte general* (13.ª ed.). Marcial Pons, Madrid.

Paredes Carbajal, G. (2014). *Dispute boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Paredes Carranza, M. (2008). La inexistencia de contrato y la acción por enriquecimiento sin causa. *Jus. Doctrina y Práctica*, (7), 475-487, Lima.

Parejo, L. (2009). *El concepto de derecho administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Párraga Espinoza, J. C. (2005). Las garantías requeridas en la contratación pública. *Actualidad Jurídica,* (138), Lima.

PNUD (1990). *Desarrollo Humano, Informe 1990*. PNUD/Tercer Mundo Editores, Bogotá. https://acortar.link/OIwh5M

Poder Ejecutivo (2014). *[Exposición de motivos del] Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado [posteriormente, Ley N.° 30225]. Proyecto de Ley N.° 3626/2013-PE*. Oficio N.° 088-2014-PR de 18 de junio del 2014. https://n9.cl/r5466

Poder Ejecutivo (2021). *Exposición de motivos del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado*. R. M. N.° 141-2021-EF/54. https://acortar.link/3maATW

Poder Ejecutivo (2022). *Proyecto de Ley N.° 2736-2022-PE, que modifica diversos artículos del Decreto Legislativo 1071, Ley 30225, Ley 27584 y la Ley 26702.* https://n9.cl/hzik7t

Poder Ejecutivo (2023). *Proyecto de Ley N.° 5472/2022-PE. Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado*. Oficio N.° 206-2023-PR de 23 de junio de 2023. https://n9.cl/hhvln

Poder Ejecutivo (2024). [*Exposición de motivos de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas*]. *Dictamen conjunto recaído en los Proyectos de Ley 5472/2022-PE*, 5362/2022-CR, 6475/2023-CR y 7388/2023-CR, que aprueba la *Ley de Contrataciones Públicas*. Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado. Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera. Periodo Anual de Sesiones 2023-2024 del Congreso de la República. https://acortar.link/iuGKEb

Poder Ejecutivo (2024a). *Exposición de motivos. Reglamento de la Ley N.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas*. Lima. https://acortar.link/3PWPMZ

Podetti, H. (2002). *Contrato de construcción*. Astrea, Buenos Aires.

Poulantzas, N. (1979). *Poder político y clases sociales* (18.ª ed.). Siglo XXI, Buenos Aires.

Puglianini Guerra, L. (2012). *Arbitraje. La relación partes-árbitro*. Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Rabines Matta, R. (2020). ¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. *Thémis. Revista de Derecho*, (77), 285-302. https://doi.org/10.18800/themis.202001.015

Razquin, M. (2019). Los principios de la contratación pública en la Unión Europea y España. *Revista de Derecho Administrativo,* (18), 303-321. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22866

RENACE (2025). *Plataforma del Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje*. https://n9.cl/7vxi1

Rezzónico, J. C. (1999). *Principios fundamentales de los contratos*. Astrea, Buenos Aires.

Rivera, J. C. (2007). *Arbitraje comercial internacional y doméstico*. Lexis Nexis, Buenos Aires.

Rodríguez, L. (2005). "La explicación histórica del derecho administrativo", en M. López y D. Cienfuegos (coords.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz/Derecho Administrativo*, México D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 293-315.

Rodríguez Ardiles, R. (2021). La buena fe en el arbitraje. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa. Temas Actuales del Derecho Arbitral,* (75), 125-134. https://n9.cl/e7xzf

Rodríguez Morilla, J. A. (2015). *El modificado de obras en la contratación pública.* Memoria para optar al grado de doctor. Universidad Complutense de Madrid. https://eprints.ucm.es/id/eprint/32884/1/T36311.pdf

Rodríguez Vásquez, S. (2010). Rol de las instituciones arbitrales en el Perú. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009.* Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

Roldán, V. (2011). Laudo Inhibitorio. En J. L. Collantes González, *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (Vol. 18, pp. 707-708). Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, Lima.

Romero, J. (2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas,* (138). San José (Costa Rica).

Roppo, V. (2009). *El contrato.* Gaceta Jurídica, Lima.

Rubio Correa, M. (2008). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rubio Correa, M. (2009). *El sistema jurídico.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

Rubio Correa, M. (2013). *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo.* 2.ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. https://repositoriodigital.bnp.gob.pe/bnp/recursos/2/html/aplicacion-de-la-norma-juridica/

Rubio Guerrero, R. (2010). El principio *competence-competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. *Lima Arbitration,* (4), 2010-2011. https://n9.cl/evial

Rubio Guerrero, R. (2011). Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral. En C. A. Soto Coaguila y A. E. Bullard González, *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (Vol. I, p. 818), Instituto Peruano de Arbitraje.

Russo, Á. (1995). *Teoría general del derecho.* Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Sabine, G. (1991). *Historia de la teoría política* (12.ª reimpr.). Fondo de Cultura Económica, México.

Salinas Seminario, M. (2003). *Costos, presupuestos, valorizaciones y liquidaciones de obra.* Instituto de la Construcción y Gerencia, Lima.

Sánchez Morón, M. (2013). *Derecho administrativo. Parte general.* Tecnos, Madrid.

Santana Rabell, S. (2004). Relevancia de la ética para el nuevo "paradigma de la gestión pública". *IX Congreso Internacional del CLAD sobre Reforma del Estado y Administración Pública*, Madrid.

Santistevan de Noriega, J. (2008). Arbitraje y proceso civil, ¿vecinos distantes?: el debido proceso en sede arbitral. *Ius et Veritas,* (37). 38-58, Lima. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12215

Sanz, J. (2018). ¿Cómo se financiaban las obras públicas en la Edad Media? *elEconomista.es*, 26 de noviembre de 2018. https://www.eleconomista.es/historia/noticias/9543284/11/18/Como-se-financiaban-las-obras-publicas-en-la-Edad-Media.html

Sayagüés Laso, E. (2004). *Tratado de derecho administrativo* (t. 1). Fundación Cultura Universitaria, Montevideo.

Schiffrin, A. (1996). La mediación: aspectos generales. En: J. Gottheil y A. Schiffrin (coords.), *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Barcelona.

Schmidt-Assmann, E. (2006). La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, (171), 7-34. Madrid. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2202513

Sepúlveda Larroucau, M. A. (2013). La autonomía de la voluntad o la autonomía privada en el Código Civil. *Estudios de derecho civil en homenaje a don Lorenzo de la Maza Rivadeneira*, Facultad de Derecho. Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile (169-224). https://n9.cl/2hldc0

Shack Yalta, N. (2024). *Corrupción, ética e inconducta funcional en el Estado peruano.* Lima, 27 de mayo del 2024. Contraloría General de la República / Universidad ESAN. https://n9.cl/617akk

Shack Yalta, N. (2024a). *Análisis de la contratación pública en el Perú, 2018-2023.* Lima, febrero de 2024. Contraloría General de la República. https://n9.cl/nvqzq

Simons Pino, A. (2024). *El control constitucional del arbitraje: ¿cómo evitar excesos?* Conferencia organizada por el centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima, 22 de abril de 2024. [Video]. https://www.facebook.com/100064758276726/videos/3597837993856209/

Smith, A. (1998). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones.* Fondo de Cultura Económica, México.

Smith, A. (2004). *Teoría de los sentimientos morales.* Fondo de Cultura Económica, México.

Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. Fondo de Cultura Económica, México.

Torres Vásquez, A. (1988). *El contrato de suministro en el derecho civil y en el derecho administrativo*. Cultural Cuzco, Lima.

Torres Vásquez, A. (1996). *Código Civil*. Idemsa, Lima.

Torres Vásquez, A. (2012). *Acto jurídico*. Idemsa, Lima.

Turzi, M. (2013). *Arbitraje en la mitología griega*. Portal del Centro Empresarial de Mediación y Arbitraje. https://www.medyar.org.ar/opib-1310.php

Vargas, A. (2024). Recepción y jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico. Desarrollo doctrinario y tendencia jurisprudencial en el caso chileno. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Vargas García, F. (1964). *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

Vaz, G. J. y Gravatá, P. A. (2014). Los dispute boards y los contratos administrativos: ¿Son los DB´s una buena solución para disputas sujetas a normas de orden público? En: R. Hernández García (coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos*. Pontificia Universidad Católica del Perú / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/jf0ii

Velásquez Meléndez, R. y Chang Tokushima, J. (2021). El principio de no interferencia judicial sobre los arbitrajes: comentarios al artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana. *Ius et Veritas,* (62), 182-203, Lima. https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202101.010

Vélez Fraga, M. y Gómez-Iglesias Rosón, L. (2016). La anulación de laudos arbitrales por vulneración del orden público en las recientes resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez,* (43). https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5095/documento/foro01.pdf

Vidal Ramírez, F. (1985). El tiempo como fenómeno jurídico. *Derecho PUCP,* (39), 369-378. https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.013

Wald, A. (2005). A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. *Revista de Arbitragem e Mediação,* (6).

Weber, M. (1987). *Economía y sociedad*. Fondo de Cultura Económica, México.

Zolezzi Ibárcena, L. (2010). Ética de los árbitros. *Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, Lima. https://n9.cl/vbfoo

ÍNDICE GENERAL

Presentación 7
Acrónimos 9

PARTE I
ANTECEDENTES DE LOS PROCEDIMIENTOS
DE SELECCIÓN EN CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo I
ANTECEDENTES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La tradición jurídica romano-germánica
La subasta. Las contrataciones en la Edad Media española

1. El camino de la subasta hasta Roma 17
   1.1. Los operadores en la contratación pública romana 18
   1.2. Los funcionarios que participaban en la contratación pública en Roma: los censores y el Senado 20
   1.3. Los procedimientos de contratación en Roma 21
   1.4. La *locatio* 22
2. Las contrataciones públicas en la Edad Media española y las Leyes de Indias 23
   2.1. Las Leyes de Indias y los procedimientos de contratación 24
      2.1.1. Los procedimientos de contratación 25

Capítulo II
LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS
DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL (DAG)

1. Precisiones preliminares con respecto al derecho administrativo global 32
   1.1. El derecho administrativo global en el siglo XX 32

1.2. El punto de partida jurisprudencial del "derecho administrativo global" 34
1.2.1. Valoración del Grupo Especial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) 34
1.3. La propuesta del "surgimiento del derecho administrativo global" .. 35
1.3.1. Tipos de administración global 36
1.4. Las contrataciones públicas dentro de los márgenes del derecho administrativo global 37

Capítulo III
LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN EL PERÚ REPUBLICANO

La influencia del Derecho Administrativo global y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico en la Ley General de Contrataciones Públicas

1. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1823 y 1845 41
2. Los procedimientos de selección entre 1845 y 1872 43
3. Los procedimientos de selección entre 1888 y 1919 46
4. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1920 y 1947 49
5. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1947 y 1962 51
5.1. La Proveeduría de la Administración Civil del Estado 54
5.2. De la Proveeduría General de la Administración Civil del Estado a las Direcciones Generales de Administración 55
5.3. Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas y el Registro Nacional de Obras Públicas 56
6. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1962 y 1978 57
6.1. El nuevo Reglamento General de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas y el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas 57
6.2. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1979 y 1997 61
6.3. El Reglamento Único de Adquisiciones 62

7. Los procedimientos de selección en las contrataciones públicas entre 1997 y 2022. La Ley de Contrataciones del Estado 63
8. Las contrataciones públicas y el derecho administrativo global: caso peruano 64
8.1. Desarrollo peruano en el escenario internacional 65
8.2. Influencia de la OCDE en la Exposición de Motivos de la Ley General de Contrataciones Públicas 69
8.3. Influencia de la OCDE en la Ley General de Contrataciones Públicas 71

PARTE II
DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Capítulo IV
OBJETO Y ESPECIALIDAD DE LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

Supletoriedad y excepción a la prevalencia. Supletoriedad y regímenes especiales de contratación. Equivalencias normativas. Fondos públicos. Las potestades administrativas. Control de potestades. Las potestades regladas y discrecionales en la Ley General de Contrataciones Públicas. Competencia. Órgano. Función. Funcionario público

1. Especialidad de la norma y supletoriedad: Reglas. El requisito de compatibilidad 79
1.1. Excepción a la prevalencia 81
1.2. Equivalencias normativas 82
2. Fondos públicos 82
3. Poder y potestades 84
4. El proceso de toma de decisiones en la Administración pública en contrataciones públicas: las potestades discrecionales y regladas 86
4.1. La potestad discrecional y su ejercicio en el marco de la LGCP 86
4.1.1. El ejercicio de la potestad discrecional y el Sistema Nacional de Control (SNC) 87
4.2. La potestad reglada 88
5. El control de las potestades administrativas 88

5.1. La técnica del control del fin 89
5.2. La técnica del control de los hechos determinantes 90
5.3. La técnica del control por los principios generales del derecho y la motivación del acto administrativo 90
6. Competencia, órgano, función pública, funcionario y servidor público 91
6.1. La competencia y los fines estatales 91
6.2. Funcionario y servidor público 92

Capítulo V
LOS PROVEEDORES DEL ESTADO

El postor. La capacidad del postor y el Registro Nacional de Proveedores de bienes, servicios y obras. Reglas para la inscripción, reinscripción, vigencia y excepciones a la inscripción. Constancia de no estar inhabilitado. La asignación de especialidades. Capacidad máxima de contratación. Ficha única. La evaluación de desempeño. Colaboración entre entidades

1. La evolución de la inscripción de los proveedores del Estado y el buen proveedor 97
2. La capacidad del proveedor, del participante, del postor, del contratista y los términos de relacionamiento con la entidad 99
3. El Registro Nacional de Proveedores y la habilitación del proveedor 100
4. Requisitos generales para ser proveedores de bienes, servicios y obras 101
5. El Registro Nacional de Proveedores (RNP) 101
5.1. Los registros que opera el RNP: los proveedores y los proveedores sancionados 102
5.2. Inscripción, reinscripción en el RNP y las excepciones. Los procedimientos de aprobación automática y de evaluación previa . 103
5.2.1. Excepciones a la inscripción 104
5.3. Responsabilidad por la información que se presenta y por el uso de la clave asignada, el acceso al Pladicop y la constancia 106
5.4. Condiciones generales para la inscripción en el RNP 106
5.4.1. Condiciones para la inscripción, reinscripción, ampliación de categoría y aumento de capacidad máxima en el RNP .. 106
5.4.2. El caso de personas jurídicas extranjeras 106
5.4.3. El representante legal del proveedor nacional o extranjero . 107
5.5. Condiciones especiales para proveedores de bienes y servicios 107

5.6. Condiciones especiales para ejecutores y consultores de obras 108
5.6.1. Capacidad legal 108
5.6.2. Solvencia económica 109
5.7. La acreditación de experiencia de los ejecutores y consultores de obra y la improcedencia de acreditar la reorganización 110
5.8. Las profesiones y los documentos emitidos en el extranjero 110
5.9. Las condiciones y requisitos de los procedimientos administrativos del OECE 110
6. La actualización de información 112
6.1. Actualización de la información de proveedores de bienes, servicios, consultorías de obras y ejecución de obras 112
6.2. Actualización de la información financiera por parte de los ejecutores de obras y consultores de obras 113
7. La asignación de especialidades y categorías. Consultores de obras 113
7.1. Asignación de especialidades y categorías de consultores de obra. Disposición transitoria 113
7.2. Asignación de especialidades y categorías a personas jurídicas y naturales 114
7.3. Cuando no se acredite experiencia y cuando se acredita 114
7.4. Asignación de la especialidad y categoría de los consultores de obras 114
7.5. La experiencia 115
7.6. La ampliación de la categoría y la antigüedad requerida sobre los trabajos de consultoría de obra 115
7.7. El procedimiento a seguir luego de cumplido el plazo para la implementación del proceso de asignación de categorías establecidas en el numeral 27.2 del artículo 27 de la LGCP 115
8. Capacidad máxima de contratación 116
8.1. Permanencia de la capacidad máxima de contratación 117
8.2. Reinscripción y aumento de capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra en el RNP 117
8.3. Capacidad máxima de contratación de los ejecutores de obra que no acreditan experiencia 117
9. Constancia de la capacidad libre de contratación (CCLC) 117
9.1. El trámite de solicitud y su consecuencia 118
9.2. Restitución de la capacidad de libre contratación 118
10. Récord de ejecución de obras 119
11. Notificación de actos administrativos del RNP 119

12. Suspensión temporal, recuperación de la vigencia de inscripción y retiro definitivo del RNP y la solicitud de un tercero 120
13. La fiscalización posterior 121
14. La ficha única de proveedor (FUP) del RNP y la verificación de impedimentos 122
14.1. Información contenida en el FUP 123
14.2. Obtención de la información de la FUP 124
14.3. Corrección de la FUP 124
14.4. Los contratos de obra y de consultoría de obra 124
14.5. Implementación de la FUP 124
15. Evaluación del desempeño del proveedor 125
15.1. La información a considerar 126
15.2. El procedimiento para la valorización del desempeño 126
15.3. La información de la valorización de desempeño 126
15.4. Mecanismo valorativo de reputación de los proveedores 127
16. El incentivo a los proveedores mejor calificados 128
17. Colaboración entre entidades. Requerimiento de información 129
18. Información de los beneficiarios finales de proveedores del Estado en el RNP 129

Capítulo VI
LOS CONSORCIOS

Origen. Autonomía de los consorciados. La promesa y el contrato de consorcio. Impedimentos para contratar con el Estado. Incentivos y bonificaciones. Presentación de ofertas y calificación. Evaluación de experiencia. La subcontratación. La muerte de un consorciado

1. El origen de los consorcios: de la promesa al contrato de consorcio y del nivel de autonomía de los consorciados 133
2. La promesa y el contrato de consorcio 134
2.1. El representante común 135
2.2. La actividad regulada, la promesa y el requisito de habilitación 135
2.3. Las obligaciones en el contrato de consorcio y la evaluación de obligaciones 135
3. Improcedencia de impedimentos para contratar con el Estado por pertenecer a un mismo grupo económico 136

4. Los incentivos, bonificaciones y beneficios a proveedores consorciados 136
5. Presentación de ofertas y requisitos de calificación en el caso de consorcios 138
6. La evaluación de la experiencia de los consorcios en la fase de selección en bienes y servicios en general modalidad abreviada: la bonificación 139
7. La subcontratación en consorcios: posibilidad y prohibición..... 139
8. La muerte de un consorciado, el cumplimiento de las obligaciones del contrato. La imposibilidad de reemplazo y la posible resolución del contrato..... 140
9. ¿Es posible consorciarse luego de iniciada la ejecución del contrato?..... 140

Capítulo VII
CAPACIDAD, LIMITACIONES, IMPEDIMENTOS Y PRESUNCIONES

Independencia del régimen legal aplicable. Impedimentos para contratar con el Estado. Alcance. Definición de funcionario público. Fundamento del tiempo del impedimento. Los impedimentos de carácter personal. Impedimentos debido al parentesco. Impedimentos para personas jurídicas o por representación de estas. Impedimentos derivados de sanciones administrativas, civiles y penales, o por inclusión en otros registros. La colaboración eficaz. Verificación de impedimentos. Acreditación de impedimentos. Inaplicación de impedimentos

1. Capacidad, limitaciones y presunciones..... 144
2. La independencia del régimen legal aplicable..... 145
3. Los impedimentos para contratar con el Estado: alcance y temporalidad... 146
   3.1. Los impedimentos de carácter personal..... 147
      3.1.1. La definición de funcionario público 147
      3.1.2. Impedimentos de las personas naturales o jurídicas con intervención directa en el procedimiento de selección 148
      3.1.3. Fundamento del tiempo del impedimento 149
4. Los impedimentos en la LGCP..... 150
   4.1. Alcance de los impedimentos de carácter personal 150
      4.1.1. Impedimento tipo 1.A 150
      4.1.2. Impedimento tipo 1.B 150
      4.1.3. Impedimento tipo 1.C 151

4.1.4. Impedimento tipo 1.D 152
4.2. Impedimentos debido al parentesco 153
4.2.1. La excepción a la aplicación del impedimento 155
4.2.2. El impedimento tipo 2.A 156
4.2.3. Impedimentos tipo 2.B, 2.C, 2.D y 2.E 157
4.3. Impedimentos para personas jurídicas o por representación 158
4.3.1. La pertenencia a un mismo grupo económico 158
4.3.2. La regulación en la LGCP 159
4.4. Impedimentos derivados de sanciones administrativas, civiles y penales, o por la inclusión en otros registros 161
4.4.1. Los consorcios 161
4.4.2. La colaboración eficaz 162
4.4.3. Deudores de reparación civil 162
4.4.4. La regulación en la LGCP 163
5. Acreditación de los impedimentos a través de la Declaración Jurada 164
6. Disposiciones para la verificación de impedimentos y de los casos de inaplicación 165
6.1. La verificación de impedimentos. Reglas 165
6.2. Las reglas de verificación de los impedimentos 165
6.2.1. Verificación de inaplicación por desafectación en el Redam y por parentesco 165
6.2.2. Supuestos de inaplicación temporal de impedimentos por riesgo de desabastecimiento, proveedor único y por contratación complementaria 166

Capítulo VIII
SUPUESTOS EXCLUIDOS NO SUJETOS A SUPERVISIÓN Y SUJETOS A SUPERVISIÓN

1. El ámbito objetivo y subjetivo 172
2. De las otras organizaciones: unidad ejecutora, proyectos especiales 173
2.1. ¿Unidad ejecutora cómo entidad? 173
2.2. Los proyectos especiales 174
3. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LGCP 175
3.1. Los tipos de supuestos excluidos: ley y discrecionalidad 175
4. Los supuestos excluidos no sujetos a supervisión 176
5. Los supuestos excluidos sujetos a supervisión 184

Capítulo IX
PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Origen y devenir. Los principios en Kelsen, Alexy y Dworkin. Los principios en el derecho administrativo. Los principios en la doctrina de las contrataciones públicas: procedimientos de selección y contratación. La articulación de los principios. Finalidad y evolución de los principios en las contrataciones públicas. Los principios y el vacío normativo. Interpretación, integración. Finalidad y objeto de los principios de la LGCP. La articulación de los principios en la LGCP

1. El origen y devenir de los principios 196
2. Los principios en Kelsen 197
   - 2.1. Valores, moral y derecho positivo en Kelsen 198
   - 2.2. Principios y moral 198
   - 2.3. La interpretación 199
3. Alexy, Dworkin y los principios 201
   - 3.1. Reglas y principios. Tesis fuerte y tesis débil 201
   - 3.2. Principios: mandato de optimización. Reglas: cumplimiento pleno . 202
   - 3.3. Colisión de principios. Conflicto de reglas. La diferencia *prima facie* (primera vista) 203
     - 3.3.1. Conflicto de reglas 203
     - 3.3.2. La colisión de principios 203
   - 3.4. Principios y reglas: razones para las normas y las acciones 204
4. Los principios en el derecho administrativo 204
   - 4.1. La ponderación 205
   - 4.2. La proporcionalidad 205
5. Los principios en la doctrina de las contrataciones públicas 206
   - 5.1. Los principios en los procedimientos de selección 207
     - 5.1.1. Principio de libre concurrencia 207
     - 5.1.2. Principio de publicidad 207
     - 5.1.3. Principio de igualdad o de trato igualitario entre los oferentes 208
     - 5.1.4. Principio de transparencia 209
   - 5.2. Los principios en la contratación administrativa 209
     - 5.2.1. Principio *lex inter partes*. Relativización 209
     - 5.2.2. Principio de continuidad 209
     - 5.2.3. El principio de la mutabilidad 210

5.2.4. Principio de la Administración-poder y del contratista-colaborador 210
5.2.5. Principio de equivalencia de las prestaciones o de equilibrio financiero 210
6. Finalidad y evolución de los principios en las contrataciones públicas 211
7. El tránsito de la nada a la inconsistencia en la función, finalidad y contenido de los principios en la normativa de contrataciones del Estado 213
8. De la inconsistencia al sincretismo 221
8.1. La relación entre principio y norma 221
9. Los principios y el vacío normativo 221
10. La interpretación 222
11. La integración 223
12. La articulación de los principios en la LGCP 223
12.1. Los principios en la Ley Sistema Nacional de Abastecimiento (Decreto Legislativo N.° 1439) 224
12.2. El Texto Único Ordenado de la Ley N.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General 225
12.3. La Ley N.° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República 228
13. Finalidad y objeto de los principios en la LGCP 229
14. Los principios en la LGCP 230
14.1. Principio de legalidad 230
14.2. Eficacia y eficiencia 231
14.3. Valor por dinero 231
14.4. Integridad 232
14.5. Presunción de veracidad 233
14.6. Causalidad 233
14.7. Publicidad 233
14.8. Libertad de concurrencia 234
14.9. Transparencia y facilidad de uso 235
14.10. Competencia 236
14.11. Igualdad de trato 239
14.12. Principio de equidad y colaboración 240
14.13. Sostenibilidad de las contrataciones públicas 241
14.14. Innovación 242
14.15. Vigencia tecnológica 242

PARTE II
EL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

CAPÍTULO X
EL CONTROL GUBERNAMENTAL

El servicio de control previo, simultáneo y posterior. La obligación de remitir información a la CGR

1. El control gubernamental: el servicio de control, las acciones de control y los tipos de control 250
   - 1.1. Control interno 250
   - 1.2. El control externo 251
   - 1.3. El control previo, simultáneo y posterior 251
2. El servicio de control previo 252
3. El servicio de control simultáneo 252
   - 3.1. El control concurrente 253
   - 3.2. La visita de control 253
   - 3.3. La orientación de oficio 253
4. El servicio de control posterior 254
   - 4.1. Las auditorías 254
     - 4.1.1. La auditoría financiera 254
     - 4.1.2. La auditoría de desempeño 255
     - 4.1.3. La auditoría de cumplimiento 255
   - 4.2. El servicio de control específico a hechos con presunta irregularidad 256
   - 4.3. Acción de oficio posterior 256
5. La obligación de remitir información a la CGR 256

Capítulo XI
EL RIESGO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Las guías de auditoría

1. Los riesgos en las contrataciones del Estado y los criterios de evaluación establecidos por la Contraloría General de la República 262
2. La "Guía de auditoría en bienes y servicios" y el riesgo 263
3. La "Guía de auditoría de obras públicas por contrata" y el riesgo 269

Capítulo XII
LAS NORMAS DE CONTROL EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

El control mediante la potestad reglada y discrecional. La constitucionalización de las contrataciones públicas y el control. Las normas de control vinculadas a las contrataciones públicas. Las acciones de control de la CGR y su impacto

1. El control mediante el ejercicio de la potestad reglada y la discrecional..... 280
2. La constitucionalización de las contrataciones públicas y del control..... 281
3. Las potestades regladas en las contrataciones públicas 282
4. Las normas de control vinculadas a las contrataciones públicas..... 283
   - 4.1. La Ley N.° 27785, sus modificatorias y la sentencia del Tribunal Constitucional..... 283
   - 4.2. Normas Generales de Control Gubernamental (NGCG) y sus modificatorias 284
   - 4.3. Las normas de control previo 285
   - 4.4. Las normas de control simultáneo 285
   - 4.5. El control concurrente. La expansión del control 286
   - 4.6. El control posterior 286
   - 4.7. Las opiniones vinculantes..... 288
   - 4.8. Remisión de informes u opiniones emitidos por el supervisor a la Contraloría General de la República 288
5. Las acciones de control que ha efectuado la Contraloría General de la República 289
   - 5.1. El incremento del presupuesto, la modificación constitucional y otras normas de fortalecimiento del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República 289
   - 5.2. Informes sobre el accionar del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República en el período 2018-2023 291
   - 5.3. Las consecuencias del accionar de control..... 291
   - 5.4. La eficacia de la labor del Sistema Nacional de Control - Contraloría General de la República..... 294
6. El impacto del accionar del Sistema Nacional de Control en la gestión pública 294
7. Evolución de los proveedores del Estado..... 298

PARTE IV
LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Capítulo XIII
PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Los principios del orden sustantivo. Principios del procedimiento sancionador. Concurso de infracciones. Continuación de infracciones

1. Los principios del derecho administrativo sancionador 306
   1.1. Los principios en la doctrina 306
   1.2. Principios de orden sustantivo 306
      1.2.1. Principio de legalidad: la reserva legal y el mandato de tipificación 306
      1.2.2. Proporcionalidad y razonabilidad 310
      1.2.3. La presunción de inocencia. La prueba cumplida 311
      1.2.4. *Non bis in idem* 311
      1.2.5. La prescripción 312
      1.2.6. La irretroactividad 312
2. Principios del procedimiento sancionador 313
   2.1. Principio de debido procedimiento 313
   2.2. Derecho de defensa 314
   2.3. Principio de conducta procedimental 315
   2.4. Principio de separación orgánica entre fase instructora y fase sancionadora 315
3. Concurso de infracciones 315
4. Continuación de infracciones 315

Capítulo XIV
LA RESPONSABILIDAD DEL FUNCIONARIO Y SERVIDOR PÚBLICO

La potestad sancionadora disciplinaria y funcional. Diferencias. El riesgo. La tipicidad y el conflicto de intereses

1. La responsabilidad 319

2. La potestad sancionadora disciplinaria y funcional 320
3. La responsabilidad funcional 321
4. Diferencias entre la potestad administrativa disciplinaria y funcional 324
5. La responsabilidad funcional en la LGCP 325
5.1. El riesgo 326
6. La tipicidad de la falta y el conflicto de intereses en la LGCP 327

Capítulo XV
LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO EN LA TUTELA DEL ORDEN SOCIAL

El principio de presunción de inocencia. El principio de causalidad. El principio de retroactividad. La potestad sancionadora respecto de los participantes, postores y contratistas. Formas de iniciar el PAS. Infracciones en los contratos menores. La determinación de responsabilidades y el procedimiento sancionador en el caso de consorcios. Las sanciones y su autonomía. Inhabilitación definitiva: catálogos electrónicos de acuerdo marco, las infracciones en los contratos menores. La suspensión de sanciones. La prescripción. La caducidad del PAS. El proceso contencioso-administrativo

1. Principio de presunción de inocencia 332
2. El principio de causalidad 332
3. Principio de retroactividad 333
4. La potestad sancionadora del TCP para instruir el procedimiento y aplicar sanciones 335
4.1. Formas de iniciar el procedimiento sancionador 335
4.1.1. Contenido de la denuncia 336
4.1.2. La obligación de la entidad de informar y la decisión del inicio del PAS 336
5. La tipificación de las faltas y los criterios del TCP 337
6. Las infracciones en los contratos menores 360
7. La determinación de responsabilidades y el procedimiento sancionador en el caso de consorcios 361
8. Criterios para la aplicación de sanciones por parte del TCP. La gradualidad 361
8.1. Reconocimiento de la infracción, aplicación debajo del mínimo y el eximente de responsabilidad 362

8.2. La responsabilidad en el caso de los consorcios y los casos de reorganización societaria 363
9. Las sanciones y su autonomía 363
9.1. La multa 364
9.1.1. Los tipos de determinación del monto de la multa y las consecuencias del no pago y del pronto pago 365
9.1.2. El trámite de pago de la multa y del descuento por pronto pago 366
9.1.3. La gradualidad en la imposición de la multa 367
9.1.4. La retención de la multa y el Pladicop 367
9.2. La inhabilitación temporal. Niveles 368
9.2.1. Primer nivel 368
9.2.2. Segundo nivel 368
9.2.3. El tercer nivel 369
9.2.4. El cuarto nivel 369
9.3. La inhabilitación definitiva 370
10. Inhabilitación definitiva: catálogos electrónicos de acuerdo marco, las infracciones en los contratos menores 370
11. Cuando el postor ya cuenta con inhabilitación definitiva 371
12. El debido procedimiento. La actividad probatoria 371
13. Suspensión de las sanciones 371
14. La prescripción 371
14.1. Suspensión del plazo de prescripción 372
14.2. Criterios del Tribunal 373
15. La caducidad del PAS 374
15.1. Cuando son varios administrados y las consecuencias de la caducidad 374
16. El recurso de reconsideración 374
17. Notificación y vigencia de las sanciones 375
18. El ilícito penal 376
19. La acción contencioso-administrativa 376
20. El PAS 376
20.1. Las autoridades competentes del PAS 376
20.2. Las reglas del PAS en la fase instructiva y sancionadora 377
20.3. La suspensión del PAS 378

20.4. Efectos de la suspensión 379
20.5. Procedimientos Administrativos Sancionadores a cargo del TCP 379

PARTE V
ENFOQUES, ORGANIZACIÓN Y ACTOS PREPARATORIOS O DE PLANIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Capítulo XVI
LOS ENFOQUES DE LA LEY GENERAL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

La sujeción a los acuerdos comerciales. Los actores de la contratación pública. La organización de las compras públicas: SNA, DGA-MEF, OECE. Perú Compras. Entidades contratantes. Titular de la entidad. La autoridad de gestión administrativa. El área usuaria. El área técnica estratégica. Los compradores públicos

1. Los enfoques de la LGCP 385
1.1. El enfoque de integridad 385
1.2. Gestión por resultados 386
1.3. Gestión de riesgos en contratación pública 386
1.4. Gobernanza de la contratación pública 387
1.5. Profesionalización de la contratación pública 388
2. La sujeción a los acuerdos comerciales 389
3. Los actores del proceso de contratación pública 389
3.1. El SNA y la DGA del MEF 390
3.2. El OECE. Organismo especializado 392
3.2.1. Las funciones del OECE 392
3.2.2. Órganos del OECE 397
3.3. Perú Compras 398
3.4. Las entidades contratantes 398
3.4.1. El titular de la entidad 399
3.4.2. La autoridad de gestión administrativa 403
3.4.3. El área usuaria 404
3.4.4. El área técnica estratégica 406

3.4.5. La dependencia encargada de las contrataciones 407
3.4.6. Los compradores públicos 408

Capítulo XVII
LA SEGMENTACIÓN DE LAS CONTRATACIONES Y SU INAPLICACIÓN PARA LAS CONTRATACIONES MENORES

La segmentación de contrataciones de bienes, servicios y consultoría en general. Estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales. El anuncio de contratación futura. El requerimiento para bienes y servicios. El fraccionamiento

1. La segmentación de las contrataciones y su inaplicación para las contrataciones menores 416
1.1. El procedimiento 417
1.2. Las contrataciones no planificadas 417
2. La segmentación de contrataciones de bienes, servicios y consultoría en general 417
2.1. Alta cuantía 418
2.2. Alto riesgo 418
2.3. Estrategia de contratación de las contrataciones rutinarias y operacionales 418
3. El anuncio de contratación futura 418
4. El requerimiento 419
4.1. El objeto del requerimiento 421
4.2. La participación en condiciones de igualdad 421
4.3. El trámite del requerimiento 421
4.4. La determinación de los riesgos y la estrategia de contratación 422
4.4.1. El caso de bienes y obras: prestaciones accesorias 422
4.4.2. Las normas metrológicas, normas técnicas y otras 422
4.4.3. Lo que no puede incluir el requerimiento 424
4.4.4. Verificación y modificación del requerimiento: la DEC, el área usuaria y la ficha de homologación 426
4.4.5. El requerimiento en procedimientos con diálogo competitivo 426
4.5. El requerimiento para bienes y servicios 426

4.5.1. El requerimiento de bienes, servicios rutinarios u operacionales y la posibilidad de contratar hasta por 3 años 427
4.5.2. Adquisición de bienes 427
4.5.3. La adquisición de suministros 427
4.5.4. El arrendamiento de inmuebles 428
4.5.5. Adquisición de material bibliográfico 428
5. El fraccionamiento: definición y configuración 428
5.1. El fraccionamiento y el desconocimiento del agrupamiento 429
5.1.1. Lo que constituye y no constituye fraccionamiento 430
5.1.2. La responsabilidad por el fraccionamiento 431
5.1.3. Criterios del Tribunal respecto del fraccionamiento 431

Capítulo XVIII
LA ESTRATEGIA DE CONTRATACIÓN

La dependencia encargada de las contrataciones (DEC) y la definición de la estrategia de contratación. La gestión de riesgos. Interacción con el mercado, indagación y consulta. Agrupamiento de prestaciones. El expediente de contratación. La cuantía de la contratación

1. Definición de la estrategia de contratación 435
1.1. La DEC y la formulación de la estrategia de contratación 436
1.2. El contenido de la estrategia de contratación y análisis de las variables 436
2. Gestión de riesgos en la estrategia de contrataciones de bienes y servicios estratégicos 437
3. La interacción con el mercado, indagación y la consulta al mercado 437
3.1. La interacción con el mercado para bienes y servicios 439
3.2. La confidencialidad 440
3.3. Consulta al mercado 441
3.3.1. Herramientas de las consultas al mercado 441
3.3.2. Difusión del requerimiento como herramienta de consulta al mercado 442
3.4. El trámite de las consultas 442
3.4.1. La reunión de confirmación o aclaración 443
4. Agrupamiento de prestaciones: bienes, servicios u obras 443

4.1. Mecanismos para realizar el agrupamiento: contratación por paquete y según relación de ítems 444
4.1.1. La contratación por paquete 444
4.1.2. Procedimiento según relación de ítems, lotes o tramos 445
5. El expediente de contratación 445
5.1. Contenido y aprobación del expediente de contratación 446
5.2. Expediente de contratación y declaratoria de desierto 446
6. La cuantía de la contratación 446

Capítulo XIX
LAS BASES Y LOS EVALUADORES

Oficial de compra. Comité. Jurado. El comprador público. Los evaluadores, requisitos e impedimentos para ser evaluado

1. Las bases y el principio de legalidad 452
1.1. Las bases en la normativa 453
1.2. Contenido 453
2. Los evaluadores 454
2.1. Responsabilidades del oficial de compra, el comité y el jurado 455
2.2. Las reglas para los evaluadores 455
2.3. La designación de expertos 456
2.4. El oficial de compra como responsable de la fase de selección 457
2.5. El comité 457
2.5.1. La remoción 457
2.5.2. Cuando lo integra un comprador público 457
2.5.3. Reglas cuando la evaluación está a cargo del comité de selección 458
2.5.4. Sesiones y *quorum* 458
2.6. Los jurados 458
2.6.1. Elaboración de bases y opinión de los jurados 458
2.6.2. La evaluación técnica y económica por parte de los jurados 458
2.6.3. Los jurados en los procedimientos de selección con subetapas de negociación o diálogo competitivo 459
2.6.4. La recepción de las ofertas, el otorgamiento de la buena pro y la DEC 459

2.7. Impedimentos para ser evaluador 459
2.8. Incentivos para los evaluadores 460
2.8.1. Requisitos para el otorgamiento del incentivo y el trámite del pago 461

Capítulo XX
HERRAMIENTAS FACILITADORAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

El Pladicop. El SEACE. La estandarización de requerimientos. La ficha técnica. La homologación. Los catálogos electrónicos de acuerdo marco. Acuerdos mediante mecanismos diferenciados de adquisición (MDA). Condiciones especiales para la adquisición de productos farmacéuticos y dispositivos médicos mediante subasta inversa electrónica

1. El Pladicop como herramienta facilitadora 466
1.1. Objeto 466
1.2. La operatividad del Pladicop 466
1.3. Obligatoriedad y valor legal del uso del Pladicop 467
1.4. La interoperabilidad 468
1.5. Implementación progresiva del Pladicop 468
1.6. Obligatoriedad del uso de la Plataforma de Contratos Menores de la Pladicop 470
2. El SEACE 470
3. Estandarización de requerimientos 470
3.1. Antecedentes 471
3.2. Justificación de la estandarización y sus instrumentos, y cuando no procede 471
3.3. El proceso de estandarización de requerimientos, la ficha técnica y la ficha de homologación 472
3.3.1. La ficha técnica: obligatoriedad del uso 473
3.3.2. Publicación de proyecto de la ficha técnica y ficha de homologación 474
3.4. Supuesto de excepción del uso de los instrumentos de estandarización por convocatoria previa del procedimiento de selección 474
3.5. Información y participación de otras entidades en los procesos de estandarización de requerimientos 475
3.6. El trámite de la ficha técnica 475

3.6.1. Documentos de información complementaria de la ficha técnica 475
3.7. Ficha de homologación. El rol de los ministerios 476
3.7.1. La aprobación, modificación e imposibilidad de modificación, y la exclusión de la ficha de homologación ... 476
3.7.2. El Plan Multianual de Homologación 477
3.8. El equipo de homologación 477
4. Catálogos electrónicos de acuerdos marco. La obligatoriedad y la excepción 478
4.1. La obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco 478
4.2. Excepciones a la obligatoriedad del uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco 479
4.3. Perú Compras y lo que incluyen los catálogos 479
4.4. Los procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdos marco 480
4.5. Los tipos de procedimiento de selección diferenciados que puede convocar Perú Compras 480
4.6. La solución de controversias 480
4.7. Documentación asociada a la convocatoria de procedimientos de selección para la gestión de catálogos electrónicos de acuerdos marco 481
4.8. Disposiciones comunes de los acuerdos marco para la gestión de catálogos electrónicos 481
4.9. Las causales de exclusión de proveedores adjudicatarios de los catálogos electrónicos de acuerdos marco 482
4.10. Revisión de los catálogos y los representantes de marca 482
4.11. Condiciones para el uso de catálogos electrónicos de acuerdos marco 483
4.12. La posibilidad de restringir una solicitud de cotización 483
4.13. Los catálogos abiertos 484
5. Acuerdos mediante mecanismos diferenciados de adquisición (MDA) 484
5.1. Alcance de los acuerdos 485
5.2. Nominación y priorización de tecnologías sanitarias para ser adquiridas mediante MDA 485
5.3. Las actuaciones preparatorias 486
5.3.1. El requerimiento 486
5.3.2. La agrupación por paquetes 486
5.3.3. Evaluación del MDA 487

5.3.4. Factores que se analizan en la estrategia de contratación 487
5.4. La fase de selección en el MDA 488
5.5. La fase de ejecución contractual en el MDA 488
5.6. Acuerdos MDA de tipo financiero 489
5.7. Acuerdos MDA de riesgo compartido basados en el desempeño 490
5.8. Los acuerdos MDA híbridos 490
6. Condiciones especiales para la adquisición de productos farmacéuticos y dispositivos médicos mediante subasta inversa electrónica 490

PARTE VI
LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN EFICIENTE

Capítulo XXI
LOS REGÍMENES ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

Marco legal. Creación, regulación. La supervisión del OECE. Tipos. Las discrepancias y la solución de controversias. Los contratos Gobierno a Gobierno

1. El marco legal de los regímenes especiales 497
2. Diagnóstico de los regímenes especiales 498
3. Exclusión de los regímenes especiales de contratación en la LGCP y en el RLGCP. La supervisión del OECE y la evaluación del MEF 499
4. Creación, regulación y modificación de los regímenes especiales de contratación 500
4.1. La condición de norma supletoria de la LGCP en los regímenes especiales y las reglas para su uso 501
5. Los regímenes especiales 502
5.1. El Régimen de la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) y las contrataciones bajo el Decreto Legislativo N.° 1362, que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas y proyectos activos 504
5.2. Las contrataciones de las empresas del Estado 505
5.3. Contrataciones de productos farmacéuticos o dispositivos médicos estratégicos con proveedores no domiciliados 506
5.4. Contrataciones en el marco de la Ley N.° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de la Empresa Petróleos del Perú (Petroperú S. A.) 506

5.5. Procedimientos especiales de contratación en el marco del párrafo 11.4 del artículo 11 de la Ley N.° 31841, Ley que crea la Autoridad Nacional de Infraestructura (ANIN) 507
5.5.1. Las discrepancias en la fase de ejecución contractual 507
5.5.2. Los impedimentos para contratar con el Estado 508
5.5.3. Las discrepancias en la fase de selección 508
6. Los contratos Gobierno a Gobierno 509
6.1. Objeto de las contrataciones Gobierno a Gobierno 509
6.2. Procedimiento para su implementación y el sustento 510
6.2.1. Informe de evaluación y pertinencia 510
6.2.2. Informe de identificación de Gobierno 510
6.2.3. Opinión de la OPMI y de la DGPP 511
6.3. Contrataciones de Gobierno a Gobierno para objetos contractuales de alta complejidad 511
6.4. Formalización de la contratación Gobierno a Gobierno 512
6.4.1. Contenido de las cláusulas por parte del otro Gobierno 512
6.4.2. Contenido de la cláusula por parte del ministerio, organismo público adscrito, programa o proyecto especial 513
6.5. El control de las contrataciones Gobierno a Gobierno 513

Capítulo XXII
MODALIDADES PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EFICIENTE

Los contratos menores (menores a 8 UIT). La compra por encargo. La compra centralizada. La compra corporativa. La compra pública por innovación. Contrataciones para la prevención y atención de emergencias. Compras centralizadas obligatorias para emergencia cuando responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación. Contrataciones para la rehabilitación y reconstrucción ante emergencias. ¿Cuándo usar procedimientos no competitivos y competitivos? Disposiciones contractuales excepcionales para la atención de emergencias mediante procedimiento de selección

1. Las modalidades de contratación eficiente 517
1.1. Los contratos menores (menores a 8 UIT) 517
1.1.1. Definición y publicación 518
1.1.2. Posibilidad de que las entidades formulen directivas 519

1.1.3. El requerimiento 519
1.1.4. El trámite de los contratos menores 520
1.1.5. La ejecución contractual 520
1.2. La compra por encargo 521
1.2.1. El convenio y el SNC 521
1.2.2. El encargo a Perú Compras u otra entidad contratante: informe y convenio 522
1.2.3. El encargo a un organismo internacional 522
1.2. Disposiciones sobre el encargo: responsabilidad, el consentimiento de la buena pro y la impugnación 525
1.3. Compra centralizada 525
1.3.1. El inicio de la compra centralizada 526
1.3.2. Las iniciativas de compra 526
1.4. Compra corporativa 530
1.4.1. Alcance de las compras corporativas 531
1.4.2. Compra corporativa obligatoria 532
1.4.3. Compra corporativa facultativa 532
1.4.4. Consideraciones generales para el proceso de contratación a través de una compra corporativa 533
1.4.5. La entidad encargada 534
1.5. Compra pública de innovación 534
1.5.1. La regla general 535
1.5.2. El trámite de la compra pública de innovación 535
1.6. Acuerdo marco y los catálogos electrónicos de acuerdos marco 539
1.6.1. Las condiciones para su uso 540
1.6.2. Proceso de contratación mediante acuerdo marco 540
2. Contrataciones para la prevención y atención de emergencias 541
2.1. Contrataciones para la preparación y prevención: los acuerdos marco 542
2.1.1. Los contratos de contingencia 543
2.1.2. La modalidad de pago en los contratos de contingencia 544
2.2. Compras centralizadas obligatorias para emergencia cuando responden a necesidades de estimación, prevención, reducción y preparación 545
2.2.1. Catálogo electrónico de acuerdo marco para emergencia o desastre 546
2.2.2. Contrataciones para la atención de emergencias mediante compras centralizadas de emergencia 546

2.3. Contrataciones para la rehabilitación y reconstrucción ante emergencias. ¿Cuándo usar procedimientos no competitivos y competitivos? 547
2.3.1. La rehabilitación o reconstrucción y el sistema a utilizar 547
2.3.2. Los factores de evaluación 548
3. Disposiciones contractuales excepcionales para la atención de emergencias mediante procedimiento de selección 548

Capítulo XXIII
EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PARA LOS CONTRATOS ESTANDARIZADOS

1. Definición de contratos estandarizados y la DGA 551
2. Consultoría de obras, ejecución de obras y gestión de instalaciones y el control gubernamental 552
3. La normativa aplicable 552
4. Incumplimiento del plazo para presentar reclamaciones 552
5. El proceso de contratación de los contratos estandarizados 552
6. Precisiones al requerimiento 553
7. Sustento de la capacidad presupuestal 553
8. Precisiones a las bases 554
9. El gerente de proyecto 555
10. Aseguramiento de calidad 555
11. Solución de controversias 555
12. Lecciones aprendidas 556

PARTE VII
LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN NO COMPETITIVOS, COMPETITIVOS Y LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS

Capítulo XXIV
LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN NO COMPETITIVOS
Definición. Tipos. Procedimiento

1. Definición de contratación directa y el carácter excepcional de la misma ... 561

2. Los procedimientos de selección no competitivos 562
2.1. Contratación entre entidades 563
2.2. Situación de emergencia 564
2.2.1. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimientos de selección no competitivo 565
2.2.2. La garantía 566
2.2.3. Diferencia entre situación de emergencia y estado de emergencia 566
2.2.4. La ocurrencia o inminencia de ocurrencia de una situación de emergencia o desastre 567
2.2.5. Contrataciones para la atención de emergencias mediante procedimiento no competitivo 567
2.2.6. La garantía 568
2.3. Situación de desabastecimiento 569
2.3.1. Improcedencia de la situación de desabastecimiento 569
2.3.2. Responsabilidades 570
2.4. Proveedor único 571
2.4.1. ¿Qué se entiende por *razones técnicas y protección de derechos*? 572
2.5. Servicios personalísimos 573
2.5.1. Diferencia entre servicios personalísimos y los que no admiten sustitutos 574
2.6. Servicios de publicidad 574
2.7. Investigación, desarrollo en innovación 575
2.8. Adquisición y arrendamiento de inmuebles 576
2.9. Servicios especializados de asesoría legal y otros para la defensa de funcionarios 577
2.10. Asesoría legal o técnica para la defensa de las entidades 578
2.11. Continuación de prestaciones no ejecutadas en un contrato resuelto o declarado nulo 578
2.12. Servicios de capacitación 580
2.13. Secreto militar u orden interno 580
2.13.1. La Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas 583
2.13.2. Normas de control 583
3. El procedimiento en las contrataciones directas 583
3.1. Las actuaciones preparatorias 584
3.2. La fase de selección y la aprobación del procedimiento 584

3.3. Niveles de aprobación de la contratación directa: el titular y la autoridad de gestión administrativa 584
3.4. La fase de ejecución contractual 586
3.5. Disposiciones contractuales que no se aplican 587

Capítulo XXV
EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN COMPETITIVO

La formación de la voluntad administrativa. La preclusividad. Interrelación jurídica Administración-administrado. Evolución de los procedimientos de selección. Determinación y cuantía. Los procedimientos de selección competitivos: LP, CP. Modalidades abreviadas y diferenciadas. Las etapas y plazos del procedimiento de selección competitivos. Improcedencia del término de la distancia. Los procedimientos de selección competitivos sin modalidad: etapas. Los procedimientos de selección sujetos a modalidad: etapas. Otras modalidades diferenciadas: etapas. La comparación de precios. Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos. La negociación y el diálogo competitivo

1. La formación de la voluntad contractual y la preclusividad 591
2. La interrelación jurídica Administración-administrado 592
3. Definiendo el procedimiento de selección y la evolución normativa de los procedimientos de selección hasta la Ley N.° 30225 593
4. Determinación y cuantía 594
5. El procedimiento de selección en la LGCP y su reglamento 595
6. Los tipos de procedimiento de selección: competitivos y no competitivos .. 596
7. La licitación pública y el concurso público 596
7.1. Definiciones y objetivo de la licitación pública 597
8. Los procedimientos de selección competitivos: LP, CP. Modalidades abreviadas y diferenciadas 598
9. Los procedimientos de selección competitivos sin modalidad 599
10. Los tipos de LP y CP en la LGCP y su reglamento 600
11. Los procedimientos de selección sujetos a modalidad 602
12. Otras modalidades diferenciadas 606
12.1. Compra pública precomercial 606
12.2. Asociación para la innovación 607
12.3. Subasta inversa electrónica 607

13. Comparación de precios 608
13.1. La evaluación de las ofertas en la comparación de precios 609
13.2. Otorgamiento de la buena pro y empate en la comparación de precios 609
13.3. Listado de bienes y servicios que pueden adquirise por comparación de precios 610
14. Concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos 610
15. La negociación y el diálogo competitivo 610
15.1. La negociación 611
15.2. Las ofertas preliminares 612
15.3. Lo que no constituye objeto de negociación 612
15.4. El procedimiento de la negociación 612
15.5. La modificación del requerimiento o de las condiciones contractuales luego de la negociación 612
15.6. El acta de negociación 613
16. El diálogo competitivo 613
16.1. Objetivo y procedimiento del diálogo competitivo 613
16.2. Ajuste del requerimiento preliminar 614

Capítulo XXVI
LAS ETAPAS DE LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN COMPETITIVOS

Plazos y términos de la distancia. La convocatoria. Registro de participantes. Bases. Consultas. Observaciones. La oferta. Evaluación de las ofertas. Acceso a la información. Declaratoria de desierto. La cancelación. La nulidad del procedimiento de selección

1. La convocatoria 618
1.1. Requisitos para la convocatoria y el cronograma en el RLGCP 619
1.1.1. Cronograma. Plazos 620
1.1.2. Postergación o prórroga 620
1.1.3. El cronograma en la contratación futura 621
2. El registro de participantes 621
2.1. Lista abierta 621
2.2. Lista abierta con invitación 621
2.3. Lista cerrada 622
3. Cuestionamientos a las bases: las consultas y observaciones 622

3.1. Definición de consultas y observaciones 623
3.1.1. Las consultas 623
3.1.2. Las observaciones 624
3.2. El trámite de las consultas y observaciones en el RLGCP 625
3.2.1. ¿Quiénes pueden formular consultas y observaciones? 625
3.2.2. El pliego de absolución de consultas y observaciones 626
3.2.3. Modificación de las bases debido a las consultas y observaciones 626
3.2.4. Divergencia entre el pliego y las bases integradas 627
3.2.5. Cuando no se formulan consultas, ni observaciones 627
3.2.6. La elevación del pliego de absolución de consultas y observaciones y las bases integradas 628
3.3. La oferta 629
3.3.1. Características de la oferta 630
3.3.2. Presentación de las ofertas en la LGCP 631
3.3.3. Contenido de las ofertas 631
3.4. Evaluación de las ofertas: tipos 633
3.4.1. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección sin precalificación 633
3.4.2. Evaluación de la oferta en procedimiento de selección con precalificación 633
3.4.3. Admisión de las ofertas 634
3.4.4. La subsanación de las ofertas 634
3.4.5. La subsanación de ofertas en el RLGCP 636
Acceso a la información 637
La declaratoria de desierto 638
5.1. ¿Cuándo se declara desierto un procedimiento de selección? 638
5.2. La declaratoria de desierto en los procedimientos según relación de ítems 639
5.3. Declaratoria de desierto de seguros patrimoniales 639
5.4. Las acciones a seguir luego de la declaratoria de desierto y hasta antes de la siguiente convocatoria 640
5.5. La declaratoria de desierto en las modalidades abreviadas 640
La cancelación 640
6.1. Procedimiento y responsabilidad 641
Nulidad de procedimiento de selección 641
7.1. La nulidad de los actos procedimentales 642
7.2. ¿Quiénes pueden declarar la nulidad? 642

7.2.1. El TCP 643
7.2.2. La autoridad de gestión administrativa 643
7.2.3. El jefe de Perú Compras 643
7.3. La determinación de responsabilidades 643
7.4. Cuando la nulidad es solicitada por alguno de los participantes o postores 644

Capítulo XXVII
REQUISITOS DE CALIFICACIÓN

Evaluación de las ofertas técnicas y económicas. Disposiciones especiales para la calificación de bienes y servicios. Los procedimientos de selección de modalidad abreviada. La bonificación. Disposiciones especiales para la evaluación de bienes y servicios

1. Tipos de requisitos de calificación 647
1.1. Capacidad legal 648
1.2. Capacidad técnica y profesional 649
1.2.1. La experiencia y calificaciones del personal clave 649
1.2.2. Equipamiento estratégico y/o infraestructura estratégica del proveedor necesario para la ejecución del contrato 650
1.2.3. En el caso de obras y consultoría de obras 651
1.2.4. Verificación de la capacidad técnica y profesional en obras y consultoría de obras 651
1.3. Experiencia del postor en la especialidad 651
1.4. Condiciones de participación en consorcio 652
1.5. Capacidad económica en procedimientos de selección con precalificación 653
2. Evaluación de las ofertas técnicas 653
2.1. Los factores de evaluación 654
2.2. Distorsiones del método de evaluación. Criterios del Tribunal 655
2.2.1. Exigencias formales y sustanciales 655
2.2.2. Exigencia indebida para la formulación de la oferta 655
2.2.3. Exigencias normativas de orden formal y material y la participación de los proveedores 655
3. Evaluación económica de la oferta 656
3.1. La determinación del puntaje de la oferta económica 656
3.1.1. Inaplicación de la fórmula a la subasta inversa 656

3.2. La determinación del puntaje total 657
3.2.1. En el caso de evaluación simultánea 657
3.2.2. Cuando la evaluación económica de las ofertas se realice de manera posterior a la evaluación técnica 657
3.3. Los coeficientes de ponderación 657
4. Los procedimientos de selección de modalidad abreviada y la bonificación a las micro y pequeñas empresas 658
5. Bonificación por domicilio en la provincia y en la provincia colindante 658
6. Disposiciones especiales para la evaluación de bienes y servicios 658
6.1. La calificación de experiencia en la especialidad en micro y pequeña empresa 658
6.2. Evaluación de las ofertas 659
6.2.1. Cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento de selección y la negociación 659
6.2.2. La forma en que se ejecuta la negociación 660
6.3. Evaluación de las ofertas económicas de servicios de operación y/o mantenimiento o de mantenimiento vial 660
6.4. Disposiciones especiales para el concurso público para la contratación de expertos o de gerentes de proyectos 660
6.5. Disposiciones especiales para el concurso de proyectos arquitectónicos y urbanísticos 661
6.5.1. La fase de selección: el jurado 661
6.5.2. La evaluación de las ofertas técnicas 662

Capítulo XXVIII
SERVICIO DE OPERACIÓN Y MANTENIMIENTO

Asistencia técnica especializada en gestión de proyectos (ASISTE). El procedimiento de contratación de obras y consultoría de obras. El requerimiento para obras y consultoría de obras y el expediente técnico. Plazos de ejecución contractual en obras y consultoría de obras. Especialidad, subespecialidad y tipología de obras. Tipos de sistema de entrega de obras. Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras. Disposiciones especiales para la fase de selección en obras y consultoría de obras

1. Servicio de operación y/o mantenimiento 665

1.1. Sistema de entrega de obras que incluye operación y/o mantenimiento 665
1.2. Avance y culminación de las actividades de operación y/o mantenimiento 666
1.3. Supervisión de las actividades de operación y/o mantenimiento 667
2. Asistencia Técnica Especializada en Gestión de Proyectos (ASISTE) 668
2.1. Condiciones para el uso del ASISTE 668
2.2. Alcances del ASISTE 668
3. El proceso de contratación de obras y consultoría de obras 669
3.1. La asignación de riesgos estrategia de contratación 669
3.2. La segmentación de contrataciones e interacción con el mercado para obras y consultoría de obras 670
3.2.1. La contratación básica 671
3.2.2. La contratación avanzada 671
3.2.3. La interacción con el mercado bajo el sistema de solo construcción y el sistema de entrega de obras que incluyan el diseño 671
3.3. El requerimiento para obras y consultoría de obras y el expediente técnico 671
3.3.1. Requerimiento de obras del sistema de entrega de solo construcción 673
3.3.2. El requerimiento de obras y consultoría de obras en los demás sistemas de entrega 673
3.3.3. Plan para la obtención de licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares por parte de la entidad contratante 673
3.3.4. Necesidad de emplear la metodología BIM (Building Information Modeling) durante la ejecución contractual, conforme a las disposiciones que se emitan en el marco de la SNPMGI 673
3.4. Plazos de ejecución contractual en obras y consultoría de obras 674
3.5. Especialidad, subespecialidad y tipología de obras 674
3.5.1. La especialidad 674
3.6. Tipos de sistema de entrega de obras 675
3.6.1. Solo construcción 676
3.6.2. Diseño y construcción 676
3.6.3. Diseño, construcción, operación y mantenimiento 676
3.6.4. Gestión del diseño y construcción al riesgo 677
3.6.5. Gestión del diseño y construcción de agencia 677

3.6.6. Entrega integrada de proyecto o alianza 677
3.6.7. Llave en mano 678
3.6.8. Utilización de contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional 679
3.7. Tipos de sistema de entrega en consultoría de obras para la formulación de proyectos de inversión o expediente técnico 679
3.7.1. Solo formulación o solo diseño 679
3.7.2. Formulación y diseño 679
3.8. Criterios para la elección de sistemas de entrega y modalidades de pago para obras y consultoría de obras 679
3.9. Las modalidades de pago en la ejecución de obras y consultoría de obras 680
3.9.1. Modalidades de pago en la contratación de obra bajo los sistemas de entrega de solo construcción, diseño y construcción, y consultorías de obras distintas a supervisión de obras 680
3.9.2. Modalidad de pago para la supervisión de la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra 681
3.10. Incentivos para proveedores de obra y consultoría de obra 688
3.10.1. Cumplimiento anticipado de la fecha programada de culminación de la prestación 689
3.10.2. Incorporación de excelencia en estándares ambientales y de seguridad 689
3.10.3. Incentivo por respuesta rápida de la supervisión 689
4. Disposiciones especiales para la fase de selección en obras y consultoría de obras 690
4.1. Convocatoria de los procedimientos de selección de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción 690
4.1.1. Tratándose de procedimientos de selección para la ejecución de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción 690
4.1.2. Para la contratación de obras con el sistema de entrega de solo construcción 690
4.2. Factor de evaluación desempeño del proveedor. FUP 690
4.3. Evaluación de ofertas económicas de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción 691
4.4. Evaluación de ofertas económicas de obras y consultoría de obras bajo sistemas de entrega distintos a solo construcción 691
4.4.1. La evaluación económica 692

4.4.2. Evaluación de las ofertas en los procedimientos de selección de obras bajo los sistemas de entrega de gestión del diseño y construcción al riesgo, gestión del diseño y construcción de agencia y entrega integrada de proyecto o alianza; y en las consultorías de obras 692
4.4.3. Las ofertas en los procedimientos de selección de consultorías de obras bajo sistema de entrega de solo formulación y solo diseño, así como en la supervisión de obras 692
4.5. Certificación presupuestal luego de la evaluación de la oferta económica en caso de obras y consultoría de obras 693
4.5.1. Obras y consultoría de obras cuando la oferta supera la cuantía del procedimiento 693

Capítulo XXIX
LA BUENA PRO

Empate. Los recursos impugnativos. Supuestos impugnables y no impugnables. El recurso de apelación. Competencia judicial para las actuaciones del OECE. El agotamiento de la vía administrativa

1. El empate en la buena pro 697
2. El consentimiento de la buena pro 698
3. Verificación posterior de la oferta ganadora 698
4. La culminación del procedimiento de selección 698
5. Solución de controversias previas al perfeccionamiento del contrato 699
5.1. Los recursos impugnativos 701
5.2. Recursos impugnativos en la LPAG 702
5.3. El recurso de apelación en la LGCP 703
5.3.1. La pretensión procesal 703
5.3.2. La legitimidad procesal 704
5.3.3. La competencia para conocer y resolver el recurso de apelación 704
5.3.4. Compras corporativas, compras por encargo y compras centralizadas 705
5.4. Supuestos impugnables y no impugnables 706
5.5. Oportunidad de presentación del recurso de apelación 706
5.6. La garantía por la interposición del recurso de apelación 707
5.6.1. Las garantías en el caso de las micro y pequeñas empresas 712

5.6.2. Requisitos de las garantías y su plazo de vigencia 712
5.7. Efectos del recurso de apelación 712
5.7.1. El agotamiento de la vía administrativa y la acción contencioso-administrativa 713
5.8. Competencia judicial para las actuaciones del OECE 713
5.9. Plazo de interposición del recurso de apelación 714
5.10. Requisitos de admisibilidad 715
5.10.1. Trámite de admisibilidad 717
5.10.2. La improcedencia 718
5.11. Procedimiento ante la entidad contratante 719
5.12. El procedimiento ante el TCP 719
5.13. Reglas adicionales sobre la notificación y acumulación 720
5.14. El contenido de la resolución y sus alcances 721
5.14.1. Alcances de la resolución 722
5.15. La nulidad y su procedimiento 723
5.16. Cumplimiento de las resoluciones 724
5.17. El desistimiento 724
5.18. Ejecución y devolución de garantía 725
5.18.1. Cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o el impugnante desista 725
5.18.2. En caso de que el recurso de apelación sea declarado improcedente 725
5.19. La devolución de la garantía 725
5.20. La denegatoria ficta y la responsabilidad funcional 725
5.21. El agotamiento de la vía administrativa 726

Bibliografía 727

Publicado: Setiembre 2025

Este libro se terminó de imprimir
en agosto del 2025 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3720
Lima-Perú