

**Christian Guzmán Napurí**

MANUAL DE  
**LA LEY DE  
CONTRATACIONES  
DEL ESTADO**

ANÁLISIS DE LA LEY Y SU REGLAMENTO

**GACETA**  
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

 (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

Para más Libros Gratis Síguenos en:  
<https://bit.ly/EscuelaNacionaldeAltaGerencia>

Para más Libros Gratis Síguenos en:  
<https://bit.ly/EscuelaNacionaldeAltaGerencia>

**Christian Guzmán Napurí**

MANUAL DE  
**LA LEY DE  
CONTRATACIONES  
DEL ESTADO**

ANÁLISIS DE LA LEY Y SU REGLAMENTO

**GACETA**  
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

[www.gacetajuridica.com.pe](http://www.gacetajuridica.com.pe)

**MANUAL DE LA LEY  
DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**  
Análisis de la Ley y su Reglamento

PRIMERA EDICIÓN  
ENERO 2015  
2700 ejemplares

© *Christian Guzmán Napurí*  
© *Gaceta Jurídica S.A.*

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN  
TOTAL O PARCIAL  
DERECHOS RESERVADOS  
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
2015-00745

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED

ISBN: 978-612-311-213-4

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL  
31501221500059

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA  
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES  
Miguel Ángel Salinas Arica

**GACETA JURÍDICA S.A.**

ANGAMOS OESTE 526-MIRAFLORES

LIMA 18-PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA

710-8900

[www.administracionpublicaycontrol.com.pe](http://www.administracionpublicaycontrol.com.pe)

E-mail: [ventas@gacetajuridica.com.pe](mailto:ventas@gacetajuridica.com.pe)

Impreso en:  
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.  
San Alberto 201-Surquillo  
Lima 34-Perú

## **PRESENTACIÓN**

Dentro de los diversos aspectos que tienen que ver con el manejo de la cosa pública, el tema de las contrataciones del Estado ocupa un lugar relevante. Y es que una de las mayores preocupaciones del Estado en el contexto actual es mejorar la eficiencia del gasto público, y una de las formas de lograrlo es contar con un buen sistema y una adecuada regulación normativa sobre las compras públicas.

Desde luego, el sistema de contrataciones del Estado debe ser transparente, pero además debe estar compuesto por reglas que impongan a los actores de la contratación estatal el deber de cumplir determinados estándares de calidad. Al parecer, la nueva normativa sobre la materia aún no está al nivel de lo que se quiere, pues no han sido pocas las críticas que ha recibido la nueva Ley de Contrataciones del Estado (Ley N° 30225), la misma que es acusada de ser repetitiva del régimen anterior, generando la sensación de que en realidad no es expresión de una auténtica reforma del sistema.

Pero más allá de estas consideraciones, es igualmente relevante que los actores de este escenario conozcan a cabalidad las categorías jurídico-legales que tienen que ver con la disciplina. De ahí la importancia de una obra como esta, que contiene las bases teóricas con aplicación práctica de cada una de las figuras involucradas, y en ella el autor desarrolla, de forma sistemática y con ese enfoque teórico-práctico, las categorías legales más relevantes en el ámbito de las contrataciones del Estado, tales como las principales notas y caracteres del contrato estatal, los criterios para su definición, los principios que rigen la contratación administrativa, así como todo lo referente a los actores de la contratación estatal, las fases de los procesos de selección, la solución de controversias y la responsabilidad de los funcionarios y servidores en materia de contratación administrativa.

Cabe agregar que el estudio de las mencionadas categorías se realiza, además, a la luz de la nueva Ley de Contrataciones del Estado,

incluyendo el análisis y comentario de sus dispositivos, lo cual se complementa con las opiniones del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones. Esto hace que el presente trabajo sea uno de los más completos en la bibliografía jurídica nacional, permitiendo al lector un fácil acceso y comprensión de la información básica con relación a la temática antes referida.

**EL EDITOR**

# INTRODUCCIÓN

## I. EL CONTRATO ESTATAL

---

Los contratos de Derecho Público son aquellos a través de los cuales el Estado satisface el interés general. Los contratos de Derecho Público (género) pueden clasificarse, en primer lugar, como internacionales (los tratados que realiza el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso o sin ella) o internos. Estos últimos son los contratos estatales y dentro de ellos debemos incluir propiamente a los contratos administrativos.

El concepto de contrato administrativo, a primera vista, no difiere del concepto de contrato en el Derecho Privado, pero al ser el Estado una de las partes de este, tiene características propias, como lo vamos a señalar más adelante en el presente libro. Así, puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo.

El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el Derecho Público. En todo contrato administrativo tiene que participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, es la Ley la que define qué se entiende propiamente por entidad, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de Derecho Público interno, como pueden ser los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de Derecho Público o Privado, como veremos más adelante.

En este orden de ideas, definimos como Estado a la entidad jurídica ubicada en un ámbito físico determinado y que ejerce poder respecto de un conjunto de personas. En la terminología de Jellinek<sup>(1)</sup>, el espacio físico en mención se denomina territorio, al conjunto de personas se

---

(1) JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Albatros, Buenos Aires, 1954, p. 295 y ss.

le denomina pueblo o población y al poder que el Estado ejerce se le conoce como poder político. Es evidente que la ausencia de cualquiera de dichos elementos determina que la entidad ante la cual nos encontramos no es un Estado. Ahora bien, se define en general como poder a la capacidad que tiene una entidad o persona de influir en las conductas de las demás personas, estando el poder político caracterizado por la coerción que se puede ejercer sobre la población a través del uso de la fuerza, legitimada por el Derecho.

## **II. IMPORTANCIA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

---

Los contratos del Estado son aquellos que celebran los órganos de la Administración para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben. Lo contractual es, en consecuencia, una modalidad de los comportamientos de la Administración Pública. Dicha modalidad se ha constituido hoy en día como un mecanismo de edificación del nuevo modelo del Estado, el cual ya no pretende efectuar todas las acciones sino que incorpora al Sector Privado en las mismas. Los contratos de concesión de obra y de servicios públicos, por ejemplo, permiten de la participación de la actividad privada en la prestación de cometidos públicos, a lo cual se denomina asociaciones público privadas.

### **1. Interés general**

A diferencia de los contratos regidos por el Derecho Privado, en los contratos administrativos la Administración procura la satisfacción del interés general<sup>(2)</sup>. La finalidad de interés público del contrato administrativo se hace patente, como lo hemos señalado, cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa. Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés general a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración.

Ahora bien, a la Administración no le conviene ni le basta utilizar el poder coactivo cerca de los particulares<sup>(3)</sup>. En primer lugar, el uso reiterado del poder coactivo puede afectar derechos fundamentales de los administrados. Por otro lado, el poder coactivo no permite el cumplimiento de

---

(2) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 15.

(3) MONEDERO GIL, José. *Doctrina General del Contrato Administrativo*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 123.



determinados fines públicos que sí sería posible hacer efectivos mediante la contratación administrativa.

Finalmente, la sola presencia de un órgano de la Administración asumiendo obligaciones económicas genera la necesidad de que exista una gama de requisitos para hacer efectiva la operación respectiva, puesto que la misma se encarga del manejo de bienes y fondos públicos. Ello da lugar a los procesos de selección de contratista, constituidos como típicos procedimientos administrativos. Las peculiaridades de los procedimientos de actuación de la Administración vienen derivadas, entre otros motivos, de la necesidad de controlar el gasto público, así como garantizar la igualdad de oportunidades entre los ciudadanos.

### **El cambio en el paradigma**

Ahora bien, un paradigma común en el Derecho Administrativo tradicional fue considerar que el interés general estaba por encima de los intereses particulares, lo cual carecía de sustento constitucional, cuando más bien debe considerarse que los derechos fundamentales son preferidos frente a bienes jurídicos que no son tales<sup>(4)</sup>. Conceptos como necesidad pública, orden interno, seguridad nacional, utilidad pública o interés general, entre otros, solo pueden servir como justificación para limitar derechos fundamentales pero no para desplazarlos.

Ello se encuentra referido con meridiana claridad por el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo que preceptúa que la norma tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, pero garantizando a su vez los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

Asimismo, el artículo 1 de la Ley N° 27584 prescribe que el proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Todo lo antes señalado significa que el papel del Derecho Administrativo hoy en día debe centrarse en la obtención de un adecuado equilibrio entre los intereses de los administrados y el interés general, debiendo ambos ser tutelados por la Administración Pública<sup>(5)</sup>.

---

(4) Sobre el particular: LAPORTA, Francisco. "Sobre el concepto de derechos humanos". En: *Doxa 4*. Universidad de Alicante, Alicante, 1987, p. 36 y ss.

(5) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 58-59. También: MIR PUIGPELAT, Oriol.

## 2. La lógica contractual

El contrato en general se concibe actualmente como una función socio-económica. El contrato sería entonces la fórmula más eficaz para regular las relaciones entre el Estado y los particulares. Ello ocurre por diversas razones. Entre ellas podemos señalar el hecho de que resulta evidente el desplazamiento de la primacía del contrato como acuerdo de voluntades en el contrato administrativo.

Ahora se discute si resulta válido hablar de contrato como un acuerdo de voluntades, en especial si se habla de contratos administrativos, donde la voluntad de la Administración se encuentra seriamente limitada, dada la exigencia de un comportamiento reglado respecto de la misma.

## 3. La colaboración de los particulares

Una causa adicional de la trascendencia del contrato administrativo, como ya lo hemos esbozado, proviene de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario<sup>(6)</sup>. El contrato administrativo es entonces una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración. El contratista, no obstante que pretende un beneficio económico, obtiene dicho beneficio cumpliendo con la tarea de coadyuvar al cumplimiento de cometidos públicos por parte del Estado.

En la colaboración que venimos describiendo debe evitarse el conflicto entre las partes respectivas, razón por la cual el ordenamiento establece sistemas de composición de conflictos eficientes, como podría ser la vía administrativa, con las peculiaridades que la misma posee, en el caso de la etapa de selección del contratista; así como la conciliación y el arbitraje en el caso de la etapa de ejecución de los contratos administrativos.

## III. TEORÍAS NEGATIVAS Y POSITIVAS SOBRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

---

La doctrina ha esbozado un conjunto de doctrinas y teorías, algunas negativas y otras positivas, destinadas a justificar o poner en duda la

---

“El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 153. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003, p. 69 y s.

(6) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 2000, p. 340.

existencia del contrato administrativo como institución jurídica independiente. Para algunos autores, el contrato administrativo puede subsumirse fácilmente en la contratación civil. Para otros, la contratación administrativa no es tal, puesto que la Administración Pública carece propiamente de voluntad, dado su comportamiento reglado.

A pesar de ello, todavía existen algunas corrientes doctrinarias que niegan existencia al contrato administrativo, como ocurre en Alemania –Mayer y Fleiner– donde algún sector señala que el contrato administrativo es un simple acto administrativo cuya eficacia está sujeta al consentimiento del particular<sup>(7)</sup>. De hecho, en Alemania los contratos de la Administración son considerados contratos civiles o mercantiles, sometidos a la competencia de los jueces civiles ordinarios<sup>(8)</sup>.

En Francia algunos autores –como Hariou y Duguit– señalan que los contratos administrativos y los de derecho común carecen de diferencias desde que tienen elementos idénticos entre sí. En Italia, por otro lado, ciertos autores –como Cammeo y Ranneleti– esgrimen que en la contratación administrativa se evidencian dos manifestaciones unilaterales de voluntad independientes entre sí –la del particular y la de la Administración– una de las cuales, que es la del particular, condiciona la eficacia de la otra<sup>(9)</sup>.

## 1. La doctrina unitaria del contrato civil

Para esta doctrina, no cabe otro esquema de contrato que el regulado por el Derecho Privado. Para esta teoría, la Administración no necesariamente debe actuar premunida de autoridad, razón por la cual deberá someterse a las normas del Derecho Civil como cualquier particular. Esta concepción, como hemos anotado líneas arriba, es tomada en cuenta por importantes ordenamientos jurídicos en el derecho comparado.

Es necesario precisar, además, que la doctrina científica actual en los países en los cuales el contrato administrativo tiene carta de ciudadanía no ha acabado de aceptar la hipótesis del contrato administrativo como categoría sustantiva. Autores modernos como el propio García de Enterría señalan que el contrato administrativo es una institución que no resulta ser totalmente singular e independiente, sino que más bien la

---

(7) BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires, 1980, p. 371.

(8) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 183.

(9) MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1989, p. 381.

diferencia jurídica tiene un origen pragmático más que el que pueda derivarse de la naturaleza de las cosas<sup>(10)</sup>.

## 2. La doctrina pluralista del contrato administrativo

Esta doctrina señala que es erróneo afirmar que el Estado únicamente puede contratar sujeto al régimen del Derecho Público. El Estado puede contratar, bien sujeto al Derecho Público, o bien sujeto al Derecho Privado. En el primer caso, el contrato, no obstante tener una base civil, está rodeado de elementos diferenciales que provienen del Derecho Administrativo. En el segundo caso, la Administración actúa en paridad de condiciones jurídicas con el particular, aplicándose el axioma de la igualdad de las partes propia del Derecho Civil.

Ahora bien, según algunos autores, la concepción de las cláusulas exorbitantes centró la figura del contrato administrativo, puesto que resulta imposible explicar las mismas desde el ámbito del derecho común<sup>(11)</sup>. Resulta entonces más sencillo y práctico estudiar los contratos administrativos teniendo en cuenta su singularidad. Sin embargo, debemos tener en cuenta que incluso en los contratos de la administración sujetos al Derecho Privado hay un componente derivado del interés general.

## 3. Doctrina radical del contrato público

Según esta doctrina, los acuerdos entre la Administración y los particulares, con cualquier fin, encajan íntegramente en el Derecho Público, puesto que el Estado no puede celebrar otros contratos en sentido estricto que los que regula el derecho común<sup>(12)</sup>. Según esta concepción, cuando el Estado adquiere un nuevo derecho, a través del acuerdo de voluntades, se produce un contrato de Derecho Público.

En la doctrina puede hablarse de negocios jurídicos administrativos, que se definen erróneamente como actos administrativos bilaterales. El denominado acto administrativo condicionado no es una especie de acto administrativo propiamente dicho, puesto que este es por definición unilateral, de conformidad con las normas contenidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>(13)</sup>.

---

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 680.

(11) MONEDERO GIL, José. Ob. cit., p. 113.

(12) *Ibidem*, p. 115.

(13) **De la Ley de Procedimiento Administrativo General:**

**Artículo 1. - Concepto de acto administrativo.**

1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de

#### 4. Concepción unitaria del contrato administrativo

La concepción parte de la posibilidad de analizar el contrato administrativo desde una perspectiva unitaria<sup>(14)</sup>, estableciendo puntos comunes entre las concepciones descritas en los acápites precedentes. Algunos autores plantean incluso abandonar el concepto de contrato administrativo, para reemplazarlo por el de contrato del Estado, que resulta más amplia y que incluye aquellos acuerdos estatales que no son propiamente contratos administrativos de acuerdo con la teoría clásica. No obstante ello, se considera que la doctrina de la contratación administrativa clásica es la base de la moderna teoría del contrato estatal.

Según esta concepción, la figura del contrato privado puro es radicalmente imposible en el ámbito estatal, puesto que todo acuerdo celebrado por el Estado, aun cuando el mismo sujeto fundamentalmente a normas de Derecho Civil, tiene un componente derivado del interés general. De hecho, las distinciones entre contratos administrativos y aquellos acuerdos celebrados por el Estado que no son administrativos se enfocan en la mayor o menor intensidad de los poderes específicos de la Administración, dado que el Estado solo posee una personalidad, como veremos más adelante.

Como resultado, la propia utilidad pública justifica que ciertos acuerdos se sometan a determinadas prerrogativas de la Administración y otros no<sup>(15)</sup>. Es posible considerar entonces que incluso el Derecho Civil habría establecido a favor del Estado, las prerrogativas que ha establecido el Derecho Administrativo en su favor.

Por otro lado, el aspecto reglamentario de ciertas figuras contractuales no puede servir de fundamento para dejar de lado la figura del contrato administrativo. La utilización de figuras más bien similares a las cláusulas generales de contratación en los contratos estatales tiene como origen la reducción de costos de transacción entre el Estado y los particulares y no afecta la naturaleza jurídica del contrato en cuestión.

#### IV. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

---

A fin de asegurar la existencia del Estado de derecho se ha hecho necesario un principio medular, que es el de la Separación de Poderes.

---

normas de Derecho Público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

(14) MONEDERO GIL, José. Ob. cit., p. 119 y ss.

(15) *Ibidem*, p. 121.

Como resultado de dicho principio, cada una de las funciones matrices del Estado (sea dicha función la legislativa, la ejecutiva o la judicial) ha de tener un titular distinto, siendo dicho titular al que se dio en llamar Poder.

Los orígenes más remotos de la separación de los poderes podemos encontrarlos incluso en Aristóteles. En la *Política*<sup>(16)</sup>, Aristóteles distinguió tres direcciones del poder del Estado: la que legisla, el soberano y el juez; a los cuales correspondía la deliberación, el mando y la justicia, respectivamente, y a las que correspondía a la organización política del momento. Sin embargo, Aristóteles no definía una adecuada distribución de facultades ni le daba a la división de funciones una importancia fundamental en la conservación de la libertad de los pueblos.

En este sentido, es de especial importancia la definición del principio que venimos describiendo por parte de Montesquieu, quien a su vez se basa en postulados como los de Harrington<sup>(17)</sup>, Bolingbroke y, en especial, de John Locke<sup>(18)</sup>. Según Montesquieu, en particular, el reparto del poder del estado es necesario para evitar la acumulación del mismo en una sola mano, de tal manera que el mismo sea ejercido de manera despótica.

Para ello, Montesquieu propone que dicho poder debe dividirse en tres partes, cada una con una misión específica y diferente, que supongan un equilibrio y contrapesen la actuación de las demás<sup>(19)</sup>. Como resultado, la división de poderes en tres (legislativo, ejecutivo y judicial) y su adscripción a instituciones diferentes es garantía, según Montesquieu, contra un gobierno tiránico y despótico<sup>(20)</sup>.

---

(16) STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (comps.). *Historia de la filosofía política*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993, p. 135.

(17) HARRINGTON, James. *La República de Oceanía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 101 y ss. Montesquieu hace expresa referencia a Harrington en ciertos pasajes de *Del Espíritu de las Leyes*.

(18) LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Ediciones Orbis, Barcelona, S.A., 1983, p. 143.

(19) “Hay en cada Estado tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes, y el poder ejecutivo de los que pertenecen del Derecho Civil.

Por el poder legislativo, el príncipe o el magistrado promulga leyes para cierto tiempo o para siempre, y enmienda o deroga las existentes. Por el segundo poder, dispone de la guerra o de la paz, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial; y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”. MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Tecnos, Madrid, 1972, p. 151.

(20) “Todo estaría perdido si el mismo hombre, el mismo cuerpo de personas principales de los nobles o del pueblo ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre particulares”. *Ibidem*, loc. cit.

## 1. Características diferenciales de la función administrativa

La función administrativa posee ciertas características diferenciales, que sin embargo permiten notar que esta realidad transita por los más diversos organismos estatales, e incluso a través de entes privados o no estatales. En primer lugar, debe considerarse que si bien la función administrativa es ejercida por el Estado, puede ser realizada por los particulares a través de la delegación, autorización o concesión de la autoridad estatal, debiéndoseles aplicar el Derecho Administrativo en esos casos. Los casos que se presentan son múltiples e incluyen a las empresas que prestan servicios públicos –lo cual puede discutirse sobre la base de las nuevas concepciones aplicables a los mismos–, los colegios profesionales<sup>(21)</sup> u otros entes de naturaleza corporativa<sup>(22)</sup>.

En este orden de ideas, debe entenderse que la función administrativa opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general. Es decir, dicha función implica el manejo de dichas labores en mérito de las facultades concedidas al ente que las realiza. Las decisiones de la Administración Pública se relacionan directamente con funciones de interés general que se deben realizar de manera permanente, es decir, con un carácter concreto, inmediato y continuo<sup>(23)</sup>. Este permite distinguir la función administrativa de las actividades de interés privado, que pueden encontrarse reguladas por la Administración Pública, pero que no forman parte de la función que la misma ejerce.

Por otro lado, la función administrativa tiene relación directa con los particulares en general, de tal manera que las actividades que desempeña la Administración Pública los afectan directamente. Ello no significa que toda decisión de la Administración tenga por destinatario a particulares, puesto que en muchos casos los destinatarios pueden ser empleados públicos, a través de los llamados actos de administración interna.

---

(21) **Constitución de 1993:**

**Artículo 20.-** Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de Derecho Público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria.

(22) Un caso interesante es el del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional. Lo que ocurre es que, conforme lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley N° 28832, Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, el COES es una entidad privada, sin fines de lucro, pero con personería de Derecho Público; y que se encuentra conformada por todos los Agentes del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). Esta entidad emite actos administrados y se regula por normas provenientes del Derecho Administrativo, desempeñando en consecuencia función administrativa.

(23) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 81.

En este orden de ideas, es necesario señalar que, en contraposición, la función legislativa se enfoca indirectamente en los particulares, pudiendo dirigirse también a la organización del Estado; la función gubernativa no se enfoca sino en la dirección del Estado en su conjunto; y la función jurisdiccional, si bien se enfoca en los particulares, pretende resolver conflictos o corregir una situación de incertidumbre jurídica y no es susceptible de revisión por parte de otro poder del Estado, a diferencia de lo que ocurre con la función administrativa, que precisamente es controlada por dicha función jurisdiccional, entre otros mecanismos de control.

## 2. El principio de legalidad

Asimismo, la función administrativa se encuentra sometida al ordenamiento jurídico, y en especial, a la Ley, siendo esta última la que determina los alcances de lo que la Administración puede hacer, vale decir, su competencia<sup>(24)</sup>. Así, el principio de legalidad se convierte en el más importante del Derecho Administrativo, e implica que las autoridades 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 fueron conferidas dichas facultades<sup>(25)</sup>.

La Administración se sujeta, en especial, a la Ley, entendida como norma jurídica emitida por quienes representan a la sociedad en su conjunto, que es el Parlamento, subordinándose al mismo<sup>(26)</sup>, caso contrario, la Administración carecería de control jurídico real, pudiendo actuar de manera arbitraria.

En segundo lugar, que la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa (nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o *principio de no coacción*, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa<sup>(27)</sup>.

---

(24) SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 59.

(25) Artículo IV, inciso 1, literal 1.1 del Título Preliminar de la Ley.

(26) COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1993.

(27) OCHOA CARDICH, César. "Los Principios Generales del Procedimiento Administrativo". En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444*. ARA, Lima, 2003, p. 53.



### 3. El control administrativo

Además, la función administrativa se encuentra sometida a múltiples mecanismos de control<sup>(28)</sup>, dentro de las cuales se encuentran por lo menos dos organismos del Estado que desempeñan funciones matrices, el Parlamento y el Poder Judicial. El Parlamento controla la Administración Pública a través de diversos mecanismos de control político existentes y establece un férreo control previo a través del principio de legalidad.

A su vez, el Poder Judicial controla las decisiones administrativas a través de la posibilidad de revisión judicial de las actuaciones administrativas –vía el proceso contencioso-administrativo<sup>(29)</sup>– y de la existencia de los diversos procesos constitucionales, destacando la acción popular, destinada al control de los actos normativos de la Administración Pública, dado que se emplea para impugnar normas reglamentarias, que por definición poseen rango secundario.

Este mecanismo de control es medular en el Estado de Derecho, sin la cual no sería posible asegurar un comportamiento adecuado de la Administración<sup>(30)</sup>. Ello no significa que el Poder Judicial no pueda controlar actos políticos o gubernativos, no existiendo actuación estatal alguna que pueda ser resultado de una decisión arbitraria, como lo ha señalado en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano.

Finalmente, no hay que desconocer la existencia de las demás modalidades de control de la Administración Pública. En primer lugar, el control administrativo propiamente dicho, ejercido por organismos administrativos como la Contraloría General de la República (al mando del Sistema Nacional de Control), la Defensoría del Pueblo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), el cual a su vez posee gran parte de las atribuciones del Consucode a partir de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1017, entre otros.

En segundo lugar, es necesario hacer referencia al control social o ciudadano, ejercido por los particulares y que incluyen mecanismos de los más variados, como el acceso a la información pública, las rendiciones de cuentas o los presupuestos participativos, entre muchos otros. El control ciudadano cumple un rol medular en la contratación administrativa,

---

(28) Sobre el particular: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Espasa-Calpe, Madrid, 1991, p. 34 y ss.

(29) **Constitución de 1993:**

**Artículo 148.-** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

(30) LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 305 y ss.

existiendo diversos mecanismos para emplear dicho control, que vamos a ver más adelante.

### **El Sistema Nacional de Control**

El Sistema Nacional de Control constituye también un sistema administrativo, al mando de la Contraloría General de la República, conforme el artículo 82 de la Constitución, que ya hemos citado. A su vez, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 establece que el Sistema Nacional de Control es el conjunto de órganos de control, normas, métodos y procedimientos, estructurados e integrados funcionalmente, destinados a conducir y desarrollar el ejercicio del control gubernamental en forma descentralizada.

La norma descrita en el párrafo precedente preceptúa que la actuación del Sistema Nacional de Control comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas, independientemente del régimen que las regule. A su vez, la Contraloría General de la República establece los lineamientos, disposiciones y procedimientos técnicos, en función a la naturaleza y/o especialización de las entidades de la Administración Pública, las modalidades de control aplicables y los objetivos trazados para su ejecución; organizando y desarrollando el control gubernamental en forma descentralizada y permanente.

Finalmente, una de las características más importantes de este sistema administrativo es que sus órganos conformantes —en este caso los órganos de control institucional al interior de cada entidad— no forman parte, desde el punto de vista administrativo y funcional, de la estructura de la entidad, sino más bien mantienen una relación de dependencia con la Contraloría General de la República<sup>(31)</sup>; sin que se encuentre sometido a subordinación alguna respecto a la Alta Dirección de la entidad respectiva; lo cual es una garantía de desempeño transparente y autónomo de sus competencias. Ahora bien, de manera errónea el Decreto Supremo N° 043-2006-PCM incorpora estructuralmente al órgano de control dentro de la Alta Dirección, lo cual vulnera su autonomía.

---

(31) **Ley N° 27785:**

**Artículo 18.- Vinculación del Jefe del Órgano de Auditoría Interna con la Contraloría General**

El Jefe del Órgano de Auditoría Interna mantiene una vinculación de dependencia funcional y administrativa con la Contraloría General, en su condición de ente técnico rector del Sistema, sujetándose a sus lineamientos y disposiciones. En el desempeño de sus labores, actúa con independencia técnica dentro del ámbito de su competencia.

Ello se ha visto reforzado por la Ley N° 29555, la que establece las normas que regulan la incorporación progresiva de las plazas y el presupuesto de los órganos de control institucional a la Contraloría General de la República, con la finalidad de consolidar la independencia y autonomía del órgano de control institucional en el ejercicio del control gubernamental en las entidades a su cargo.

La norma ha establecido un proceso gradual, el mismo que comienza con la incorporación de plazas de los jefes de los órganos de control institucional y continúa con la incorporación de plazas del personal auditor, especialista y administrativo<sup>(32)</sup>. Asimismo, el monto del presupuesto de los órganos de control institucional a ser incorporado a la Contraloría General de la República comprende el presupuesto de las remuneraciones, contraprestaciones, retribuciones y otros ingresos pagados, en el marco de las disposiciones legales vigentes<sup>(33)</sup>.

El rol del Sistema Nacional de Control en la contratación administrativa es fundamental, desde las veedurías en las diversas etapas del proceso de contratación administrativa, hasta la toma de decisión en determinados aspectos como son las prestaciones adicionales de obra, incluyendo la opinión previa vinculante sobre adquisiciones y 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; la obligación de las entidades, así como del OSCE, de proveer de información al referido sistema y la tramitación de procedimiento administrativo sancionador contra los servidores que incurran en responsabilidad administrativa funcional.

---

(32) Artículo 3 de la Ley N° 29555.

(33) Artículo 4 de la Ley N° 29555.



# **CAPÍTULO I**

## **DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

---

La definición del contrato administrativo ha tenido diversas dificultades, lo que ha generado, en el transcurso de su evolución, un conjunto de criterios distintos destinados a esbozar un conjunto de elementos que permitan distinguirlo de otras figuras que podría resultar similares, en especial del contrato sujeto al derecho común o contrato privado de la Administración. Es necesario precisar que actualmente varios de los criterios y características a describir en este capítulo han sido desechados por la doctrina y la jurisprudencia, lo cual se ha plasmado también en la norma jurídica.

Sin embargo, aún existen sectores doctrinarios que señalan la inexistencia de diferencias entre los contratos administrativos y los contratos civiles, reduciendo ambas formas de contratación al procedimiento que se emplea para ellas, sin tomar en cuenta no solo las diferencias en el perfeccionamiento del contrato sino también en su ejecución, donde existe un régimen legal que en importantes aspectos es sustancialmente distinto a la ejecución de un contrato civil, como vamos a ver en este libro en el capítulo dedicado a la ejecución contractual.

### **II. CRITERIOS PARA DEFINIR LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

---

La doctrina y la legislación nacional y comparada han establecido, en el devenir del tiempo, diversos criterios para definir los contratos administrativos. Algunos de dichos criterios fueron rápidamente desechados,

pero otros se mantienen hasta el momento, algunos de ellos erróneamente, al no explicar debidamente la naturaleza jurídica de los citados contratos.

### **1. El criterio del sujeto**

El criterio del sujeto se entendía relevante porque se creía que todo contrato que la Administración celebra es propiamente un contrato administrativo. Pero la Administración también puede celebrar contratos que no son propiamente administrativos, o que no se encuentran sujetos a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>(34)</sup>, razón por la cual este criterio se desechó rápidamente. Es necesario tener en cuenta además que existen entes no estatales que celebran contratos administrativos, conocidos en general como personas jurídicas no estatales de Derecho Público interno.

### **2. El criterio de la jurisdicción aplicable**

De manera análoga, el criterio de la jurisdicción aplicable se dejó de tomar en cuenta ya hace bastante tiempo. Este criterio señalaba que contrato administrativo es todo aquel al que le resultara aplicable el proceso contencioso-administrativo. El error de este criterio es emplear la jurisdicción, que es en buena cuenta consecuencia de la naturaleza pública de la contratación administrativa, como un elemento de la definición, corriéndose el riesgo de caer en una definición circular<sup>(35)</sup>.

Por otro lado, el proceso contencioso-administrativo solo es aplicable, en el caso peruano, a las controversias suscitadas durante el procedimiento de selección, mas no a las generadas durante la ejecución del contrato, situación en la cual los mecanismos a emplear son la conciliación y el arbitraje. Sin embargo, han existido propuestas en este punto para que el proceso contencioso-administrativo se aplique a todo el proceso de contratación, e incluso a que el arbitraje sea empleado también en las controversias que se susciten en el proceso de selección.

### **3. El criterio de la voluntad de las partes**

Otro criterio que ya ha sido desechado proviene de la voluntad de las partes, es decir, que son las partes las que determinan la calidad del

---

(34) CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 16.

(35) Debemos tomar en cuenta, además, que este criterio confunde jurisdicción con el concepto de vía procedimental aplicable, el cual es el término correcto a aplicar al criterio que venimos esbozando.

contrato y que esta voluntad asigna las prerrogativas especiales de las que goza la Administración Pública. La calidad de un contrato a fin de definirlo como administrativo proviene con mayor rigor de la naturaleza del mismo —que incluye la finalidad pública del mismo— y de la calificación legal que de la voluntad de las partes.

A ello debemos agregar que la entidad carece de voluntad, actuando conforme al principio de legalidad y resolviendo conforme los principios de la contratación administrativa, así como los principios generales del Derecho Administrativo. El acto administrativo, a diferencia de lo que ha señalado un grueso sector de la doctrina, no constituye una declaración de voluntad de la Administración.

#### 4. El criterio del servicio público

Por otro lado, el criterio del servicio público no resulta adecuado para definir el concepto de contrato administrativo, basado en la doctrina francesa. Este criterio se basa en la consideración que un contrato es administrativo cuando se ha confiado al contratista la ejecución directa de un servicio público<sup>(36)</sup>. Y es que no todo contrato administrativo confía servicios públicos. Ejemplo de esto último se encuentra en múltiples contratos administrativos, como los de obra pública, compraventa o suministro.

Ahora bien, definimos como servicio público a una actividad creada y controlada para asegurar la satisfacción de necesidades públicas, que son de interés general y de carácter material, económico y cultural, sujeta a su vez a un régimen de Derecho Público y que se encuentra sometida a una regulación intensa<sup>(37)</sup>. Dicha regulación intensa se justifica en la existencia de monopolios naturales o de externalidades.

A su vez, nos encontramos ante un monopolio natural cuando la provisión de determinadas cantidades de un conjunto de bienes o servicios cuesta menos cuando son producidas por una sola empresa que cuando las mismas son producidas por dos o más firmas, incluso considerando al Estado entre ellas. Esta es una aplicación del concepto de subaditividad de costos<sup>(38)</sup> y proviene en general de consideraciones tecnológicas u operativas. En consecuencia, el monopolio resulta inevitable porque es el procedimiento más barato para organizar una actividad económica.

---

(36) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 18.

(37) Sobre el particular: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo. "El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos". En: *Themis*. N° 39. PUCP, Lima, 1999, p. 47.

(38) Sobre el particular: GALLARDO, José. *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales*. PUCP, Cisepa, Lima, 1999.

Por otro lado, las externalidades constituyen otro mecanismo que distorsiona el funcionamiento del mercado, que consiste en la existencia de efectos no contratados en las transacciones que ocurren en el sistema. En consecuencia, el comportamiento racional de un agente afecta directamente el bienestar de otros agentes en el mercado<sup>(39)</sup>. Existen en consecuencia externalidades negativas como los daños derivados de responsabilidad civil extracontractual o externalidades positivas como los *free riders*, que se benefician gratuitamente de las transacciones de otros. Sobre este concepto vamos a volver posteriormente en este libro.

## 5. El criterio de la utilidad pública

Este criterio se basa en la prestación de utilidad pública como elemento que define el contrato administrativo. Sin embargo, la definición de utilidad pública –típico concepto jurídico indeterminado– es tan imprecisa que dificulta la definición de un concepto de contrato administrativo únicamente a partir de la misma.

Por otro lado, existen contratos administrativos que podrían mostrar a primera vista mayor utilidad pública que otros que se encuentran sometidos a mayores formalidades. Por ello actualmente el criterio de la utilidad pública se encuentra en franco retroceso en la doctrina y la jurisprudencia comparadas.

## 6. El criterio de las cláusulas exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes del Derecho común o simplemente cláusulas exorbitantes son aquellas cláusulas inusuales en el Derecho Civil que de incorporarse en los contratos privados podrían acarrear su nulidad. La doctrina francesa consideró que los contratos administrativos eran tales si contenían cláusulas exorbitantes, en el contexto de la contratación del Estado.

Ahora bien, en algunos contratos administrativos estas cláusulas no existen, puesto que han sido reemplazadas por lo establecido en la ley, a fin de reducir costos de transacción. Por otro lado, en la mayoría de los contratos administrativos existe la obligación legal de incorporar ciertas cláusulas específicas, las mismas que forman parte del régimen exorbitante las cuales aludiremos más adelante.

---

(39) CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 27. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis económico del Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 60 y ss.



El criterio de las cláusulas exorbitantes perdió interés cuando se notó, al igual que en el caso del criterio de la jurisdicción aplicable, que la existencia de cláusulas exorbitantes no era un elemento que defina la contratación administrativa, sino más bien era una consecuencia de su naturaleza, con lo cual se estaba confundiendo causa con efecto<sup>(40)</sup>.

## 7. El criterio del régimen legal

Finalmente, existen criterios basados en la calificación legal de los contratos administrativos como tales, que tienen fundamento a su vez en la función pública de la entidad que contrata, el denominado régimen exorbitante y el objeto de la contratación en cuestión. En tal sentido, debemos considerar que el concepto de contrato administrativo tiene una naturaleza instrumental, basada en la utilidad pública, pero a la vez, en la calificación legal<sup>(41)</sup>.

Entonces, es la ley la que determina qué contratos estatales son administrativos y cuáles no tienen dicha calidad, disposición que se ha ido modificando con las diversas leyes sobre la materia, como veremos más adelante. En este último caso, se excluyen de la contratación administrativa aquellas contrataciones que implicarían dificultades para su puesta en práctica ante los engorrosos trámites de la misma, lo cual genera que el régimen aplicable sea el régimen mixto, o el que corresponde al Derecho Civil o Mercantil.

A su vez, la ley asigna a los contratos administrativos un régimen especial denominado régimen exorbitante, el mismo que genera determinadas prerrogativas especiales a favor de la Administración, establecidas algunas en cláusulas exorbitantes, pero gran parte de ellas en la ley. Puede encontrarse ejemplos de dicho régimen exorbitante en primer lugar en las cláusulas obligatorias que todo contrato administrativo debe tener, en especial las referidas a las garantías y la naturaleza de las mismas.

Asimismo, ubicamos muestras de régimen exorbitante en los mecanismos de sanción administrativa, la existencia de penalidades, las posibilidades de modificación unilateral de las prestaciones del contrato *–ius variandi–*, entre otras facultades especiales establecidas por la ley. Dicha exorbitancia proviene en realidad, no de la naturaleza del contrato, sino más bien de la propia autotutela administrativa y de la esencia de los antes administrativos como encargados de tutelar la satisfacción de

---

(40) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 19.

(41) Sobre el particular: SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. "Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras". En: *Revista de Derecho Administrativo*. CDA, Lima, 2009, p. 27.

necesidades públicas<sup>(42)</sup>. Es necesario señalar en este contexto que la Nueva Ley muestra una predisposición a incrementar las facultades de las entidades, en especial en el contexto de la ejecución contractual.

### **III. LA NORMATIVA APLICABLE AL CONTRATO ADMINISTRATIVO**

---

En primer término, es preciso desterrar la vieja concepción de que el Estado puede actuar como ente privado o como ente público. Como lo establece gran parte de la doctrina moderna, la personalidad jurídica del Estado es una. El Estado no tiene, en consecuencia, una doble personalidad, sea esta pública o privada. Sin embargo, los vínculos jurídicos de la administración no se rigen solamente por el Derecho Público.

Por ello es que actualmente la discusión en la doctrina respecto a la existencia de contratos privados de la Administración se mantiene inalterable, no obstante la confirmación de la existencia de elementos de utilidad pública en los mismos. De hecho, las entidades celebran contratos civiles y mercantiles, entre otros<sup>(43)</sup>; los cuales sin embargo están sometidos a una regulación proveniente del Derecho Administrativo respecto a la competencia y la responsabilidad de los servidores que los celebran.

#### **1. El rol desempeñado por la norma**

Los requisitos para la celebración de contratos administrativos deben ser regulados por el Derecho Administrativo y no por el Derecho común. En el caso peruano, la contratación administrativa se encuentra regulada por una ley especial y el reglamento de la misma y no por el Código Civil. Incluso, dentro de la normativa aplicable, las normas de contratación administrativa prevalecen sobre las normas de procedimiento general.

Como resultado, el Derecho Privado es entonces, prima facie, incompatible para regular los derechos y garantías de los particulares en el contrato administrativo. Sin embargo, como lo hemos señalado de manera reiterada, existen contratos de la Administración susceptibles de ser regulados, en gran medida, por el Derecho Privado, sin que ello perjudique el contenido público de los mismos.

Ahora bien, la calificación de un contrato celebrado por la Administración como contrato administrativo es realizada por la ley, y en especial,

---

(42) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 683.

(43) Para una visión distinta: LINARES, Mario. *El contrato estatal*. Grijley, Lima, 2002, p. 2 y ss.

por la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de que pueda existir un conjunto de contratos regulados por leyes especiales, como podría ser el contrato de concesión, en el caso de la prestación de servicios públicos o de concesión de obras, para su explotación económica.

De hecho, esta normativa ha mostrado toda una evolución, la cual vamos a analizar en este libro. Desde la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Texto Único Ordenado (en adelante, el TUO), que luego es reemplazado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la Ley), el cual es complementado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento), que a su vez ha sufrido diversas reformas. Finalmente, se ha emitido la Ley N° 30225 (en adelante, la Nueva Ley), la cual no se encuentra vigente, sino hasta que se haya aprobado su respectivo reglamento.

## **2. Lo dispuesto en la normativa constitucional**

En este orden de ideas, es preciso señalar que la regulación contractual parte del texto de la Constitución. Así, el artículo 76 de dicha norma preceptúa que las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. Asimismo, se establece que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. Finalmente, la Constitución prescribe que la ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado<sup>(44)</sup> que “la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores”.

Asimismo, el Tribunal ha señalado que el objeto de la norma es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, a través de los principios antes señalados, con la finalidad de evitar la corrupción y malversación de fondos públicos. Dicha eficiencia, señala el Tribunal, no se limita a la determinación de la

---

(44) STC Exp. N° 020-2003-AI/TC, f. j. 12.

mejor oferta, sino también “el diseño del propio programa anual de adquisiciones que cada entidad efectúe respecto a sus necesidades”<sup>(45)</sup>.

### **3. El principio de especialidad**

La normativa contractual requiere de un principio necesario para sea aplicada de manera eficiente, sin ser contaminada por conceptos o principios de otras ramas del Derecho que no son compatibles con la misma, afectando su aplicación. Ello se nota por ejemplo en los arbitrajes, donde existen laudos en los cuales encontramos la aplicación de la normativa civil, en vez de la normativa contractual administrativa.

En este orden de ideas, la Ley establece<sup>(46)</sup> que dicha norma y su Reglamento prevalecen sobre las normas de Derecho Público y sobre aquellas de Derecho Privado que le sean aplicables. Asimismo, en cuanto a la resolución del arbitraje, la Ley prescribe que se aplicará la Constitución Política del Perú, la propia Ley y su reglamento, así como las normas de Derecho Público y las de Derecho Privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del Derecho. La vulneración de esta disposición genera responsabilidad administrativa en el árbitro o tribunal arbitral, como veremos más adelante.

### **4. La búsqueda de eficiencia**

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por la Ley, el objeto de la normativa contractual es maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios que estudiaremos en el capítulo siguiente del presente libro.

La finalidad de la normativa entonces es procurar la eficiencia en la contratación a fin de satisfacer necesidades públicas, dentro de la eficiencia de la Gestión Pública, en un contexto de satisfacción del interés general. Esta es una de las premisas básicas de la Nueva Gestión Pública, que además requiere de un importante enfoque en el administrado. A dicha eficiencia vamos a referirnos de manera reiterada en este libro.

### **5. La reducción de costos de transacción**

Pero además se pretende reducir costos de transacción. Dichos costos son aquellos en los que se incurre a fin de emplear el mercado. Ronald

---

(45) STC Exp. N° 020-2003-AI/TC, f. j. 13.

(46) Artículo 5 de la Ley.

Coase, quien obtiene el Premio Nobel de Economía del año 1991, demostró no solo que el contratar genera costos<sup>(47)</sup>, sino además que en términos de eficiencia según Pareto<sup>(48)</sup>, el Derecho debe intervenir en la sociedad únicamente cuando los costos de contratar resultan tan elevados que no permiten que el mercado actúe por sí mismo. El concepto de costo de transacción va a ser empleado de manera reiterada en este libro.

En este orden de ideas, la normativa contractual debe reducir los costos en los que incurre el proveedor, a fin de que se promueva la participación en los procesos de selección. Así lo ha entendido la Exposición de Motivos de la Nueva Ley<sup>(49)</sup>, la misma que además señala los costos en los que incurre el proveedor en los procesos de selección, los mismos que pueden y deben reducirse de manera plausible a través de una regulación más adecuada.

Como veremos en este libro, es necesario esperar a la publicación del reglamento de dicha norma para poder efectuar un análisis completo de la nueva regulación contractual, puesto que el análisis efectuado de la Nueva Ley hasta el momento muestra más bien resultados mixtos, donde se muestra la intención de flexibilizar y simplificar, pero que en realidad en varios puntos ello no ocurre<sup>(50)</sup>.

#### **IV. CARACTERÍSTICAS DIFERENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO RESPECTO AL CONTRATO DE DERECHO PRIVADO**

---

Es necesario precisar que el contrato administrativo debe distinguirse del contrato civil –sea suscrito por particulares o por el Estado– y de aquellos que poseen un régimen mixto, es decir, en los cuales se mezclan elementos de regímenes públicos y privados. Esta distinción es fundamental para determinar la normativa que los regula.

Ahora bien, la doctrina ha reconocido diversas características del contrato administrativo, que lo diferencian de manera sustancial con el

---

(47) PARKIN, Michael. *Economía*. Pearson, México, 2009, p. 212.

(48) Wilfredo Pareto define la mejora en el bienestar social como una situación que se genera cuando por lo menos mejora un individuo, con relación a la situación inicial, sin afectar el bienestar del resto de individuos, mejorando la sociedad en su conjunto. KAFKA, Folke. *Teoría económica*. Universidad del Pacífico, Lima, 1994, p. 740 y ss.

(49) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, pp. 87, 88.

(50) Sobre el particular: MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. “Luces, sombras y claroscuros de la nueva Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, pp. 30-31.

contrato civil celebrado por personas naturales o jurídicas privadas, e incluso, con la propia Administración Pública al interior del Estado.

## **1. Forma y formalidad**

Generalmente los contratos administrativos se celebran por escrito y requieren un conjunto de formalidades para su celebración, entre las que destacan los procesos de selección –típicos procedimientos administrativos–, a los cuales nos referiremos con detalle más adelante. Y es que, en los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Estas formalidades discurren a través de una serie de actos preparatorios del contrato.

Por otro lado, el contrato administrativo se perfecciona de manera distinta al contrato civil, puesto que se entiende que existe contrato civil cuando la aceptación llega a ser conocida por el oferente. En cambio, el contrato administrativo no se perfecciona con dicha notificación de la aceptación, que podría considerarse tal a la notificación de la Buena Pro, dada la suspensión del proceso de contratación que genera la impugnación de los actos administrativos emitidos durante el procedimiento de selección respectivo. El contrato administrativo se perfecciona con la suscripción del mismo, una vez concluido el procedimiento de selección.

## **2. Prerrogativas del poder público**

Como lo hemos señalado líneas arriba, el denominado régimen exorbitante del Derecho común o simplemente régimen exorbitante acarrea la desigualdad jurídica entre las partes. Las partes contratantes están en un plano desigual, puesto que en los contratos administrativos desaparece el principio de igualdad entre las partes, que es uno de los elementos básicos de los contratos civiles.

La Administración aparece entonces en una situación de superioridad jurídica respecto del contratista. Esta situación de superioridad, sin embargo no implica la falta de protección del contratista, que posee un conjunto de mecanismos para hacer efectivos sus derechos, como veremos más adelante.

Estas prerrogativas poseen diversas variedades<sup>(51)</sup>. En primer lugar, se habla del poder de dirección y control, que incluye la posibilidad de impartir directivas al contratista. Por otro lado, la Administración posee

---

(51) PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 201 y ss.

poderes de interpretación del contrato. Además, la entidad puede resolver el contrato de manera unilateral ante situaciones determinadas.

Asimismo, y como veremos más adelante, el organismo estatal puede modificar ciertos elementos del contrato en circunstancias determinadas. Finalmente, la Administración Pública ejerce prerrogativas de tutela de los contratos administrativos a través del OSCE y el Tribunal de Contrataciones del Estado, encargado este último de resolver en última instancia administrativa los recursos interpuestos contra resoluciones emanadas de los procesos de selección.

### **3. Cláusulas exorbitantes**

Las cláusulas exorbitantes pueden ser expresas o pueden ser virtuales o implícitas y se configuran como facultades de dirección y control estatal. Puede no haber este tipo de cláusulas en un contrato de manera expresa, sino más bien estar contenidas en la ley, la misma que cumple la ineludible función económica de reducir costos de transacción, que en este caso afectan también a la Administración Pública.

Es posible entonces que un contrato se rija por la modulación propia del Derecho Público aun si no contiene cláusulas exorbitantes, teniendo en cuenta que algunas de ellas se tienen por puestas. Este tipo de cláusulas, admitidas por el Derecho Público, no resultan ser admisibles en el Derecho Privado, pues su sola existencia acarrearía la nulidad del contrato.

### **4. Contrato celebrado *intuitu personæ***

El contrato administrativo es un contrato celebrado entre personas claramente definidas. En principio, no cabe que la prestación a la cual está obligado el contratista pueda ser transferida o entregada a otra persona, sea esta natural o jurídica<sup>(52)</sup>. Sin embargo la prestación puede ser distribuida entre diversos contratistas, salvo que se haya establecido expresamente en las bases la prohibición para subcontratar.

El Reglamento establece que contratista puede subcontratar, previa autorización de la entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección. Sin embargo, el contratista no puede subcontratar la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato. Asimismo,

---

(52) DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 2000, p. 354.

tampoco puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista<sup>(53)</sup>.

## **5. Restricción del contratista para ceder la posición contractual**

En principio, y como consecuencia del carácter personalísimo de la contratación administrativa, existen importantes restricciones para que el contratista pueda ceder su posición contractual, salvo que el Estado preste su acuerdo expreso a la cesión. El reglamento establece que, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder sus derechos a favor de terceros, caso en el cual la entidad abonará a estos la prestación a su cargo dentro de los límites establecidos en la cesión<sup>(54)</sup>. La Nueva Ley en su artículo 37 aclara que nos referimos al derecho al pago.

Asimismo, se establece que, conforme a las normas sobre contrataciones del Estado, no es procedente la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las entidades, cuando se produzcan fusiones o escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.

## **6. Efectos respecto de terceros**

Un contrato de Derecho Público puede tener efectos respecto a terceros, como podría ocurrir por ejemplo en una concesión de servicio público<sup>(55)</sup>, que sin embargo no es considerado dentro de la categoría de contrato administrativo. Este hecho se nos antoja imposible en el contrato civil, donde rige el principio de que el contrato genera efectos únicamente entre las partes *—res inter alios acta—* y que no genera efectos respecto de quienes no participan del mismo.

Ahora bien, en el caso de los contratos administrativos *—que son una modalidad de contratos de Derecho Público—* es necesario preguntarse si es que resulta posible generar efectos respecto de terceros, sea en sus derechos o en sus obligaciones. En el caso peruano, por lo menos, la normativa contractual no permite identificar casos en los cuales ocurra dicho efecto frente a terceros, más allá de los fenómenos de subcontratación y cesión contractual.

---

(53) Artículo 35 del Reglamento.

(54) Artículo 147 del Reglamento.

(55) DROMI, Roberto. Ob. cit., p. 355.



## 7. Diferencias entre las partes respecto a la excepción de incumplimiento

La denominada *exceptio non adimpleti contractus* o excepción de incumplimiento tiene una virtualidad especial a nivel del contrato administrativo. En el ámbito propiamente privado, permite que una de las partes en un contrato con prestaciones recíprocas pueda interrumpir su prestación como resultado del incumplimiento de la otra, encontrándose facultado incluso a la resolución del contrato. Esta excepción, que en el caso de los contratos administrativos operaría a favor del contratista, se encuentra seriamente limitada, como veremos más adelante.

## 8. El denominado *ius variandi*

En mérito de este concepto, la Administración puede introducir modificaciones a lo pactado en el contrato administrativo, de manera unilateral, situación conocida también como *factum principis* –o hecho del príncipe– por parte de la doctrina<sup>(56)</sup>. Ahora bien, el hecho del príncipe puede incluir otras actividades o comportamientos del Estado, en particular los que tienen origen en acontecimientos legislativos<sup>(57)</sup>.

Sin embargo, y a desmedro de lo señalado por algún sector de la doctrina<sup>(58)</sup>, el *ius variandi* no se ejerce como una excepción al principio de inalterabilidad del contrato, puesto que incluso en el ámbito de la contratación civil existen mecanismos de variación del contrato en supuestos especiales, como podría ser por ejemplo la excesiva onerosidad de la prestación. Además, dicha inalterabilidad justifica la existencia de límites a la prerrogativa de la Administración de modificar de manera unilateral los términos contractuales pactados, a lo que aludiremos seguidamente.

### Límites del *ius variandi*

El *ius variandi* admite límites, derivados del ordenamiento jurídico. El principio de *pacta sunt servanda* –relacionado directamente con la inalterabilidad del contrato– impide que el poder modificador afecte la ecuación económico-financiera del contrato, la misma que opera a favor del contratista<sup>(59)</sup>. El contratista posee un conjunto de presupuestos económicos que dieron lugar a su participación, cuya modificación acarrearía la obligación de la Administración de indemnizar el posible perjuicio

---

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., p. 684.

(57) PARADA, Ramón. Ob. cit., p. 205.

(58) DROMI, Roberto. Ob. cit., p. 353.

(59) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 37.

originado, puesto que el contratista no tiene por qué ser afectado de manera peyorativa por el comportamiento de la Administración<sup>(60)</sup>.

Por otro lado, el objeto del contrato –que se define como el contenido del mismo– no puede ser alterado de manera unilateral por la Administración. Ello se deduce claramente de la finalidad pública del contrato administrativo, que impide la afectación de la naturaleza de lo pactado. Ahora bien, la Nueva Ley muestra una ampliación del *ius variandi* a favor de la entidad, lo cual debe ser regulado debidamente por el Reglamento.

## 9. La causa fin

La postura de la causa fin basa la distinción entre contratos civiles y contratos administrativos en el interés general relevante<sup>(61)</sup>. Este último se incorpora como elemento esencial al contrato administrativo, ejerciendo una importante influencia en su interpretación. En el contrato privado, en cambio, la causa fin no trasciende el régimen contractual, puesto que no es relevante para la interpretación del mismo. La diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico tantas veces señalada resulta ser en verdad muy discutida.

Según quienes la postulan, la tesis de la causa fin tiene una importante dosis de realismo y justicia no obstante su raíz finalista, puesto que permite establecer elementos comunes a toda la contratación del Estado y no solo a la contratación administrativa propiamente dicha. Sin embargo es justo señalar que existen contratos privados de las entidades en los cuales existe un importante componente de interés general.

## V. SUPUESTOS QUE NO CONSTITUYEN CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

---

Siguiendo en la lógica de una concepción instrumental de la contratación administrativa, vamos a darnos cuenta de que no toda contratación en la cual participa una entidad constituye contratación administrativa. Existe entonces un conjunto de situaciones en las cuales no obstante que la entidad contrata bienes, servicios u obras no le resulta aplicable la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino más bien la normativa civil o mercantil<sup>(62)</sup>.

---

(60) PARADA, Ramón. Ob. cit., p. 204.

(61) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 25-26.

(62) Artículo 3 de la Ley.

Es necesario señalar sin embargo que la Nueva Ley dispone que el reglamento de la misma establezca los aspectos y requisitos aplicables a las contrataciones que el OSCE supervisa. Ello, puesto que la Nueva Ley distingue claramente aquellos supuestos sometidos a supervisión de aquellos que no lo están. A su vez, mediante directiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) se establecen los criterios para dicha supervisión.

## **1. Los contratos bancarios y financieros**

Aquellos que son celebrados con entidades que prestan servicios financieros y que se encuentran bajo la supervisión de la respectiva Superintendencia. La justificación de esta disposición proviene de la naturaleza de estos contratos, definidos por las diferentes calidades de los servicios que se prestan en el mercado financiero. Sin embargo, debe tenerse presente que dentro de los mismos no se encuentran considerados los contratos de seguros, puesto que no constituyen servicios financieros. Ello se encuentra corroborado por la Opinión N° 062-2014/DTN, emitida por el OSCE.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el artículo 282 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, una empresa bancaria es aquella cuyo negocio principal consiste en recibir dinero del público en depósito o bajo cualquier otra modalidad contractual, y en utilizar ese dinero, su propio capital y el que obtenga de otras fuentes de financiación en conceder créditos en las diversas modalidades, o a aplicarlos a operaciones sujetas a riesgos de mercado.

Por otro lado, conforme la citada norma, una empresa financiera es aquella que capta recursos del público y cuya especialidad consiste en facilitar las colocaciones de primeras emisiones de valores, operar con valores mobiliarios y brindar asesoría de carácter financiero. A dichas empresas debemos agregar las cajas municipales, las cajas rurales y demás empresas del sistema financiero. La norma antes citada establece que operaciones pueden ser realizadas por cada una de ellas, estableciendo sus limitaciones.

Sobre el particular, la Nueva Ley dispone, en primer lugar, que dichos contratos deben provenir de un servicio financiero; lo cual no es muy preciso, puesto que es más bien el servicio el que proviene del contrato, puesto que constituye su prestación, desde el punto civil o mercantil del término. En este orden de ideas, la actual redacción podría considerarse más clara en este punto.

Asimismo, la Nueva Ley dispone que la no aplicación de la norma incluye a todos los servicios accesorios o auxiliares a un servicio de naturaleza financiera, salvo la contratación de seguros –a la cual ya nos hemos referido líneas arriba– y el arrendamiento financiero<sup>(63)</sup>, que sea distinto de aquel que se regula en la Ley N° 28563 o norma que la sustituya; es decir, aquel distinto del que constituye operaciones de endeudamiento o de administración de deuda pública.

Ahora bien, la razón por la que se excluye el arrendamiento financiero estriba en el hecho de que este no es un contrato financiero, sino un contrato mercantil, como establece la norma respectiva. Finalmente, el Reglamento vigente no se pronuncia sobre el particular, con lo cual vamos a tener que esperar el Nuevo Reglamento a fin de tener un panorama más certero sobre este aspecto.

## **2. Servicio exterior**

Asimismo, conforme lo dispuesto por la Ley, no constituye contratación administrativa las contrataciones que realicen las Misiones del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional. La Nueva Ley aclara este supuesto, haciendo referencia a los órganos del Servicio Exterior, lo cual es consistente con la normativa sobre el particular.

Ahora bien, la justificación de lo antes señalado proviene de una consideración práctica. El hecho de que la contratación se realice fuera del territorio nacional impide someter la contratación a un proceso de selección. No obstante ello, el resto del proceso de contratación podría someterse a la normativa contractual, en lo que fuera aplicable. De hecho, la redacción original de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecía más bien que dichas contrataciones se encontraban exoneradas del proceso de selección, efectuándose la reforma a través de la Ley N° 28267.

## **3. La contratación de eventos. El procedimiento aplicable**

La Ley establece que no es de aplicación la normativa contractual a las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú, de la transmisión del mando supremo y

---

(63) **Decreto Legislativo N° 299:**

**Artículo 1.-** Considérese Arrendamiento Financiero, el Contrato Mercantil que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado.

de cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, así como de altos dignatarios y comisionados, siempre que tales contrataciones se encuentren por debajo de los umbrales establecidos en los tratados u otros compromisos internacionales, que incluyan disposiciones en materia de contrataciones públicas, de los que el Perú es parte.

Esta disposición no la encontramos en la redacción original de la Ley, puesto que fue incorporada por la Ley N° 30154, la misma que a su vez establece un procedimiento especial para las contrataciones que se realicen para atender dichos eventos, dada su importancia y la premura con que los mismos deben ser organizados. Ello ocasionó en su momento la emisión de decretos de urgencia, cuya pertinencia era discutible. A dicho procedimiento nos vamos a referir más adelante, al tratar los procedimientos especiales en el capítulo correspondiente.

#### **4. Notarios públicos**

La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la Ley y su Reglamento no se encuentra sometida a la normativa en materia contractual. Conforme lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049, el notario es el profesional del Derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran.

Se establece que para ello, el notario público formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos –que es una atribución clave en la contratación administrativa– así como la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en la norma respectiva.

Es así que existen varios supuestos en los cuales participan los notarios públicos en materia de contratación administrativa, como son los actos públicos cuando ello corresponda, siendo imposible emplear un proceso de selección a fin poder efectuar la contratación, tomando en cuenta además que nos encontramos ante un servicio homogéneo, respecto del cual no existe mayor diferencia salvo en el precio.

#### **5. Función conciliadora y arbitral**

La Ley establece por otro lado, que no se encuentra sometida a la normativa contractual los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la

función conciliatoria y arbitral; salvo en lo que respecta a las infracciones y sanciones previstas para los árbitros, lo cual es competencia de OSCE.

Conforme el artículo 5 de la Ley N° 26872, la conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto, siendo un mecanismo para resolver controversias durante la ejecución contractual.

A su vez, el arbitraje constituye jurisdicción y permite resolver controversias sin tener que recurrir al Poder Judicial, siendo un mecanismo que debe ser empleado cuando se generen controversias en materia de ejecución contractual. En general, pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen<sup>(64)</sup>. A esta materia nos vamos a referir con detalle más adelante en el presente libro.

Por otro lado, la Directiva N° 013-2005-Consucode/PRE<sup>(65)</sup> efectúa una importante precisión, preceptuando que debe entenderse como “demás (servicios) derivados de la función conciliatoria y arbitral” exclusivamente los servicios que sean necesarios para el cabal cumplimiento de las funciones de árbitros y/o conciliadores e inherentes a los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, como pueden ser los servicios de peritaje, secretaría arbitral, inspecciones y similares. Así, de ninguna manera podrán entenderse como comprendidos en esta causal los servicios de asesoría especializada en conciliación y/o arbitraje, bajo responsabilidad del titular.

Finalmente, la Nueva Ley amplía este supuesto, incorporando a los miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el futuro Reglamento para la etapa de ejecución contractual. Esta ampliación se justifica dada la existencia de una mayor gama de mecanismos contenidos en la Nueva Ley.

## **6. Organismos internacionales**

La normativa establece además que las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de

---

(64) Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071.

(65) Aprobada mediante Resolución N° 325-2005-Consucode-PRE.

organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes no se encuentran sometidas a la normativa contractual; siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.

Ahora bien, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento<sup>(66)</sup> dispone que en caso de vacío o deficiencia en la regulación de los procesos de selección convocados, serán de aplicación supletoria las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento. En uno u otro supuesto corresponderá al OSCE supervisar el cumplimiento de los principios que rigen los procesos de selección contemplados en el artículo 3 de la Ley.

La norma establece además que, si el vacío o deficiencia a que se refiere el párrafo anterior están referidos al procedimiento o a las reglas para la determinación de la competencia en la solución de controversias e impugnaciones, corresponderá al OSCE resolver la controversia y/o impugnación suscitada en calidad de última instancia administrativa.

Ahora bien, tampoco se encuentran sometidas a la normativa contractual, pero bajo supervisión de OSCE, 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. La Nueva Ley ha agregado la proveniencia de organismos multilaterales financieros, ratificando la supervisión por parte de OSCE.

Es necesario señalar, finalmente, que ello es consistente con lo preceptuado por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, el cual prescribe<sup>(67)</sup> que en cuanto a la contratación pública este no se aplica las contrataciones financiadas mediante donaciones, préstamos u otras formas de asistencia internacional, cuando la entrega de dicha ayuda esté sujeta a condiciones incompatibles con el tratado.

---

(66) Es preciso señalar que el Reglamento refiere a las contrataciones bajo el ámbito del inciso t) del artículo 3.3 de la Ley, que debe entenderse en su redacción original y no la resultante luego de su modificación, que afecta el orden de los incisos, sin que ello haya generado la respectiva modificación en el Reglamento.

(67) Artículo 9.1.4 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

## **7. Presidentes de los Directorios**

Por otro lado, la Ley establece que no son contratos administrativos aquellos contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios, que desempeñen funciones a tiempo completo en las entidades o empresas del Estado. Dichos contratos son regulados por el Derecho Civil, con la finalidad de otorgarles flexibilidad, por lo cual tampoco son contratos laborales ni se encuentran regulados por la normativa del Servicio Civil.

Sin embargo, esto es materia de controversia, puesto que en el marco de la Nueva Gestión Pública se aconseja que la asunción de dichos cargos sea producto de un concurso público y no provengan de una decisión discrecional de quien se encuentra encargado de la designación. Ello, en especial en materia de empresas públicas, donde se pretende generar buen gobierno corporativo. Es importante anotar que esta excepción resulta aplicable únicamente a los presidentes, pero no al resto de los miembros del órgano colegiado<sup>(68)</sup>.

## **8. El caso de los remates**

Asimismo, la Ley establece que no constituyen contratación administrativa la compra de bienes que realicen las entidades mediante remate público, las que se realizarán de conformidad con la normativa existente sobre la materia. En estos casos se entiende que carece de eficiencia el efectuar un proceso de selección sobre el particular.

Sobre el particular, es preciso señalar que los remates en general se encuentran regulados por la Ley N° 27728, Ley del Martillero Público, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 008-2005-JUS. A su vez, los remates judiciales se rigen por el Código Procesal Civil, en particular en lo concerniente a la ejecución forzada<sup>(69)</sup>.

## **9. El monto de contratación**

La Ley preceptúa que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción, no se encuentran sometidas a la normativa contractual, constituyendo contratación civil o mercantil dependiendo del caso. A su vez establece la responsabilidad de la entidad de salvaguardar

---

(68) RETAMOZO LINARES, Alberto. "Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 7. CDA, Lima, 2009, p. 256.

(69) Artículo 728 y ss. Del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.



el uso de los recursos públicos de conformidad con los principios de moralidad y eficiencia. Asimismo, dichas contrataciones se encuentran sometidas a supervisión por parte de OSCE.

Sin embargo la Nueva Ley eleva este límite a ocho (8) UIT, estableciendo además la obligación de supervisión de OSCE. Esto ha generado controversia, puesto que existen abundantes procesos de contratación cuyo monto se halla en el tramo que no se encuentra sometido a la regulación contractual, los cuales no se encontrarán regulados por la normativa contractual, no obstante la supervisión antes señalada.

Finalmente, se establece que lo antes indicado no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco, que la Nueva Ley denomina Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco. Sobre este método especial vamos a tratar más adelante, señalando que existen algunos ajustes que ha efectuado la Nueva Ley sobre el particular.

## **10. La contratación de servicios públicos**

No es aplicable la normativa contractual a la contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor. La justificación estriba en el hecho de que estamos frente a un servicio que por definición no admite sustitutos, y claro, se requiere que exista un solo proveedor del mismo. Ello dado que dichos servicios, en la mayoría de los casos, constituyen monopolio natural. A ello nos hemos referido anteriormente en este mismo capítulo.

En primer lugar, como es evidente, si es que existe competencia en dicho mercado debe procederse a emplear la normativa contractual. Sin embargo, dicha excepción debe aplicarse únicamente el proceso de selección respectivo y no a todo el proceso de contratación, siendo más pertinente emplear el mecanismo de la exoneración, por la causal de proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos. De hecho, el TULO consignaba como causal de exoneración la contratación de servicios públicos sujetos a tarifas cuando estas sean únicas, supuesto que ya no encontramos en la Ley.

## **11. Los convenios de colaboración**

Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre entidades no constituyen contratación administrativa, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y además no se persigan fines de lucro. La norma establece que estos convenios no se utilizarán para el encargo

de la realización de procesos de selección. La Nueva Ley establece que tampoco podrán emplearse para la realización de actuaciones preparatorias.

Estos convenios carecen del contenido patrimonial que poseen los contratos entre la Administración y los particulares, pues no se concibe transferencia patrimonial entre entidades del propio Estado. Estos acuerdos conforman lo que la doctrina nacional y comparada denomina convenios, que la Ley de Procedimiento Administrativo General ha regulado aislada, pero reiteradamente.

Como resultado, dichos convenios carecen de contenido contractual, conformando una actuación administrativa eminentemente distinta. En primera instancia, el convenio tiene una relación de género a especie con el contrato público, puesto que este último tiene naturaleza patrimonial. Sin embargo, cuando se habla de convenio, debe entenderse que es el acuerdo de la Administración que a su vez no configura contrato, y además, en principio, celebrado entre distintos entes de la misma<sup>(70)</sup>. En tal sentido, el acuerdo que genera el encargo de gestión carecería de contenido patrimonial.

Implican, en consecuencia, la ausencia o limitación de las prerrogativas exorbitantes, aplicables fundamentalmente a contratos en los cuales hay particulares involucrados<sup>(71)</sup>. Asimismo, no se requiere en principio la realización de procesos de selección, que sí resultan ser indispensables entre Administración y administrados, a menos de que la entidad postora esté afectando principios de libre competencia, principio de especial importancia en la contratación administrativa.

Sin embargo es necesario preguntarse lo que ocurre con los convenios que son celebrados entre el Estado y los particulares, que carecen de contenido patrimonial puesto que no hay transferencia de recursos públicos, y que implican agregar esfuerzos para un objetivo común. En este caso no nos encontramos ante un contrato administrativo, pero tampoco es un convenio entre entidades. Y en estos casos, dado que no se detecta afán de lucro, podríamos estar hablando de un supuesto en el cual no debería aplicarse la normativa contractual.

---

(70) En este caso, se convertirá en un acuerdo no contractual, puesto que no existen finalidades distintas entre las partes, situación que sí se da respecto del contratista en el marco de los contratos administrativos. Sobre el particular: DROMI, Roberto. Ob. cit., pp. 346-347.

(71) CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. cit., p. 29.

## 12. Proveedores no domiciliados

Conforme lo dispone la norma, las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país no se encuentran sometidas a la normativa contractual. Para ello, el mayor valor estimado de las prestaciones se debe realizar en el territorio extranjero.

Un caso interesante es de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de Defensa y Seguridad Nacional, que se configura cuando se contrata a un proveedor no domiciliado en el país, siempre que no exista en el territorio nacional un proveedor con capacidad de fabricar los bienes requeridos, o con capacidad de realizar dentro del territorio nacional los servicios requeridos, para lo cual se suscribirá el o los contratos internacionales respectivos.

La norma establece<sup>(72)</sup> que dichos contratos serán regulados por la normativa interna que emita la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas; o, en su defecto, por los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio y las prácticas de comercio internacional vigentes a la firma del Contrato.

A su vez, la normativa establece<sup>(73)</sup> que la Agencia efectúa la contratación de bienes, servicios y consultorías en el mercado extranjero aplicando los principios de moralidad, imparcialidad, eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica, equidad, sostenibilidad ambiental, promoción del desarrollo humano, razonabilidad y trato justo e igualitario, regulados en la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias; así como los principios de debido procedimiento, informalismo, eficacia y predictibilidad, establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, en este punto la Nueva Ley ha agregado un requisito, que es que ello ocurre cuando se sustente la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación establecidos en la Ley, supuesto que tiene sentido en tanto el hecho de que el proveedor no se encuentre domicilio no impide necesariamente poder emplear los métodos de contratación establecidos en la Ley.

---

(72) Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1128, Decreto Legislativo que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

(73) Artículo 21 del Decreto Supremo N° 005-2013-DE, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1128, que crea la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas.

### **13. Las concesiones**

No constituye contratación administrativa las concesiones, sea de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos<sup>(74)</sup>. La concesión de bienes y servicios constituye un contrato de Derecho Público, pero no es un contrato administrativo. Por otro lado, la concesión de recursos naturales es un acto administrativo, puesto que en principio no implica un acuerdo con el organismo concedente.

Es preciso señalar que, conforme lo dispuesto por la doctrina, la gran distinción entre concesión y autorización es que la primera otorga un derecho que el administrado no poseía previamente, mientras que la segunda permite el ejercicio del derecho preexistente y opera como resultado de la actividad de limitación de derechos que posee la Administración Pública.

Este supuesto no se encuentra consignado en la Nueva ley, debiéndose entender que ello ocurre dado que estos mecanismos se encuentran regulados en sendas leyes especiales y sus respectivos reglamentos. En el caso de los recursos naturales, la regulación proviene de la Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

### **14. Contratación de servidores públicos**

La contratación de trabajadores, empleados, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada tampoco constituyen contratación administrativa, dado que posee una regulación especial, contenida en las leyes que regulan los distintos regímenes laborales de la Administración Pública y sobre todo la Ley del Servicio Civil. Ello justifica además que este supuesto ya no lo encontremos en la Nueva Ley.

Así, la normativa dispone que la incorporación al grupo de servidores civiles de carrera se efectúe mediante concurso público de méritos abierto o transversal<sup>(75)</sup>. En primer término, se establece que el concurso público de méritos transversal es el proceso por el que se accede a un puesto distinto en la propia entidad o en una entidad diferente y al que solo pueden postular los servidores civiles de carrera, siempre que cumplan con el perfil del puesto. Por otro lado, el concurso público de méritos abierto es el proceso por el que se accede a un puesto propio de la carrera pública y al que puede postular cualquier persona sea o no servidor civil de carrera siempre que cumpla con el perfil del puesto.

---

(74) LINARES, Mario. Ob. cit., p. 23 y ss.

(75) Artículo 67 de la Ley del Servicio Civil.

Es necesario señalar, finalmente, que ello es consistente con lo preceptuado por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, el cual prescribe<sup>(76)</sup> que en cuanto a la contratación pública no se aplica la contratación de empleados públicos y las medidas relacionadas con el empleo.

## 16. Contratación de auditorías

La contratación de auditorías externas en o para las entidades no constituye contratación administrativa, puesto que se sujeta a las normas que rigen el Sistema Nacional de Control<sup>(77)</sup>. La norma es precisa en señalar que todas las demás contrataciones que efectúe la Contraloría General de la República se sujetan a lo dispuesto en la Ley y su Reglamento. La Nueva Ley no consigna este supuesto, debemos entender que ello ocurre dada la existencia de una regulación particular proveniente del Sistema Nacional de Control.

En este orden de ideas, el artículo 4 del Reglamento de las Sociedades de Auditoría conformantes del Sistema Nacional de Control preceptúa que es atribución exclusiva de la Contraloría General la designación de Sociedades que se requieran para la prestación de servicios de auditoría en las entidades; siendo que dicha atribución se ejerce mediante Concurso Público de Méritos, Concurso de Méritos por invitación, así como, mediante la autorización a las entidades para que conduzcan directamente un proceso de selección para la designación de una Sociedad, según los casos señalados en el referido reglamento.

Es la entidad la que formula la solicitud al Departamento de Gestión de Sociedades de Auditoría, cumpliendo con un conjunto de requisitos establecidos en el reglamento que venimos refiriendo. En primer lugar, el proyecto de bases del concurso elaborado por la entidad, con las especificaciones respectivas; así como la constancia y compromiso

---

(76) Artículo 9.1.4 del referido tratado.

(77) **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República:**

**Artículo 20.- Sociedades de auditoría.**

Las sociedades de auditoría, para efectos de esta Ley, son las personas jurídicas calificadas e independientes en la realización de labores de control posterior externo, que son designadas por la Contraloría General, previo Concurso Público de Méritos, y contratadas por las entidades para examinar las actividades y operaciones de las mismas, opinar sobre la razonabilidad de sus estados financieros, así como evaluar la gestión, captación y uso de los recursos asignados.

El proceso de designación y contratación de las sociedades de auditoría, el seguimiento y evaluación de informes, las responsabilidades, así como su registro, es regulado por la Contraloría General.

de disponibilidad presupuestal que acredite los recursos necesarios para el pago de la retribución económica de la sociedad, la misma que debe guardar relación con los precios del mercado, así como para sufragar los demás gastos que correspondan al servicio de auditoría requerido.

El concurso público de méritos es muy similar al proceso de selección estándar regulado por la normativa contractual, existiendo determinadas etapas, la convocatoria y pago del derecho de participación, las consultas a las bases, la presentación y posterior evaluación de propuestas, así como la respectiva designación. La norma en cuestión regula cada una de estas etapas. Existen sin embargo supuestos de excepciones, como por ejemplo la declaración de desierto del concurso o en caso de convenios internacionales.

## 16. Deuda

Las operaciones de endeudamiento y administración de deuda pública no se encuentran sometidas a la normativa contractual, dada su regulación a través de una norma especial, en este caso la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento<sup>(78)</sup>, lo cual a su vez es necesario para un financiamiento responsable por parte del Estado.

A su vez, tampoco constituye contratación administrativa la contratación de asesoría legal y financiera y otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública. Estas contrataciones también se encuentran reguladas por la norma antes señalada<sup>(79)</sup>. El Ministerio de Economía y Finanzas remitirá la información correspondiente al Congreso de la República y a la Contraloría General de la República, bajo responsabilidad del titular del pliego.

---

### (78) Artículo 1.- Objeto de la Ley

1.1 La presente Ley establece las normas generales que rigen los procesos fundamentales del Sistema Nacional de Endeudamiento, con el objeto de que la concertación de operaciones de endeudamiento y de administración de deuda pública se sujeten a los principios de eficiencia, prudencia, responsabilidad fiscal, transparencia y credibilidad, capacidad de pago y centralización normativa y descentralización operativa.

(...).

### (79) Artículo 46.- Contratación de servicios especializados

46.1 La contratación de servicios de asesoría legal y financiera, y de otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente al objeto de la presente Ley, será efectuada por el Ministerio de Economía y Finanzas de acuerdo con los procedimientos que se establezcan mediante decreto supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Solo en caso de vacío o deficiencia de los mencionados procedimientos, se aplicará, supletoriamente, lo establecido en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

(...).

## 17. Contratación administrativa de servicios

Los contratos administrativos de servicios no constituyen contratación administrativa no obstante el término empleado. Conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional en su momento, el llamado régimen CAS constituye un régimen laboral, el mismo que está destinado a desaparecer como resultado de la promulgación de la Ley del Servicio Civil. El contrato administrativo de servicios se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 y por el Reglamento del mismo, así como por sus normas modificatorias.

Conforme el artículo 3 de la referida norma, que fuera modificado por la Ley N° 29849, el Contrato Administrativo de Servicios constituye una modalidad especial de contratación laboral, privativa del Estado. Se regula por la referida norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Se señala que el Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 tiene carácter transitorio.

Finalmente, dicho régimen es dejado sin efecto por la Ley del Servicio Civil. De hecho, la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 29849 dispone que la eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo N° 1057 se produzca de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil. Para tal efecto, se establece que en las leyes anuales de presupuesto del Sector Público se establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

Una de las consecuencias de este régimen es la extinción de los contratos de servicios no personales<sup>(80)</sup>, que si bien se mostraban como contratos de locación de servicios eran en verdad contratación laboral. Sin embargo dichos contratos siguen ocurriendo en la Administración Pública bajos distintos nombres, o autorizados mediante normas especiales.

## 18. Contratación respecto a bienes estatales

Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal no constituyen contratación administrativa, puesto

---

(80) **Cuarta Disposición Complementaria Final.**- Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma.

que no implican contratación de bienes, servicios u obras. Dichos actos se encuentran regulados por la normativa en la materia, es decir, aquella referida al Sistema Nacional de Bienes Estatales. Es preciso señalar que la nueva Ley no consigna este supuesto, precisamente por la razón antes indicada.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley N° 29151, el Sistema Nacional de Bienes Estatales es el conjunto de organismos, garantías y normas que regulan, de manera integral y coherente los bienes estatales, en sus niveles de Gobierno nacional, regional y local a fin de lograr una administración ordenada, simplificada y eficiente, teniendo a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN como ente rector.

A su vez, el artículo 13 de la referida norma define a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales como un organismo público descentralizado que constituye un pliego presupuestal, siendo el ente rector responsable de normar los actos de adquisición, disposición, administración y supervisión de los bienes estatales; así como de ejecutar dichos actos respecto de los bienes cuya administración está a su cargo, de acuerdo a la normatividad vigente. Dicho ente goza entonces de autonomía económica, presupuestal, financiera, técnica y funcional, con representación judicial propia.

## **19. Privatización**

La transferencia al Sector Privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización, no constituye contratación administrativa, puesto que tampoco consiste en contratación de bienes, servicios u obras. Para ello existe un conjunto de normas especiales en materia de fomento a la inversión privada. Asimismo, no nos encontramos ante la contratación de bienes, servicios u obras, razón por la cual no es aplicable la normativa contractual.

Como resultado inmediato de la ineficiencia de las empresas públicas –y del Estado en general– se generó dos efectos: En primer lugar, la privatización de aquellas empresas públicas que no producen utilidades o que generan distorsiones en la economía, privatización que también generaría el ingreso de importantes fondos para el Estado para corregir el déficit en el Sector Público y controlar los presupuestos<sup>(81)</sup>. Este proceso estuvo

---

(81) DE VAL PARDO, Isabel. *Administración de entidades públicas*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1999, p. 90 y ss. Sin embargo debemos señalar, al contrario de lo que señala la autora, que no es posible que la Administración Pública, en términos de



acompañado de la eliminación de la reserva de determinadas actividades a favor del Estado.

En términos generales la privatización es el fenómeno a través del cual una actividad que el Estado desempeña es adjudicada a los particulares, permitiéndosele a los mismos la realización de dicha actividad, sea que el Estado mantenga un control más o menos intenso sobre dicha actividad, o más bien la ceda de manera integral a la sociedad<sup>(82)</sup>. La privatización puede entenderse también como la transferencia de activos o bienes estatales a manos privadas, como precisamente ha ocurrido con muchas de las empresas estatales del Perú.

Por otro lado, se generó también la necesidad de generar inversión en servicios públicos, la misma que obligó al Estado a permitir el ingreso de capital privado a la administración de fondos y bienes públicos y la prestación de servicios públicos, a través particularmente de mecanismos de privatización y de otorgamiento de concesiones.

## 20. Ejecución presupuestal directa

La norma establece que la modalidad de ejecución presupuestal directa no constituye contratación administrativa. Aquí existe un error de la norma, puesto que dicha ejecución es la que ocurre normalmente. La Ley debe estarse refiriendo a la ejecución presupuestal indirecta, la misma que ocurre cuando la ejecución física y/o financiera de las actividades y proyectos así como de sus respectivos componentes, es realizada por una entidad distinta al pliego; sea por efecto de un contrato o convenio celebrado con una entidad privada, o con una entidad pública, sea a título oneroso o gratuito, conforme lo dispuesto por la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto<sup>(83)</sup>.

Sin embargo, se establece que la normativa contractual sí es aplicable para las contrataciones de bienes y servicios que se requieran para ello. En consecuencia, esta figura tampoco se encuentra regulada en la Nueva Ley, al no constituir en realidad una excepción, sino que más bien la normativa no es aplicable a estos supuestos.

---

servicios públicos, pueda funcionar adecuadamente sin privatizar los mismos. Tal como lo hemos precisado, la ineficiencia de las empresas públicas resulta ser, en principio, consustancial a ellas.

(82) ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público económico*. Comares, Granada, 1999, pp. 440-441.

(83) Artículo 59 de la Ley N° 28411.

## 21. Asesoría en materia de controversias internacionales

La Ley establece además que las contrataciones de servicios de abogados, asesores legales y de cualquier otro tipo de asesoría requerida para la defensa del Estado en las controversias internacionales sobre inversión en foros arbitrales o judiciales no se encuentran sometidas a la normativa contractual. La razón de ello estriba en la especialización de estos servicios, conforme lo dispuesto por la Ley N° 28933, la cual crea el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión.

A su vez, conforme lo dispuesto por el artículo 3 de la referida norma el ámbito de aplicación del Sistema<sup>(84)</sup> comprende las controversias que se deriven únicamente, en primer lugar, de acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas nacionales o extranjeros en los que se confiera derechos o garantías a estos últimos, tales como contratos de privatización, contratos de concesión, convenios de estabilidad jurídica, licencias de explotación de hidrocarburos, y en general todos aquellos acuerdos que se señalen en el reglamento de la presente Ley que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias; o, tratados que contengan disposiciones en materia de inversión, celebrados por el Estado peruano con otros Estados y que establezcan procedimientos de solución de controversias entre los inversionistas de un Estado y el Estado receptor de la inversión.

Es preciso señalar que este supuesto no se encuentra consignado en la Nueva Ley, entendemos que ello se debe precisamente a la existencia un procedimiento especial para ello, el mismo que es tramitado al interior del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme lo dispuesto por

---

(84) **Decreto Supremo N° 125-2008-EF, Reglamento de la Ley N° 28933:**

**Artículo 2.- Ámbito de los Acuerdos y Tratados**

Están comprendidos dentro del ámbito de lo dispuesto en el literal a) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, los contratos de concesión, contratos de compraventa o transferencia de acciones de empresas estatales, convenios de estabilidad jurídica, contratos de licencia o de servicio para la exploración y/o explotación de hidrocarburos, contratos referidos a la explotación de los recursos naturales, recursos mineros o energéticos, y en general todos aquellos acuerdos celebrados entre entidades públicas e inversionistas que confieran derechos o garantías a estos últimos respecto de su inversión, siempre que tales acuerdos contengan cláusulas que remitan a mecanismos internacionales de solución de controversias.

El presente artículo y el artículo 3 de la Ley deben ser entendidos de manera irrestricta, comprendiendo todos aquellos acuerdos y tratados que remitan las controversias entre los inversionistas y el Estado a mecanismos internacionales de solución de controversias, en materia de inversión.

la normativa especial, con lo cual no nos encontramos propiamente ante una excepción en la aplicación de la normativa contractual.

En este orden de ideas, el artículo 3 del Decreto Supremo N° 002-2009-EF establece que las contrataciones de los referidos servicios serán efectuadas por la Oficina General de Administración del Ministerio de Economía y Finanzas, previa selección del servicio por parte de la Comisión Especial correspondiente. Es preciso señalar que dicha norma regula el procedimiento para la contratación de servicios de abogados, estudios de abogados y otros profesionales necesarios para la participación del Estado en controversias internacionales de inversión en el marco de la Ley N° 28933, a la cual ya nos hemos referido líneas arriba.

Dicha comisión identificará a tres (3) abogados o estudios de abogados, especializados en controversias internacionales de inversión, con conocimientos en las materias vinculadas al objeto de controversia y de reconocido prestigio. Los tres (3) abogados o estudios de abogados serán invitados por la Comisión Especial correspondiente, mediante comunicación por escrito, en la cual se les solicitará que presenten una propuesta que incluya sus honorarios por la prestación de los servicios.

La norma antes citada preceptúa que en la referida invitación se indicará los servicios requeridos; la fecha en que deberán remitir su propuesta; así como los otros aspectos que la Comisión Especial correspondiente considere necesarios. Finalmente, luego de recibidas las propuestas, la Comisión Especial correspondiente seleccionará a aquella propuesta que contenga la mejor combinación técnica y económica.

Una vez ocurrido todo ello, la Comisión Especial correspondiente remitirá su informe sobre la selección del abogado o del estudio de abogados respectivo, así como el proyecto de contrato al Ministerio de Economía y Finanzas, a efectos de que apruebe la contratación y autorice la suscripción del contrato de prestación de servicios de asesoría legal.

## **22. Mandato legal o jurisdiccional**

Las contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional, tampoco se encuentran sometidas a la normativa contractual. Por ley debe entenderse la norma con dicho rango y no solo la ley formal<sup>(85)</sup>. Es preciso señalar que este supuesto tampoco se encuentra consignado en la Nueva Ley.

---

(85) Opinión N° 039-2014/DTN.

Este supuesto es discutible porque, el hecho de que exista un mandato determinado no exime del empleo de la totalidad de la normativa contractual, sino tan solo del proceso de selección respectivo, puesto que podría ocurrir que se incumpla con determinados principios de la normativa contractual durante la ejecución contractual, siendo imposible emplear la misma para resolver el problema.

### **23. El caso de las contrataciones con otro Estado**

Asimismo, la Nueva Ley establece un interesante supuesto, el de las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado. Este supuesto es controvertido, toda vez que a lo que se dirige es a inaplicar la normativa contractual en las contrataciones entre Estados, en que puede adquirirse bienes y servicios que podrían obtenerse a través de la contratación administrativa, con lo cual debió haberse consignado algún requisito que permitiese eliminar el ámbito de amplitud que existe.

Sin embargo, este supuesto ya había aparecido en nuestro ordenamiento como resultado de la Trigésima Disposición Complementaria Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, la cual prescribía que las contrataciones del Estado peruano con otro Estado no se encuentran bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 1017<sup>(86)</sup>.

### **24. Los supuestos de excepción contenidos en leyes especiales**

No obstante lo múltiples casos establecidos en la Ley, existen un conjunto de supuestos de inaplicación de la Ley y su Reglamento, que se encuentran consignados en leyes especiales, los mismos que a su vez permiten en ocasiones la aprobación de una regulación paralela. Es preciso distinguir estos casos de los procesos especiales que vamos a tratar en el Capítulo VIII de este libro, puesto que estos últimos poseen una regulación especial establecida en la Ley especial, respecto de la cual la normativa contractual es de aplicación supletoria.

#### **Los organismos electorales**

Un caso interesante es de los organismos electorales, que en general poseen una exención producto de la Ley de Presupuesto del año en que se realiza el proceso electoral o que se inicia el mismo; la misma que en ocasiones anteriores se generaba a través de decretos de urgencia,

---

(86) RETAMOZO LINARES, Alberto. "Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009, p. 273.

cuyo uso para ello era muy discutible. La justificación estriba en la premura para realizar las contrataciones necesarias para realizar el proceso electoral.

El caso más reciente es el de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, la cual en su Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final autorizaba a los organismos del Sistema Electoral para exonerarse de lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y modificatorias, que regulan la Contratación Administrativa de Servicios.

Ello, a efectos de realizar la contratación de servicios necesaria a través de locación de servicios, en el marco de lo establecido en el Código Civil, para los procesos electorales a realizarse en el Año Fiscal 2014. Se señalaba además que dicha disposición se financiaba con cargo al presupuesto institucional de dichos organismos, según corresponda, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Lo interesante de esta exención es que la misma opera no obstante existir un procedimiento especial para estos efectos regulado en la Ley Orgánica de Elecciones. El artículo 83 de dicha norma preceptúa que la habilitación y entrega del presupuesto se efectúa en un plazo máximo de siete (7) días calendario a partir de la convocatoria. Siendo que, excepcionalmente, los organismos electorales quedan autorizados para realizar sus contrataciones y adquisiciones mediante procesos de adjudicación de menor cuantía.

### **Solución de controversias en el caso de APP**

El numeral 9.6 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1012<sup>(87)</sup> que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada” establece un conjunto de mecanismos para resolver controversias en esta materia, como son el Amigable Componedor, así como la Junta de Resolución de Disputas. A este último mecanismo vamos a volver en el Capítulo XII de este libro.

Dicha disposición preceptúa que no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley, los servicios a ser brindados por el Amigable Componedor, los miembros de la Junta de Resolución de Disputas, los Centros ni las Instituciones que administren los citados mecanismos

---

(87) Modificado a su vez por la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

alternativos de resolución de conflictos, siempre que dichos servicios sean requeridos dentro de la ejecución de los contratos de Asociación Público-Privada.

### **El caso de las cajas municipales**

Conforme lo dispuesto por el artículo 282 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Caja Municipal de Ahorro y Crédito es la empresa del sistema financiero que capta recursos del público y cuya especialidad consiste en realizar operaciones de financiamiento, preferentemente a las pequeñas y micro empresas.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley N° 29523, Ley de mejora de la competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito del Perú excluye a las cajas municipales de ahorro y crédito de la Ley y su Reglamento. La norma establece que el directorio de cada caja municipal de ahorro y crédito aprobará por mayoría simple su propio reglamento de adquisiciones y contrataciones. Se señala además que dicho reglamento contará con la opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS).

### **El caso de Petroperú**

Conforme la segunda disposición complementaria de la Ley N° 28840, Ley de fortalecimiento y modernización de la Empresa Petróleos del Perú - Petroperú S.A., las adquisiciones y contrataciones de dicha empresa se rigen por su propio Reglamento propuesto por su Directorio<sup>(88)</sup> y aprobado por el Consucode en el plazo máximo de treinta (30) días de presentado, vencido el cual, de no haber pronunciamiento, se producirá su aprobación automática. El mismo procedimiento se aplicará para las modificaciones del referido Reglamento.

Esta disposición es controvertida. Por un lado, tiene por finalidad fortalecer una empresa estatal cuyas actividades deberían irse reduciendo puesto que existen empresas privadas que pueden realizar dichas actividades eficientemente, en el marco del principio de subsidiaridad establecido en la Constitución. Por otro lado, exime a la empresa de la aplicación de la normativa contractual cuando la misma debe ser empleada por todo el estado, al margen de la proveniencia de sus recursos públicos.

---

(88) Resolución N° 523-2009-OSCE-PRE.

Ahora bien, la referida norma establece que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú S.A. serán definidas en su Reglamento y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación sobre la materia. Los criterios de evaluación y calificación deberán ser congruentes con el objeto contractual y con las condiciones que ofrece el mercado.

Asimismo, la norma preceptúa que Petroperú S.A. está obligada a informar a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - Seace, las adquisiciones y contrataciones que realice y el estado de los procesos que convoque. Asimismo, publicará su Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones - PAAC y un Informe anual sobre sus procesos de adquisición y contratación. Además, contará con una base de datos de proveedores calificados, la misma que formará parte del Registro Nacional de Proveedores del Consucode.

En los procesos de adquisiciones y contrataciones de Petroperú S.A., los postores podrán interponer recursos de apelación, después de otorgada la Buena Pro, ante Petroperú S.A. y de revisión ante el Tribunal del OSCE. En el caso de recurso de revisión, los postores presentarán previamente una garantía por el 1 % del Valor Referencial. El OSCE está facultado para sancionar en caso de comprobarse actitud temeraria o mala fe del postor recurrente con inhabilitación no menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años.





# CAPÍTULO II

## LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### I. INTRODUCCIÓN

---

La contratación administrativa tiene como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública mediante la celebración del respectivo acuerdo entre ellos, el mismo que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo. Ello ocurre ante la verificación, por parte de la Administración Pública al interior del Estado, de la imposibilidad de realizar todas las acciones que requiere el interés general únicamente a través de las dependencias de la misma, siendo necesario la intervención de la actividad privada para ello<sup>(89)</sup>.

Ello implica que la Administración Pública al interior del Estado deba contratar eficientemente, obteniendo la mejor calidad posible al precio más razonable, considerando que lo que se está empleando son recursos públicos, para lo cual debe emplear un procedimiento reglado, conforme lo señalado por la norma constitucional<sup>(90)</sup>. Ello implica, como señala

---

(89) PAREJO ALFONSO, Luciano. "El régimen jurídico general de la contratación pública en España". En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007, pp. 261-262.

(90) **Constitución de 1993**

**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.

el artículo 2 la Ley, que pueda maximizarse el valor del dinero de los contribuyentes, en tanto constituyen fondos públicos<sup>(91)</sup>.

## 1. Rol de los principios en la contratación administrativa

La norma señala que los principios que la misma enuncia servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su Reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones. De hecho, los principios del derecho, en general, desempeñan un rol sumamente importante en la organización del ordenamiento jurídico, puesto que permiten no solo interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del derecho, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivo<sup>(92)</sup>.

Los principios que vamos a describir servirán, en primer lugar, de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran establecidas en la Ley, en el Reglamento de estas y en otras normas administrativas<sup>(93)</sup> relacionadas con los mismos. Ello implica además que su uso resulta ser especialmente pertinente en supuestos de resolución de controversias, sea en sede administrativa, en sede judicial o en sede arbitral.

En segundo lugar, los principios administrativos en materia de contratación deben ser usados como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, en particular las que regulan procedimientos administrativos al interior de las entidades. Dado que la enumeración de principios no es taxativa, es necesario considerar que dichos principios deberán ser empleados incluso como parámetros para la elaboración de normas legales que regulen procedimientos administrativos en materia de contratación administrativa.

---

(91) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 2.- Objeto**

El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del Sector Público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4 de la presente norma.

(92) Sobre el particular: MORALES LUNA, Félix. "Principios jurídicos y sistemas normativos". En: *Foro Jurídico*. N° 1. Foro Académico, Lima, 2002, pp. 153 -154.

(93) Artículo IV, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, los principios aplicables a la contratación administrativa, como todos los principios del derecho, deben ser empleados para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo, como herramientas para hacer efectivos mecanismos de integración jurídica. Ello es en particular pertinente teniendo en cuenta que, en aplicación del principio de legalidad, el uso de la analogía como mecanismo de integración se encuentra limitado de manera intensa.

## 2. La perspectiva del Tribunal Constitucional

En este punto es necesario hacer referencia a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional sobre la materia, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635<sup>(94)</sup>. En dicha sentencia –a la cual nos vamos a referir de manera reiterada en este trabajo– el Tribunal establece con claridad que la función del artículo 76 de la Norma Constitucional –el cual ya hemos citado– es determinar y garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar –que incluye los actos preparatorios y el proceso de selección– que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

En conclusión, señala el Tribunal, el objeto de la referida disposición es lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones del Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos<sup>(95)</sup>. Lo que está haciendo el supremo intérprete de la Constitución es señalar que los principios referidos por la sentencia se deducen de la citada norma, siendo evidente que los mismos son necesarios para que el Estado pueda contratar eficientemente<sup>(96)</sup>.

## II. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO

---

En cuanto a este principio, la norma materia de análisis preceptúa que la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados

---

(94) STC Exp. N° 0020-2003-AI, de fecha 17 de mayo de 2004.

(95) Fundamento N° 12 de la referida sentencia.

(96) Sobre el particular: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El Régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 2, CDA, Lima, 2006, p. 34.

sobre la materia. Este principio es una novedad de la Ley, puesto que no se encontraba presente en el TUO ni en su Reglamento, el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Por desarrollo humano debemos entender el fenómeno por el cual los estándares de vida de la población se elevan a fin de alcanzar un nivel adecuado de bienestar económico y social<sup>(97)</sup>. Desde un punto de vista económico, al Estado le corresponde promover dicho desarrollo humano a través del fomento a la actividad privada, la inversión pública subsidiaria y la protección a los derechos fundamentales de las personas, en el marco de una economía social de mercado, conforme lo establecido por la norma constitucional<sup>(98)</sup>.

Una primera interrogante que se presenta en el análisis de este principio es determinar si constituye una función de la contratación administrativa la promoción del desarrollo humano, más allá de sus funciones operativas. La norma no deja en claro además si esta función es originaria o más bien es el resultado del empleo adecuado de la contratación administrativa como un mecanismo para obtener eficiencia en el gasto. Es decir, la eficiencia en el gasto generaría como obvia consecuencia una mejora inmediata en los estándares de vida de la población toda vez que se maximiza el beneficio social de la contratación, a la vez que se genera valor en la economía.

En este orden de ideas, no resulta pertinente que la contratación administrativa sea empleada como mecanismo para favorecer a determinados sectores sociales<sup>(99)</sup>, lo cual implicaría sacrificar la eficiencia de la contratación administrativa y el criterio establecido en el artículo 2 de la Ley, al cual ya nos hemos referido líneas arriba. De hecho, la contratación administrativa realizada de manera deficiente perjudica dicho desarrollo humano, puesto que implica un uso indebido de los recursos que son empleados para satisfacer necesidades públicas.

Un ejemplo interesante es el de la inversión en infraestructura, como por ejemplo, la construcción de una carretera entre dos localidades en las que únicamente existía una trocha. Una vez que se encuentra

---

(97) Pronunciamiento N° 039-2010/DTN.

(98) **Constitución de 1993:**

**Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

(99) Para una posición distinta: ARTEAGA ZEGARRA, Mario. "La nueva Ley de Contrataciones del Estado. Una visión comparativa con su predecesora". En: *Jus Doctrina & Práctica*. Grijley, Lima, agosto de 2008, p. 19.

en funcionamiento ambas localidades empiezan a interactuar de inmediato a través del comercio, generando riqueza y elevando el producto bruto interno global<sup>(100)</sup>. Es claro que la inversión pública, ahí donde la inversión privada no cabe, o en asociación con esta, genera crecimiento; lo cual es una de las razones por la cuales se considera de especial importancia la promoción de las asociaciones público privadas.

Es preciso señalar que con la Nueva Ley este importante principio ha pasado a formar parte del principio de sostenibilidad ambiental y social, por el cual 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.

### III. PRINCIPIO DE MORALIDAD

---

Este principio se define señalándose que todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad<sup>(101)</sup>; siendo la redacción del referido principio equivalente a la que se encontraba contenida en el TUO, respecto del cual no existe mayor desarrollo. Es preciso señalar que no encontramos este principio en la enumeración que realiza la Nueva Ley en su artículo 2.

Este principio es clave para entender cómo funciona nuestro sistema de contratación administrativa, puesto que permite definir las razones de su sometimiento a tantos controles administrativos. Porque debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que un régimen rígido de contratación administrativa no es la regla en el derecho comparado, puesto que existen diversas modalidades de acercamiento a la regulación de la contratación estatal, muchas de ellas bastante menos rígidas que la nuestra, en donde se privilegia sobre todo los controles posteriores. Un caso interesante se encuentra en los Estados Unidos, en donde el Estado contrata con los particulares de la misma manera en que ellos contratan entre sí<sup>(102)</sup>.

---

(100) Es que es indudable la importancia de la inversión en infraestructura para el desarrollo del crecimiento. Sobre el particular es pertinente revisar: WORLD TRADE ORGANIZATION. *Infrastructure and Trade*. WTO, Geneva, 2004.

(101) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, pp. 301-302.

(102) CAMPOLIETI, Federico. "Los límites del contrato administrativo". En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007, p. 23.

Hay que tener cuidado, sin embargo, con la manera como se entiende de la categoría que estamos analizando. La moral es un concepto que por definición es subjetivo y autónomo, y que no puede extenderse a todas las personas puesto que aquella contiene convicciones propias de cada uno, las cuales no podrían imponerse válidamente a los otros. Justamente, el derecho cumple este rol, puesto que es el único mecanismo que puede establecer reglas aplicables a todos.

En consecuencia, este no es un principio que implique la aplicación de reglas morales a la contratación administrativa, sino más bien la aplicación de reglas jurídicas que impidan la realización de actos de corrupción, generados en supuestos de desviación de poder, es decir, cuando las decisiones de la Administración dejan de ser dirigidas hacia el interés general.

Entonces, el principio de moralidad, tal como debe entenderse jurídicamente, posee un significado práctico evidente. Las decisiones que son tomadas al margen de la legalidad en la gestión pública generan corrupción, y esta a su vez genera desperdicio de recursos, puesto que los mismos son asignados de manera indebida, es decir, no a sus usos más eficientes; generando daños severos a la economía de un país<sup>(103)</sup>. Las decisiones tomadas al margen de este principio dirigen los fondos públicos sobre la base de intereses que no son los de la colectividad.

## 1. El régimen de responsabilidades establecido en la norma

Es por ello que en el ámbito de la contratación administrativa el empleado público puede incurrir en diversas modalidades de responsabilidad, sea esta administrativa, civil o penal; las mismas que incluso pueden generarse de manera simultánea, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 243 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que consagra el principio de autonomía de responsabilidades<sup>(104)</sup>.

En el primer caso, la Ley establece un régimen específico de responsabilidad administrativa, contenido en su artículo 46, el mismo que

---

(103) Sobre el particular: CENTER FOR INTERNATIONAL PRIVATE ENTERPRISE. *Strategies for Policy Reform*. CIPE, Washington DC, 2007, p. 33 y ss.

(104) **Ley N° 27444:**

**Artículo 243.- Autonomía de responsabilidades**

243.1 Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

preceptúa que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la Ley y su Reglamento, estableciendo las sanciones respectivas. Dicha responsabilidad alcanza incluso a los denominados expertos independientes que conforman el comité especial, los que podrían ser inhabilitados por el Tribunal de Contrataciones, conforme lo dispuesto por el artículo 25 de la Ley.

A su vez, es evidente que la violación al principio de moralidad puede generar responsabilidad civil por parte del empleado público respectivo si es que su acción u omisión ha generado perjuicio económico al Estado. Conforme a la definición contenida por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>(105)</sup>, es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea esta inexcusable o leve.

Finalmente, existen delitos contra la Administración Pública directamente relacionados con la contratación administrativa. En particular, el delito de colusión, establecido en el artículo 384 del Código Penal, cometido por el empleado público que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Es preciso señalar que este delito no debe ser confundido con la llamada negociación incompatible, consignada en el artículo 397 del citado código, que es un delito cometido por el empleado público que indebidamente se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, en forma directa o indirecta o por acto simulado. Sobre estos delitos vamos a volver en el capítulo final de este libro.

## **2. Los límites al principio de moralidad**

Ahora bien, existe un límite en la aplicación de controles administrativos. Vale decir, a partir de cierta intensidad de dicho control el mismo comienza a generar resultados ineficientes. La tarea hoy en día es determinar que controles generan eficiencia y cuáles no lo hacen.

---

(105) Novena Disposición Final de la Ley N° 27785.

Empecemos señalando que ambos principios no se encuentran en contraposición. De hecho, la violación al principio de moralidad trae aparejada necesariamente la violación del principio de eficiencia, como ya lo hemos señalado.

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha señalado que los mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no solo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente, que funcionaría como control previo, como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República a través del control posterior<sup>(106)</sup>.

Sin embargo, la aplicación de mecanismos de control dirigidos a asegurar los elementos consignados en este principio de manera particularmente intensa puede llevarnos a niveles altos de rigidez, la cual impide contratar adecuadamente. Estos mecanismos de control, en primer lugar, deben enfocarse preferentemente en la entidad, puesto que el administrado se encuentra tutelado por principios generales del procedimiento administrativo como informalismo, presunción de veracidad y simplicidad, entre otros, que evidentemente son de aplicación a los procesos de contratación administrativa y en particular al proceso de selección, que constituye un procedimiento administrativo.

Además, en cuanto a las entidades, resulta evidente que los controles previos y concurrentes no son más eficaces que los controles posteriores y ofrecen múltiples dificultades en su implementación. A ello debemos agregar que es necesario delimitar las competencias en materia de control que les corresponde al Sistema Nacional de Control, al mando de la Contraloría General de la República, así como las que son de competencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a fin de que las mismas no se superpongan.

### **3. Lo dispuesto en la normativa internacional**

Lo antes señalado es consistente con lo preceptuado por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, el cual prescribe<sup>(107)</sup> que además de lo dispuesto en el artículo 19.9 (Medidas sobre Anticorrupción), cada Parte establecerá o mantendrá procedimientos para declarar la inelegibilidad para participar en las

---

(106) STC Exp. N° 0020-2003-AI, fundamento N° 15.

(107) Artículo 9.10 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.



contrataciones públicas de la Parte, ya sea indefinidamente o por un periodo establecido, de proveedores que la Parte determine que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación pública.

Asimismo, el Tratado antes señalado establece que, previa solicitud de la otra Parte, la Parte que reciba la solicitud identificará a los proveedores determinados como inelegibles bajo estos procedimientos y, cuando resulte apropiado, intercambiará información con respecto a estos proveedores o a la actividad fraudulenta o ilegal. A lo que se está refiriendo el tratado es a la inhabilitación, la que puede ser resultado de una sentencia judicial, de la resolución del Tribunal de Contrataciones, e incluso, de la decisión del Registro Nacional de Proveedores.

#### **IV. PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA**

---

Este principio preceptúa que en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores<sup>(108)</sup>; en este caso la redacción de la Ley también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe mayor desarrollo, tal como ocurre en el caso de algunos otros principios que estamos comentando.

Este principio tiene dos ámbitos que es preciso analizar. Un primer ámbito, enfocado en la entidad, permite que la misma obtenga la mejor relación entre calidad precio en cada contratación –que es lo que se pretende obtener dentro del concepto de eficiencia contractual– puesto que al existir pluralidad de postores, así como libertad para que estos compitan entre sí, el resultado siempre va a ser el más favorable para quien va a recibir el servicio, es decir, la entidad<sup>(109)</sup>. Este es un efecto lógico de la competencia en el mercado, la que permite a este último asignar los recursos de manera eficiente.

Pero hay un segundo ámbito, que se enfoca en el mercado propiamente dicho. Lo que ocurre es que la libre competencia en el ámbito de la contratación administrativa debe ser equivalente a lo que ocurre en el mercado, con lo cual la contratación pública funciona como un mecanismo dinamizador del mismo. Si no existiera este principio, lo que ocurriría

---

(108) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 303 y ss.

(109) COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública*. Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 72-73. También: IVANEGA, Miriam Mabel. “El principio de transparencia en las etapas de formación y de ejecución de los contratos administrativos”. En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007, p. 157.

es una asignación de recursos ineficiente, lo cual impediría que se obtenga el mayor beneficio posible de los fondos públicos; sin que su vez pueda generarse desarrollo económico.

Asimismo, es preciso señalar que esto se encuentra conforme con la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, conforme lo señalado por la Constitución<sup>(110)</sup>. Existen entonces diversas situaciones que vulneran la libre concurrencia y competencia. A muchas de ellas vamos a hacer referencia en este libro, como son la existencia de requisitos indebidos, la elaboración incorrecta de las bases, los formalismos excesivos, entre otros.

### 1. Consecuencias prácticas de este principio

Lo antes señalado genera un conjunto de consecuencias. En primer lugar, el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley prescribe que los requisitos para la inscripción y su renovación, así como para la asignación de categorías y especialidades en el Registro Nacional de Proveedores no constituirán barreras para la competencia. La Nueva Ley, en su artículo 46 se pronuncia de una manera similar.

En su momento se consideró que este registro constituía una limitación para la participación de los postores en los procesos de selección, cuando más bien puede considerarse que reduce costos de transacción, impidiendo que las entidades soliciten documentación a los postores que ya obra en el registro. Asimismo, permite reducir los costos administrativos, puesto que la entidad tendría menos requisitos que verificar. Sin embargo, como veremos más adelante, es posible generar mecanismos para que esta reducción de costos sea aún más plausible.

Por otro lado, este principio debe permitir facilitar a los potenciales postores la participación en los procesos de selección. Ello implica permitir el acceso a la información pertinente —relacionándose directamente con los principios de publicidad y transparencia—, aplicar debidamente el principio de presunción de veracidad, reemplazando lo pertinente por declaraciones juradas, aplicar del principio de informalismo a los procesos de

---

(110) **Constitución de 1993:**

**Artículo 61.-** El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

selección<sup>(111)</sup>, facilitar el acceso a los mecanismos financieros que constituyan garantías, entre otros mecanismos.

## **2. La integración entre el derecho de la competencia y la contratación administrativa**

Asimismo, conforme la redacción original del artículo 11 de la Ley, los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

Sin embargo, la Ley N° 29873 modifica esta disposición, estableciendo supuestos más amplios. Señala en primer lugar que se encuentra prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación.

Pero por otro lado, la Ley establece que esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. Esta precisión es sumamente importante para ampliar los supuestos que pueden considerarse violatorios de este principio, más allá de los acuerdos entre postores en un proceso de selección.

Finalmente, la Ley preceptúa que el funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente de acuerdo con la normativa correspondiente, puesto que aquel puede participar de dichas prácticas, cometiendo incluso delito contra la Administración Pública, como ya se ha señalado. Ello parte de la consideración propia del derecho de la competencia hoy en día que se dirige a considerar que también el Estado puede afectar la libre competencia a través de un uso indebido de sus atribuciones.

Sobre este particular, la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1034 dispone que cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva en los términos de la norma, comunicará tal hecho al Indecopi para que este inicie el procedimiento sancionador

---

(111) Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos. "El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal". En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 2. CDA, Lima, 2006, p. 76 y ss.

correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir, si correspondiera.

Ahora bien, solamente si Indecopi determina la existencia de una infracción y esta quedara firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda. La razón evidente de esto se dirige a establecer un tratamiento unívoco de las infracciones administrativas en materia de libre competencia, de tal manera que la infracción en el ámbito de la contratación administrativa se encuentre definida por los lineamientos propios del derecho de la competencia<sup>(112)</sup>.

Finalmente, lo antes señalado es consistente con lo dispuesto por el artículo 51 de la Ley, el cual establece como infracción administrativa la vulneración del artículo 11 de la Ley. La redacción original de la norma consignaba como infracción que los postores participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente, siendo la redacción actual de la Ley más precisa, como ya lo hemos señalado.

### **La regulación de la Nueva Ley**

La Nueva Ley escinde este principio. Por un lado, tenemos la libertad de competencia, por la cual 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. Este principio es el que prohíbe la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre competencia de proveedores.

Pero además la norma contiene el principio de competencia, por el cual, 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. Este principio también prohíbe la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.

Asimismo, la Nueva Ley, en su artículo 14, preceptúa que, cuando la entidad, el OSCE o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección, en los términos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de

---

(112) Sobre el particular: BERASATEGUI, Javier. "La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia". En: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. N° 247, Multimedia EINSA, Madrid, 2007, p. 35 y ss.

Represión de Conductas Anticompetitivas, o norma que la sustituya, debe remitir toda la información pertinente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi para que este, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables.

Por otro lado, la Nueva Ley prescribe que, cuando el OSCE advierta que un requisito establecido en los documentos del procedimiento de selección podría afectar la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la entidad que lo sustente y/o elimine, según corresponda. Ello es consistente con las atribuciones de dicha entidad de supervisar el proceso de selección, como veremos más adelante en el capítulo respectivo.

Se establece además que, si adicionalmente, el OSCE advierte la existencia de indicios de colusión, en los términos del artículo 384 del Código Penal, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público. El delito de colusión se configura cuando el servidor se pone de acuerdo con el proveedor para favorecerlo en un proceso de contratación administrativa. A dicho delito nos vamos a referir con mayor detalle en el Capítulo XIV de este libro.

## **V. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

---

Conforme este principio, 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<sup>(113)</sup>. En este caso la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo.

El principio de imparcialidad tiene un origen operativo y un origen jurídico. El primer se dirige a asegurar la eficiencia de la contratación administrativa, puesto que a falta de imparcialidad la decisión de la entidad no va a ser la más conforme con las necesidades de la misma o de las tareas que dicha entidad realiza, perjudicando al interés general y a los propios administrados que pretenden contratar con la administración. Ello explica porque la violación de estos principios puede generar responsabilidad en los empleados públicos que la cometen, configurando incluso diversos

---

(113) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 310.

delitos contra la Administración Pública, como veremos más adelante en este libro.

El segundo se relaciona directamente con un principio constitucional y a la vez derecho fundamental que es el del debido proceso. Lo que ocurre es que hay que tener en cuenta, en primer término, que el proceso de selección es un procedimiento administrativo, razón por la cual el debido proceso en sede administrativa resulta ser por completo aplicable<sup>(114)</sup>. A ello nos vamos a referir más adelante en este mismo capítulo al tratar el principio de debido procedimiento.

También constituyen procedimientos administrativos el recurso de apelación a ser resuelto por el titular de la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, dependiendo del caso; así como el procedimiento administrativo sancionador tramitado por el Tribunal en contra de proveedores, participantes, postores y/o contratistas, el cual también muestra un conjunto de garantías.

En segundo término, la entidad, al tomar decisiones respecto a los contratistas una vez iniciada la etapa de ejecución contractual debe respetar el debido proceso, puesto que dentro de la misma también se generan diversos procedimientos, cuyos resultados a su vez son discutidos en sede arbitral conforme lo dispuesto por la Ley y su Reglamento.

Es preciso señalar que este principio no se encuentra en la enumeración que efectúa la Nueva Ley. Sin embargo se encuentra contenido en el principio de transparencia, en tanto el proceso de contratación debe desarrollarse bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad, con las excepciones que establece el ordenamiento.

## **VI. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD**

---

El principio de razonabilidad preceptúa que 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. Este principio es una novedad de la Ley respecto de la normativa previa, puesto que no se encontraba presente en el TUO y surge ante la necesidad de asegurar calidad en el gasto, impidiendo que se generen procesos de contratación que no se encuentren dirigidos a una real necesidad de la entidad.

---

(114) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?". En: *Ius et veritas*. N° 22. IUS, Lima, 2001, p. 344.

Con lo cual el principio que venimos analizando puede válidamente considerarse como un componente del principio de eficiencia, al cual nos referiremos en el acápite siguiente. De hecho, así parece entenderlo la Nueva Ley, de tal suerte que el mismo no se encuentra enumerado en el artículo 2 de la misma.

Este principio es entonces el que permite de manera directa asegurar que la contratación administrativa, en el ámbito de los actos preparatorios, permita cumplir con lo establecido en el artículo 2 de la Ley, de tal manera que los recursos públicos generen el mayor beneficio social posible<sup>(115)</sup>.

Como bien se sabe, uno de los grandes problemas de la gestión pública peruana es la incapacidad de las entidades públicas de ejecutar adecuadamente su presupuesto, de tal manera que una vez concluido el ejercicio fiscal el mismo no se ha empleado en su totalidad. El principio que estamos describiendo permite que dicha ejecución sea adecuada, en términos de un uso pertinente de los recursos públicos.

## 1. Otros significados de este principio

El principio de razonabilidad posee diversos contenidos, dependiendo del ámbito en el cual nos encontremos. En general, en el Derecho Público este principio se encuentra íntimamente relacionado con la pertinencia de la realización de actos gravosos contra los administrados, o de limitación de sus derechos fundamentales<sup>(116)</sup>, situación en la cual actúa conjuntamente con el principio de proporcionalidad, con el cual a veces se confunde.

De hecho, la propia normativa en materia de contratación administrativa no emplea este principio de manera unívoca, puesto que el artículo 43 del Reglamento de la Ley, al referirse al método de evaluación de propuestas preceptúa que el Comité Especial determinará los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad; siendo claro que en este caso el concepto de razonabilidad no es el mismo que establece la norma que estamos comentando, el cual es aplicable al objeto de los contratos y no a los factores de evaluación.

---

(115) ARTEAGA ZEGARRA, Mario. Ob. cit., loc. cit.

(116) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 177.

## VII. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

---

Este principio establece que las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega, con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. Si bien este principio se encontraba consignado en el TUO, el mismo no poseía el desarrollo que ahora muestra, que es mucho más preciso<sup>(117)</sup>.

La mayor precisión que muestra este principio en la Ley respecto del TUO tiene su origen en la importancia de este principio para la contratación administrativa, cuya aplicación resulta medular para su funcionamiento adecuado conforme lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley. De hecho, el principio de eficiencia funciona como el sustento o la justificación de los demás principios que venimos analizando.

Ello a su vez es resultado de la aplicación de los principios propios de la Nueva Administración Pública (*New Public Management*), los que incorporan el concepto de eficiencia en el funcionamiento de las entidades públicas, lo cual evidentemente incluye a los procesos de contratación administrativa<sup>(118)</sup>. Sobre esto vamos a volver de manera reiterada en este libro, a fin de aplicar estos principios a las diversas etapas de la contratación administrativa.

En primer lugar, debe quedar claro que la eficiencia no implica únicamente obtener resultados, sino que los mismos generen el menor costo posible<sup>(119)</sup>. Ello se obtiene a través de procesos de selección regulados adecuadamente. Ello es tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional, al señalar que la eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO, pues la serie de etapas que presenta, garantizarían la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos<sup>(120)</sup>.

---

(117) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 311 y ss.

(118) Sobre el particular: PÁEZ MURCIA, Ángela María. "Aplicabilidad del modelo de Nueva Administración Pública (new public management) al sistema de contratación estatal colombiano, a la luz de las estrategias asumidas por el poder político, durante el periodo 2001-2004". En: *Revista Estudios Socio Jurídicos*. N° 002, Vol. (7). Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 209 y ss.

(119) IVANEGA, Miriam Mabel. Ob. cit., p. 161.

(120) STC Exp. N° 0020-2003-AI, f. j. 14.



## 1. Lo barato sale caro

Pero, en segundo lugar, ello no implica que contratar barato implique necesariamente contratar bien. De hecho, una propuesta económica excesivamente menor al valor referencial –siempre que le mismo haya sido elaborado adecuadamente– muestra temeridad por parte del postor y puede informarnos respecto a la limitada calidad de los bienes, servicios y obras que el mismo ofrece, calidad que la economía moderna le otorga al sistema de precios. En la práctica, un contrato que genera menos gasto en términos de la contraprestación puede generar un gasto mucho mayor al tener que dedicar tiempo, dinero y esfuerzo a un proceso arbitral, cuyo resultado es en muchos casos incierto.

Es por lo antes indicado que existe, por ejemplo, la garantía de monto diferencial de propuesta y se considera a la vez que es una de las razones del retorno de la garantía de seriedad de oferta conforme al texto original de la Ley<sup>(121)</sup>, la cual sin embargo fue derogada más adelante; pero también es la razón por la cual la normativa anterior contenía límites inferiores al monto de la propuesta económica<sup>(122)</sup>, los mismos que en la normativa actual se mantienen únicamente en el caso de ejecución y consultoría de obras, lo cual resulta ser sumamente discutible.

Finalmente, la Nueva Ley nos habla de Eficacia y Eficiencia, pro el cual 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

---

(121) **Decreto Legislativo N° 1017**

**Artículo 39.- Garantías**

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.

(...)

(122) **Decreto Supremo 083-2004-PCM**

**Artículo 33.- Sobre el valor referencial.-**

Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas.

Las propuestas inferiores al setenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios y al noventa por ciento en los casos de servicios, ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.

En los casos de modalidades de contratación realizadas a través del Seace, los márgenes serán establecidos en el Reglamento.

esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

## VIII. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

---

Este principio establece que las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia de los mismos deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores. Este principio constituye es una novedad de la Ley, puesto que no se encontraba presente en el TUO, no obstante poderse deducir del articulado del mismo, al encontrarse incorporado en otros principios, en especial en el de transparencia, del cual consideramos que forma parte.

Lo que ocurre es que, si bien este concepto de publicidad es muy importante para efectos del adecuado funcionamiento de la contratación administrativa, el mismo más que un principio constituye una condición para la generación de otros principios, que son los de libre competencia, eficiencia y transparencia, de los cuales puede incluso considerarse parte<sup>(123)</sup>.

Ello, en tanto el citado principio permite la participación de la mayor cantidad de postores posible –lo cual es un elemento de la libre competencia de los mismos– situación que a la vez genera que sea más factible encontrar a aquel que pueda realizar la prestación de manera más adecuada<sup>(124)</sup>.

Asimismo, como veremos a continuación, la puesta en conocimiento de las decisiones tomadas permite su fiscalización por parte de los postores y de la ciudadanía en general, lo cual a su vez constituye un importante componente del principio de transparencia<sup>(125)</sup>.

### 1. La importancia del Seace

De hecho, el régimen de contratación administrativa peruano contiene un sistema electrónico que permite conocer las convocatorias existentes, dependiendo del tipo de proceso de selección en el cual nos

---

(123) IVANEGA, Miriam Mabel. Ob. cit., pp. 159-160.

(124) COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., p. 78.

(125) Esta es una importante razón por la cual resulta necesario que se potencien mecanismos como las consultas y observaciones a las bases. Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 151-152.

encontremos<sup>(126)</sup>. Conforme el artículo 25 del Reglamento de la Ley todos los actos realizados durante los procesos de selección se entenderán notificados el mismo día de su publicación en el Seace, siendo que la notificación a través del mismo prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad del participante el permanente seguimiento del proceso de selección.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 51 de la norma antes señalada, la convocatoria de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas se realizará a través de su publicación en el Seace, oportunidad en la que se deberán publicar las bases y un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad. Ello no obsta para que las entidades puedan emplear adicionalmente otros medios a fin de que los proveedores tengan conocimiento de la convocatoria. En general, las entidades publican sus convocatorias en su página web, en medios de comunicación, entre otros.

La norma señala además que la convocatoria a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía se realiza a través de su publicación en el Seace, oportunidad en la que deberá publicarse las bases, sin perjuicio de las invitaciones que se pueda cursar a uno (1) o más proveedores, según corresponda, en atención a la oportunidad, al monto, a la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, bajo sanción de nulidad.

Esto muestra importantes diferencias respecto a lo que ocurría durante la vigencia del Reglamento del TUO, el cual limitaba la publicación en el Seace a las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas, siendo que en los demás casos bastaba la invitación a determinados postores y la notificación a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa - Prompyme, en especial en el caso de los procesos de adjudicación de menor cuantía, en las cuales dicha notificación dependía del monto del valor referencial<sup>(127)</sup>.

---

(126) **Decreto Legislativo N° 1017**

**Artículo 67.- Definición**

El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

(127) **Decreto Supremo N° 083-2004-PCM**

**Artículo 106.- Convocatoria a Adjudicación de Menor Cuantía**

La convocatoria se realiza mediante invitación que puede ser a uno o más proveedores, según corresponda en atención a la oportunidad, al monto, y a la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación.

La convocatoria de los procesos de selección para la adquisición de bienes o contratación de servicios, cuyos valores referenciales sean iguales o superiores a cuatro

## IX. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

---

Este principio establece que toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. La norma señala que los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento<sup>(128)</sup>. La norma preceptúa que la convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados del proceso de selección deben ser de público conocimiento.

Este principio tiene una redacción muy similar a la contenida en el TUO, con un matiz de diferencia que podría ser importante. El TUO establecía que las excepciones al principio de transparencia afectaban a la convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados obtenidos; situación que ya no se presenta, razón por la cual debemos entender válidamente que dichas excepciones no existen. Dichas excepciones en la actualidad son aplicables más bien al derecho de acceso de los postores a la documentación relativa al proceso de selección.

En este orden de ideas, el tercer párrafo del artículo 72 del Reglamento de la Ley dispone que una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito, siendo que las limitaciones son las que se encuentran consignadas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, específicamente en los casos en los que nos encontremos ante información que sea secreta, reservada o confidencial, como por ejemplo en la contratación de bienes destinados a la defensa nacional.

### 1. Elementos del principio de transparencia

La norma establece dos elementos fundamentales. En primer lugar, la objetividad y sustento de las decisiones tomadas por el comité especial, como resultado de la aplicación de las bases. En segundo lugar, el acceso a la información respecto a los criterios de calificación y evaluación

---

Unidades Impositivas Tributarias (4 UIT), y para la contratación de la ejecución de obras cuyos valores referenciales sean iguales o mayores a diez

Unidades Impositivas Tributarias (10 UIT) se notificarán a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa - Prompyme siempre que el objeto del proceso corresponda a sectores económicos donde exista oferta competitiva por parte de las Mypes, los cuales se establecerán mediante Decreto Supremo de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 de la Ley.

(128) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 313.

empleados, la documentación pertinente<sup>(129)</sup>, así como la publicidad de la convocatoria y los resultados generados por el proceso de selección; acceso que le corresponde a los postores y a la ciudadanía en general. De hecho, este último concepto forma parte propiamente del principio de publicidad, el mismo que, insistimos, no posee autonomía.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia que hemos comentado de manera reiterada, que el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general<sup>(130)</sup>.

## 2. La importancia del principio de transparencia

El principio de transparencia permite que las decisiones que se tomen al interior del proceso de selección sean realmente objetivas, funcionando como un mecanismo para que los postores, directos interesados en el resultado del proceso de selección se conviertan en sus principales fiscalizadores, mostrando una mayor eficiencia que otros controles administrativos, que en gran medida funcionan de manera deficitaria.

La transparencia y el acceso a la información son poderosos mecanismos de control respecto a las entidades, que las obliga a actuar conforme a derecho al encontrarse sometidas en todo momento al escrutinio público, constituyendo además una modalidad de participación ciudadana<sup>(131)</sup>. A ello debemos agregar que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, conforme lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución<sup>(132)</sup>.

---

(129) Sobre el particular: MORAGA KLENNER, Claudio. "Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación". En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007, p. 252.

(130) STC Exp. N° 0020-2003-AI, f. j. 13.

(131) JEGOUZO, Ives. "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos". En: *Documentación Administrativa*, N° 239. Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, Miriam. "Los derechos de los ciudadanos en el código de procedimiento administrativo portugués". En: *Revista de Administración Pública*. N° 140. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 362.

(132) **Constitución de 1993:**

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

"(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las

Asimismo, el principio de transparencia implica que es necesario que el comité especial resuelva sobre la base de parámetros adecuados. En este punto, las bases cumplen un rol fundamental, al regular la realización del proceso de selección y precisar cuáles son los mecanismos que el comité debe emplear para calificar y evaluar a los postores. Caso contrario, la decisión podría ser arbitraria. A ello debemos agregar que en el caso de las adjudicaciones de menor cuantía la constitución de comité especial es facultativa<sup>(133)</sup>, lo cual incrementa la necesidad del establecimiento de mecanismos de transparencia administrativa en este ámbito.

Sin embargo, la Ley ha desperdiciado una buena oportunidad para aplicar este principio en su real dimensión y no limitarlo al proceso de selección sino dirigirlo además a la etapa de ejecución contractual dentro de la cual los contratistas deberán también tener acceso a toda la información disponible y donde las decisiones también deben ser tomadas sobre de manera objetiva y sustentada.

## X. PRINCIPIO DE ECONOMÍA

---

Este principio preceptúa que 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. En este caso la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo. Asimismo, este principio no lo encontramos en el artículo 2 de la Nueva Ley.

---

informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

(...)"

(133) **Decreto Legislativo N° 1017:**

### **Artículo 24.- Del Comité Especial**

"En las licitaciones públicas y concursos públicos, la entidad designará a un Comité Especial que deberá conducir el proceso.

Para las adjudicaciones directas, el Reglamento establecerá las reglas para la designación y conformación de Comités Especiales Permanentes o el nombramiento de un Comité Especial ad hoc.

El órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía. En estos casos el Titular de la entidad podrá designar a un Comité Especial ad hoc o permanente, cuando lo considere conveniente.

(...)"

El principio de economía debe analizarse desde dos ámbitos, conforme a su redacción. Uno primero, respecto a la entidad, a fin de que esta no incurra en costos de organización indebidos, de tal manera que los mismos sean el resultado de un adecuado análisis de los beneficios obtenidos por la regulación empleada, así como por las decisiones tomadas.

Lo que ocurre es que, la existencia de controles excesivos genera costos inmediatos en contra de las entidades, no solo porque eleva los referidos costos de organización, sino además porque genera incentivos negativos respecto a los particulares a fin de que los mismos participen de los procesos de selección, o una vez contratados, cumplan eficientemente con la prestación a su cargo.

Asimismo, el principio de economía implica que el uso de los recursos públicos se realice de tal manera que se obtenga el mayor provecho de los mismos, gastando únicamente lo necesario. Ello no solo implica incrementar la calidad del gasto, sino además emplear mecanismos como las asociaciones público-privadas a fin de financiar la inversión en infraestructura de manera conjunta con las empresas privadas, lo cual permite no solo obtener el financiamiento requerido sino además mejorar la calidad de esta<sup>(134)</sup>.

## **1. El ámbito de los particulares**

Pero hay un segundo ámbito, que es el que se encuentra dirigido a los administrados, sean participantes, postores o contratistas. Los procesos de selección pueden resultar siendo muy costosos para los que participen en ellos –participantes y postores– si es que se establecen regulaciones que limitan sus decisiones. Es por ello que los procesos de selección se aplican el principio de presunción de veracidad, así como el principio de simplicidad.

El primero de ellos implica, conforme lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, que presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por dicha norma, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman; presunción que admite prueba en contrario. De esta manera, se traslada al administrado la responsabilidad respecto a la verificación previa de la veracidad de la documentación que presenta, se libera a la Administración de una parte sustancial de la carga que genera dicha verificación y a la vez se facilita a los particulares la interacción con la autoridad

---

(134) Sobre el particular: MOSZORO, Marian y GAŚIOROWSKI, Paweł. *Optimal Capital Structure of Public-Private Partnerships*. International Monetary Found, Washington DC, 2008.

administrativa<sup>(135)</sup>. Este principio se manifiesta, por ejemplo, en la obligación de los postores y contratistas de presentar declaraciones juradas en determinadas circunstancias, así como en la existencia de una causal de declaración unilateral de la nulidad del contrato en caso de violación de este principio.

El principio de simplicidad, a su vez implica que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; siendo que los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir. Este principio pretende también asegurar la simplificación de los trámites administrativos, a fin de cautelar el derecho de los administrados.

La falta de empleo de estos principios eleva los costos que tienen que asumir los particulares para contratar con las entidades, lo cual a su vez hace más difícil que las mismas puedan contratar eficientemente, impidiendo la adecuada satisfacción de las necesidades públicas, como ya lo hemos señalado. Nuevamente nos encontramos ante la necesidad de graduar los mecanismos que el sistema de contratación administrativa emplea para asegurar dicha eficiencia, puesto que, como ya lo hemos señalado, a partir de un nivel determinado de intensidad de los mecanismos de control empleados estos comienzan a volverse ineficaces.

Desafortunadamente, las normas en materia de contratación administrativa no muestran de manera coherente el cumplimiento del principio que estamos describiendo. En la Ley y en especial en el Reglamento se encuentran disposiciones que complican los procedimientos cuando más bien debía entenderse que la intención era flexibilizar los mismos, como se deduce del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado con los Estados Unidos.

## **XI. PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA**

---

Conforme lo dispuesto por la Ley, este principio implica que 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 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<sup>(136)</sup>. En este caso, y tal como ha

---

(135) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *La Simplificación Administrativa. Primer paso hacia la desburocratización*. ILD, Lima, 1990, p. 34.

(136) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 316.



ocurrido con varios de los principios establecidos, la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo.

Este principio permite asegurar que el objeto contractual no incurra en una situación de obsolescencia por el paso del tiempo, permitiendo que los avances de la técnica —que son cada vez más vertiginosos— no perjudiquen la ejecución contractual. Esto se muestra por ejemplo en los bienes informáticos, sea *hardware*, sea *software*, los mismos que evolucionan con especial rapidez. Otro caso es de las obras, que deben permitir que lo construido se encuentre conforme con el estado de la técnica.

## **XII. PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO**

---

Por este principio, 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. En este caso la redacción es muy similar a la contenida en el TUO, no existiendo sin embargo referencia a las excepciones al principio, que no se encuentra en la redacción actual, y que consideramos que limita la posibilidad de establecer preferencias, por lo menos a través de reglamentos.

Este principio, que no debe confundirse con el de imparcialidad, tiene por finalidad asegurar que no existan privilegios a favor de determinados postores, de tal manera que puedan participar en el proceso de selección en igualdad de condiciones<sup>(137)</sup>, razón por la cual podemos válidamente considerarlo incorporado en el principio de libre competencia. No obstante ello, se le ha tratado siempre como un principio independiente.

### **1. Las excepciones al principio, la existencia de preferencias**

Sin embargo, este principio siempre ha mostrado interesantes excepciones, algunas bastante discutibles. Una de ellas se refiere a las Leyes N°s 27143 y 27633, que otorgaban un trato preferente a los bienes y servicios generados dentro del territorio nacional. La primera de las normas antes citadas establecía que, para la aplicación del artículo 31 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en los procesos de adquisición de bienes y para efectos del otorgamiento de la Buena Pro, se agregará un 10 % adicional a la sumatoria de la calificación técnica y

---

(137) Sobre el particular: COMADIRA, Julio Rodolfo. Ob. cit., p. 44 y ss.

económica obtenida por las posturas de bienes elaborados dentro del territorio nacional. A su vez, la Ley N° 27633 modifica esta norma, estableciendo que dicho porcentaje es del 20 % y agregando los servicios que sean prestados dentro del territorio nacional.

Es preciso señalar que esta disposición carecía de razonabilidad y de proporcionalidad, no obstante el análisis incorrecto que sobre este asunto realizó en su momento el Tribunal Constitucional<sup>(138)</sup>. Es preciso indicar que el Tribunal realizó un análisis incompleto de las normas en cuestión, el que debió incluir el análisis de los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación<sup>(139)</sup>, contenidos en reiterada jurisprudencia posterior de dicho organismo.

A ello debemos agregar que las disposiciones antes referidas vulneraban lo dispuesto por el artículo 63 de la norma constitucional, el que garantiza la igualdad de trato respecto de los inversionistas al margen de su procedencia. Finalmente, a partir de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1017, este privilegio ya no existe, y efectivamente ya no lo encontramos en el Reglamento de la norma, ni tampoco en el texto de la Nueva Ley.

Asimismo, el artículo 71 del Reglamento de la Ley, en su párrafo final, dispone que en el caso de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de la provincia de Lima y Callao, cuyos montos correspondan a Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía, a solicitud del postor se asignará una bonificación equivalente al diez por ciento (10 %) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso de selección o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región.

Esta disposición no es ninguna novedad, puesto que ya se encontraba contenida en el artículo 131 del reglamento derogado. Este mecanismo tiene por evidente finalidad fomentar el desarrollo de las actividades que se generan en las zonas cercanas de aquella en la cual se ejecutará el contrato, incentivando el funcionamiento de empresas en el interior<sup>(140)</sup>. Pero ello evidentemente implica un trato diferenciado, cuya razonabilidad

---

(138) STC Exp. N° 018-2003-AI/TC, de fecha 26 de abril de 2004.

(139) ALEXY, Robert. "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional" En: *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara, México, 1993, p. 10.

(140) Sobre el particular: MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Las normas de preferencia en el régimen de contratación administrativa". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 160.

y proporcionalidad no quedan claras, a la vez que podría considerarse válidamente que esta disposición contradice lo establecido por la Ley en la materia, al haberse eliminado la posibilidad de excepciones al principio de trato justo e igualitario.

La Nueva Ley preceptúa el principio de Igualdad de Trato, por el cual todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y en consecuencia, también se prohíbe el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Ello implica que el tratamiento diferente solo puede emplearse frente a una justificación objetiva y razonable.

## **2. Lo dispuesto en la normativa internacional**

Ahora bien, la sexta Disposición Complementaria Final de la Ley preceptúa en este punto que en aquellas contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de tratados u otros compromisos internacionales, que impliquen la aplicación de los principios de Trato Nacional y No Discriminación, las entidades contratantes deberán conceder incondicionalmente a los bienes, servicios y proveedores de la otra parte, un trato similar o no menos favorable que el otorgado por la normativa peruana a los bienes, servicios y proveedores nacionales, de conformidad con las reglas, requisitos y procedimientos establecidos en la presente norma, su Reglamento y en la normativa de la materia.

Lo antes señalado es consistente con lo preceptuado por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, el cual además prescribe<sup>(141)</sup> que ninguna Parte podrá tratar a un proveedor establecido localmente de manera menos favorable que a otro proveedor establecido localmente, en razón de su grado de afiliación o propiedad extranjera; o discriminar en contra de un proveedor establecido localmente sobre la base de que las mercancías o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una contratación pública particular sean mercancías o servicios de la otra Parte.

Considerando que el Perú ha celebrado y sigue celebrando tratados de libre comercio con diversos países, en donde se ubican cláusulas como estas o similares, la disposiciones contractual que existen de dichos países que efectúan distinciones dejarían de tener vigencia, en particular aquellas que regulan la inscripción o renovación en el Registro Nacional de Proveedores, a lo que aludiremos más adelante en el capítulo respectivo.

---

(141) Artículo 9.1.4 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

### XIII. PRINCIPIO DE EQUIDAD

---

Este principio preceptúa que 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. Esta fue una novedad del Decreto Legislativo N° 1017, puesto que este principio no se encontraba registrado en el TUO, no obstante que el mismo se encuentra implícito en la naturaleza de la contratación administrativa tal como se entiende en la actualidad. Asimismo, la Nueva Ley lo conserva casi sin ninguna variación.

Lo que ocurre es que hoy en día no puede seguirse manteniendo de manera rigurosa el concepto de régimen exorbitante tradicionalmente empleado para la contratación administrativa<sup>(142)</sup>. A su vez, la existencia de determinadas prerrogativas a favor de la Administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada.

Sin embargo, la Administración Pública sigue manteniendo determinadas prerrogativas que generan una evidente preponderancia sobre el contratista<sup>(143)</sup>, debiéndose establecer mecanismos eficaces a través de los cuales el particular pueda defenderse de un ejercicio arbitrario de las mismas, los cuales se centran particularmente en el arbitraje.

En primer lugar tenemos el uso del llamado *ius variandi*, que es la facultad por la cual la entidad puede modificar unilateralmente términos contractuales. Sin embargo, esta prerrogativa se encuentra limitada al establecimiento de adicionales y reducciones, cuyos límites han variado en la Ley respecto al TUO.

Otra prerrogativa es la referida a la existencia de un mecanismo denominado intervención económica en el contexto de los contratos de obra en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a juicio de la entidad no permitan la terminación de los trabajos<sup>(144)</sup>. A este mecanismo nos vamos a referir con amplitud en el capítulo XII de este libro.

---

(142) MARTÍN TIRADO, Richard. "La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 164.

(143) Sobre el particular: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., pp. 36-37.

(144) Artículo 206 del Reglamento de la Ley.

La norma establece que la intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin tener que resolver el contrato, con los evidentes perjuicios que esto generaría para ambas partes y para el interés general<sup>(145)</sup>.

Asimismo, dentro de estas prerrogativas debemos incluir la potestad asignada al Tribunal de Contrataciones para determinar infracciones y aplicar sanciones a los particulares que participan del sistema, sean proveedores, participantes, postores –adjudicados o no– o contratistas. Dicha sanción consiste en la inhabilitación, por la cual el particular se encuentra impedido de contratar con el Estado durante un plazo determinado, pudiendo eventualmente ser inhabilitado de manera permanente.

#### **XIV. 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<sup>(146)</sup>. Esta fue en su momento una novedad del Decreto Legislativo N° 1017, incorporada a fin de adecuar la contratación administrativa a parámetros provenientes de la normativa en materia ambiental.

Aparentemente este principio podría parecer innecesario, pues debe suponerse que toda actividad, incluso las que son contratadas por el Estado, debe evitar impactos negativos y para ello existen los estudios de impacto ambiental. Este principio sin embargo obliga a las entidades a incorporar en su normativa, fundamentalmente en sus bases, parámetros que permitan que la ejecución contractual no genere afectaciones ambientales.

Si bien aparentemente nos encontramos ante un principio autónomo, el mismo es también resultado de la aplicación del principio de eficiencia en la contratación administrativa. El daño ambiental constituye una externalidad negativa<sup>(147)</sup>, la misma que genera desperdicio de recursos, lo cual

---

(145) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., p. 37.

(146) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 322.

(147) Las externalidades constituyen otro mecanismo que distorsiona el funcionamiento del mercado, que consiste en la existencia de efectos no contratados en las transacciones que ocurren en el sistema. En consecuencia, el comportamiento racional de un agente afecta directamente el bienestar de otros agentes en el mercado. Sobre el particular: CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*.

afecta directamente a la eficiencia de la contratación administrativa. Ello genera en el mediano plazo una mayor calidad de gasto y una calidad de vida más apropiada para colectividad<sup>(148)</sup>.

Ello implica entonces incorporar criterios de sostenibilidad ambiental a las bases de los procesos de selección, permitiendo otorgar mayores puntajes a quienes ejecuten los contratos con el menor impacto ambiental, sin que ello implique dirigir la contratación hacia marcas o modelos específicos, lo cual evidentemente se encuentra proscrito por la normativa contractual<sup>(149)</sup>.

En este punto es preciso señalar que la Nueva Ley incorpora el principio de sostenibilidad ambiental y social, por el cual 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.

## **XV. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO APLICABLES A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

---

No obstante, la enumeración de los principios contenidos en la Ley, se aplica sin perjuicio de otros principios generales del Derecho Público, dentro de los cuales se debe destacar los principios del procedimiento administrativo enumerados en el Título Preliminar de la Ley N° 27444. Y eso es fundamental, puesto que los procesos de selección son procedimientos administrativos. A su vez, en todo el proceso de contratación ocurren múltiples actuaciones administrativas, las cuales están reguladas por los principios aplicables.

---

Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 27 y TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1987, p. 60 y ss.

Existen en consecuencia externalidades negativas como los daños derivados de responsabilidad civil extracontractual o externalidades positivas como los *free riders*, que se benefician gratuitamente de las transacciones de otros. Ambas requieren ser internalizadas a fin de que el mercado no se vea afectado por una asignación indebida de los recursos. Si esas externalidades afectan a la contratación administrativa nos encontramos ante una asignación indebida de los recursos públicos, que le pertenecen al contribuyente.

(148) FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel. "Contratación pública con criterios de sostenibilidad". En: *Boletín Económico de ICE* N° 2830. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005, p. 36.

(149) Sobre el particular: SOTO SALAZAR, Roldán. "Aplicación del principio de sostenibilidad ambiental en los procesos de selección". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 251. Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2014, p. 245 y ss.

## 1. El debido procedimiento administrativo

Este principio es sumamente importante en la contratación administrativa, siendo que nos vamos a referir al mismo de manera reiterada en el presente libro. Así, conforme a la Ley N° 27444, el principio del debido procedimiento implica que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al denominado debido proceso adjetivo o procesal, el que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

De otro lado, y dada la autonomía del Derecho Administrativo procesal, la Ley del Procedimiento Administrativo General preceptúa además que la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable al principio de debido procedimiento solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo y de manera supletoria<sup>(150)</sup>. Ello es importante a fin de evitar emplear de manera indebida el ordenamiento procesal civil al Derecho Público, situación que ocurre de manera reiterada, como veremos más adelante en el capítulo relativo a la solución de controversias durante la ejecución contractual.

A su vez, el principio que venimos describiendo, es componente de uno más amplio y complejo, que es el del debido proceso en sede administrativa. Dicho principio constituye además un derecho fundamental, conforme lo establecido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y constaría por lo menos de los siguientes elementos<sup>(151)</sup>:

- **Derecho a ser oído:** La Administración no puede decidir sin escuchar a la parte interesada o sin darle la posibilidad de expresarse sobre el mérito de la decisión<sup>(152)</sup>. Este derecho se manifiesta, por ejemplo, en el derecho a pedir vista de las actuaciones, es decir, poder observar el estado del procedimiento en cualquier momento; pero también en el derecho de impugnar lo decidido por la autoridad administrativa, por lo menos a través del empleo del recurso de reconsideración.
- **Derecho a ofrecer y producir pruebas:** La prueba constituye la actividad material dirigida a determinar la veracidad de los hechos respecto la cuestión planteada por la autoridad administrativa o por el administrado. Los particulares tienen derecho a

---

(150) Artículo IV, inciso 1, literal 1.2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(151) LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. "Los principios del procedimiento administrativo". En: *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. UNAM, México, 2005, p. 188 y ss.

(152) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 66.

ofrecer y producir las pruebas que consideren pertinentes, las cuales se sumarán a las producidas y obtenidas de oficio. La Administración no puede negarse a hacer efectiva la prueba ofrecida por el particular, salvo en casos excepcionales y cuando la prueba sea claramente irrazonable, debiendo fundamentar su rechazo.

- **Derecho a una decisión fundada:** Este derecho se relaciona con el requisito esencial de motivación del acto administrativo, es decir que la decisión administrativa debe expresar los fundamentos que llevan a la emisión del acto. Caso contrario, resultaría muy complicado que el administrado pueda defenderse de lo resuelto por la administración si ello le perjudicase. Es por ello que la falta de motivación acarrea la nulidad del acto administrativo.
- **Derecho al plazo razonable:** Los administrados tienen derecho a que el procedimiento sea resuelto en un plazo que permita una defensa adecuada a sus intereses. La plasmación del derecho al plazo razonable se encuentra, entre otras instituciones, en el silencio administrativo y en la institución de la queja administrativa; y tiene una estrecha relación con el principio de celeridad, al cual aludiremos más adelante.

### **El debido proceso en sede administrativa**

En un primer término, es necesario tener clara la complejidad de la institución jurídica que venimos describiendo. Lo que ocurre es que el debido proceso es, al mismo tiempo, un principio constitucionalmente consagrado, una garantía de la Administración de Justicia y, sobretodo, un derecho constitucional<sup>(153)</sup>, sometidos a una importante protección por parte del ordenamiento.

Definimos debido proceso como el conjunto de garantías indispensables para que un proceso o procedimiento pueda ser considerado justo; es decir, en el que se pueda declarar válidamente el derecho de alguien.

---

(153) **Constitución de 1993:**

**Artículo 139.** *Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*

“(…)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

(…)”.



Ello implica necesariamente reconocer a una persona su calidad de sujeto de derecho dentro de todo procedimiento o proceso<sup>(154)</sup>.

Ahora bien, el debido proceso, como derecho constitucional, es un derecho complejo, definiéndose como tal aquel derecho cuyo contenido se encuentra conformado a su vez por otros derechos, de naturaleza y estructura más sencilla. En este orden de ideas, el debido proceso contiene en su seno derechos tan importantes como el derecho al juez o autoridad natural, el derecho de defensa o la motivación de las resoluciones emitidas por la entidad respectiva.

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia, peruana y comparada, reconocen dos modalidades de debido proceso, el adjetivo y el material. En primer término, el debido proceso adjetivo o procesal implica el cumplimiento de las normas que regulan el proceso o procedimiento, las mismas que se encuentran en la Constitución y que son desarrolladas en las normas procesales pertinentes.

Asimismo, el debido proceso material o sustantivo implica la emisión de una sentencia o resolución ajustada a derecho, es decir, como resultado de la realización de un proceso justo. Ello implica que se cumplan con criterios mínimos de razonabilidad, de proporcionalidad, de equidad, que permitan vincular el debido proceso, no solo con el cumplimiento de requisitos formales, sino además con la satisfacción de la justicia como valor<sup>(155)</sup> necesario para obtener la resolución de los conflictos y la paz social.

Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia del país y de parte del resto del Mundo están considerando al derecho al debido proceso como un derecho que no solo es aplicable a los órganos jurisdiccionales, sino también a los entes administrativos, e inclusive, a las entidades privadas de naturaleza corporativa. Semejante ampliación tiene su origen en el concepto original del *due process of law* de la doctrina norteamericana el mismo que se encuentra contenido en la V Enmienda a la Constitución Norteamericana<sup>(156)</sup>. A su vez, dicho principio tiene su origen en la Carta Magna Inglesa, a través de la frase “*by the law of the land*” (según la ley del

---

(154) MONROY GÁLVEZ, Juan. “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En: GUTIÉRREZ, Walter (dir.). *La Constitución Comentada*. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 497.

(155) Sobre el particular: BUSTAMANTE, Reynaldo. “El Derecho a una decisión justa como elemento esencial de un Proceso Justo”. En: *Derecho & Sociedad*. N° 15, Lima, 2000, p. 39 y ss.

(156) “(...); ni podrá obligársele a nadie a testificar contra sí mismo en una causa penal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el **debido proceso legal**; ni tampoco podrá tomarse la propiedad privada para uso público sin una justa compensación”. (El resaltado es nuestro).

lugar) y se plasma finalmente en la Ley de 1344 que se aprueba para controlar la actuación del rey<sup>(157)</sup>.

Dicho concepto no hace distinciones respecto a la naturaleza del proceso al cual resulta aplicable el precepto acotado, razón por la cual el concepto puede aplicarse sin mayores dificultades a procesos judiciales, administrativos, e inclusive, a procesos que se dan en entidades privadas de naturaleza corporativa, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

### **Los derechos constitucionales implícitos como sustento del debido proceso en sede administrativa**

Es necesario precisar en primer lugar que la Jurisprudencia Peruana, en materia de acciones de garantía, configura uno de los casos poco comunes en los cuales las decisiones jurisdiccionales resultan ser vinculantes para los demás órganos del Poder Judicial. En este orden de ideas, la Jurisprudencia Peruana estaría considerando, con cierta regularidad, que ciertos principios resultan equiparables a los derechos fundamentales, razón por la cual su violación permitiría la procedencia de una acción de amparo. Amparándose en la violación del citado principio, puede considerarse que existe la afectación a un derecho constitucional y declararse fundado el amparo que se sustente en dicho supuesto.

Ahora bien, a fin de justificar la existencia de un derecho al debido proceso en sede distinta a la jurisdiccional, resulta de aplicación la llamada **cláusula de los derechos implícitos**, contenida en el artículo tercero de la norma constitucional<sup>(158)</sup>, que configura, en el caso peruano, lo que doctrina llama derechos fundamentales implícitos o no enumerados. Estos se definen como aquellos derechos fundamentales que no se encuentran enunciados explícitamente en la Constitución, pero que se deducen de ciertas características de la organización política del país esbozadas por la propia Carta Magna<sup>(159)</sup>. Estas características tienen que ver con la

---

(157) Sobre el particular: CARBONELL, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 95-96.

(158) **Constitución de 1993:**

**Artículo 3.-** La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

(159) Sobre el particular: RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005, p. 93 y ss. y SÁENZ DÁVALOS, Luis. "La cláusula de derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 13, Normas Legales, Trujillo, 2002, p. XXI y ss.

dignidad del hombre reconocida por el texto constitucional, con la forma republicana de gobierno, con los valores democráticos, con la soberanía y con las consideraciones análogas.

El principio antes indicado no resulta ser ninguna novedad, puesto que proviene del constitucionalismo norteamericano. La IX Enmienda a la Constitución Norteamericana señala claramente que los derechos enumerados en la norma no eliminan otros que fueran reconocidos al pueblo<sup>(160)</sup>. Esta norma tiene a su vez su origen en la concepción iusnaturalista de que los derechos constitucionales son anteriores y superiores al Estado.

Ahora bien, este precepto no debe emplearse para reconocer derechos de configuración eminentemente legal o que no se derivan automáticamente del concepto de dignidad de la persona, siendo necesario entonces sustentar el reconocimiento de un derecho fundamental específico en determinadas consideraciones susceptibles de verificarse. Así, es posible sustentar el derecho al debido proceso en procedimientos administrativos a través de dos razonamientos: Uno, de naturaleza valorativa, a partir de la propia naturaleza de los derechos fundamentales. Otro, a partir de una lógica funcional.

En primer término, el debido proceso en sede jurisdiccional se encuentra debidamente consagrado en nuestra carta fundamental como resultado de la aplicación de los principios propios de la tramitación de procedimientos en los cuales se va a decidir respecto a derechos e intereses de los individuos. Si se va a resolver un conflicto o controversia, es necesario que existan principios mínimos que permitan llevar a cabo dicha función apropiadamente.

Si trasladamos el referido razonamiento a la Administración Pública, queda claro que la misma, al realizar un procedimiento administrativo, resuelve un conflicto o petición. Los principios mínimos que se requieren para ello conforman los conceptos de debido proceso a los que nos estamos refiriendo. Ello, máxime si como hemos indicado líneas arriba el concepto original del *due process of law* no distingue el proceso al cual resulta aplicable en cada caso concreto.

Por otro lado, el debido proceso en sede administrativa puede justificarse mediante una lógica funcional. La falta de reconocimiento del citado

---

(160) **De la Constitución Norteamericana:**  
**Enmienda IX**

“La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no deberá interpretarse como la negación o el menosprecio de otros derechos retenidos por el pueblo”.

derecho abre las puertas a la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades inherentes a la Administración Pública y la posibilidad que en dicho ejercicio se vulneren derechos de los particulares, sin que haya un plausible control para ello<sup>(161)</sup>. El concepto de equilibrio entre intereses particulares y el interés general que hemos referido líneas arriba queda por completo desvirtuado.

En sentencias relativamente recientes, el Tribunal Constitucional ha estado haciendo referencia, por lo menos en forma limitada, al artículo 3 de la Constitución Peruana de 1993 para justificar el derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa. En consecuencia, hoy en día existe una utilización más explícita de dicho precepto constitucional para justificar la ampliación de la aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha empleado de manera reiterada el principio del debido proceso en sede administrativa incluso antes de su consagración legal<sup>(162)</sup>.

### **El contenido del derecho al debido proceso en sede administrativa**

Ahora bien, este derecho al debido proceso en sede administrativa tiene un contenido que no está enfocado a todos los componentes de los que se le reconocen al debido proceso en sede judicial. En primer lugar, en el ámbito de la Administración Pública no cabe hablar de cosa juzgada, sino tan solo de cosa decidida. Las resoluciones administrativas que agotan la vía administrativa son susceptibles de ser impugnadas en la vía judicial a través del proceso contencioso-administrativo<sup>(163)</sup>, por lo cual no gozan de la inmutabilidad de las resoluciones judiciales<sup>(164)</sup>.

Sin embargo, el artículo 142 de la Constitución aparentemente reconoce la existencia de dos tipos de resoluciones administrativas que no son impugnables: Las emitidas por el Jurado Nacional de elecciones en materia electoral y por el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución de magistrados. Sobre ello es preciso efectuar dos

---

(161) GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?". En: *Ius et veritas*. N° 22. PUCP, Lima, 2001, p. 344.

(162) Sobre el particular: OCHOA CARDICH, César. Ob. cit., pp. 68-75.

(163) **Constitución de 1993:**

**Artículo 148.-** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

(164) No obstante, la cosa juzgada no es absolutamente inmutable. En circunstancias muy especiales cabe la revisión de un proceso judicial, en particular mediante el empleo de dos mecanismos: La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales que no hayan emanado de un procedimiento regular.

aclaraciones. La primera, que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral son decisiones jurisdiccionales, no administrativas, razón por la cual no cabe contra estas el proceso contencioso-administrativo pero sí el proceso de amparo<sup>(165)</sup>, por las mismas razones por las que cabe dicho proceso constitucional contra resoluciones emanadas de un proceso judicial que no es regular.

La segunda, que las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura no tienen por qué poseer la calidad que la norma constitucional les atribuye, puesto que admitir ello implicaría permitir el uso arbitrario del poder, que no es admisible en un Estado de Derecho. Sobre ello se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, estableciendo que es posible revisar dichas decisiones cuando estas vulneran los derechos fundamentales, generando en buena cuenta lo que doctrina denomina una mutación constitucional.

Por otro lado, existen elementos comunes a ambos ámbitos de aplicación del derecho al debido proceso, sea el jurisdiccional o el administrativo. La doctrina y la jurisprudencia incluyen el derecho de defensa, el derecho a la presentación de pruebas, el derecho a que la entidad ante la cual se sustancia el proceso emplee necesariamente el procedimiento preestablecido por la ley, la motivación de la resolución emitida, el derecho a un plazo razonable para la emisión de la resolución respectiva, entre otros.

### **Elementos diferenciales**

Ahora bien, el debido proceso en sede administrativa posee ciertos elementos diferenciales respecto al debido proceso en sede judicial. En primer lugar, la posibilidad de impugnar judicialmente la resolución emitida por la autoridad administrativa, posibilidad a la cual hemos hecho referencia líneas arriba. Asimismo, es preciso tomar en cuenta la naturaleza reglada del accionar administrativo, la misma que genera un marco de acción más limitado respecto de la entidad que el que poseen en general los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, no cabe necesariamente adoptar como elemento inherente al debido proceso en sede administrativa la garantía de la instancia plural, dado que no toda autoridad administrativa que se pronuncia en un procedimiento posee una instancia superior. Esto ocurre en muchos procedimientos administrativos, pero también en procedimientos

---

(165) Sobre el particular: SALCEDO CUADROS, Carlo Magno. "¿Qué es materia electoral? A propósito del control jurisdiccional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones". En: *Actualidad Jurídica*. N° 143, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 146 y ss.

institucionales en los cuales quien resuelve es la máxima autoridad administrativa. Claro, siempre es posible el recurso de reconsideración, el cual además es opcional, y es resuelto por la misma autoridad que emite el acto impugnado.

Finalmente, por regla general, las entidades administrativas carecen de la facultad de inaplicar una norma legal a un caso concreto, facultad que si posee la judicatura, denominada control difuso y que está contenida en el artículo 138 de la Constitución. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en un discutible precedente<sup>(166)</sup>, le ha otorgado dicha facultad a los tribunales administrativos y demás órganos colegiados que tramiten procedimientos trilaterales, vale decir, que efectúen actividad cuasijurisdiccional. A esto nos vamos a referir de manera amplia en el capítulo relativo a estos procedimientos.

### **Limitaciones al debido proceso en sede administrativa**

Finalmente, el Tribunal Constitucional, en discutibles pronunciamientos, ha limitado el alcance del debido procedimiento en sede administrativa, estableciendo supuestos en los cuales ha considerado que el mismo no es aplicable. Por ejemplo, en el supuesto de procedimientos internos o institucionales, así como en el caso de procedimientos en los cuales se realiza una investigación, como es el caso del Ministerio Público<sup>(167)</sup>.

Ello es evidentemente restrictivo del derecho al debido proceso, puesto que no existe razón alguna para limitar este derecho en estos supuestos. Los procedimientos institucionales generan en la práctica resultados que pueden afectar indirectamente a administrados y de manera directa a empleados públicos, los cuales también poseen derecho al debido proceso. A su vez, en el caso de procedimientos de investigación el resultado puede ser un acto administrativo (como es el caso de los procedimientos ante el Ministerio Público) con lo cual nos encontramos ante un verdadero procedimiento administrativo.

### **El componente sustantivo**

Es evidente además que existe definitivamente un componente sustantivo en el debido proceso en sede administrativa. En sede administrativa es necesario también que se emita una resolución justa. Cuando hacemos referencia a una resolución justa en particular queremos decir que esta decisión no podrá ser arbitraria. Ello implica, en consecuencia, que la

---

(166) STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, y su respectiva Aclaración.

(167) RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., pp. 331-332.

citada decisión se sustente en una aplicación de la norma jurídica vigente a los supuestos de hecho del caso concreto<sup>(168)</sup>.

Lo señalado en el párrafo precedente significa además que el acto administrativo se emite, no en uso de facultades discrecionales, sino en uso de facultades regladas y predeterminadas de la Administración Pública. Ello se encuentra corroborado inclusive por la propia jurisprudencia peruana, que ha señalado claramente que una decisión administrativa no puede responder a criterios absolutamente discrecionales, pues debe ponderarse contextos y situaciones al emitirse el acto resolutivo.

Ahora bien, cuando nos referimos a actividad discrecional describimos aquella que no depende de normas legislativas concretas y pre-existentes que la regulen. Las facultades discrecionales le permiten al órgano administrativo cierta libertad para elegir entre uno u otro curso de acción, o para hacer una cosa de una u otra forma<sup>(169)</sup>. La necesidad de permitirle a la Administración Pública cierta actividad discrecional deriva, en principio, de la circunstancia de que es imposible para el legislador tener una visión exacta de los elementos concretos que, al menos en parte y en ciertos casos, condicionan la oportunidad de la decisión administrativa.

Sin embargo, el primer cuestionamiento a la existencia de dichas facultades, es que, por definición, las mismas se encontrarían libres de todo control, en especial, judicial. La razón de ser del principio de legalidad reside precisamente en el control de la arbitrariedad estatal.

El reconocimiento del debido proceso sustantivo en sede administrativa permite conjurar en forma más eficiente el riesgo de un comportamiento de la Administración que puede resultar formalmente ajustado a derecho –con lo cual podríamos encontrarnos ante el cumplimiento de preceptos propios del debido proceso formal– pero que en realidad vulnera derechos fundamentales, que poseen una posición preferente respecto a intereses, principio o metas que no sean derechos constitucionalmente consagrados, tengan naturaleza individual o colectiva.

Por otro lado, al obedecer el acto discrecional a una decisión que no se encuentra regulada expresamente por la norma legal, la judicatura carecería de parámetros para determinar si la decisión de la administración

---

(168) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo - “El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso Justo”. En: *Derecho & Sociedad*. N° 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000, p. 42.

(169) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2001, p. 444.



resulta ser justa o no. La existencia del debido proceso sustantivo en sede administrativa —que se encuentra reconocido por la doctrina y jurisprudencia peruana, como ya lo hemos indicado— permite a la judicatura tener parámetros más o menos objetivos para evaluar el comportamiento de la Administración Pública.

## 2. El principio de impulso de oficio

El principio de impulso de oficio —o de oficialidad, según parte de la doctrina<sup>(170)</sup>— implica que las autoridades administrativas deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias<sup>(171)</sup>. La continuidad del procedimiento no depende del administrado, sino de la autoridad administrativa.

Dicho principio, que es congruente con la doctrina y el derecho comparado<sup>(172)</sup>, tiene su origen en el carácter inquisitorial o inquisitivo del procedimiento administrativo que a su vez se origina en la concepción de interés general que anima a la Administración Pública<sup>(173)</sup>. La satisfacción de dicho interés se da de manera directa a través de la tramitación del procedimiento<sup>(174)</sup>, sea cual sea la naturaleza del mismo, y que siempre es dirigido por la autoridad administrativa.

La Ley del Procedimiento Administrativo General señala también que la autoridad competente, aún sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación así como superar cualquier obstáculo que se oponga a la regular tramitación del procedimiento<sup>(175)</sup>. Una disposición similar se encontraba en el artículo IV del Título Preliminar del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, el mismo que preceptuaba que cuando una autoridad advierta un error u omisión en el procedimiento deberá encauzarlo de oficio o a pedido de parte.

Además, la Ley N° 27444 señala que la autoridad administrativa deberá determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal, de manera similar a lo que ocurre

---

(170) LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. Ob. cit., p. 185.

(171) Artículo IV, inciso 1, literal 1.3 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(172) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 81.

(173) PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo. Parte General*. Ariel, Barcelona, 1998, pp. 562.563.

(174) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 69.

(175) Artículo 145 de la Ley N° 27444.



en sede judicial; así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida.

Este principio es crucial para la contratación administrativa, donde en efecto deben realizarse todos los actos necesarios para llegar a un resultado, desde las actuaciones preparatorias, pasando por el proceso de selección, hasta la ejecución contractual. Ello se manifiesta aun con mayor intensidad en los procedimientos administrativos sancionadores que tramita el Tribunal de Contrataciones, a lo cual nos vamos a referir en el capítulo respectivo.

### **Contenido del principio de impulso de oficio**

En consecuencia, la autoridad administrativa a quien toca decidir sobre el trámite del recurso puede y debe adoptar las medidas que sean necesarias para la adecuada impulsión del procedimiento, y para la averiguación de los hechos reales, sin necesidad de acción directa de los particulares más allá de la presentación de la solicitud inicial y el cumplimiento de las obligaciones propias del procedimiento. La Administración debe llegar a la resolución final sin necesidad del impulso de ninguno de los particulares involucrados en el procedimiento<sup>(176)</sup>.

La autoridad administrativa debe también decidir la apertura a prueba del expediente en los casos en que ello sea oportuno y ordenar la actuación de las pruebas que considere pertinentes<sup>(177)</sup>. Por iguales razones deberá pedir los informes y dictámenes que sean convenientes para la resolución del caso. En general, los actos de instrucción dentro del procedimiento administrativo deben realizarse de oficio. Finalmente, deberá remover los obstáculos que impidan una tramitación debida del procedimiento.

Asimismo, el impulso de oficio es un componente esencial del debido proceso en sede administrativa, al permitir la tramitación adecuada y eficiente de los procedimientos, en beneficio de los administrados. Además, permite generar celeridad en la tramitación de los procedimientos, formando parte de la necesaria racionalización de la Administración Pública.

Finalmente es preciso tener en cuenta que existen ciertas actuaciones que dependen de la acción directa del administrado –como podrían ser los supuestos de abandono del procedimiento– y, a su vez, ciertas

---

(176) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., p. 463.

(177) COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 129.

situaciones en las cuales la Administración no puede actuar de oficio, en especial si la iniciación del procedimiento opera por interés únicamente del administrado en el caso de los procedimientos iniciados a pedido de parte.

### 3. El principio de razonabilidad

El principio de razonabilidad implica que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando crean obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados –es decir, respecto a los denominados actos de gravamen–, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido<sup>(178)</sup>.

La razonabilidad, en sentido estricto, implica que los fines perseguidos por la limitación a los intereses de los administrados sean válidos y legítimos en un Estado de Derecho<sup>(179)</sup>. Si los fines de dichos actos de gravamen tienen por finalidad justificar un comportamiento arbitrario, autoritario o discriminatorio por parte de la Administración Pública es evidente que la misma viola el principio de preferencia por los derechos fundamentales y deviene en inconstitucional.

#### El principio de proporcionalidad

Ahora bien, el principio de razonabilidad tal como está definido por la Ley N° 27444 implica en su contenido al principio de proporcionalidad, que a su vez está conformado por tres criterios: idoneidad, necesidad y ponderación. En primer lugar, es necesario que la afectación a los intereses del administrado se encuentre dirigida al fin perseguido por la medida. Se requiere en segundo lugar que, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública escoja aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar<sup>(180)</sup>.

Es necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida

---

(178) Artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(179) Sobre el particular: RUBIO CORREA, Marcial. Ob. cit., p. 241 y ss. También: INDACOCHEA PREVOST, Úrsula. "Calle de las pizzas y ponderación constitucional". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 5. CDA, Lima, 2008, p. 293.

(180) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad". En: *Revista Jurídica*. Tomo 80. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 17

con la limitación<sup>(181)</sup>; concepción esta última que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador –que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida– realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad.

Lo que ocurre es que el principio de proporcionalidad debe cumplir con el principio del Óptimo de Pareto<sup>(182)</sup>. Wilfredo Pareto, economista italiano, ha definido la generación de una mejora en el bienestar social, y en consecuencia la obtención de eficiencia, como una situación que se origina si no se reduce el bienestar individual y por lo menos mejora un individuo, con relación a la situación inicial, mejorando la sociedad en su conjunto, como ya lo hemos señalado líneas arriba en este capítulo<sup>(183)</sup>.

La eficiencia de Pareto recusa entonces el utilitarismo social, que permite la obtención de bienestar social mediando el sacrificio de determinados sujetos. La restricción del derecho fundamental por parte de la Administración Pública debe generar un bienestar mayor a la sociedad en su conjunto, sin perjudicar a ninguno de los individuos. A su vez este concepto es sumamente importante para la regulación de la contratación administrativa, como vamos a verlo varias veces en este trabajo.

---

(181) **Exp. N° 2235-2004-AA/TC, Sentencia de fecha 18 de febrero de 2005:**

“(…)

Por su parte, el principio de proporcionalidad exige, a su vez, que la medida limitativa satisfaga los subcriterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel.

A su vez, en el f. j. 109 de la STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal afirmó que el principio de necesidad impone al legislador adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita. Como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida por el legislador aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental.

(…)

Asimismo, en la misma STC Exp. N° 0050-2004-AI/TC, este Tribunal destacó que ‘(…) de acuerdo con el principio de proporcionalidad, strictu sensu, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de esta debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental’ (f. j. N° 109).

(…)”.

(182) Sobre el particular: ALEXY, Robert. “Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional”. En: *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara, México, 1993, p. 10.

(183) KAFKA, Folke. *Teoría Económica*. Universidad del Pacífico, Lima, 1994, pp. 730-731.

## La importancia de estos principios

El principio de razonabilidad es en realidad un importante componente del derecho al debido proceso en sede administrativa, al nivel de lo que se denomina debido proceso sustantivo, como ya lo hemos indicado anteriormente. Este implica que las resoluciones deben seguir criterios mínimos de proporcionalidad y razonabilidad, a fin de que la resolución que se emita sea intrínsecamente justa. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha establecido la aplicación de este principio al ámbito del procedimiento administrativo aun antes de haberse incorporado en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

A su vez, el principio de razonabilidad en sentido estricto y el principio de proporcionalidad implican una restricción adicional a la discrecionalidad atribuible a la Administración Pública y evita, en consecuencia, la posibilidad de emisión de resoluciones arbitrarias o injustas, que puedan vulnerar derechos fundamentales del administrado<sup>(184)</sup>. Esto se hace evidente en los procedimientos administrativos sancionadores, en los cuales la autoridad administrativa goza de cierto margen de acción para poder determinar la sanción a aplicar ante una infracción determinada, margen que no debe implicar su uso indebido por las entidades administrativas.

### 4. El principio de informalismo

El principio de informalismo establece que las normas de procedimiento 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 que puedan ser subsanados dentro del procedimiento<sup>(185)</sup>.

Este principio establece en realidad una presunción a favor del administrado, para protegerlo de la mera forma o el rito, propia del procedimiento administrativo tradicional. En primer lugar, implica una aplicación del principio de *in dubio pro actione* propio del derecho comparado, que establece la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de petición administrativa por parte del administrado a fin de asegurar la decisión sobre el fondo del asunto<sup>(186)</sup>.

Es decir, en caso de duda respecto a la procedencia de una solicitud del administrado, o respecto a la continuidad de un procedimiento

---

(184) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 70.

(185) Artículo IV, inciso 1, literal 1.6 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(186) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., p. 461.

determinado, la autoridad administrativa prefiere darle trámite. Puede considerarse incluso que el principio de informalismo surge de la concepción de administrado como colaborador de la Administración en la obtención del bien común<sup>(187)</sup>.

Es claro, además, que este principio pretende que lo sustantivo prevalezca sobre las formas. Hoy en día el procedimiento administrativo no se concibe como un mecanismo que desincentive su seguimiento a fin de obtener la resolución final, sino más bien como un trámite organizado que permita obtener el resultado con el mayor respeto a los derechos de los administrados.

Ejemplos de lo antes indicado los podemos encontrar en la existencia de requisitos mínimos para la presentación de escritos, la subsanación documental en general, la corrección de los errores cometidos por el administrado al calificar recursos realizada por la Administración, la posibilidad de presentar sucedáneos de medios probatorios, la necesidad de resolución expresa para establecer el abandono<sup>(188)</sup> y otros más en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Asimismo, un elemento de particular importancia que debemos tener en cuenta es que el principio que señalamos solo puede ser invocado a favor de los Administrados, pero nunca a favor de la Administración, la misma que debe actuar ajustada a la Ley, al amparo de los principios de legalidad y de debido procedimiento<sup>(189)</sup>. Interpretación distinta permitiría a la autoridad administrativa eludir formalidades a fin de generar situaciones arbitrarias.

La limitación a este principio reside en que la excusa a la formalidad no afecte derechos de terceros o el interés general. El problema en este aspecto lo encontramos en el hecho de que la entidad encargada de determinar cuándo existiría afectación a los derechos de terceros, y en especial, al interés general, es la propia Administración, lo cual eleva su margen de discrecionalidad, pudiendo impedir el ejercicio del principio antes referido.

Ahora bien, este principio ha tenido una aplicación accidentada en la contratación administrativa<sup>(190)</sup>. A primera vista, pareciera que los procedimientos que ocurren en esta materia son eminentemente formales, y así lo ha entendido muchas veces el Tribunal de Contrataciones. En otras

---

(187) COMADIRA, Julio R. Ob. cit., p. 133.

(188) OCHOA CARDICH, César. Ob. cit., p. 46.

(189) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 74.

(190) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 76 y ss.

ocasiones se ha empleado dicho principio para resolver un recurso de reconsideración a favor del administrado en un procedimiento administrativo sancionador<sup>(191)</sup>, debiéndose emplear de manera conjunta con otros principios para no afectar el proceso de selección<sup>(192)</sup>.

Asimismo, en muchos casos es necesario que exista una mayor flexibilidad, a fin de promover una mayor participación de los proveedores. Asimismo, y como lo vamos a señalar de manera reiterada, una mayor rigidez de la normativa, lejos de evitar la generación de supuestos de desviación de poder se convierte en un caldo de cultivo para ellos.

## 5. El principio de presunción de veracidad

El principio de presunción de veracidad señala que en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos presentados y las declaraciones formuladas por los administrados en la forma prescrita por la Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman<sup>(193)</sup>. Se presume entonces la veracidad de lo afirmado por el particular, salvo prueba en contrario.

De esta manera, se traslada al administrado la responsabilidad respecto a la verificación previa de la veracidad de la documentación, se libera a la Administración de una parte sustancial de la carga que genera dicha verificación y a la vez se facilita a los particulares la interacción con la autoridad administrativa<sup>(194)</sup>. El efecto procesal generado consiste en la asignación de la carga de la prueba de la invalidez de la documentación a la Administración en favor del administrado. Se debe señalar, sin embargo, que esta presunción evidentemente admite prueba en contrario, configurándose como una presunción legal relativa.

Este principio es un componente de la denominada simplificación administrativa, por la cual se pretende que los trámites administrativos sean más sencillos para la Administración, y en especial, para el administrado y se le permita a este acceder con mayor facilidad a la obtención de pronunciamientos por parte de la Administración. La simplificación administrativa es aplicable también a la contratación administrativa, no obstante la existencia de muchas regulaciones que más bien la dotan de mucha rigidez.

---

(191) Resolución N° 1158-2014-TC-S1.

(192) CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. "El informalismo en los procesos de selección". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 189, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014, pp. 243-244.

(193) Artículo IV, inciso 1, literal 1.7 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(194) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *La Simplificación Administrativa. Primer paso hacia la desburocratización*. ILD, Lima, 1990, p. 34.

A su vez, la facilidad señalada en el párrafo precedente se traduce en una mayor tutela de los derechos fundamentales de los administrados y en un mayor desarrollo económico. En tal sentido, el principio de presunción de veracidad no resulta ser ninguna novedad, pues ya se encontraba plasmada en el artículo 2 de la denominada Ley de Simplificación Administrativa, a su vez derogada por la Ley del Procedimiento Administrativo General, que la subsume.

Ahora bien, la manera como la Administración cautela el interés público es a través de la llamada fiscalización posterior, típico procedimiento de oficio, que opera al azar a través del sistema de muestreo y que es siempre posterior al propio procedimiento administrativo. Si el administrado ha empleado documentación falsa o fraudulenta se procederá a declarar la nulidad de la resolución emitida sin perjuicio de la imposición de la multa respectiva y de la comunicación al Ministerio Público para el inicio de la acción penal correspondiente. La fiscalización posterior también se encontraba regulada expresamente por la Ley de Simplificación Administrativa y permite generar mayor eficiencia en el accionar de la Administración Pública, como veremos más adelante.

Este principio es clave en los procedimientos que ocurren en la contratación administrativa y en especial en los procesos de selección. De hecho, no es posible verificar la veracidad de todos los documentos presentados por los postores, razón por la cual es necesario aplicar este principio hasta el momento en que existan indicios de su falsedad o inexactitud. Ello es posible cuando se presenta una apelación, o se efectúa la correspondiente fiscalización posterior.

Los efectos, a nivel correctivo, son la declaración de la nulidad del otorgamiento de la Buena Pro, e incluso, del contrato, como veremos más adelante, los cuales pueden operar de manera unilateral. En el ámbito sancionador, la presentación de información falsa o inexacta constituye infracción administrativa conforme lo establecido por la Ley y el Reglamento.

En este punto es necesario señalar dos decisiones relevantes del Tribunal de Contrataciones. La primera, que para determinar la falsedad o inexactitud de un documento, es suficiente que el organismo emisor determine que no ha expedido el mismo<sup>(195)</sup>. A su vez, debe existir medios probatorios fehacientes que acrediten dicha falsedad o inexactitud, situación en la cual será de aplicación, además la presunción de licitud<sup>(196)</sup>.

---

(195) Resolución N° 478-2011-TC-S2.

(196) Resolución N° 715-2014-TC-S3.

Sobre esta infracción vamos a tratar con mayor extensión en el capítulo respectivo de este libro.

### **Fiscalización posterior**

Por la fiscalización posterior –típico procedimiento iniciado de oficio, como ya hemos visto–, la entidad ante la que se realiza un procedimiento de aprobación automática o de evaluación previa, queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema del muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado<sup>(197)</sup>. Sobre este concepto vamos a volver de manera reiterada en este libro, puesto que es empleado permanentemente en la regulación contractual.

La fiscalización posterior es el comprensible correlato del principio de presunción de veracidad. Dado que se asume que la documentación es veraz la Administración Pública, en mérito de consideraciones de interés general, debe establecer mecanismos de fiscalización de la documentación presentada. Ello permite además que el Estado no renuncie a su función fiscalizadora, sin que ello perjudique a los administrados en la tramitación de los procedimientos administrativos<sup>(198)</sup>.

### **Realización de la fiscalización posterior**

Conforme lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, la fiscalización posterior comprende no menos del diez por ciento de todos los expedientes sujetos a la modalidad de aprobación automática, con un máximo de 50 expedientes por semestre, pudiendo incrementarse dicho número teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas<sup>(199)</sup>.

Resulta imposible poder fiscalizar todos los expedientes tramitados ante una entidad en esta modalidad, razón por la cual se establece un sistema de muestreo. Ahora bien, esta fiscalización se realiza evidentemente a través de muestras obtenidas al azar, sin que la determinación de los expedientes a verificar pueda someterse a la discrecionalidad de la autoridad encargada.

---

(197) Artículo 32, inciso 32.1 de la Ley N° 27444.

(198) ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. Ob. cit., p. 16. El texto compara la fiscalización posterior con, por ejemplo, el control de uso de sustancias indebidas en los deportes –*antidoping*–, y muestra como ejemplo el control aduanero de las personas que retornan al país.

(199) Artículo 32, numeral 32.2 de la Ley N° 27444.



Dicha fiscalización deberá efectuarse semestralmente de acuerdo con los lineamientos que para tal efecto dictará la Presidencia del Consejo de Ministros. La Ley sin embargo no señala el mecanismo normativo que deberá emplear dicho organismo para establecer dichos lineamientos. Por otro lado, la norma no señala el mecanismo a emplear cuando se deba verificar la autenticidad de aquello que ha sido presentado por el particular en un procedimiento de evaluación previa.

En este contexto, mediante Decreto Supremo N° 096-2007-PCM se ha regulado los lineamientos para la realización de la fiscalización posterior. Así, el artículo 4 de la norma preceptúa que los expedientes administrativos materia de fiscalización posterior serán seleccionados por medios electrónicos o informáticos. Así, en el caso de procedimientos administrativos de aprobación automática, el sistema de selección deberá garantizar una muestra aleatoria simple de no menos del 10 % del total de expedientes tramitados en el semestre, con un máximo de 50 expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA.

Asimismo, el artículo 5 prescribe que en caso que el mínimo de 10 % del total de expedientes tramitados en el semestre por cada procedimiento exceda el número de 50 expedientes, se podrá reputar que, en razón de su número e incidencia, tal procedimiento tiene un impacto sustancial sobre el interés general. En este caso, las entidades de la Administración Pública están facultadas a seleccionar, conforme al procedimiento previsto en el párrafo anterior, más de 50 expedientes hasta completar una cantidad de expedientes equivalente a la raíz cuadrada del número total de expedientes por cada procedimiento administrativo previsto en el TUPA.

Además, cada entidad a que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444 dictará las normas internas referidas al personal a cargo de la fiscalización posterior<sup>(200)</sup>. Corresponde a los directivos a cargo de los órganos y dependencias de las entidades que tramitan los procedimientos administrativos previstos en el TUPA respectivo, realizar la evaluación de los resultados de la fiscalización posterior, así como adoptar las acciones que correspondan.

Por otro lado, la revisión de los expedientes seleccionados comprenderá pero no se limitará a su verificación e investigación exhaustivas mediante la comprobación de su autenticidad y el cruce de información con aquellas personas o instituciones que puedan figurar en su

---

(200) Artículo 6 del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM.

contenido<sup>(201)</sup>, teniendo en cuenta que la facultad de verificación es amplia y no se limita a verificaciones documentales, pudiendo incluir inspecciones o pericias<sup>(202)</sup>.

La norma señala que se podrá solicitar a las entidades públicas y privadas que corroboren la autenticidad de las declaraciones, documentos, información y traducciones proporcionados por los administrados y que sirvió de sustento para el inicio del respectivo procedimiento administrativo. Asimismo, los informes semestrales conteniendo los resultados de la fiscalización posterior serán emitidos dentro del semestre siguiente a aquel en que se tramitaron los procedimientos administrativos materia de la fiscalización.

Finalmente, la norma crea la denominada “Central de Riesgo Administrativo”<sup>(203)</sup> donde se registrará el nombre y documento de identidad o RUC y domicilio de aquellos administrados que hayan presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta al amparo de procedimientos de aprobación automática o a evaluación previa. Esta Central será de acceso exclusivo a las entidades de la Administración Pública y tiene como propósito que estas tengan información acerca de los administrados que hayan incurrido en los actos previstos en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley N° 27444.

Se señala además que, sin perjuicio de la selección aleatoria de expedientes regulada en la norma, las entidades están obligadas a incluir de manera automática en sus acciones de fiscalización posterior, todo expediente iniciado por los citados administrados. Los casos en que se hayan presentado declaraciones, información o documentación falsa o fraudulenta por parte de los administrados serán comunicados a la Presidencia del Consejo de Ministros para su incorporación en la referida central.

### **Consecuencias de la declaración falsa o fraguada de un acto administrativo**

En aplicación de la concepción garantista de la fiscalización posterior, la norma establece que, en caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a comunicar el hecho a la autoridad jerárquicamente superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del

---

(201) Artículo 7 del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM.

(202) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 213.

(203) Artículo 8 del Decreto Supremo N° 096-2007-PCM.

acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento. Como ya hemos señalado, dicha nulidad debe declararse una vez efectuado el procedimiento de nulidad de oficio respectivo, en el cual se le ha otorgado al administrado la posibilidad de defenderse.

Como resultado, la nulidad que se declare debe estar relacionada directamente con la generación de los vicios del procedimiento establecidos en la Ley. En tal sentido, esta previsión legal no está creando una nueva causal de nulidad, sino más bien estableciendo una consecuencia ante la existencia de fraude o falsedad. Dicha consecuencia deberá concordar con las normas de la Ley de Procedimiento General que establecen las causales por las cuales puede declararse la nulidad de los actos administrativos.

Además, la autoridad procederá a imponer a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa a favor de la entidad entre dos y cinco Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago. Es evidente que, para ello, la entidad debe tramitar el procedimiento administrativo sancionador respectivo, con las obligaciones y derechos que ello conlleva, incluyendo la notificación al administrado para los respectivos descargos.

Ello, porque si la conducta se adecúa a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, esta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que de trámite a la denuncia respectiva, la misma que podría generar el inicio de la acción penal correspondiente<sup>(204)</sup>.

Sin embargo, en este caso concreto no existe una afectación al *non bis in ídem*, toda vez que si bien es cierto nos encontramos ante el mismo hecho y el mismo sujeto, el fundamento es distinto. Mientras que la sanción administrativa se dirige a la vulneración del principio de presunción de veracidad, la pena se dirige al bien jurídico denominado fe pública. Finalmente, la nulidad del acto administrativo constituye más bien una medida correctiva.

## **6. El Principio de conducta procedimental**

El principio de conducta procedimental indica que los sujetos que intervienen en un procedimiento administrativo –sean los administrados, y la propia autoridad administrativa–, deben realizar sus respectivos actos

---

(204) Artículo 32, numeral 32.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y, en especial, la buena fe<sup>(205)</sup>. Ello implica la existencia y reconocimiento de derechos a favor del administrado, pero también la imposición de deberes en relación con su actuación en el procedimiento.

En este punto, la Ley señala que ningún acto del procedimiento administrativo puede ser interpretado de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal. El principio de buena fe en las relaciones administrativas ha tenido cierto éxito en los últimos tiempos. De hecho, implica que la Administración no podrá exigirle al administrado más allá de lo estrictamente indispensable para la realización de los fines públicos<sup>(206)</sup>.

El principio de conducta procedimental es en realidad un principio que resulta aplicable a gran parte del ordenamiento jurídico y que aparece para cautelar el adecuado funcionamiento de los procedimientos en general. A su vez, pretende asegurar la confianza de las partes en la conducta adecuada de la otra. Ello evidentemente incluye también a la Administración Pública, puesto que se permite al administrado confiar en que la Administración resolverá conforme a derecho. En materia de contratación administrativa el elemento clave de este principio es la colaboración, puesto que el proveedor apoya a la entidad en la satisfacción del interés general.

En materia de contratación administrativa vamos a encontrar diversas manifestaciones de este principio, en que se establece la necesidad de un comportamiento conforme a la buena fe de las partes. Un principio que es aplicable a los contratos administrativos, como todo acuerdo, es que los mismos se celebran y tramitan conforme al principio de buena fe.

Asimismo, existen disposiciones que apelan a un comportamiento ético de las partes, en particular de la autoridad administrativa, conforme a las normas aplicables, en especial la Ley del Código de Ética de la Función Pública. Dicho comportamiento a su vez se dirige a tutelar principios propios de la contratación administrativa como son los de moralidad, libre concurrencia y competencia, imparcialidad y transparencia.

---

(205) Artículo IV, inciso 1, literal 1.8 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(206) PALOMAR OLMEDA, Álvaro. "Los Principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones". En: *Documentación Administrativa*. N°s 254-255. Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, p. 63.

## 7. El principio de eficacia<sup>(207)</sup>

El principio de eficacia señala que los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos que no incidan en su validez, que no determinen aspectos importantes en la decisión final, que no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión en los administrados.

Por ello, este principio debe emplearse e invocarse de manera conjunta con el de informalismo, no obstante, que este último es susceptible de aplicación de la manera más inmediata. Al igual que dicho principio, el de eficacia pretende proteger al administrado de los excesivos formalismos del procedimiento, mejorar la gestión administrativa y considerar al administrado como un colaborador dentro del procedimiento a fin de obtener el resultado más acorde con el bien común.

Como consecuencia directa de lo antes indicado es deber de las autoridades velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sus trámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones<sup>(208)</sup>; lo cual implica que la eficacia puede configurarse también como un derecho de los administrados en el procedimiento administrativo.

Asimismo, el referido principio establece que en todos los supuestos de aplicación del mismo, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio. Y es que, si bien el procedimiento administrativo no puede ser un obstáculo para la obtención de fines públicos; la ilegalidad del procedimiento, en buena cuenta, resulta ser abiertamente ineficaz<sup>(209)</sup>, puesto que puede generar, en última instancia, la invalidez del acto final a emitirse.

Ahora bien, en materia contractual este principio debe ser empleado a fin de asegurar el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación administrativa. En este orden de ideas, el Tribunal de Contrataciones lo ha aplicado en ocasiones acompañado de otros principios, como la presunción de veracidad, cuando por ejemplo, la adulteración de un

---

(207) Artículo IV, inciso 1, literal 1.10 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(208) Artículo 75, inciso 7 de la Ley N° 27444.

(209) COMADIRA, Julio R. Ob. cit., p. 139.

documento no afecta lo esencial de lo que el mismo señala en el contexto del procedimiento<sup>(210)</sup>.

## 8. El principio de verdad material

El principio de verdad material indica que en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo para sus respectivas decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas<sup>(211)</sup>.

En la contratación administrativa esto es fundamental en todas las etapas, y en especial, en los procedimientos administrativos sancionadores que tramita el Tribunal de Contrataciones. Dicho principio, a su vez, ha sido empleado por dicho órgano, acompañado de otros principios a los que hemos aludido, como eficiencia, presunción de veracidad y presunción de licitud.

Y es que la Administración no debe contentarse con lo aportado por el administrado, sino que debe actuar, aun de oficio, para obtener otras pruebas y para averiguar los hechos que hagan a la búsqueda de la verdad material u objetiva, ya que en materia de procedimiento administrativo la verdad material prima sobre la verdad formal.

Ello conlleva un principio de especial importancia en el ámbito de la actividad probatoria que es la oficialidad de la prueba, por la cual la Administración posee la carga de la prueba de los hechos alegados o materia de controversia, a menos que considere que basta con las pruebas aportadas u ofrecidas por el administrado<sup>(212)</sup>, lo cual se hace más evidente en los procedimientos de oficio, en especial en los procedimientos administrativos sancionadores.

La verdad material implica que, en el momento de la correspondiente toma de decisiones, la Administración debe remitirse a los hechos, independientemente de lo alegado o probado por el particular<sup>(213)</sup>. Esto diferencia al procedimiento administrativo del proceso civil, donde el juez debe ajustarse a las pruebas aportadas por las partes, siendo estas el único fundamento de la sentencia y tratándose, por tanto, de una verdad formal. En el proceso judicial, en consecuencia, el juez puede

---

(210) Resolución N° 1158-2014-TC-S1.

(211) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(212) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 453-454.

(213) COMADIRA, Julio R. Ob. cit., p. 127.

basarse en indicios o presunciones, atribución que no posee el funcionario administrativo.

El principio de verdad material parte de la concepción publicista o inquisitiva del procedimiento administrativo, considerando que la entidad administrativa no solo debe cautelar el interés de los administrados, sino también el interés común. Por ello se distingue claramente de la concepción de verdad formal, propia más bien del proceso judicial, en donde la búsqueda del interés general es indirecta, a través de la solución de conflicto o la corrección de la incertidumbre jurídica.

### **El caso particular de los procedimientos trilaterales**

No obstante lo indicado anteriormente, la Ley de Procedimiento Administrativo General señala que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas<sup>(214)</sup>. Ello implica que la carga de la prueba le corresponde en principio a las partes, dada la especial naturaleza del procedimiento trilateral, que se muestra intermedia entre el proceso judicial y el procedimiento administrativo.

Una clara muestra de esto se encuentra en el artículo 235 de la Ley N° 27444, que señala que el reclamado deberá presentar la contestación de la reclamación dentro de los quince días posteriores a la notificación de esta; vencido este plazo, la Administración declarará en rebeldía al reclamado que no la hubiera presentado.

La norma señala que las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o meritadas como ciertas por la autoridad administrativa. Lo cual significa que, de manera análoga a lo que ocurre en el proceso judicial, la rebeldía generaría presunción legal relativa de verdad de los hechos alegados, que, en consecuencia, no requieren probanza.

Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés general. Pero, en la práctica resulta difícil discernir cuando nos encontramos ante un procedimiento trilateral que entrañe interés general. Desafortunadamente, la ausencia de criterios materiales para determinar

---

(214) Artículo IV, inciso 1, literal 1.11, segundo párrafo, del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

el grado de interés general involucrado deja a discreción de la autoridad el empleo del principio de verdad material.

Ahora bien, en el ámbito de la contratación administrativa nos encontramos ante un procedimiento trilateral una vez que se ha presentado el recurso de apelación respecto del cual es competente el Tribunal de Contrataciones, procedimiento además en el cual participa no solo el postor impugnante, sino además aquel al cual se le otorgó la Buena Pro, al cual también se le denomina adjudicatario. En el mismo se evidencia un alto grado de interés general, dado que los contratos administrativos se dirigen a la satisfacción de necesidades públicas, como ya lo hemos señalado de manera reiterada.

## 9. El principio de simplicidad

El principio de simplicidad indica que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir<sup>(215)</sup>. Este principio es equivalente al de no agravación, que es propio de ordenamientos como el italiano o es español, por el cual no se debe imponer cargas superfluas a los administrados<sup>(216)</sup>.

Este principio pretende también asegurar la simplificación de los trámites administrativos, a fin de cautelar el derecho de petición de los administrados, pero también para fomentar el desarrollo económico. Se dirige además a reducir el costo que debe incurrir el administrado —en términos de tiempo, dinero y esfuerzo— para llevar adelante los procedimientos administrativos. A esto la doctrina denomina economía procesal.

Lo que ocurre es que la dificultad en la tramitación de los procedimientos genera dificultades innecesarias para el acceso de los particulares al mercado —denominadas barreras burocráticas—, las que impiden un crecimiento económico adecuado. Elementos que hacen patente este principio estriba en la prohibición de solicitar documentos innecesarios por parte de la Administración, el establecimiento de reglas para la determinación de tasas, la existencia de parámetros para la actuación de medios probatorios, entre otros.

---

(215) Artículo IV, inciso 1, literal 1.13 del Título Preliminar de la Ley N° 27444

(216) MASUCCI, Alfonso. "Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia". En: *Documentación Administrativa*. N° 248-249. Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997, p. 315.



En consecuencia, toda complejidad innecesaria debe ser eliminada por parte de las entidades y el procedimiento debe orientarse a ser poco costoso, no solo para la Administración Pública sino para el ciudadano. El Estado ha incurrido reiteradamente en el error de considerar que los requisitos, en tanto exigidos al ciudadano, y por ende, sin irrogar gasto al Estado, son baratos.

Dichos requisitos podrían estar incorporando gastos significativos a los ciudadanos, incluso mayores a los que el Estado pretende ahorrarse, sin tomar en cuenta que la existencia de trámites engorrosos genera también costos organizativos<sup>(217)</sup>. Además, los gastos que se trasladan a los ciudadanos deben ser racionales, es decir, que los medios utilizados como exigencia guarden proporcionalidad con los fines que se persigue cumplir con ellos<sup>(218)</sup>.

Este principio también ha tenido una aplicación compleja en los procedimientos propios de la contratación administrativa. Los procesos de selección poseen una regulación compleja y entrañan la realización de trámites y la presentación de documentos que resultan costosos. Sucesivas reformas a la normativa han procurado corregir estas dificultades; sin embargo, como lo hemos señalado anteriormente, la percepción sigue siendo la existencia de un proceso de contratación eminentemente rígido, en donde la posibilidad de la descalificación está siempre presente.

## 10. El principio de predictibilidad

El principio de predictibilidad, elemento de particular importancia para la simplificación de los trámites administrativos, establece que la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá<sup>(219)</sup>.

Pero además se requiere que la Administración Pública arroje resultados predecibles, es decir, consistentes entre sí. La administración no debe hacer diferencias en razón de las personas –imparcialidad y neutralidad–, y los ciudadanos deberían, al iniciar un trámite, tener una expectativa certera de cual será el resultado final que dicho procedimiento arrojará<sup>(220)</sup>.

---

(217) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. Ob. cit., p. 35.

(218) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 84.

(219) Artículo IV, inciso 1, literal 1.15 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

(220) ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. Ob. cit., p. 23.

Es por ello que los actos administrativos deben sujetarse estrictamente al ordenamiento jurídico, incluso a las normas administrativas emitidas por autoridad. Asimismo, los procedimientos administrativos deben someterse necesariamente al TUPA de la entidad. Es por ello que el TUPA configura no solo un medio para asegurar la legalidad del procedimiento administrativo, sino también constituye un mecanismo de simplificación administrativa normativa<sup>(221)</sup>, que pretende a su vez mayor seguridad jurídica y transparencia<sup>(222)</sup>.

Por otro lado, un elemento de particular importancia dentro de las fuentes del Derecho Administrativo son los precedentes, que son muy relevantes para asegurar el cumplimiento de este principio. Los precedentes administrativos se constituyen respecto a resoluciones que resuelven casos particulares interpretando de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, sea sustantiva o adjetiva, aplicable al procedimiento empleado por la entidad.

Ahora bien, dichos precedentes resultan de observancia obligatoria por la entidad donde se siga el respectivo trámite, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos administrativos deben ser publicados conforme a las reglas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>(223)</sup>. En este orden de ideas, es necesario señalar que OSCE emite precedentes, en primer lugar, a través de sus pronunciamientos; pero también a través de las decisiones del Tribunal de Contrataciones. Sin embargo, también se nota diferencias sustanciales en la manera en que el Tribunal de Contrataciones resuelve, lo cual afecta seriamente este principio<sup>(224)</sup>.

A su vez, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el particular<sup>(225)</sup>, empleando el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, al establecer que existió un tratamiento diferenciado que se encontraba injustificado. Siendo que ante un mismo supuesto de hecho deben

---

(221) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. "De la Simplificación de la Administración Pública". En: *Revista de Administración Pública*. N° 147. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, p. 10 y ss.

(222) CIERCO SEIRA, César. "La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia". En: *Revista de Administración Pública*. N° 152. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, p. 405.

(223) Artículo VI, inciso 1 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(224) Sobre el particular: MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "El principio de predictibilidad en las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 246. Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014, p. 39 y ss.

(225) STC Exp. N° 04293-2012-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014. Esta sentencia es célebre además por haber dejado sin efecto el control difuso en sede administrativa, como veremos en el Capítulo IX de este libro.

emplearse soluciones jurídicas equivalentes y no como ocurrió en las resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones<sup>(226)</sup>.

### **Finalidad del principio de predictibilidad**

El principio de predictibilidad tiene dos finalidades evidentes. La primera es la de permitirle al administrado poder determinar previamente el posible resultado de un procedimiento, lo cual le permitirá elaborar los mecanismos de defensa más adecuado para sus intereses. Ello evidentemente reduce los costos en los que debe incurrir el administrado en la tramitación de sus procedimientos e incentiva de manera inmediata el uso de mecanismos formales para la obtención de beneficios.

Pero, por otro lado, el principio de predictibilidad permitirá desincentivar la presentación de solicitudes sin mayor efectividad o legalidad, pues el administrado podrá conocer con cierta certeza la inviabilidad de su petición pudiendo decidirse por la abstención en el ejercicio de la misma. Esto a su vez redundará también en una evidente reducción de costos organizativos en favor de la Administración que tendrá que tramitar una menor cantidad de solicitudes. En materia de contratación administrativa esto es de medular importancia a fin de evitar recursos de apelación sin sustento.

## **XVI. A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

En la mayoría de los casos, nos encontramos ante la incorporación de ciertos principios que pueden considerarse pertinentes por parte del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado; así como la ampliación y aclaración de algunos otros, lo cual ha sido necesario a fin de que los mismos puedan emplearse adecuadamente en la regulación eficaz del proceso de contratación administrativa. A lo que debemos agregar que todos estos principios tienen como base al concepto de eficiencia, que se encuentra definido no solo en el artículo 4 de la Ley, sino además en el artículo 2 de la citada norma.

Sin embargo, resulta necesario que dichos principios aplicables a la contratación administrativa sean aplicados de manera efectiva. Es cierto que varios de ellos tienen su correlato en múltiples disposiciones de la Ley y de su Reglamento, pero también ocurre que algunos de ellos no son respetados por la normativa, razón por la cual los operadores jurídicos deberán interpretarlos conforme a estos principios (en aplicación de una de

---

(226) SSTC Exps. N°s 97-2012-TC-S1 y 170-2012-TC-S1.

las finalidades de dichos enunciados) a fin de que el sistema de contratación administrativa pueda funcionar coherentemente.

Finalmente, debemos aplicar a la contratación administrativa los principios del Derecho Administrativo, en especial los relativos al procedimiento administrativo. Principios como debido procedimiento y razonabilidad son aplicables al proceso de selección y además a los procedimientos administrativos sancionadores. Por otro lado, principios como informalismo o simplicidad deben ser aplicados con mayor intensidad en la contratación administrativa, no obstante, que su acercamiento a esta ha sido complejo, dada la especial rigidez que rodea a su regulación.

# CAPÍTULO III

## LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

### I. GENERALIDADES

---

Un elemento clave de la contratación administrativa es la autoridad administrativa. En primer lugar, aquella que contrata con el proveedor. En este caso hablamos de manera genérica de la entidad, la cual se caracteriza, además, por el ejercicio de función administrativa y que posee una organización determinada, establecida por la Ley.

En este punto la Ley<sup>(227)</sup> establece un conjunto de entes que se encuentran sometidos a su ámbito, que tienen en común encontrarse dentro del Estado, que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional, siempre que cuenten con autonomía administrativa, económica y presupuestal; siendo un elemento clave para ello el empleo de recursos públicos.

Pero también cumplen un rol fundamental las entidades rectoras del sistema. En primer lugar el OSCE, pero también un ente encargado de varias tareas en la materia, que es Perú Compras, ente cuya existencia se encuentra pendiente. En este orden de ideas, es fundamental determinar que nos encontramos ante un sistema administrativo.

En este orden de ideas es preciso señalar que los Sistemas Administrativos tienen por finalidad regular la utilización de los recursos en las entidades de la Administración Pública, promoviendo la eficacia y eficiencia en su uso, afectando directamente su gestión administrativa. Por ello, los sistemas administrativos están determinados taxativamente por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no pudiendo crearse otros sin que la citada norma sea modificada.

---

(227) Numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley.

A su vez, el Decreto Supremo N° 043-2006-PCM define los sistemas administrativos como los conjuntos de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las actividades de la Administración Pública, y que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento eficaz de los objetivos de las entidades a través de la utilización eficiente de los medios y recursos humanos, logísticos y financieros.

## **1. El Sistema Nacional de Abastecimiento**

El Sistema Nacional de Abastecimiento fue creado mediante Decreto Ley N° 22056, cuya Oficina Central Técnico-Normativa era inicialmente la Dirección Nacional de Abastecimiento del Instituto Nacional de Administración Pública, y que poseía como órganos de ejecución, las Oficinas de Abastecimiento de los Ministerios, los Organismos cuyo Jefe tiene rango de Ministro, los Organismos Públicos Descentralizados<sup>(228)</sup> y los Concejales Municipales. Ahora bien, mediante Ley N° 26507 se declaró en disolución al Instituto Nacional de Administración Pública, quedando el sistema nacional de abastecimiento sin un ente rector determinado por la norma legal vigente.

En primera instancia, podría considerarse que el OSCE es el ente rector del sistema que venimos describiendo. Sin embargo, la contratación administrativa, del cual dicha entidad es el ente rector como veremos más adelante, constituye solamente una porción del sistema nacional de abastecimiento, siendo que este incluye además otros tópicos relativos a la administración de los bienes a ser empleados por la entidad, más allá de la adquisición de bienes y servicios. En puridad, el sistema materia de análisis carece de ente rector, y como se verá es por lo menos discutible considerar que el OSCE esté desempeñando dicha atribución.

De hecho, el artículo 2 de Decreto Ley N° 22056 preceptúa que corresponde al Sistema de Abastecimiento asegurar la unidad, racionalidad, eficiencia y eficacia de los procesos de abastecimiento de bienes y servicios no personales en la Administración Pública, a través de procesos técnicos de catalogación, registro de proveedores, programación, adquisiciones, almacenamiento y seguridad, distribución, registro y control, mantenimiento, recuperación de bienes y disposición final; en donde la

---

(228) Debemos recordar que este término ya no es empleado por la LOPE. La norma, en su artículo 28, define los organismos públicos en general, distinguiendo los organismos públicos ejecutores de los organismos públicos especializados.

contratación administrativa, como lo hemos señalado, se encuentra incluida pero conjuntamente con varias otras atribuciones del sistema.

Por otro lado, el artículo 5 de la Ley N° 29151 establece el Sistema Nacional de Bienes Estatales como el conjunto de organismos, garantías y normas que regulan, de manera integral y coherente, los bienes estatales, en sus niveles de Gobierno Nacional, regional y local, a fin de lograr una administración ordenada, simplificada y eficiente, teniendo a la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales - SBN como ente rector. Este sistema no se encuentra incorporado al sistema nacional de abastecimiento y constituye en realidad un sistema funcional, con su propio ente rector.

## **2. El Sistema de Contratación Administrativa**

El Reglamento del TUO establecía con meridiana claridad que nos encontrábamos ante un sistema administrativo<sup>(229)</sup>. Sin embargo, la normativa posterior nos ha llevado a un terreno complicado, en el cual no tenemos claro si nos encontramos ante un sistema administrativo, un sistema funcional, o más bien ante un subsistema dentro del Sistema Nacional de Abastecimiento.

Es preciso en primer lugar efectuar el análisis desde la perspectiva del Ente Rector. Desde el punto de vista de la gestión pública, un sistema, sea funcional o administrativo, debe poseer un Ente Rector, el cual se encuentra encargado de la labor de coordinación y dirección al interior del sistema, a fin de que funcione coherentemente. Es el Ente Rector el que desempeña la función integradora del sistema, asegurando el logro de los objetivos públicos del mismo.

Así, conforme lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, los sistemas en general están a cargo de un Ente Rector que se constituye en su autoridad técnico-normativa a nivel nacional; dicta las normas y establece los procedimientos relacionados con su ámbito; coordina su operación técnica y es responsable de su correcto funcionamiento en el marco de la referida Ley, sus leyes especiales y disposiciones complementarias.

---

(229) **Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:**

**Artículo 4.- Sistema Administrativo de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**

El sistema administrativo de contrataciones y adquisiciones del Estado establecido por la Ley es de ámbito nacional y su regulación corresponde exclusivamente al Ministerio de Economía y Finanzas y al Consucode.

En este orden de ideas, el OSCE no es el ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento, que como lo hemos señalado constituye un sistema administrativo. El concepto antes indicado incluye elementos que van más allá de la contratación administrativa. Asimismo, si bien el artículo 58 de la Ley establece múltiples atribuciones del OSCE, estas no muestran que estemos frente a un ente rector de un sistema administrativo, siendo la Nueva Ley consistente también con dicha afirmación<sup>(230)</sup>.

Asimismo, el artículo 4 del Reglamento preceptúa que es competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas el diseño de políticas sobre dicha materia y su regulación, incrementando la incertidumbre sobre el particular. Como resultado, y a fin de darle coherencia al sistema, debemos considerar al sistema de contratación administrativa como un subsistema del Sistema Nacional de Abastecimiento, el cual a su vez tendría como ente rector al Ministerio de Economía y Finanzas.

Lo antes señalado es consistente con lo dispuesto por el Reglamento de Organización y Funciones de dicho ente<sup>(231)</sup>. A su vez, en su interior, la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad es la encargada de formular y proponer la política, medidas y regulaciones sobre contrataciones del Estado, que promuevan la eficiencia en la asignación de recursos de manera consistente con las leyes y acuerdos internacionales relacionados a las contrataciones públicas.

---

(230) **Nueva Ley de Contrataciones:**

**Artículo 57.- Definición**

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

(231) **Decreto Supremo N° 117-2014-EF:**

**Artículo 2.- Competencias**

2.1 El Ministerio de Economía y Finanzas, de conformidad con las leyes respectivas, tiene competencias en materias de carácter económico, financiero, fiscal, escalas remunerativas y beneficios de toda índole en el Sector Público, previsional público y privado en el ámbito de su competencia, inversión pública y privada, presupuesto público, endeudamiento público, tesorería, contabilidad, tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas; así como en armonizar la actividad económica y financiera nacional para promover su competitividad, la mejora continua de productividad y el funcionamiento eficiente de los mercados; y las demás que se le asignen por Ley.

2.2 El Ministerio de Economía y Finanzas ejerce sus competencias a través del cumplimiento de funciones orientadas al logro de los objetivos y metas del Estado, en el marco de la política nacional económica y financiera.



## II. LOS ÓRGANOS RESPONSABLES AL INTERIOR DE LA ENTIDAD

---

La normativa contractual prescribe<sup>(232)</sup> que cada entidad establecerá en su Reglamento de Organización y Funciones u otros instrumentos de organización, el órgano u órganos responsables de programar, preparar, ejecutar y supervisar los procesos de contratación hasta su culminación, debiendo señalarse las actividades que competen a cada funcionario, con la finalidad de establecer las responsabilidades que les resulten aplicables.

### 1. El titular de la entidad

Ahora bien, el Reglamento define<sup>(233)</sup> aquellos funcionarios y órganos que están a cargo de las contrataciones. En primer lugar, el Titular de la entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado.

En el caso de las empresas del Estado, el Reglamento preceptúa que el Titular de la entidad es el Gerente General o el que haga sus veces, mas no el directorio<sup>(234)</sup>. Es importante tener ello en cuenta en el marco de la Ley General de Sociedades y en especial respecto a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1031, que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por la Ley, el Titular de la entidad puede delegar la autoridad que se le otorga<sup>(235)</sup>. En verdad nos encontramos ante una desconcentración, para que exista consistencia con lo señalado por la Ley del Procedimiento Administrativo General. De hecho, muchas entidades, los primeros días del año, emiten una resolución en la cual efectúan dicha delegación, la cual se dirige en general a la Secretaría General y a la Oficina General de Administración o la que haga sus veces.

Esto muestra sin embargo algunas excepciones, como son por ejemplo: la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra y otros supuestos que se establecen en el Reglamento, como por ejemplo, la decisión

---

(232) Artículo 6 de la Ley.

(233) Artículo 5 del Reglamento.

(234) RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 48.

(235) Artículo 5 de la Ley.

de encargar una contratación<sup>(236)</sup>. La Nueva Ley, sin embargo, permite delegar la aprobación de las contrataciones directas que disponga el reglamento de acuerdo con la naturaleza de la contratación.

## **2. El área usuaria**

Asimismo, el área usuaria, conforme lo dispuesto por la Ley y el Reglamento, es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos que son formulados por otras dependencias de la entidad. En la Ley y el Reglamento el área usuaria posee determinadas atribuciones que también fueron modificándose según ha evolucionado la normativa contractual, conforme veremos más adelante.

Así, el Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria, que puede posteriormente autorizar al órgano encargado de las contrataciones para que realice ajustes a las características de lo que se va a contratar como resultado del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado. A ello nos vamos a referir más adelante al tratar las actuaciones preparatorias.

Asimismo, para la determinación del valor referencial, el Reglamento prescribe que el órgano encargado de las contrataciones está facultado para solicitar el apoyo que requiera del área usuaria, la que estará obligada a brindarlo bajo responsabilidad. Ello muestra la permanente relación de coordinación entre las áreas usuarias y el órgano encargado de las contrataciones.

## **3. El órgano encargado de las contrataciones**

Por otro lado, el órgano encargado de las contrataciones es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad<sup>(237)</sup>. En general, este órgano es denominado logística o abastecimientos y depende la Oficina General de Administración (OGA) o la que haga sus veces, dependiendo de los instrumentos de gestión de cada entidad.

En este orden de ideas, la Ley dispone que los funcionarios y servidores que formen parte del órgano encargado de las contrataciones de la entidad, deban estar capacitados en temas vinculados con las contrataciones públicas, de acuerdo con los requisitos que sean establecidos en

---

(236) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 52.

(237) *Ibidem*, p. 50.

el Reglamento. Este requisito se basa en la necesidad de eficiencia, a fin de que el proceso de contratación sea realizado de la manera adecuada.

Ahora bien, el Reglamento establece que los funcionarios y servidores del órgano encargado de las contrataciones de la entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de contratación, deberán ser profesionales y/o técnicos debidamente certificados, debiendo como mínimo poseer capacitación técnica en contrataciones públicas o gestión logística en general, no menor a ochenta (80) horas lectivas; experiencia laboral en general, no menor a tres (3) años; y experiencia laboral en materia de contrataciones públicas o en logística privada, no menor de un (1) año.

Los requisitos antes señalados tienen por finalidad otorgar la mayor eficiencia posible a dichos servidores. En este orden de ideas, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF incorpora una disposición que establece que los requisitos señalados podrán ser precisados o modificados mediante directiva emitida por el OSCE, lo cual tiene por finalidad otorgarle mayor flexibilidad a esta regulación.

Además, se señala que el procedimiento de certificación será establecido, según directivas emitidas por el OSCE. Como resultado, el OSCE administrará una base de datos de los profesionales y técnicos que cuenten con la respectiva certificación. Se dispone que esta información sea pública y de libre acceso en su portal institucional, en cumplimiento del derecho al acceso a la información pública, que constituye un derecho fundamental.

Como resultado, la Directiva N° 021-2012-OSCE-CD, aprobada mediante Resolución N° 407-2012-OSCE-PRE establece el procedimiento de certificación, estableciendo un examen de verificación de conocimientos, tal que, si el postulante obtiene la calificación de catorce (14) puntos o más, deberá presentar en la Sede Central o en las Oficinas Zonales del OSCE copia simple legible de los documentos que sustentan el cumplimiento de los requisitos establecidos líneas arriba.

Finalmente, se dispone que el OSCE emita directivas para la acreditación de las instituciones o empresas capacitadoras con la finalidad de que estas capaciten a los operadores de la norma en aspectos vinculados con las contrataciones del Estado. Es preciso señalar que dichas directivas no han sido emitidas aún siendo necesarias para efecto de completar esta materia.

Sin embargo, la Directiva antes citada preceptúa que a partir de la vigencia de esta, únicamente se considerarán para el cómputo de las 80 horas lectivas que constituyen requisito para la certificación aquellas

capacitaciones brindadas por OSCE o por sus aliados estratégicos. Asimismo, existe al interior de OSCE un registro de capacitadores, el cual cada cierto tiempo se somete a un procedimiento de renovación.

#### **4. Comité especial**

Asimismo, el Comité Especial es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. A ello nos vamos a referir con detalle más adelante en este trabajo, estableciendo las atribuciones de este importante órgano y su regulación a través de la normativa contractual.

#### **5. Órganos desconcentrados**

Finalmente, la normativa preceptúa<sup>(238)</sup> que la entidad podrá realizar contrataciones a través de sus órganos desconcentrados, siempre que estos cuenten con capacidad para contratar; o por medio de otros órganos funcionales con presupuesto propio y autonomía administrativa. Ello ocurre en particular respecto de oficinas que se encuentran territorialmente alejadas de la sede central, siendo ineficiente obligar a las mismas a contratar a través de la referida sede.

##### **Desconcentración de la titularidad de la competencia**

Dado que el encargo de gestión y la delegación se generan entre órganos de distintas entidades, es necesario establecer mecanismos que generen transmisión de titularidad al interior de estas. A ello se denomina en general desconcentración<sup>(239)</sup>. En consecuencia, la titularidad, así como el ejercicio de competencia, que haya sido asignada a los órganos administrativos, se debe desconcentrar en otros órganos jerárquicamente dependientes de aquellos<sup>(240)</sup>.

Esta previsión es enteramente concordante además con la presunción de competencia desconcentrada<sup>(241)</sup>, establecida en la Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que debe suponerse que la competencia se encuentra asignada al órgano de inferior jerarquía de función más similar en mérito a la materia y el territorio.

---

(238) Artículo 5 del Reglamento.

(239) PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel, Barcelona, 1998, p. 317.

(240) Artículo 74, numeral 74.1 de la Ley N° 27444.

(241) Artículo 62, numeral 62.1 de la Ley N° 27444.

Los órganos de dirección de las entidades se encuentran, en consecuencia, ampliamente descongestionados, liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que dichos órganos puedan concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados<sup>(242)</sup>.

Esta previsión, compatible con las disposiciones existentes sobre simplificación administrativa, permite un funcionamiento eficiente de la Administración Pública, estableciendo un mecanismo de racionalización de las actividades y de adecuada distribución de labores<sup>(243)</sup>. A la vez, pertenece a conceptos avanzados de organización funcional, en la cual incluso la autoridad tiende a decantarse entre unidades que desempeñan determinadas actividades concretas<sup>(244)</sup>.

Como resultado, a los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiere competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernen a sus intereses<sup>(245)</sup>, permitiendo un acercamiento de estos a la entidad en cuestión<sup>(246)</sup>; operación que les permite además un amplio margen de acción en materia de gestión. Dicha transferencia no es propiamente una delegación, sino más bien un mecanismo de ejercicio eficiente de la labor de la emisión de actos administrativos al interior de una entidad, máxime si la desconcentración tiene carácter permanente.

La desconcentración permite entonces que los funcionarios de menor rango acepten responsabilidad y apliquen su juicio. No solo sirve para capacitar, sino que mejora la confianza. Finalmente, la desconcentración funcional conduce a mejores decisiones y en forma más rápida. Para ello, se debe proporcionar los recursos que sean necesarios y suficientes. Estos recursos pueden ser financieros, administrativos, humanos o de tiempo. Sin ellos, es imposible que el funcionario administrativo de rango inferior pueda realizar la tarea asignada como resultado de la desconcentración administrativa.

---

(242) Artículo 74, numeral 74.2 de la Ley N° 27444.

(243) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *La Simplificación Administrativa. Primer paso hacia la desburocratización*. ILD, Lima, 1990, pp. 42-43.

(244) DE VAL PARDO, Isabel. *Administración de entidades Públicas*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1999, pp. 150-151.

(245) Artículo 74, numeral 74.3 de la Ley N° 27444.

(246) PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Tomo II, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 46.

## **6. Selección por encargo**

Asimismo, la normativa establece que, mediante convenio, las entidades podrán encargar a otras del Sector Público y/o Privado, nacional o internacional, la realización de sus procesos de contratación incluyendo los actos preparatorios que sean necesarios, conforme a los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento. A esto volveremos en el capítulo respectivo, señalando que este mecanismo siempre ha sido motivo de controversia, en especial frente al empleo de organismos internacionales.

Sobre el particular, el Reglamento establece<sup>(247)</sup> que por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria una entidad podrá encargar a otra Entidad Pública o Privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios y obras. Ello opera previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la entidad.

## **7. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos**

En este punto, la Ley establece<sup>(248)</sup> que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de dicha norma y su Reglamento. Ello implica la generación de responsabilidad administrativa, penal y civil; y dentro de la primera, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad ética, conforme las normas respectivas.

Por otro lado, se establece que, en caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, este deberá ejercerla de acuerdo con los principios de la contratación administrativa que hemos analizado en el capítulo respectivo. Como ya lo hemos señalado anteriormente, la discrecionalidad implica la posibilidad de optar por determinadas acciones dentro del marco de la legalidad, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, lo cual explica la necesidad de establecer un marco de acción en el ámbito de la Contratación Administrativa.

La norma señala además que la evaluación del adecuado desempeño de los servidores o funcionarios en las decisiones discrecionales es

---

(247) Artículo 86 del Reglamento.

(248) Artículo 46 de la Ley.

realizada por la más alta autoridad de la entidad a la que pertenece, a fin de medir el desempeño de los mismos en sus cargos. Para tal efecto, la entidad podrá disponer, en forma periódica y selectiva, la realización de exámenes y auditorías especializadas. La norma preceptúa además que, en el caso de las empresas del Estado, dicha evaluación es efectuada por el Directorio.

En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley, se establece que se aplicarán, de acuerdo con su gravedad, las sanciones establecidas en el ordenamiento, que son la amonestación escrita, la suspensión sin goce de remuneraciones de treinta (30) a noventa (90) días, el cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce (12) meses; así como la destitución o despido.

### **El procedimiento disciplinario**

Desde el punto de vista técnico, los servidores y funcionarios públicos estarían sometidos a un procedimiento típicamente disciplinario, cuya tramitación varía dependiendo del régimen al que está sujeto el trabajador. Como resultado, las sanciones deberán ser impuestas previo procedimiento disciplinario que, en el caso del personal sujeto al régimen de la carrera administrativa, se ceñirá a las disposiciones legales vigentes sobre la materia y en particular en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa.

En los demás casos deberá aplicarse el procedimiento administrativo sancionador señalado en la Ley, en lo que fuere pertinente<sup>(249)</sup>. Ello no implica que el procedimiento empleado sea el procedimiento sancionador, sino que las normas de dicho procedimiento se aplican de manera supletoria. Ello, hasta que se definan las normas en materia de procedimiento disciplinario en el ámbito del empleo público.

Ahora bien, el procedimiento disciplinario, contrariamente a lo señalado por la gran mayoría de las normas legales en el Perú, no es un procedimiento administrativo, puesto que este último está diseñado para culminar en un acto administrativo, mientras que el procedimiento disciplinario culmina en un acto de administración interna. Y resultan evidentes las diferencias entre ambas actuaciones administrativas, a las que haremos referencia de manera exhaustiva en la segunda parte del presente tratado.

A este nivel es necesario señalar que nos encontramos ante una importante variación a esquemas sancionadores propios, por ejemplo, de la actividad privada. Las entidades que poseen personal sujeto al régimen

---

(249) Artículo 239, *in fine*, de la Ley N° 27444.

de la actividad privada deben adecuarse a este esquema sancionador, derivado más bien de una concepción estatutaria publicista del manejo del personal de la Administración.

Ello explica la utilización de las sanciones antes señaladas aplicables tradicionalmente al régimen de la carrera administrativa y de los esquemas de la actividad privada, en los que cabría más bien el despido –en el caso del régimen laboral de la actividad privada– o la resolución del contrato, en el caso de la contratación administrativa e incluso civil.

### **Lo dispuesto por la Ley del Servicio Civil sobre el particular**

Finalmente, la Ley del Servicio Civil<sup>(250)</sup> dispone que la autoridad del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia inicia el procedimiento de oficio o a pedido de una denuncia, debiendo comunicar al servidor por escrito las presuntas faltas y otorgarle un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar el descargo y las pruebas que crea conveniente para su defensa.

Para tal efecto, el servidor civil tiene derecho a conocer los documentos y antecedentes que dan lugar al procedimiento. La norma establece que vencido el plazo sin la presentación de los descargos, el proceso queda listo para ser resuelto.

Se establece además que, cuando la comunicación de la presunta falta es a través de una denuncia, el rechazo a iniciar un proceso administrativo disciplinario debe ser motivado y notificado al que puso en conocimiento la presunta falta, si estuviese individualizado.

De manera previa al pronunciamiento de las autoridades del proceso administrativo disciplinario de primera instancia, y luego de presentado los descargos, la norma establece que el servidor civil procesado puede ejercer su derecho de defensa a través de un informe oral, efectuado personalmente o por medio de un abogado, para lo cual se señala fecha y hora única.

Asimismo, la norma dispone que la autoridad del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia realice las investigaciones del caso, solicitando los informes respectivos, examinando las pruebas que se presenten a fin de imponer las sanciones que correspondan.

Finalmente, la norma preceptúa que, durante el tiempo que dura el procedimiento administrativo disciplinario el servidor civil procesado,

---

(250) Artículo 93 de la Ley N° 30057.



según la falta cometida, puede ser separado de su función y puesto a disposición de la oficina de recursos humanos. Mientras se resuelve su situación, el servidor civil tiene derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedido de hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco (5) días o presentar renuncia.

### **El caso del Convenio Marco**

En este punto, el numeral 8.6.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD "Convenio Marco"<sup>(251)</sup> preceptúa que el Titular de la entidad, o el que haga sus veces, será responsable de disponer el inicio de las acciones pertinentes, de acuerdo con las normas y procedimientos disciplinarios en el caso de determinadas faltas que se hayan cometido en el empleo de esta modalidad de contratación.

En primer lugar, durante la operatividad en el Catálogo Electrónico, cuando se generen incumplimientos de cualquier índole, como la negativa injustificada de recepción de prestaciones, otorgamiento de conformidad de prestaciones extemporáneo, pago extemporáneo, falta al comportamiento ético u otros relacionados a las reglas de negocio específicas de cada Catálogo Electrónico.

Asimismo, cuando se apliquen otros mecanismos de contratación distintos a la contratación efectuada a través del Catálogo Electrónico del Convenio Marco, para bienes y/o servicios incluidos en este, sin autorización previa del OSCE. No es válida, en ningún caso, la autorización en vía de regularización.

### **Supervisión de la contratación administrativa**

En cuanto a la supervisión se prescribe<sup>(252)</sup> que la entidad supervisará, directamente o a través de terceros, todo el proceso de ejecución, para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. La supervisión en este caso constituye un mecanismo de control, que permite el cumplimiento de las obligaciones de los servidores involucrados, así como de los contratistas.

Como resultado, y en cuanto a la ejecución contractual, la Ley preceptúa que, la entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas, cuyo incumplimiento genera la resolución del contrato, como veremos con detalle más adelante.

---

(251) Aprobada mediante Resolución N° 292-2012-OSCE-PRE.

(252) Artículo 47 de la Ley.

Finalmente, se dispone con claridad en la Ley que el hecho que la entidad no supervise los procesos no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder. Dicha responsabilidad se hace efectiva a través del respectivo procedimiento administrativo sancionador, conforme lo dispone la Ley y el Reglamento.

### **Lo dispuesto en este punto por la Nueva Ley**

En este orden de ideas, la Nueva Ley establece en cuanto al principio de responsabilidad, que todas aquellas personas que intervengan en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule con esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de efectuar contrataciones de manera eficiente, maximizando los recursos públicos invertidos y bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las disposiciones de la presente Ley y su reglamento y los principios, sin perjuicio de los márgenes de discrecionalidad que se otorgan. La novedad es el empleo de la gestión por resultados, la misma que cumple un rol fundamental en la Nueva Gestión Pública, a la cual aludimos repetidamente en esta obra.

La norma establece que, de corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo con el régimen jurídico que los vincule con la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan. Ello es clave puesto que los mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad varían si es que nos encontramos ante funcionario público o no, y si estamos ante el primer caso cual es el régimen aplicable, sea el del Servicio Civil, el de la carrera administrativa, el contrato administrativo de servicios, entre otros.

Asimismo, se establece que la entidad en todos sus niveles debe supervisar, directamente o a través de terceros, todo el proceso de contratación, constituyéndose como un mecanismo de control concurrente o simultáneo. La Nueva Ley reitera en este punto que el hecho de que la entidad no supervise los procesos no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder.

### **III. EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE**

---

La norma define que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público, que goza

de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Se señala además que su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, lo cual señala también la Nueva Ley, sin tomar en cuenta lo dispuesto por la Ley del Servicio Civil.

La naturaleza de OSCE es de lo que se denomina un organismo técnico especializado<sup>(253)</sup>. Dichos entes se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. Ejemplos de esto son la Autoridad Portuaria Nacional, adscrito al sector Transportes y Comunicaciones; así como el Instituto del Mar del Perú (Imarpe), adscrito al Sector Producción.

Si bien OSCE constituye un organismo técnico especializado, su antecesor inmediato, Consucode, constituía un organismo ejecutor<sup>(254)</sup>. En este caso es evidente que nos encontramos ante una política de Estado que debe controlarse y ejecutarse, que es la realización eficiente de la contratación administrativa, para efectos de satisfacer necesidades públicas.

Asimismo, se crea un organismo técnico especializado cuando se requiere establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado. El ejemplo más evidente de esto es el Indecopi –que constituye nuestra agencia de competencia– o la Oficina de Normalización Previsional - ONP.

Estos organismos, que gozan de independencia para ejercer sus funciones, están dirigidos por un Consejo Directivo, como veremos más adelante. Asimismo, se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias. Finalmente, su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

---

(253) **ROF de OSCE:**

**Artículo 3.- Naturaleza Jurídica del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE**

El OSCE, es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público y constituye pliego presupuestal.

(254) Decreto Supremo N° 034-2008-PCM, el mismo que califica los organismos públicos.

## 1. Antecedentes

Un remoto antecesor del OSCE era el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Dicho ente era definido<sup>(255)</sup> como una institución pública descentralizada, con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa, integrante del Subsector Vivienda y Construcción del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, que se encontraba encargada de resolver en última instancia administrativa las discrepancias que se produzcan entre las entidades licitantes, contratantes y los postores o contratistas de obras públicas a nivel nacional.

En aquella época, el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas contaba con el Tribunal de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas y con la Dirección Ejecutiva. Esta última era la encargada de cumplir y tramitar las Resoluciones y Acuerdos del Tribunal y de coordinar la acción administrativa y técnica del Consulcop, siendo que su titular era nombrado por el Tribunal.

Posteriormente, la redacción original de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado crea el Consucode, definiéndolo un organismo público descentralizado que se encontraba adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público y que gozaba de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

El presidente del Consucode era el titular del Pliego presupuestario y máxima autoridad administrativa de la institución. Era nombrado por Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros. Por otro lado, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones es el órgano jurisdiccional del Consejo, el cual carecía de atribuciones administrativas.

## 2. Funciones del OSCE

En primer lugar, la Ley establece que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene por funciones, en primer lugar, velar y promover el cumplimiento y difusión de la ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias. No obstante ello, no podemos afirmar que sea el ente rector del sistema administrativo de abastecimiento establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como ya lo hemos indicado anteriormente..

---

(255) Artículo 1 del Decreto Ley N° 26143.

En este orden de ideas, el Reglamento establece<sup>(256)</sup> que el OSCE deberá adoptar las medidas necesarias para supervisar el debido cumplimiento de la Ley, el Reglamento y normas complementarias, emitiendo para el efecto resoluciones, pronunciamientos, entre otros; pudiendo requerir a través del Seace u otro medio, información y la participación de todas las entidades para la implementación de las medidas correctivas que disponga.

### **Atribuciones normativas**

Por otro lado, el OSCE emite directivas, lineamientos, manuales, instructivos, formatos y comunicados sobre materias de su competencia. Esta atribución debe ejercerse de manera cuidadosa, puesto que genera regulación, y puede enfrentarse con la que produce el Tribunal, el cual puede además generar precedentes, los mismos que son también vinculantes.

La redacción original del Reglamento solamente disponía la emisión de directivas, pero la redacción actual incrementa el catálogo de las normas que la entidad puede emitir, ampliando sustancialmente su potestad reglamentaria. Se señala además que las actuaciones administrativas que aprueban las directivas y lineamientos deberán ser publicadas en el diario oficial *El Peruano*<sup>(257)</sup>.

### **Atribuciones administrativas**

Asimismo, le corresponde a OSCE resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa. Ello ocurre, por ejemplo, con las observaciones dentro de los procesos de selección, donde resuelve OSCE las elevaciones solicitadas por los participantes. Consiguientemente, dicho organismo resuelve los recursos de apelación sometidos a su competencia, a través del Tribunal de Contrataciones.

Por otro lado, constituye atribución de OSCE administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como cualquier otro

---

(256) Segunda Disposición Complementaria Final.

(257) **Artículo 4.- Competencias en materia de contrataciones del Estado**

Las normas sobre contrataciones del Estado establecidas en la Ley y el presente Reglamento son de ámbito nacional, siendo competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas el diseño de políticas sobre dicha materia y su regulación. Corresponde al OSCE emitir directivas, lineamientos, manuales, instructivos, formatos y comunicados respecto a la aplicación de la Ley y su Reglamento, y aquellas que la normativa le asigne. Las actuaciones administrativas que aprueban las directivas y lineamientos deberán ser publicadas en el diario oficial *El Peruano*. Es nulo de pleno derecho cualquier disposición o acto que se emita en contravención de lo dispuesto en el párrafo anterior.

instrumento necesario para la implementación y operación de los diversos procesos de contrataciones del Estado. A este importante registro nos vamos a referir más adelante en el siguiente capítulo del presente libro.

Asimismo, una importante atribución del OSCE es desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (Seace). Este sistema es de particular importancia para el funcionamiento del proceso de contratación administrativa; al cual nos vamos a referir más adelante en este capítulo.

Además, corresponde a OSCE, a través del Tribunal de Contrataciones, imponer sanciones a los proveedores que contravengan las disposiciones de esta ley, su reglamento y normas complementarias, así como los árbitros en los casos previstos en la Ley. Es así que se cumple el principio de legalidad en materia de la atribución de la potestad sancionadora.

### **Atribuciones en materia de fomento**

Asimismo, establece la Ley que le corresponde al OSCE implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado. Como lo hemos señalado anteriormente, dichas capacidades y competencias deben acreditarse al interior del órgano encargado de las contrataciones en la entidad. Es preciso señalar que esta es una novedad de la Ley N° 29873, consistente con la necesidad de una mayor eficiencia de las labores que se realizan al interior de las entidades.

Se establece también como competencia de OSCE la promoción de la Subasta Inversa, determinando además las características técnicas de los bienes o servicios que serán provistos a través de esta modalidad. Este proceso de selección especial permite generar mayor eficiencia, como veremos en el capítulo correspondiente del presente libro.

Finalmente corresponde a OSCE realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.

### **Atribuciones en materia de supervisión**

Por otro lado, OSCE posee la competencia de supervisar y fiscalizar, de forma selectiva y/o aleatoria, los procesos de contratación que realicen las entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago con fondos públicos, independientemente del régimen

legal que fuera aplicable. Es preciso señalar que los alcances de esta atribución fueron ampliados a través de la reforma proveniente de la Ley N° 29873.

Como resultado, esta supervisión también alcanza a un conjunto de las contrataciones a las cuales no se les aplica propiamente la normativa contractual, a las que nos hemos referido anteriormente en el capítulo I de este libro. En primer lugar, las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias; así como las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero; los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre entidades, o entre estas y organismos internacionales; la contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

Finalmente, dicha supervisión se efectúa respecto a las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, 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 este orden de ideas, OSCE posee la atribución de suspender los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe trasgresiones a la normativa aplicable, pudiendo adoptar y/o disponer las medidas que resulten necesarias para tal efecto, incluida la no emisión de las constancias necesarias para la suscripción del respectivo contrato, sin perjuicio de la atribución del Titular de la entidad de declarar la nulidad de oficio de dichos procesos. La redacción original de la Ley limitaba esta atribución a la existencia de indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito, dando cuenta a la Contraloría General de la República.

Por otro lado, es competencia de OSCE poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo con el marco legal vigente. De hecho, la Contraloría posee la atribución de sancionar funcionarios públicos, la misma que ha generado controversia. A este punto nos vamos a referir de manera amplia en el capítulo XV del presente libro.

### **En materia arbitral**

Corresponde además al OSCE organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con los reglamentos que apruebe para tal efecto. Esta atribución ha sido motivo de controversia puesto que implica participar en el ámbito en el cual ya existe oferta privada, con lo que podría estarse vulnerando el principio de subsidiariedad establecido en la Constitución. Sobre esto vamos a volver en el capítulo correspondiente.

Por otro lado, conforme lo dispuesto por la normativa contractual, OSCE posee la atribución de designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral, en la forma establecida en el Reglamento. También a ello nos vamos a referir más adelante, en el capítulo correspondiente.

### **En materia consultiva**

Conforme lo establecido por la Ley, corresponde a OSCE, absolver consultas sobre las materias de su competencia, poseyendo entonces atribuciones consultivas, como ocurre con los entes rectores de sistemas administrativos. La norma establece que las consultas que le efectúen las entidades son gratuitas, en aplicación del principio de colaboración entre entidades.

De acuerdo a lo señalado por el Reglamento<sup>(258)</sup>, el OSCE absuelve las consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las entidades, así como por el Sector Privado y la sociedad civil. La formulación de consultas debe efectuarse en relación a los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE.

Asimismo, se establece que las consultas que no se ajusten a lo establecido en el párrafo precedente serán observadas, siendo responsabilidad del solicitante su subsanación; de no cumplir con subsanarlas se las tendrá por no presentadas. Las opiniones que se emitan absolviendo las consultas formuladas serán publicadas en el portal institucional del OSCE. Esta última es una reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, puesto que la redacción original de la norma establecía que las consultas que no se ajusten a lo establecido en el párrafo precedente no darán lugar a respuesta.

---

(258) Segunda Disposición Complementaria Final.



Por otro lado, el Reglamento establece<sup>(259)</sup> que las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en las opiniones conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal.

Finalmente, y en cumplimiento del principio de publicidad, el Reglamento dispone<sup>(260)</sup> que las opiniones mediante las cuales el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se pongan a disposición de los usuarios a través del sistema de búsqueda rápida que implemente el OSCE en su portal institucional. La utilización de dicho sistema se pondrá en conocimiento de los usuarios a través comunicado que el OSCE emita para tal efecto.

### **Desconcentración**

La norma establece que corresponde a OSCE además desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo con lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones. Esta competencia es clave para asegurar el ejercicio del resto de atribuciones de una manera más eficiente, sin tener que recurrir a la sede central.

En este orden de ideas, el Reglamento de Organización y Funciones de OSCE preceptúa que las Oficinas Desconcentradas tienen a su cargo la ejecución de las funciones y actividades desconcentradas del OSCE, en sus respectivas circunscripciones territoriales.

Asimismo, dicha norma preceptúa que las Oficinas Desconcentradas dependen jerárquicamente de la Presidencia Ejecutiva. Se establece además que en los asuntos de gestión administrativa mantienen relaciones de coordinación con la Oficina de Apoyo a la Gestión Institucional; y, respecto de las competencias que han sido desconcentradas, dependen funcionalmente de los órganos de línea del OSCE.

### **Otras atribuciones del OSCE no establecidas en la Ley**

En materia de transparencia y acceso a la información pública, y dada la importancia de estos conceptos, en especial en materia de contratación administrativa, la normativa establece que el OSCE publicará, trimestralmente, información de las adquisiciones y contrataciones

---

(259) Tercera Disposición Complementaria Final.

(260) Décimo segunda Disposición Complementaria Transitoria, incorporada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

realizadas por las entidades de la Administración Pública, cuyo valor referencial haya sido igual o superior a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias. Debe tenerse en cuenta que la norma fue emitida antes de la vigencia de la Ley, razón por la cual en su redacción no se refiere al OSCE, sino al Consucode.

La norma señala además que, para que pueda publicarse dicha información, deberá estar desagregada por pliego, cuando sea aplicable, detallando el número del proceso, el valor referencial, el proveedor o contratista, el monto del contrato, las valorizaciones aprobadas, de ser el caso, el plazo contractual, el plazo efectivo de ejecución, así como el costo final.

A su vez, el Reglamento de la norma prescribe que la información que debe publicar el OSCE (debiendo señalarse que la norma refiere al Consucode) es la que las entidades estaban obligadas a remitirle de conformidad con el artículo 46 del antiguo Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM<sup>(261)</sup> y el artículo 10 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM. Dicha normativa se repite en el TUO y su Reglamento.

Sin embargo, el 45 de la Ley establece que la entidad, bajo responsabilidad, deberá registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), todos los actos realizados en cada proceso de selección que convoque, los contratos suscritos y su ejecución, en la forma que establezca el Reglamento. Ello sustituye la regulación antes señalada, que ya no resultaba pertinente ante la existencia del Seace.

Ahora bien se dispone también en la Ley que las entidades exceptuadas de registrar información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), estarán obligadas a remitir dentro de los quince (15) días siguientes al cierre de cada trimestre a la Contraloría General de la República, una relación de todas las convocatorias realizadas en dicho periodo, con la documentación que permita apreciar su resultado. La Ley omite la remisión de información al OSCE, con lo cual dicha entidad va a tener dificultades para publicar la información requerida, lo cual limita la necesaria transparencia en estos aspectos.

---

(261) **Artículo 46.- Registro de Contratos.**

La entidad bajo responsabilidad, llevará un Registro Público de los procesos de selección que convoque, de los contratos suscritos y su información básica, debiendo remitir trimestralmente una estadística de dicha información al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en la forma que establezca el Reglamento.

## El caso de la Bolsa de Productos

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1063 prescribe que el OSCE deberá supervisar el proceso de adquisición de las entidades públicas que se efectúe a través de las Bolsas de Productos, cautelando que este se realice conforme a la normativa pertinente que para el efecto se apruebe.

A su vez, el Reglamento de la referida norma establece que, a través de directiva emitida por el OSCE, coordinada previamente con la Superintendencia del Mercado de Valores, se regulará los actos que las entidades deberán efectuar para sustentar la decisión de utilizar el mecanismo de adquisición regulado por el citado Decreto Legislativo.

Por otro lado, el referido Reglamento preceptúa que las entidades que adquieran bienes a través de las Bolsas, una vez cerrada la operación, deberán registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace la adquisición realizada, indicando el tipo de bien, el monto de la contratación y el número de póliza. Sobre esto vamos a tratar con detalle en el capítulo dedicado a los regímenes especiales de contratación.

### 3. Organización y recursos

En este punto, la norma dispone<sup>(262)</sup> que la organización del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, las características de los registros referidos en la Ley y demás normas complementarias para su funcionamiento serán establecidas en su Reglamento de Organización y Funciones, conforme lo establecen muchas otras normas en materia administrativa.

El llamado ROF es un instrumento de gestión de gran importancia, que permite establecer la estructura y atribuciones de la entidad, y que luego es desarrollada por otros instrumentos de gestión<sup>(263)</sup>, como son el

---

(262) Artículo 59 de la Ley.

(263) Los instrumentos de gestión son documentos técnico-normativos que regulan el funcionamiento de la entidad de manera integral, incluyendo entre ellas a los Reglamento de Organización y Funciones (ROF) los manuales de organización y funciones (MOF), el llamado Cuadro para Asignación de Personal (CAP), así como el Presupuesto Analítico de Personal, estos dos últimos consolidados entre sí producto de los dispuesto por la Ley del Servicio Civil.

Asimismo, se consideran instrumentos de gestión el Manual de Procedimientos (Mapro), el Reglamento Interno de Trabajo, los planes institucionales; e incluso, el Texto Único de Procedimientos Administrativos, así como el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones de la entidad.

Manual de Organización y Funciones (MOF). A su vez, es regulado por el Decreto Supremo N° 043-2006-PCM, el cual establece el procedimiento a seguir para su aprobación.

Dicho Reglamento fue aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, no obstante que ello debe ocurrir mediante decretos supremo, lo cual fue autorizado por el Decreto de Urgencia N° 048-2011<sup>(264)</sup>. El Reglamento de Organización y Funciones fue modificado a su vez por el Decreto Supremo N° 006-2014-EF, a fin de adecuarlo a las modificaciones a la Ley y al Reglamento.

### **Recursos del OSCE**

A su vez, conforme lo dispuesto por la Ley, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE posee un conjunto de recursos que son necesarios para el ejercicio de su competencia. Tenemos en primer lugar los generados por el cobro de tasas previstas en su Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA), las mismas que van dirigidas al financiamiento de los servicios que prestan.

Por otro lado, tenemos los generados por la venta de bienes y prestación de servicios, los cuales, como veremos más adelante, podrían estar vulnerando el principio de subsidiaridad establecido en la Constitución. Un servicio importante que se brinda es la administración de arbitrajes, como veremos en el capítulo respectivo, y que genera una gran controversia.

Son recursos de OSCE también los generados por la ejecución de las garantías. Las cuales son sanciones económicas provenientes de la presentación de recursos de apelación, que se ejecutan cuando se declaran infundadas de manera expresa. Estos recursos son materia de controversia también, como veremos más adelante, puesto que no solo implican una limitación al derecho a la tutela procesal efectiva, sino que además podrían constituir un incentivo perverso.

---

#### **(264) Artículo 2.- Fortalecimiento del OSCE**

Dispóngase que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en un plazo que no excederá de tres (3) meses contados a partir de la vigencia de la presente norma, realice las acciones necesarias para fortalecer sus procedimientos internos con el objeto de mejorar su nivel de eficiencia y eficacia operativa. Las medidas a adoptarse comprenderán la modificación de sus documentos de gestión.

Para tales fines, los documentos de gestión pertinentes serán aprobados por el Ministerio de Economía y Finanzas. Para la mejor aplicación de la presente disposición, suspéndanse las normas que se opongan o limiten su aplicación, incluidas las relativas al trámite de documentos de gestión.

La norma establece que constituyen recursos de OSEC también los generados por la capacitación y difusión de la normativa en materia de su competencia. En este caso debe tenerse cuidado también con la posible vulneración al principio de subsidiaridad establecido en la Constitución. En una economía de mercado estas labores deben ser desempeñadas por la actividad privada<sup>(265)</sup>.

Como ocurre con la generalidad de las entidades públicas, son recursos de OSCE los provenientes de la cooperación técnica nacional o internacional. Se define como cooperación técnica internacional el medio por el cual el Perú recibe, transfiere y/o intercambia recursos humanos, bienes, servicios, capitales y tecnología de fuentes cooperantes externas cuyo objetivo es complementar y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de desarrollo<sup>(266)</sup>.

Asimismo, constituyen recursos de OSCE los provenientes de las donaciones que se efectúen a su favor, recurso que es distinto al que hemos señalado en el párrafo precedente, puesto que las mismas no constituyen cooperación técnica al no existir contraparte.

Otro recurso importante de OSCE son los provenientes de la imposición de multas. Ahora bien, un principio fundamental de la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores es que las multas pasen directamente a tesoro público, a fin de evitar incentivos perversos en la tramitación de dichos procedimientos al momento de la imposición de las sanciones.

En este punto, el artículo 12 de la Ley N° 30230, la cual dispone un conjunto de medidas para favorecer la inversión, establece que los recursos que perciban las entidades públicas del Poder Ejecutivo, cuya función principal sea la de fiscalización, por concepto de multas administrativas impuestas en el marco del desarrollo de sus funciones, constituyen recursos del Tesoro Público.

Señala la norma, sin embargo, que no se encuentran bajo los alcances de la referida disposición, las entidades que por mandato de Ley especial vigente a la fecha de la publicación de la referida Ley, destinen el ingreso que perciben por concepto de multas administrativas a un fin específico, que debemos entender no es el caso del OSCE.

Como resultado, se establece que mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía

---

(265) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 45.

(266) Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 719.

y Finanzas, se establecen los criterios para la determinación de las entidades públicas del Poder Ejecutivo, cuya función principal sea la de fiscalización, que se encuentran bajo los alcances del capítulo respectivo de dicha norma.

Finalmente, se establece en la Ley que constituyen recursos de OSCE los demás que le asigne la normativa. La Ley no define el rango de la normativa a ser empleada para ello, con lo cual podríamos asumir que dichos recursos podrían ser establecidos mediante norma reglamentaria. Sin embargo, el ROF de OSCE consigna como recursos de la entidad únicamente los que están señalados en la Ley.

Es importante señalar que la administración y cobranza de los recursos y tributos referidos son competencia del propio Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, para lo cual tiene facultad coactiva, como lo señala la Ley. Conforme a lo dispuesto por el artículo 37 del ROF del OSCE dicha atribución corresponde a la Oficina de Administración de OSCE, la que a su vez se ejerce en coordinación con la Oficina de Procuraduría.

#### **4. El Consejo Directivo y la Presidencia Ejecutiva**

La Ley establece que el Consejo Directivo es el máximo órgano del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). El mismo se encuentra integrado por tres (3) miembros, los que son designados por un periodo de tres (3) años renovables por un periodo adicional, mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas. Los miembros del Consejo Directivo perciben dietas a excepción de su Presidente Ejecutivo.

Son funciones del Consejo Directivo aprobar las Directivas establecidas en la norma; proponer estrategias de gestión institucional, y las estrategias destinadas a promover el uso eficiente de los recursos públicos y de reducción de costos en materia de contrataciones del Estado; aprobar los lineamientos de gestión de sus órganos desconcentrados; así como aquellas que se le asigne en el Reglamento de Organización y Funciones.

Nos encontramos entonces ante un órgano colegiado, que se caracteriza por encontrarse conformados por una pluralidad de personas, de tal manera que la toma de decisiones requiere de un acuerdo de naturaleza colectiva entre los miembros que conforman dichos órganos, a diferencia de los órganos unipersonales que como su nombre lo indica se encuentran conformados por una sola persona.

Son ejemplos de órganos colegiados precisamente aquellos de nivel directivo, como los consejos directivos de diversos organismos públicos, así como los órganos dictaminadores o asesores, los órganos colegiados considerados de línea (como las diversas comisiones), así como los tribunales administrativos, del cual el Tribunal de Contrataciones es un buen ejemplo.

La razón de ser de los órganos colectivos estriba en la necesidad de una mayor deliberación en la toma de decisiones, y en algunos casos, en la necesidad de cierta representación de intereses de la colectividad. Es por ello que, en general, los órganos que resuelven conflictos en la Administración Pública tienen naturaleza colegiada. A su vez, también poseen dicha naturaleza aquellos órganos que incluyen miembros provenientes de la sociedad civil.

### **El Presidente Ejecutivo**

La norma dispone a su vez que el Presidente Ejecutivo del Consejo Directivo es designado mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, sin que se establezca la realización de un concurso público u otro mecanismo de designación. Se establece además que el cargo de Presidente Ejecutivo es remunerado.

A su vez, son funciones del Presidente Ejecutivo convocar y presidir las sesiones del Consejo Directivo, actuar como Titular del Pliego, máxima autoridad administrativa y representante legal del OSCE; así como supervisar la marcha institucional y administrativa; designar a los altos funcionarios de acuerdo con las normas que resulten aplicables; y aquellas que se le asigne en el Reglamento de Organización y Funciones.

### **La remoción**

La Ley dispone<sup>(267)</sup> en este punto que los miembros del Consejo Directivo y el Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) pueden ser removidos de su cargo, mediante resolución suprema, por permanente incapacidad física o incapacidad moral sobreviniente, por falta grave o pérdida de confianza.

La norma señala también que la remoción genera la vacancia del cargo, la que también se produce por renuncia. Es preciso señalar que las causales antes señaladas fueron incorporadas por la Ley N° 29873, puesto que la redacción original de la Ley no las consignaba, pudiendo entenderse que dicha remoción era discrecional.

---

(267) Artículo 62 de la Ley.

## 5. Requisitos e impedimentos

La norma señala que, para ser designado miembro del Consejo Directivo o Presidente Ejecutivo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, se requiere en primer lugar contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional. Ello se acredita demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva; o, no menos de cinco (5) años de experiencia en temas afines a las materias reguladas en esta norma. Se requiere además contar con título profesional universitario.

En cuanto a los impedimentos, el miembro, como es evidente, no debe estar inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o resolución del Congreso de la República. Asimismo, no debe haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración.

Asimismo, el miembro del Consejo Directivo no debe haber sido inhabilitado para contratar con el Estado; no tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado, para evitar el conflicto de intereses; y finalmente no debe estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública conforme a la normativa sobre la materia.

## 6. El Tribunal de Contrataciones del Estado

Un sistema administrativo, y en este caso un subsistema, requieren de la existencia de un Tribunal Administrativo para efectos de resolver cuestiones que requieren deliberación. En este orden de ideas, la Ley preceptúa<sup>(268)</sup> que el Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE); estableciendo además que cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Al Tribunal le corresponde resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección; pero además le corresponde aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, árbitros y expertos independientes, según corresponda para cada caso.

---

(268) Artículo 63 de la Ley.



Ello convierte al Tribunal en un tribunal administrativo mixto, que tramita tanto procedimientos administrativos trilaterales como sancionadores, figura que no es muy común en nuestro país y en el derecho comparado, pero que ocurre cuando existe potestad sancionadora y potestad cuasijurisdiccional dentro de la competencia asignada a la entidad.

La norma establece también que la conformación del Tribunal y el número de Salas son establecidos por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas. Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público y designados por un periodo de tres (03) años, periodo que fuera incorporado por la Ley N° 29873. El mecanismo de designación es fundamental para evitar la discrecionalidad en la elección, así como para permitir una mayor idoneidad. Sin embargo, ha habido casos de designaciones que no fueron realizadas debidamente.

Finalmente, se establece<sup>(269)</sup> que los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado podrán ser removidos mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas por falta grave, permanente incapacidad física o incapacidad moral sobreviniente. Se establece en la Ley que la vacancia en el cargo también se produce por renuncia.

### **Requisitos e impedimentos**

La norma señala<sup>(270)</sup> que, para ser designado vocal del Tribunal se requiere contar con título profesional universitario; experiencia acreditada no menor a cinco (5) años en las materias relacionadas con la norma y acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta Ley; a lo cual se agrega contar con la necesaria solvencia moral.

En cuanto a los impedimentos, el vocal no debe tener sentencia condenatoria por delito doloso o encontrarse inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República, que constituye un impedimento aplicable a la generalidad de los cargos públicos. El primero de dicho impedimentos fue agregado por la Ley N° 29873 y no lo encontramos entre aquellos aplicables al Consejo Directivo.

---

(269) Artículo 65 de la Ley.

(270) Artículo 64 de la Ley.

Asimismo, el postulante a vocal del Tribunal no debe haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración. Este impedimento es común a varios cargos públicos, en especial los que corresponden a consejos directivos y tribunales administrativos.

Como es evidente, el vocal del Tribunal de Contrataciones no debe haber sido inhabilitado para contratar con el Estado; no debe tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado; y, finalmente, no debe estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública, tal como ocurre también con los miembros del Consejo Directivo.

### **Tramitación electrónica de los procedimientos**

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(271)</sup> que el Tribunal de Contrataciones puede utilizar plataformas informáticas para la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos de su competencia, debiendo para tal efecto observar lo dispuesto en la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales. Todos los actos emitidos electrónicamente, en tanto sean emitidos de acuerdo con las formalidades establecidas en dicha Ley, tienen pleno efecto jurídico para las partes del procedimiento, Administración Pública y terceros.

Se establece además que el acceso a la Información se regula conforme a lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, pudiendo el Tribunal de Contrataciones atender dichos pedidos a través de la remisión de la versión digital de los documentos. A solicitud del interesado, dichos pedidos son atendidos a través de la impresión de la versión digital, autenticada por el funcionario competente del Tribunal de Contrataciones.

Finalmente, el Reglamento prescribe que el Tribunal de Contrataciones puede implementar mecanismos electrónicos para recibir la documentación de las partes o de terceros y para notificar los actos administrativos emitidos durante el procedimiento, pudiendo establecer la obligatoriedad del uso de los referidos mecanismos electrónicos, en tanto estos observen los procedimientos y formalidades establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

---

(271) Sexta Disposición Complementaria Final, incorporada a su vez por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

## **IV. PERÚ COMPRAS**

---

La Central de Compras Públicas - Perú Compras, ente adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, fue creada por el Decreto Legislativo N° 1018. Dicha norma establece en su artículo 1 que tiene personería jurídica de Derecho Público, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, constituyendo Pliego Presupuestal. Sin embargo, hasta el momento dicha entidad no se encuentra en funcionamiento.

De hecho sus atribuciones son desempeñadas por OSCE a través de sus órganos de línea. En este orden de ideas, el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 014-2009 establece que, a nivel de Gobierno Nacional, Regional y Local, los procesos de contrataciones sujetos a la modalidad de Convenio Marco estarán a cargo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode, en tanto se implemente la Central de Compras Públicas - Perú Compras. Ello se encuentra corroborado a su vez por la IX Disposición Complementaria Transitoria de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD "Convenio Marco". A dichas normas vamos a aludir más adelante en el Capítulo correspondiente de este libro.

### **1. Atribuciones**

Corresponde a Perú Compras realizar las Compras Corporativas obligatorias, de acuerdo con lo que se establezca en el Decreto Supremo correspondiente; aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; siendo competente además para realizar las Compras Corporativas facultativas que le encarguen otras entidades del Estado.

La entidad posee la atribución además de realizar las adquisiciones que le encarguen otras entidades del Estado, de acuerdo con el convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el Valor Referencial; así como la aprobación del Expediente de Adquisiciones y las Bases del proceso correspondiente, hasta antes de la suscripción del Contrato.

Lo norma además dispone que Perú Compras es competente para asesorar a las entidades del Estado que realicen Compras Corporativas facultativas; así como en la planificación y gestión de sus procesos de adquisiciones que realicen de manera institucional.

Por otro lado, le corresponde a la referida entidad promover y conducir los procesos de selección para la generación de Convenios Marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos

correspondientes. Ello se encuentra corroborado por las normas sobre la materia, a las cuales nos vamos a referir más adelante.

Asimismo, Perú Compras posee la competencia de llevar a cabo los procesos de selección para adquisiciones específicas que se le asignen mediante Decreto Supremo, aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. Dicho Decreto Supremo no ha sido emitido aún, por el hecho de que la entidad no se encuentra aún en funcionamiento.

Finalmente, la Nueva Ley incorpora una importante atribución que es la de promover la Subasta Inversa, determinando las características técnicas de los bienes o servicios que son provistos a través de esta modalidad y establecer metas institucionales anuales respecto al número de fichas técnicas de los bienes o servicios a ser contratados.

Sobre el particular es preciso señalar que la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1018 establece que no se encuentran sujetas a la referida norma, las contrataciones y adquisiciones efectuadas por los Gobiernos Regionales y Locales, sin perjuicio de que estos puedan solicitar participar en alguna de las modalidades señaladas en el artículo 2 de la norma. Sin embargo, esta disposición quedará derogada cuando entre en vigencia la Nueva Ley, con lo cual dichos entes descentralizados se encuentran también sometidos a la norma.

## **2. Organización y recursos**

En primer lugar, la norma establece que el funcionamiento, estructura y organización de la Central de Compras Públicas - Perú Compras serán definidos en su Reglamento de Organización y Funciones y normas complementarias. En este punto es preciso señalar que los instrumentos de gestión respectivos aun no han sido emitidos.

Por otro lado, en cuanto a los recursos de la Central de Compras Públicas - Perú Compras se incorporan aquellos que le sean asignados por la Ley Anual de Presupuesto; los provenientes de la cooperación técnica, que son recursos que siempre se asignan a toda entidad pública; los provenientes de las donaciones que se efectúen a su favor; así como los demás que le asigne la normativa.

## **3. Jefe de la Central de Compras Públicas**

La norma materia de análisis dispone en este punto que el Jefe de la Central de Compras Públicas - Perú Compras es nombrado por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Economía y Finanzas, sin establecer sin embargo la existencia de un procedimiento previo, con lo cual debe asumirse que su nombramiento es discrecional.

Ahora bien, para ser designado Jefe de la Central de Compras Públicas - Perú Compras, se requiere en primer lugar contar con reconocida solvencia e idoneidad profesional, requisito que como hemos señalado es común a los cargos públicos. La norma prescribe que este requisito se acreditará demostrando no menos de tres (3) años de experiencia en un cargo de gestión ejecutiva; o cinco (5) años de experiencia en temas afines a las materias de este Decreto Legislativo.

Se requiere además tener título profesional en Derecho, Economía, Administración o materias afines, como podría ser la contabilidad o la ingeniería industrial. Como es evidente, no debe tener inhabilitación vigente al momento de ser postulado para dicho cargo, lo cual también resulta aplicable a los diversos cargos en el Estado.

Al igual que ocurre con los cargos antes descritos, se requiere no haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directivos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la designación. La justificación de este impedimento es la misma que encontramos en el caso de dichos cargos.

Asimismo, al igual que lo preceptuado en el caso de los cargos señalados anteriormente, el Jefe de Perú Compras no debe haber sido inhabilitado para contratar con el Estado. Además, a fin de asegurar neutralidad, el Jefe de Perú Compras no debe tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado. Finalmente, no estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública.

## **V. SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO - SEACE**

---

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(272)</sup>, el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), es el sistema electrónico, administrado por el OSCE, que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas. Es preciso señalar que no es un sistema en el sentido administrativo del término, no estando regulado por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

Ahora bien, la finalidad de este sistema electrónico estriba en generar mayor eficiencia en la tramitación de los procesos de selección y la contratación administrativa en general, permitiendo la notificación a

---

(272) Artículo 67 de la Ley.

través del mismo, así como los procesos electrónicos, generando además el cumplimiento estricto del principio de publicidad en esta materia.

El Seace no es una novedad de la Ley y del Reglamento. De hecho, se encontraba consignado en los artículos 66 y 67 del TUO, que contenían una definición igual a la contenida por el artículo 68 de la Ley. A su vez, dicho título fue incorporado por el artículo 1 de la Ley N° 28267, la misma que efectuó diversas modificaciones al antiguo Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM.

## 1. Generalidades

Ahora bien, la Ley prescribe<sup>(273)</sup> que las entidades están obligadas a utilizar el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), independientemente del régimen legal de contratación pública o fuente de financiamiento al que se sujete la contratación, conforme a los requisitos que se encuentran establecidos en el Reglamento.

Ello, porque la normativa dispone que los actos realizados por medio del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) que cumplan con las disposiciones vigentes poseen la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, pudiéndolos sustituir para todos los efectos legales<sup>(274)</sup>. Esta disposición es clave para que el Seace cumpla su función desde el punto de vista administrativo.

Por otro lado, la Ley dispone que en los procesos de menor cuantía, las contrataciones se realicen obligatoriamente en forma electrónica a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), con las excepciones que establezca el Reglamento. A ello nos vamos a referir con amplitud más adelante al tratar los procesos de selección.

## 2. Acceso

Para interactuar con el Seace, el Reglamento establece<sup>(275)</sup> que tanto las entidades, proveedores, árbitros u otros usuarios autorizados deberán utilizar el Certificado Seace emitido por el OSCE. Es preciso señalar que el Decreto Supremo N° 138-2012-EF incorpora a los árbitros como usuarios del Seace, como resultado de las nuevas obligaciones que tienen los mismos en materia de registro.

---

(273) Artículo 68 de la Ley.

(274) Artículo 70 de la Ley.

(275) Artículo 286 del Reglamento.

La normativa define<sup>(276)</sup> el Certificado Seace como el mecanismo de identificación y seguridad que deberán utilizar las entidades públicas Contratantes, los proveedores del Estado, árbitros y los demás usuarios señalados en Anexo N° 1 de la norma, para acceder e interactuar en el Seace. Se señala además que dicho Certificado se encuentra compuesto por un código de usuario y una contraseña. Asimismo, el Reglamento establece que es responsabilidad de la entidad solicitar ante el OSCE la desactivación del Certificado Seace de aquellos funcionarios-usuarios que ya no se encuentren autorizados para registrar información en el Seace.

En este orden de ideas la normativa establece<sup>(277)</sup> que los árbitros que hayan sido designados como presidente del tribunal arbitral o árbitro único en procedimientos arbitrales en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, podrán solicitar ante el OSCE la creación del Certificado Seace, a fin de acceder al sistema para registrar los laudos, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, y otras resoluciones arbitrales. Sin embargo, es la entidad la que debe cumplir con registrar la controversia y los árbitros que van a resolver la misma.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que corresponde al árbitro solicitar al OSCE la desactivación de su Certificado Seace cuando haya determinado que no efectuará uso del mismo<sup>(278)</sup>. Esta disposición forma parte del grupo de normas que incrementan las obligaciones de los árbitros en los procesos arbitrales, que incluye la interacción con el Seace.

### **3. Obligatoriedad**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(279)</sup>, todas las entidades referidas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley están obligadas a registrar información sobre su Plan Anual de Contrataciones, los procesos de selección, los contratos y su ejecución, y todos los actos que requieran ser publicados, conforme se establece en la Ley, el Reglamento y en la Directiva que emita el OSCE.

Asimismo, se establece que la entidad deberá registrar en el Seace dentro de los diez (10) primeros días hábiles de cada mes, las contrataciones

---

(276) Directiva N° 010-2012-OSCE-CD "Disposiciones referidas al trámite de asignación, actualización y desactivación del Certificado Seace otorgado a los usuarios del Seace".

(277) Numeral 8.3.1 de la Directiva N° 010-2012-OSCE-CD "Disposiciones referidas al trámite de asignación, actualización y desactivación del Certificado Seace otorgado a los usuarios del Seace".

(278) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(279) Artículo 287 del Reglamento.

por montos de una (1) a tres (3) Unidades Impositivas Tributarias realizadas en el mes anterior<sup>(280)</sup>. Ello es consistente con lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley, que fuera a su vez modificada por la Ley N° 29873. A su vez se justifica dada la supervisión que debe ejercer OSCE respecto de dichas contrataciones.

En este orden de ideas, se establece que el OSCE mediante Directiva establecerá los lineamientos para el registro en el Seace de las contrataciones con sujeción a regímenes especiales de contratación, así como de las contrataciones a que se refiere el párrafo precedente<sup>(281)</sup>. De hecho, el numeral 8.7.1 de la directiva N° 007-2012-OSCE-CD regula el registro de información de las contrataciones por montos de 1 a 3 UIT.

El registro antes señalado es aplicable a las contrataciones que se hubieran realizado durante el mes, contando la entidad para ello con un plazo máximo de (10) días hábiles del mes siguiente. Asimismo, se establece que la información que se registra en el Seace debe ser idéntica a aquella que se tiene en la orden de compra (O/C) u orden de servicio (O/S) que fue notificada al contratista, debiendo informar cuando corresponda el estado de dicha contratación.

### **La participación de la Contraloría General de la República**

Ahora bien, en este punto, la Ley preceptúa<sup>(282)</sup> que las entidades exceptuadas de registrar información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), estarán obligadas a remitir dentro de los quince (15) días siguientes al cierre de cada trimestre a la Contraloría General de la República, una relación de todas las convocatorias realizadas en dicho periodo, con la documentación que permita apreciar su resultado.

Así, la directiva N° 001-2009-CG/CA “Disposiciones aplicables al reporte de información sobre contrataciones estatales que las entidades públicas deben remitir a la Contraloría General de la República”<sup>(283)</sup> establece el procedimiento a seguir para ello. Dicha norma dispone que, transcurrido dicho plazo, la Contraloría General de la República procederá a revisar en forma selectiva la información remitida por las entidades, pudiendo

---

(280) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(281) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(282) Artículo 45 de la Ley.

(283) Aprobada por Resolución de Contraloría N° 080-2009-CG.



requerir adicionalmente la remisión de información y/o documentación complementaria.

### **Aplicación gradual**

Ahora bien, La Ley preceptúa<sup>(284)</sup> que el Reglamento debe establecer, en primer lugar, los criterios de incorporación gradual de las entidades al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), considerando la infraestructura y condiciones tecnológicas que estas posean o los medios disponibles para estos efectos. Ello lo vamos a encontrar, a medias, en el acápite siguiente.

Asimismo, la Ley establece además que el Reglamento establece también la forma en que se aplican progresiva y obligatoriamente las contrataciones electrónicas a los procesos de licitación pública, concurso público, adjudicación directa pública y adjudicación directa selectiva en sus distintas modalidades. Sin embargo, el Reglamento no contiene dicha regulación, la cual es de particular importancia para reducir los costos que generan los procesos de selección que son presenciales, costos que afectan a los proveedores pero también a las entidades.

### **El caso de las entidades que no tienen acceso a internet**

Por otro lado, en el caso de las entidades que no tengan acceso a internet el Reglamento dispone<sup>(285)</sup> que ellas deban registrar en el Seace, previa autorización del OSCE, la información de los procesos de selección, contratos y su ejecución dentro de los quince (15) días siguientes al cierre de cada trimestre.

En este orden de ideas, el numeral 8.6.10 de la Directiva N° 007-2012-OSCE-CD preceptúa que, para ello, la entidad solicitante deberá remitir a la Dirección del Seace un oficio u otro documento en el que señale, bajo responsabilidad, que no cuenta con internet, indicando su domicilio y un número de fax a los que se les podrá notificar la decisión adoptada por la citada Dirección. Se establece además que el OSCE evaluará en cada caso la procedencia de la solicitud y notificará al domicilio consignado en el pedido, la decisión de autorizar o no a la entidad solicitante.

---

(284) Tercer párrafo del artículo 68 de la Ley.

(285) Sexta Disposición Complementaria Transitoria, modificada a su vez por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF. La redacción original de la norma no consignaba el registro semestral así como la referencia a las adjudicaciones de menor cuantía derivadas.

Establece además dicha directiva que en ningún caso, la autorización otorgada por OSCE convalida los actos que las entidades durante el procedimiento de contratación efectúen en contravención de la normativa aplicable, por corresponder a las autoridades de cada entidad supervisar en forma previa, concurrente y posterior la legalidad de estos, como parte del proceso de control interno.

Ahora bien, para efectos de la convocatoria y notificaciones que tengan que realizar durante el proceso de selección, el Reglamento prescribe que la convocatoria en el caso de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Públicas y Adjudicaciones de Menor Cuantía Derivadas se realizará mediante la publicación de un aviso en un diario de circulación nacional o local.

Finalmente, se establece que, en el caso de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía la convocatoria se efectuará mediante invitación. Finalmente, la notificación de los demás actos deberá efectuarse mediante comunicación escrita, salvo el otorgamiento de la Buena Pro realizado en acto público, cuando corresponda.

#### **4. La transitoriedad de la implementación del Seace**

Por otro lado, el Reglamento preceptúa<sup>(286)</sup> la progresividad de la implementación de determinadas obligaciones de publicación en el Seace establecidas en dicha norma, producto a su vez de la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, siendo obligatorio el registro en el Seace a partir del comunicado que publique el OSCE en su portal institucional. La norma prescribe que antes de la implementación, la notificación de los actos a que se refieren los artículos señalados en el párrafo precedente deberá efectuarse en forma personal.

En primer lugar, el Reglamento preceptúa<sup>(287)</sup> que, en el marco del proceso de selección, si existieran defectos de forma, tales como errores u omisiones subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto.

Lo mismo ocurre en caso que algún postor haya omitido la presentación de uno o más documentos que acrediten el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos siempre que se trate de documentos

---

(286) Décima Disposición Complementaria Final, agregada a su vez por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(287) Artículo 68 del Reglamento.

emitidos por autoridad pública nacional o un privado en ejercicio de función pública. La norma dispone que, cuando la presentación de propuestas se realiza en acto privado, el plazo antes citado se computa desde el día siguiente de notificado el requerimiento al postor en el Seace.

En segundo lugar, el Reglamento establece<sup>(288)</sup> que la resolución de designación de los árbitros por parte del OSCE se notificará a las partes a través de su publicación en el Seace y será comunicada, de manera personal, al árbitro designado. Lo antes señalado se encuentra corroborado por el numeral 9.3 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD “Procedimiento de designación residual de árbitros al amparo de la normativa de Contrataciones del Estado”. En este punto, mediante Comunicado N° 001-2014-OSCE/PRE se estableció la obligatoriedad de este registro, a partir del 27 de febrero de 2014.

Asimismo, el Reglamento de la Ley prescribe que, en el contexto del procedimiento de recusación tramitado por el OSCE, cuando las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, la resolución que resuelve la recusación será notificada a través de su publicación en el Seace. En este punto, mediante Comunicado N° 001-2014-OSCE/PRE también se estableció la obligatoriedad de este registro, a partir del 27 de febrero de 2014.

Finalmente, el Reglamento dispone que una vez realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate o no de arbitraje institucional, las entidades deberán registrar en el Seace los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos. En este punto, mediante Comunicado N° 009-2013-OSCE/PRE también se estableció la obligatoriedad de este registro, a partir del 9 de octubre de 2013.

## **5. Registro de la información**

El Reglamento establece<sup>(289)</sup> que la información que se registra en el Seace debe ser idéntica a la información que se tiene como documento final para la realización de cualquier acto en el proceso de contratación, bajo responsabilidad del funcionario que hubiese solicitado la activación del Certificado Seace y de aquel que hubiera registrado la información.

---

(288) Artículo 222 del Reglamento.

(289) Artículo 288 del Reglamento.

Asimismo, la norma dispone que la información del laudo arbitral y otras resoluciones arbitrales que se registran en el Seace, en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 231 del Reglamento, deberá ser idéntica a la del original suscrito por el o los respectivos árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral encargado de su registro<sup>(290)</sup>.

Es necesario señalar que esta disposición es consistente con aquellas contenidas en la normativa que incrementan las obligaciones de los árbitros en los procesos arbitrales a fin de asegurar la publicidad de los laudos, favoreciendo la información que el arbitraje requiere para funcionar adecuadamente.

Sobre el particular, el numeral 8.6.9 de la Directiva N° 007-2012-OSCE-CD preceptúa que el Presidente del Tribunal Arbitral o Arbitro Único es responsable de efectuar el registro y publicación del laudo, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones en el Seace, observando el plazo establecido en la Ley y el Reglamento, así como los lineamientos de los manuales de usuario publicados por el OSCE.

Se establece, asimismo, en la norma antes citada que para efectuar el registro el árbitro deberá solicitar al OSCE el Certificado Seace, así como verificar que la entidad haya registrado la existencia de la controversia en la ficha del contrato de que se trate.

## **6. Condiciones de continuidad del sistema**

Por otro lado, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(291)</sup>, el OSCE acreditará la suspensión de la continuidad del funcionamiento total o parcial de la plataforma del Seace, en cuyo caso las entidades deberán comunicarse con el OSCE a fin de solicitar tal acreditación, la cual le permitirá reprogramar las etapas de los procesos de selección.

Ello dada la afectación a la publicidad de los procesos, lo cual justifica modificaciones a los plazos empleados por la entidad, lo cual no es responsabilidad de la misma, sino que puede deberse a hechos imprevisibles (caso fortuito o fuerza mayor) o a hechos que depende de la propia plataforma y que son de responsabilidad del OSCE.

---

(290) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(291) Artículo 289 del Reglamento.

## **7. Régimen de notificaciones**

Por otro lado, el Reglamento señala<sup>(292)</sup> que todos los actos realizados a través del Seace, incluidos los efectuados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entienden notificados el mismo día de su publicación. Ello es consistente con lo dispuesto por el artículo 70 de la Ley. Es preciso señalar que la inclusión de OSCE fue producto de la reforma producida por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que era necesaria para que se interprete con la debida amplitud el momento de la notificación de dichos actos.

---

(292) Artículo 290 del Reglamento.



# CAPÍTULO IV

## LOS PROVEEDORES EN GENERAL

### I. GENERALIDADES

---

Los proveedores son quienes se relacionan con la Administración Pública dentro del Estado a fin de proporcionar bienes, servicios u obras. En este orden de ideas, un proveedor puede ser primero un participante, una vez que se registra; un postor, una vez que presenta su propuesta; un adjudicatario, una vez que obtiene la Buena Pro; y finalmente, un contratista, una vez que el contrato se ha perfeccionado<sup>(293)</sup>.

Estas diferentes situaciones jurídicas dependen de la relación existente en dicho momento entre el proveedor y la Administración Pública. En este punto es preciso recordar que el proveedor es un colaborador de la entidad, apoyándola en la satisfacción de necesidades públicas, razón por la cual no es un contratante ordinario, debiendo cumplir con determinados requisitos.

#### 1. Los derechos de los proveedores

Se entiende por derecho subjetivo, figura activa por excelencia, el reconocimiento de un poder a favor del administrado, que él puede hacer valer frente a la Administración u otros administrados<sup>(294)</sup>. A diferencia de la potestad, el derecho subjetivo se dirige a un objeto específico y opera siempre en relación con el interés de su titular<sup>(295)</sup>. Dentro de

---

(293) RETAMOZO LINARES, Alberto. "Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009, p. 48.

(294) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 37.

(295) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 395.

esta consideración, los derechos subjetivos incluyen a los derechos fundamentales, de configuración constitucional, pero también pueden incluir derechos de configuración legal, reglamentaria o que provengan de actos administrativos.

Ahora bien, la normativa contractual no señala de manera expresa un catálogo de derechos aplicables a los proveedores. Como resultado, será necesario recurrir a los derechos que se encuentran enumerados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, con las particularidades de que puedan deducirse de la aplicación de la citada normativa.

Sobre el particular, debemos señalar que los derechos establecidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General<sup>(296)</sup> son aplicables no solo al procedimiento administrativo, sino también a toda situación en la cual el administrado interactúe con la Administración, lo cual incluye, particularmente, la prestación de los servicios a cargo del Estado, los servicios públicos propiamente dichos, así como respecto a la obtención de información pública que manejan las entidades.

Asimismo, en la normativa contractual vamos a encontrar diversos procedimientos administrativos, como son los procedimientos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores, el proceso de selección, los procedimientos que ocurren durante la ejecución contractual, así como el procedimiento administrativo sancionador que tramita el Tribunal de Contrataciones, entre otros.

### **La precedencia de la atención del servicio público requerido, guardando riguroso orden de ingreso<sup>(297)</sup>**

Los expedientes administrativos deben ser tramitados en el orden en que estos ingresan a la entidad. Ello no implica que dichos expedientes deban ser necesariamente resueltos en dicho orden, dadas las diferentes materias de las que pueden tratar los mismos, con el evidente límite temporal establecido por la Ley. Si bien es cierto, la Ley N° 27444 se refiere de manera directa al servicio público, debemos incluir en dicho concepto también a la tramitación de procedimientos administrativos<sup>(298)</sup>.

Este derecho, que se configura a la vez como una obligación de la autoridad administrativa, tiene por finalidad asegurar la tramitación adecuada de los expedientes y la prestación eficiente de los servicios por

---

(296) Artículo 55 de la Ley.

(297) Artículo 55, inciso 1 de la Ley.

(298) La redacción de la previsión legal que venimos comentando es casi una copia del inciso d) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, norma que era interpretada de la misma manera.



parte de la Administración, sin que la prioridad en su atención dependa de otras circunstancias que puedan a su vez afectar el derecho de los administrados a una atención en un plazo razonable y con respeto a las garantías del debido proceso.

Es necesario precisar que la concepción del plazo razonable, constitutivo del debido proceso en sede jurisdiccional, también resulta ser plenamente aplicable al procedimiento administrativo. En materia contractual esto es de especial relevancia, dada la importancia de la contratación administrativa para la satisfacción de necesidades públicas y el crecimiento económico. Es por ello que existen instituciones en la normativa contractual como la denegatoria ficta, pero también existen las denuncias ante el incumplimiento de los servidores que participan de la contratación administrativa.

**El derecho a ser tratados con respeto y consideración por el personal de las entidades, en condiciones de igualdad con los demás administrados<sup>(299)</sup>**

En primer lugar, el tratamiento adecuado respecto a los administrados por parte de los servidores públicos implica desde la adecuada tramitación de los expedientes a cargo de los funcionarios públicos respectivos hasta el acceso adecuado a la información requerida por parte de dichos administrados. Ello implica, como resultado, que la administración deba tener una organización eficiente, a fin de satisfacer las necesidades de los particulares que concurren a sus oficinas. En segundo lugar, obliga a la entidad pública a poner en práctica mecanismos de simplificación administrativa<sup>(300)</sup>.

Por otro lado, la igualdad en el tratamiento a los administrados tiene directa relación con el principio de imparcialidad, por el cual debe tratarse a todos los administrados de la misma manera, sin preferencia por ninguno de ellos. Ello implica, en consecuencia, que no debe existir discriminación alguna entre los administrados que son atendidos en las diversas entidades públicas.

Ahora bien, se entiende que existe discriminación cuando las diferencias en el trato de los administrados se basan en criterios que no son razonables u objetivos. Ello implica, en consecuencia, la posibilidad de trato desigual cuando concurren circunstancias desiguales, siempre que estas justifiquen dicho trato diferenciado.

---

(299) Artículo 55, inciso 2 de la Ley.

(300) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 181.

### **Derecho de información particular<sup>(301)</sup>**

Dada la importancia de la información en el procedimiento administrativo, los administrados tienen derecho a acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes. El conocimiento del expediente permite al administrado tomar decisiones eficientes respecto a la tramitación del procedimiento del cual es parte.

A su vez, esta es una aplicación al procedimiento administrativo del derecho constitucional a la información, establecido en el inciso 5) del artículo 2 de la Carta Magna<sup>(302)</sup>. Asimismo, y en la misma lógica de facilitar información a los administrados, estos tienen el derecho de obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por Ley.

Estas normas tienen por finalidad asegurar la transparencia del funcionamiento de la Administración Pública, de lo que ha dado a llamar derecho a la transparencia en otras latitudes<sup>(303)</sup>. Y es que detrás de la concepción de transparencia existen preocupaciones diversas, como una mejor garantía de las libertades públicas, en especial las relativas a la defensa del particular<sup>(304)</sup>; la mejora de las relaciones entre Administración y administrados<sup>(305)</sup>; el refuerzo del control de la Administración por parte de los particulares y el Poder Judicial, entre otras. Como hemos señalado en

---

(301) Artículo 55, inciso 3 de la Ley.

(302) **Constitución de 1993:**

**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

(...).

(303) JEGOUZO, Ives. "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos". En: *Documentación Administrativa*. N° 239, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994, p. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PÉREZ, Miriam. "Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués". En: *Revista de Administración Pública*. N° 140, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 362.

(304) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 173.

(305) JEGOUZO, Ives. Ob. cit., p. 12.

el Capítulo II del presente libro, el principio de transparencia tiene una especial importancia en la contratación administrativa.

Hoy en día, y a la luz de la doctrina moderna, el concepto de secreto administrativo está más bien siendo severamente discutido, cuando no concebido como un impedimento para el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los administrados. Ello implica, además, que no exista entidad alguna que pueda eximirse de la obligación antes indicada<sup>(306)</sup>. Conforme a la normativa contractual, los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en dicha normativa.

### **Información genérica<sup>(307)</sup>**

Con similar sustento que esbozamos respecto al derecho descrito en el acápite precedente, se establece el derecho de los administrados

---

(306) Existen sentencias interesantes emitidas por el Tribunal Constitucional en esta materia. Una de ellas, de fecha 13 de diciembre de 2000, emitida en el Expediente N° 0950-2000-HD, señala lo siguiente:

(...)

5. De conformidad con el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, toda persona tiene derecho: "A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga este pedido". La Constitución Política del Estado ha consagrado en estos términos el derecho fundamental de acceso a la información, cuyo contenido esencial reside en el reconocimiento de la facultad de toda persona de solicitar y recibir información de cualquier entidad pública, lo cual incluye lógicamente también a las Fuerzas Armadas, no existiendo, en tal sentido, entidad del Estado o entidad con personería jurídica de Derecho Público que resulte excluida de la obligación de proveer la información solicitada. Pero es además otra característica del derecho en cuestión la ausencia de expresión de causa o justificación de la razón por la que se solicita la información, este carácter descarta la necesidad de justificar la petición en la pretensión de ejercer otro derecho constitucional (v. gr. la libertad científica o la libertad de información) o en la existencia de un interés en la información solicitada, de modo tal que cualquier exigencia de esa naturaleza es simplemente inconstitucional; por ello no resulta aceptable el alegato de la emplazada en el sentido de la ausencia de interés de la demandante para recibir la información solicitada.

6. Si bien es cierto que, de conformidad con lo establecido por la precitada disposición constitucional, el ejercicio de este derecho tiene límites expresos cuando se establece que: "Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional"; no obstante, para este Tribunal Constitucional, queda meridianamente establecido como principio de observancia obligatoria para jueces y tribunales, de conformidad con la Primera Disposición General de nuestra Ley Orgánica, que el solo hecho de que una norma o un acto administrativo, como en el presente caso, atribuya o reconozca la condición de seguridad nacional a una información determinada, no es razón suficiente, en términos constitucionales, para denegar el acceso a la misma; por el contrario, es siempre indispensable examinar si la información calificada de reservada reviste realmente o no tal carácter, acudiendo para tal efecto al principio constitucional de razonabilidad.

(...)

(307) Artículo 55, inciso 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

de acceder a la información gratuita que deben brindar las entidades del Estado sobre sus actividades orientadas a la colectividad, incluyendo sus fines, competencias, funciones, organigramas, ubicación de dependencias, horarios de atención, procedimientos y características. La información que brindan las entidades administrativas, en especial la que es pública, como lo habíamos señalado anteriormente, es una necesidad de la colectividad, a la vez que una función de particular importancia a desempeñar por el Estado.

En primer término, la existencia de información adecuada a la cual puede acceder el particular reduce los costos en que el mismo debe incurrir para realizar los diversos procedimientos administrativos existentes. El acceso a la información forma parte del cúmulo de formalidades costosas que se imputan al administrado y que buscan ser eliminadas mediante los procesos de simplificación y racionalización administrativas a los cuales hemos aludido de manera reiterada.

En segundo lugar, la falta de acceso adecuado a la información genérica de la entidad puede colocar al administrado en abierta indefensión respecto a la administración, dado que este no podría conocer el funcionamiento de la entidad de manera directa<sup>(308)</sup>. Como si ello fuera poco, dicha indefensión podría generarse también respecto de otros administrados, en particular en el contexto de procedimientos trilaterales o ante denuncias de parte.

En este punto, el OSCE desempeña dos funciones que son claves. En primer lugar, absolver consultas sobre las materias de su competencia, generándose opiniones que son una importante fuente de interpretación. En segundo lugar, le corresponde al OSCE realizar estudios dirigidos a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos; estudios que son de público conocimiento y que están destinados a la circulación.

### **Información en los procedimientos de oficio<sup>(309)</sup>**

Los procedimientos de oficio poseen características especiales, toda vez que son iniciados como resultado de una decisión de la Administración. Asimismo, los procedimientos de oficio pueden generar actos de gravamen respecto al administrado afectado. En consecuencia, en los

---

(308) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 185.

(309) Artículo 55, inciso 5 de la Ley N° 27444.

procedimientos de oficio los administrados tienen derecho a ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

Dada la naturaleza de los procedimientos de oficio, en los cuales el administrado resulta estar incurso sin que medie su voluntad, este derecho a ser informado de manera adecuada tiene una particular importancia, razón por la cual se requiere la mayor precisión posible en la información que se le brinda. Caso contrario, el particular podría encontrarse en abierta situación de indefensión respecto a la autoridad administrativa.

Esto puede generarse, por ejemplo, en procedimientos de fiscalización posterior o en procedimientos sancionadores. De hecho, cuando el Tribunal de Contrataciones inicia un procedimiento administrativo sancionador debe brindar dicha información, a fin de que el administrado sometido a dicho procedimiento pueda hacer uso de su derecho de defensa. A esto nos vamos a referir con detalle en el Capítulo XIV de este libro.

### **Participación de los administrados<sup>(310)</sup>**

Los particulares tienen el derecho de participar de manera responsable y progresiva en la prestación y control de los servicios públicos, asegurando su eficacia y oportunidad<sup>(311)</sup>. Este derecho a su vez tiene una doble dimensión. Por un lado, la posibilidad de que el administrado pueda participar directamente colaborando con el Estado o con las entidades privadas que presten el servicio, a través de autorizaciones y concesiones; o la posibilidad de participar en órganos colegiados que desempeñen determinadas funciones administrativas. Por otro lado, y lo que es más importante, que puedan establecerse mecanismos de control en el ámbito de la prestación de servicios públicos y la tramitación de procedimientos administrativos.

El Reglamento de la derogada Ley de Simplificación Administrativa establecía determinadas normas que permitían la participación de los ciudadanos en la simplificación administrativa, en particular mediante el planteamiento de la existencia de problemas, trabas u obstáculos ante las entidades y la opinión pública; mediante las propuestas de alternativas de solución a dichas dificultades, así como la intervención en la toma

---

(310) Artículo 55, inciso 6 de la Ley N° 27444.

(311) La redacción de la previsión legal que venimos comentando tiene como antecedente el inciso h) del artículo 3 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, del cual es casi una copia. A su vez, este se origina en el inciso 4) del artículo 2 de la Ley antes citada.

de decisiones y en su ejecución. A su vez, el Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), hoy inexistente, se encargaba de canalizar las quejas y sugerencias respecto a la prestación de los servicios públicos.

La participación de los administrados es clave en la contratación administrativa. En primer lugar, porque implica la colaboración de la actividad privada con el Estado para la satisfacción de necesidades públicas, participación cuyo fomento genera una mayor eficiencia en la contratación administrativa, como veremos de manera reiterada en los siguientes capítulos de este libro. En segundo lugar, el administrado debe participar activamente poniendo en conocimiento de la autoridad administrativa las infracciones que se cometan, sea por los propios administrados (proveedores, postores, contratistas, e incluso árbitros) o por los servidores públicos.

### **Al cumplimiento de los plazos determinados para cada servicio o actuación y exigirlo así a las autoridades<sup>(312)</sup>**

El cumplimiento de plazos resulta ser un elemento de especial importancia del derecho al debido proceso, y tiene relación además con principios contenidos en la Ley, como el de impulso de oficio o celeridad. Como veremos más adelante, los plazos tienen por finalidad asegurar la tramitación adecuada de los procedimientos administrativos y la prestación eficiente de los servicios a cargo de la Administración.

Evidentemente, el incumplimiento de los plazos establecidos habilitará al administrado a la interposición de la respectiva queja, sin perjuicio de las sanciones que pueda aplicarse contra el funcionario infractor. Es evidente que el cumplimiento de los plazos procesales es también una obligación de la Administración, en todos sus niveles.

En el contexto de la contratación administrativa existen diversos plazos, que corresponden a su vez a diversas actuaciones administrativas. Ello es aplicable al proceso de selección y a la ejecución contractual, en donde las actuaciones administrativas se dirigen a los administrados, emitiéndose diversos actos administrativos.

### **Ser asistidos por las entidades para el cumplimiento de sus obligaciones<sup>(313)</sup>**

Ello tiene su sustento en el hecho de que el administrado no puede elegir –salvo contadas excepciones– la entidad administrativa que podrá

---

(312) Artículo 55, inciso 7 de la Ley N° 27444.

(313) Artículo 55, inciso 8 de la Ley N° 27444.

emplear para la realización de sus trámites administrativos. Ello genera un claro monopolio, por parte del Estado, de ciertas actividades públicas que los privados evidentemente no pueden desempeñar. Como resultado, el ordenamiento jurídico debe establecer mecanismos para equilibrar el balance de facultades entre la Administración y los particulares.

En consecuencia, la autoridad administrativa debe otorgarle al administrado los mecanismos adecuados para hacer efectivas las actuaciones que correspondan. Además, esta previsión tiene por finalidad reducir los costos en los que el administrado debe incurrir para el seguimiento de los procedimientos seguidos ante la entidad.

**Conocer la identidad de las autoridades y personal al servicio de la entidad bajo cuya responsabilidad se tramitan los procedimientos de su interés<sup>(314)</sup>**

Como una garantía para una tramitación eficiente y transparente, el ordenamiento administrativo establece que el administrado deba conocer quiénes se encuentran tramitando los procedimientos. Es decir, el administrado debe tener la facultad de contactar con la autoridad que instruye el procedimiento, no obstante que el procedimiento administrativo es eminentemente no presencial, a fin de tener un acceso más adecuado a la tramitación de su expediente. Sin embargo, esta facultad es una derivación directa del derecho al acceso a la información, por lo cual se hace poco eficiente su consagración de manera independiente.

**A que las actuaciones de las entidades que les afecten a los administrados sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible<sup>(315)</sup>**

En mérito al principio de *favor homine* o *favor libertatis*, en los supuestos en los que se limiten o restrinjan derechos, el administrado debe ser afectado, de la manera más benigna posible, en especial cuando se generan actos de gravamen y siempre que haya varias maneras de que dicho acto sea ejecutado. Ello no es solo aplicable al ordenamiento sancionador, sino además a todo ordenamiento en el cual se limitan derechos de los administrados. Estamos hablando entonces del principio de razonabilidad, al cual nos hemos referido en el Capítulo II de este libro.

Cuando se limitan derechos de los particulares, es menester emplear el denominado principio de proporcionalidad, que implica que los fines perseguidos con una actuación determinada deben guardar relación

---

(314) Artículo 55, inciso 9 de la Ley N° 27444.

(315) Artículo 55, inciso 10 de la Ley N° 27444.

directa con los medios empleados para ello<sup>(316)</sup>. De conformidad con el criterio que venimos reseñando, el gravamen debe limitarse a lo estrictamente indispensable.

En materia de contratación administrativa vamos a encontrar diversas manifestaciones de lo antes señalado. En primer lugar, en la regulación que afecta directamente a los proveedores en cada una de las actuaciones que realizan, en especial al interior del proceso de selección. Asimismo, en el procedimiento administrativo sancionador que se tramita respecto a ellos.

### **Formulación de críticas<sup>(317)</sup>**

La Ley establece además el derecho, ejercido responsablemente por parte de los administrados, de formular análisis, críticas o a cuestionar las decisiones y actuaciones de las entidades, por parte de los administrados. Estas críticas o cuestionamientos pueden hacerse con carácter general o en el contexto de un procedimiento determinado.

Esta prerrogativa no constituye una novedad en nuestro ordenamiento administrativo, puesto que se encontraba consagrada en el inciso e) del artículo 33 del Reglamento de la Ley de Simplificación Administrativa, como un elemento del derecho de participación por parte de los particulares en materia de simplificación administrativa.

### **A exigir la responsabilidad de las entidades y de personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente<sup>(318)</sup>**

La Ley ha establecido, por un lado, un régimen amplio de responsabilidad respecto a la Administración Pública, así como respecto a las personas que laboran para ella, como lo veremos más adelante. Es de importancia capital que dichas responsabilidades se hagan efectivas cuando haya lugar, en particular porque el control de la Administración Pública y del personal a su servicio debe efectuarse también desde la sociedad civil.

Es evidente que la determinación de responsabilidad, a su vez, configura un adecuado incentivo a fin de hacer efectivo un funcionamiento eficiente de la Administración Pública, respecto de la propia administración como ente y, además, respecto a los funcionarios que la componen. La obligación de reparar los daños originados permite desincentivar

---

(316) HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. PUCP, Lima, 1997, p. 112.

(317) Artículo 55, inciso 11 de la Ley N° 27444.

(318) Artículo 55, inciso 12 de la Ley N° 27444.



conductas dañosas a través de generar un deber jurídico de no dañar a otros.

Asimismo, la asignación de responsabilidad permite un adecuado resarcimiento de quien sufra un daño, patrimonial o no, producido por cualquier entidad administrativa. Finalmente, la Administración Pública puede diluir fácilmente los efectos económicos del daño a través de los fondos públicos, los cuales se alimentan fundamentalmente de las aportaciones de los ciudadanos a través del sistema impositivo.

### **Los demás derechos reconocidos por la Constitución o las leyes<sup>(319)</sup>**

Esta es una previsión amplia en la Ley N° 27444 –típica cláusula abierta o implícita– que permite incluir en esta enumeración a otros derechos que no están expresamente señalados en la norma que venimos comentando, pero que obran en el resto del ordenamiento jurídico. En primer lugar, existe un conjunto de derechos de los administrados que se encuentran diseminados en el resto de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por otro lado, no debe de omitirse los derechos a favor de los administrados consagrados en normas legales de carácter especial que regulan procedimientos administrativos. Finalmente, las normas constitucionales establecen derechos cuyo desarrollo legal puede tener implicancias en el procedimiento administrativo. No obstante, la Ley parece dejar de lado la posibilidad de configuración de derechos por vía reglamentaria.

## **2. Los consorcios**

Conforme lo señalado por el Anexo de Definiciones del Reglamento, el consorcio es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado. Este concepto es corroborado por la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD, que regula la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado.

El empleo del consorcio en la contratación administrativa posee la ventaja de generar que las cualidades de los proveedores se conjuguen, a fin de tener mayores posibilidades de contratar con el Estado, generando mejores resultados. En consecuencia, la normativa contractual favorece

---

(319) Artículo 55, inciso 13 de la Ley N° 27444.

la generación de consorcios y los regula, a fin de propender a una mayor eficiencia en la contratación.

La referida Directiva señala que se pueden asociar personas naturales y/o personas jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, con el fin de participar en los procesos de contratación que realicen las entidades, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, por lo que cada integrante del consorcio mantiene su personalidad jurídica.

Asimismo, dicha norma preceptúa que, a efectos de su participación en el proceso de selección, el consorcio deberá presentar la promesa formal de consorcio en el sobre de la propuesta técnica o en el sobre de calificación previa, según sea el caso; o en el sobre de habilitación cuando se trate de la modalidad de subasta inversa.

Por otro lado, se establece que, luego de consentida la Buena Pro a favor del consorcio y antes de la suscripción del contrato, resulta obligatorio perfeccionar la promesa formal de consorcio, debiéndose observar lo establecido en la referida directiva.

Finalmente, respecto a la aplicación de la norma se establece que la Directiva no resulta aplicable a la asociación de personas de duración ilimitada o indefinida que, denominándose consorcios, ya han sido constituidas como personas jurídicas en los Registros Públicos.

## **II. REQUISITOS PARA SER PROVEEDOR. EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES**

---

El Registro Nacional de Proveedores es creado por la Ley N° 28267, la cual modifica la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estableciendo que podía ser postor solamente quien estuviera inscrito en dicho registro. A su vez, el Reglamento del TUO, una vez aprobado, estableció por primera vez una regulación detallada del mismo<sup>(320)</sup>.

Ahora bien, la Ley establece que, para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado. Se señala además que estos requisitos no constituyen barreras a la competencia y se establecen en cumplimiento del principio de reciprocidad.

---

(320) VALENCIA PAREDES, Luz Margarita. "El nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Principales innovaciones". En: *Actualidad Jurídica*. N° 133. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004, p. 185.

De acuerdo con lo preceptuado por la Ley, las entidades están prohibidas de llevar registros de proveedores, centralizándose ello en el OSCE<sup>(321)</sup>. Se establece, entonces, que las entidades solo están facultadas para llevar y mantener un listado interno de proveedores, consistente en una base de datos que contenga la relación de aquellos. Se establece que, bajo ninguna circunstancia, la incorporación en este listado es requisito para la participación en los procesos de selección que la entidad convoque. La incorporación de proveedores en este listado es discrecional y gratuita.

Ahora bien, en algunos países la gestión del Registro Nacional de Proveedores o su equivalente se encuentra tercerizado, lo que genera una mayor eficiencia en el servicio que se presta. De hecho, dado que en buena cuenta constituye una base de datos, la misma puede ser gestionada por un ente privado, sin que ello implique una afectación al interés general.

## **1. Conformación**

Conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(322)</sup>, el Registro Nacional de Proveedores-RNP está conformado por un conjunto de registros. En primer lugar, el Registro de Proveedores de Bienes, a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de bienes.

Tenemos además el Registro de Proveedores de Servicios, a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, habilitándolos para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de servicios en general y servicios de consultoría distintos de obras, conceptos que la normativa contractual distingue claramente, como veremos más adelante.

El RNP contiene también el Registro de Consultores de Obras, a quienes se acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles especialidades, lo cual los habilita para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de consultoría de obras.

Por otro lado, el RNP contiene el Registro de Ejecutores de Obras, a quienes se acredita con información suficiente acerca de su naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles una capacidad máxima de

---

(321) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 121.

(322) Artículo 251 del Reglamento.

contratación, que los habilita para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de ejecución de obras.

Finalmente, el RNP contiene el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado, el cual comprende a los proveedores, participantes, postores o contratistas que han sido sancionados administrativamente por el Tribunal con inhabilitación temporal o definitiva para participar en procesos de selección o contratar con el Estado.

## **2. Inscripción en los Registros del RNP y vigencia de la inscripción**

Ahora bien, el Reglamento dispone<sup>(323)</sup> que los proveedores accedan a los Registros de Bienes, de Servicios, de Consultores de Obras y de Ejecución de Obras, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento y cumpliendo con los requisitos, tasas, criterios y escalas establecidos en el TUPA del OSCE.

Se señala además que, mediante directivas, el OSCE establecerá disposiciones respecto a esta materia. De hecho, la Directiva N° 012-2006-Consucode/PRE, "Procedimiento y plazos para la inscripción de los proveedores de bienes y/o de servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)", aprobada mediante Resolución N° 592-2006-Consucode-PRE, contiene la regulación del procedimiento a ser empleado para hacer efectiva dicha inscripción.

La norma establece además que lo dispuesto en el capítulo respectivo de la misma será de aplicación en los trámites de renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad, en lo que corresponda.

### **Principio de reciprocidad**

Sobre el particular, el numeral 9.3 del artículo 9 de la Ley preceptúa que, para realizar la inscripción de empresas extranjeras ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) se aplicará el principio de reciprocidad<sup>(324)</sup>. Como resultado, las empresas extranjeras recibirán el mismo trato que las empresas peruanas reciben en su país de origen en materia de contrataciones del Estado.

El Reglamento a su vez contiene una importante regulación de este principio, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1017, producto a su vez de la reforma producida por el Decreto

---

(323) Artículo 252 del Reglamento.

(324) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 122-123.

Supremo N° 138-2012-EF. En primer lugar, se establece que la aplicación del principio de reciprocidad no implicará en ningún caso omitir el procedimiento de inscripción en el RNP.

La norma establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 9.3 del artículo 9 de la Ley, en aplicación de lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú, las empresas nacionales y extranjeras cumplirán los mismos requisitos para la inscripción y/o renovación ante el RNP.

La norma señala además que, de observarse algún trato discriminatorio de las empresas peruanas en determinado país relacionado a la inscripción en un registro equivalente al RNP, cualquier proveedor, de manera sustentada, podrá comunicar tal situación ante el OSCE para que esta a su vez verifique tal hecho en un plazo de sesenta (60) días hábiles. Las entidades competentes brindarán el apoyo correspondiente al OSCE para que este realice tal verificación.

Ahora bien, si ello es positivo, la norma preceptúa que el OSCE exigirá los mismos requisitos a las empresas originarias del país donde se cometió el trato discriminatorio a las empresas peruanas. Este precepto resulta ser de compleja ejecución, puesto que los requisitos pueden variar sustancialmente entre los diversos países. De hecho, como veremos más adelante, las exigencias que existen en el Perú respecto de empresas extranjeras podrían ser consideradas discriminatorias en otros países, razón por la cual podrían tomar medidas similares.

Asimismo, si dichas empresas ya estuvieran inscritas, deberán cumplir las nuevas exigencias al momento de su renovación y/o nueva inscripción, de conformidad con lo dispuesto por la parte final del primer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú<sup>(325)</sup>, precepto que regula el tratamiento a la inversión extranjera.

---

(325) **Constitución Política del Perú:**

**Artículo 63.-** La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

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.

El Estado y las demás personas de Derecho Público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Este principio es sumamente controvertido. De hecho, se basa en un concepto erróneo respecto a los requisitos que deben exigirse. Si bien la Constitución se pronuncia sobre el particular, como ya lo hemos señalado, ello no beneficia al interés nacional, en un contexto en que se necesita atraer inversión a efectos de generar crecimiento económico y donde además se requiere fomentar la participación de los postores, sean nacionales o extranjeros.

### **Validez**

Se establece además en el Reglamento<sup>(326)</sup> que la inscripción en los registros tendrá validez de un (1) año a partir del día siguiente de su aprobación, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los sesenta (60) días calendario anteriores a su vencimiento. Se establece además que el proveedor deberá acceder electrónicamente a su respectiva constancia a través del portal institucional del OSCE.

### **Responsabilidad**

Por otro lado, el Reglamento prescribe que los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente al registrarse como participante, en la presentación de propuestas, en el otorgamiento de la Buena Pro y la suscripción del contrato. Como resultado, se establece como obligación de las entidades verificar la vigencia de la inscripción en el RNP en el portal institucional del OSCE.

Ello se encuentra sustentado en opiniones emitidas por el OSCE<sup>(327)</sup> y es clave para la generación de los efectos jurídicos en cada una de las situaciones antes señaladas, teniendo en cuenta además que el incumplimiento de ello puede generar la descalificación del postor o la respectiva sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones.

### **Calificación de subcontratos de ejecución de obras públicas**

La norma establece<sup>(328)</sup> que en los procedimientos tramitados ante el RNP, los subcontratos de ejecución de obras públicas serán considerados para la calificación del subcontratista y no para la del contratista principal, siempre que posean la misma naturaleza y objeto del contrato original. En este caso los subcontratos deben haber sido autorizados

---

(326) Artículo 252 del Reglamento.

(327) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 124.

(328) Artículo 253 del Reglamento.

por las entidades contratantes, de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

El Reglamento establece además que, para que dichos subcontratos sean calificados como experiencia para la asignación de la capacidad máxima de contratación, estos deben estar inscritos en el RNP, según el procedimiento establecido en el TUPA del OSCE<sup>(329)</sup>.

### **Comunicación de ocurrencias**

El Reglamento dispone<sup>(330)</sup> que, para mantener actualizados los datos del RNP, quienes se encuentren registrados en él, están obligados a comunicar las ocurrencias establecidas en la referida norma dentro de los plazos previstos, sujetándose a las consecuencias que se deriven de su incumplimiento. A ello nos vamos a referir más adelante, al tratar cada uno de los registros existentes y las obligaciones aplicables a quienes se inscriben en ellos.

En este orden de ideas, la Directiva N° 014-2012-OSCE-CD “Disposiciones Aplicables a los procedimientos de comunicación de ocurrencias y modificación de datos de la relación de sancionados publicada en el portal institucional del OSCE”<sup>(331)</sup> regula el procedimiento que deben seguir los proveedores ante el RNP para la comunicación de las ocurrencias previstas en el Reglamento.

En este orden de ideas, la referida Directiva establece<sup>(332)</sup> que los proveedores están obligados a efectuar el procedimiento de comunicación de ocurrencias, referido a la modificación del domicilio, de la razón o denominación social o nombre de la persona natural, transformación societaria, cambio o inclusión de las personas que integran los órganos de Administración, representante legal, apoderado, socios, accionistas, participacionistas o titular, así como la variación que produzca en la distribución de acciones, participaciones o aportes, según las disposiciones de las normas legales vigentes, y las que se establezcan mediante directiva del OSCE.

Se establece por otro lado en la Directiva<sup>(333)</sup> que la comunicación de ocurrencias debe presentarse al OSCE (dirigido a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores) a través del formulario oficial, en el cual se deberá consignar los datos generales de identificación del solicitante,

---

(329) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(330) Artículo 258 del Reglamento.

(331) Aprobada mediante Resolución N° 289-2012-OSCE-PRE.

(332) Numeral 7.1 de la Directiva N° 014-2012-OSCE-CD.

(333) Numeral 7.4 de la Directiva N° 014-2012-OSCE-CD.

la información que solicita modificar, así como la “Declaración jurada de veracidad de documentos, información y declaraciones presentadas por el proveedor de bienes, servicios, ejecutor y/o consultor” suscrita en original por el proveedor, su apoderado o representante legal, según corresponda.

### **La tramitación del procedimiento**

En cuanto al procedimiento de comunicación de ocurrencias, la Directiva establece<sup>(334)</sup> que es de evaluación previa, siendo que el plazo máximo para resolver es de treinta (30) días hábiles de presentada la solicitud. Dicho plazo no es consustancial a dichos procedimientos, por lo cual se pudo haber establecido un plazo menor, en especial por la importancia de lo que se está tramitando.

Dentro de los cinco (5) días hábiles de presentada la solicitud, la Subdirección de Información Registral de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores advertirá las observaciones que correspondan, las que serán comunicadas al correo electrónico consignado por el proveedor en el formulario oficial, o en su defecto en el que figure registrado en el RNP.

Las observaciones podrán ser subsanadas dentro del plazo que no excederá del vigésimo quinto día hábil de presentada la solicitud. De no subsanarse la observación dentro del plazo señalado, el trámite no será aprobado y su resultado se comunicará mediante oficio en el domicilio que haya declarado el proveedor en su solicitud o ante el RNP, según corresponda.

Finalmente, la Directiva preceptúa<sup>(335)</sup> que el procedimiento de comunicación de ocurrencias puede ser impugnado a través de los recursos de reconsideración y de apelación, de conformidad con los requisitos establecidos en el TUPA. El plazo para interponer dichos recursos es de quince (15) días hábiles, contados desde que el administrado fue notificado de la no aprobación de su solicitud. El plazo máximo para resolver es de treinta (30) días hábiles. Dichos plazos son consistentes con los que se encuentran establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

### **Socios comunes**

Por otro lado, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(336)</sup>, cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones,

---

(334) Numeral 7.7 de la Directiva N° 014-2012-OSCE-CD.

(335) Numeral 7.8 de la Directiva N° 014-2012-OSCE-CD.

(336) Artículo 260 del Reglamento.



participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán declarar que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente.

El Reglamento establece además que, si se detectara el incumplimiento de la obligación antes señalada, ello deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, la cual se encuentra establecida en la Ley<sup>(337)</sup>. En este punto, el Tribunal de Contrataciones se ha pronunciado incluso en el contexto de las Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, en tanto el titular de ella aporta la totalidad del capital<sup>(338)</sup>.

La justificación de esta infracción se dirige a proteger el principio de libre competencia y concurrencia, puesto que la presentación de postores que se encuentren vinculados de manera independiente podría constituir una práctica restrictiva de la libre competencia, la cual genera un serio perjuicio a la contratación administrativa. De hecho, esta disposición constituye un impedimento adicional para contratar con el Estado, respecto de los que se encuentran consagrados en el artículo 10 de la Ley<sup>(339)</sup>.

### **3. El caso de los proveedores extranjeros**

La normativa contractual establece<sup>(340)</sup> que, para las personas jurídicas constituidas en el extranjero, los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE serán los equivalentes a los solicitados para las personas jurídicas nacionales, cuando corresponda, expedidos por autoridad competente en su lugar de origen.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que en los procedimientos seguidos ante los registros de ejecutores y consultores de obras, al día siguiente de recibida la solicitud con la documentación que acredite los indicados requisitos, el proveedor accederá en forma electrónica a su constancia de inscripción en el RNP, la que tendrá una vigencia de treinta (30) días hábiles, periodo en el que podrá participar y ser postor en los distintos procesos de selección que se convoquen, pero no podrá suscribir contratos.

---

(337) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(338) Resolución N° 1157-2011-TC-S1.

(339) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 126

(340) Artículo 255 del Reglamento.

El Reglamento prescribe que la vigencia de la constancia para ser participante y postor se extenderá por diez (10) días hábiles, cuando el trámite de inscripción sea observado y este sea subsanado en los últimos cinco (5) días hábiles del procedimiento, durante dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación y la ampliación del plazo de la constancia estará supeditada al resultado de la evaluación de la subsanación presentada<sup>(341)</sup>.

En este orden de ideas, se establece que la documentación proveniente del extranjero que tenga por objeto acreditar los requisitos previstos en el TUPA del OSCE deberá contar con la legalización respectiva del Consulado peruano correspondiente al lugar de origen del documento, refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú o con la Apostilla de la Haya y, de ser el caso, con su traducción simple indicando el nombre del traductor.

Señala la norma en este contexto que la legalización deberá constar en el documento original y no en la traducción. La redacción previa de esta disposición, que fuera modificada a su vez por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, permitía que la documentación pueda presentarse sin las legalizaciones consulares correspondientes, lo cual era más consistente con el principio de simplicidad, de necesario empleo en estos procedimientos, como lo hemos señalado anteriormente.

En el caso de procedimientos iniciados con la presentación de documentación conforme al párrafo precedente, el proveedor dentro de los treinta (30) días hábiles computados a partir del día siguiente de presentada la solicitud, deberá presentar dicha documentación con la legalización del Consulado peruano correspondiente, en su lugar de origen, refrendado por el Ministerio de Relaciones Exteriores en el Perú y, de ser el caso, con su traducción simple indicando el nombre del traductor.

Si la documentación presentada por el proveedor es conforme, el RNP procederá a aprobar el procedimiento iniciado. Al día siguiente de la aprobación, el proveedor accederá electrónicamente a la constancia de inscripción en el RNP con una vigencia de un (1) año. Con dicha constancia podrá ser participante, postor y suscribir contratos. En caso de no presentar la documentación con las formalidades previstas en el cuarto párrafo y dentro del plazo indicado, se dará por no aprobado el procedimiento iniciado.

---

(341) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

Se dispone además que las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas con representante legal en el país deberán adjuntar, para acreditar al mismo, copia simple del poder vigente otorgado, con facultades suficientes para representar a la empresa en procedimientos administrativos, debidamente inscrito en los Registros Públicos del Perú.

Finalmente, se establece que las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas y sin representante legal en el país, podrán iniciar su inscripción en el RNP conforme a los procedimientos aprobados para tal efecto, siendo que el OSCE emitirá la directiva para su inscripción en el RNP.

#### **4. Excepciones a la inscripción en el RNP**

Ahora bien, la normativa establece<sup>(342)</sup> un conjunto de excepciones a la obligación de inscribirse en el registro que estamos analizando. Así, no requieren inscribirse como proveedores en el RNP en primer lugar las entidades del Estado que se encuentran comprendidas en el inciso 3.1 del artículo 3 de la Ley, es decir, aquellas a las cuales se le aplica la normativa contractual. La normativa contractual permite que las entidades públicas puedan contratar con otras, lo cual es materia controvertida puesto que existe la posibilidad de vulnerar el principio de subsidiaridad establecido en la Ley<sup>(343)</sup>. En esos casos, debería ser de aplicación la figura del convenio, la cual vamos a estudiar con detenimiento en el capítulo final de este libro.

El Reglamento preceptúa además que no requieren dicha inscripción las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas, ello para celebrar contratos sobre bienes y servicios. La norma no establece si los componentes de dichos patrimonios autónomos requieren estar inscritos, lo cual justificaría la excepción. Es preciso señalar que esta última aclaración fue efectuada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, debiéndose entender que para el caso de obras dichos patrimonios autónomos sí requerirían necesariamente estar inscritos en el RNP.

#### **5. Impedimentos**

Además, conforme al Reglamento<sup>(344)</sup>, no podrán inscribirse ni renovar su inscripción, aumentar su capacidad máxima de contratación, ni ampliar su especialidad como proveedores en el RNP en primer término

---

(342) Artículo 256 del Reglamento.

(343) El argumento de OSCE (por ejemplo, en la Opinión N° 023-2012/DTN) es discutible, puesto que se basa en la inexistencia de disposición que lo prohíba en la normativa contractual, sin que se haya establecido con claridad la que permite dicha participación.

(344) Artículo 259 del Reglamento.

las personas naturales o jurídicas que se encuentren con sanción vigente de inhabilitación. Este efecto de la inhabilitación proviene del hecho de que la misma impide contratar con el Estado, sea de manera temporal o permanente.

Asimismo, tampoco podrán realizar dichos trámites ante el RNP los proveedores cuya inscripción haya sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta al RNP, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley. Sólo podrán solicitar su reinscripción en el referido Registro luego de transcurrido dos (2) años desde que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad. Es necesario señalar que el Tribunal de Contrataciones ha considerado en este caso que ello constituye una sanción administrativa, para efectos de la tutela del principio de non bis in ídem, como veremos más adelante en el capítulo respectivo de este libro.

## **6. Inscripción en el Registro de Proveedores de Bienes y en el Registro de Proveedores de Servicios**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(345)</sup>, en el Registro de Proveedores de Bienes deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado la provisión de bienes, sea que se presenten de manera individual, en consorcio, o tengan la condición de subcontratistas, para lo cual deberán estar legalmente capacitadas para contratar. En el caso del Registro de Proveedores de Servicios el Reglamento incluye<sup>(346)</sup> la contratación de servicios en general y las consultorías distintas a las de obras<sup>(347)</sup>.

Ello implica que las personas naturales deben encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Asimismo, las personas jurídicas nacionales deben haber sido constituidas conforme a ley. Por otro lado, las personas jurídicas extranjeras deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de su lugar de origen, y cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE.

---

(345) Artículo 261 del Reglamento.

(346) Artículo 263 del Reglamento.

(347) Conforme el Anexo de Definiciones del Reglamento, se define como consultor a la persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorías, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.

El objeto social establecido en la escritura pública de las personas jurídicas, inscrito en Registros Públicos o en la institución o autoridad competente en el lugar de origen para las extranjeras, cuando corresponda, deberá estar referido a las actividades consideradas en este registro.

El procedimiento a seguir para esta inscripción se encuentra establecido a su vez en la Directiva N° 005-2014-OSCE-CD “Procedimiento para la inscripción y renovación de inscripción de proveedores de bienes y servicios en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”. Un aspecto clave de esta directiva, de reciente entrada en vigencia, es la naturaleza del procedimiento, estableciéndose que es de aprobación automática, vale decir, el resultado del procedimiento se obtiene con la sola presentación de la solicitud. En este caso nos encontramos ante lo que se denomina acto administrativo tácito, del cual hay que distinguir del acto administrativo ficto o presunto, al cual vamos a aludir más adelante.

### **Obligaciones de los proveedores de bienes y los proveedores de servicios**

El Reglamento preceptúa<sup>(348)</sup> que los proveedores de bienes y los proveedores de servicios están obligados a comunicar al RNP, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al término de cada mes, las siguientes ocurrencias: variación de domicilio, cambio de razón o denominación social, transformación societaria, cambio de representante legal, socios, accionistas, participacionistas o titular, órganos de administración, cambio en la distribución de acciones, participaciones, aportes y otras variaciones que el OSCE establezca mediante la respectiva directiva.

En este punto, el Reglamento establece que, si el proveedor no declaró la variación dentro del plazo establecido, deberá regularizarla mediante la comunicación de ocurrencias extemporánea. La Directiva no establece cómo se regula la misma, señalando simplemente que existe el procedimiento de regularización por comunicación extemporánea, sujetándose al pago de la tasa fijada en el TUPA. Es en consecuencia este último instrumento el que regula la tramitación de dicho procedimiento.

## **7. Consultores de obras**

El Anexo de Definiciones del Reglamento establece que el consultor de obra es la persona natural o jurídica con no menos de un (1)

---

(348) Artículos 262 y 264 del Reglamento.

año de experiencia especializada, que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras. Es preciso señalar que la regulación de la experiencia es producto de la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

A su vez, conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, el expediente técnico de obras es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios. Como veremos más adelante, dicho expediente es crucial para la ejecución del contrato de obra pública y fuente de un conjunto de controversias en materia arbitral.

También se considera consultor de obra a la persona natural o jurídica con no menos de dos (2) años de experiencia especializada, que presta servicios altamente calificados consistentes en la supervisión de obras. Este concepto fue aclarado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, puesto que la redacción previa se limitaba a definirla como la persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras.

En este orden de ideas, el Reglamento define obra como la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Asimismo, el Reglamento preceptúa<sup>(349)</sup> que el RNP otorgará categorías a los ejecutores de obras, asignándoles una capacidad máxima de contratación, y especialidades a los consultores de obras, como veremos más adelante. Las categorías y las especialidades constituyen conceptos cruciales para la contratación administrativa, al permitir regular la manera como las entidades contratan, en especial en el caso de los ejecutores de obra, quienes no pueden vulnerar su capacidad máxima de contratación.

---

(349) Artículo 257 del Reglamento.

## Inscripción en el Registro de Consultores de Obras

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(350)</sup>, en el Registro de Consultores de Obras deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado en la consultoría de obras públicas, sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de subcontratistas, para lo cual deberán estar legalmente capacitadas para contratar, siendo que las personas naturales deben encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Ahora bien, se señala que las personas jurídicas nacionales deben haber sido constituidas como sociedades al amparo de la Ley General de Sociedades y normas complementarias, o como empresas individuales de responsabilidad limitada. El objeto social establecido en la escritura pública inscrita en Registros Públicos debe corresponder a la supervisión de obras y/o elaboración de expedientes técnicos de obras<sup>(351)</sup>.

Las personas jurídicas extranjeras deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de la misma materia que las nacionales, pero de su lugar de origen, y de acuerdo con los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE. El reglamento establece además que los requisitos referidos al objeto social serán los equivalentes a los solicitados para las personas jurídicas nacionales<sup>(352)</sup>.

### Capacidad técnica

Se requiere por otro lado tener capacidad técnica, la que será acreditada considerando la experiencia realizada como consultor de obras, asignándoles las especialidades que corresponda de acuerdo a lo establecido en el Reglamento y en el TUPA del OSCE.

En este punto, la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD "Procedimiento y plazos para la inscripción, renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de subcontratos de ejecutores y consultores de obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)"<sup>(353)</sup> establece los lineamientos a fin de determinar la misma, donde un elemento clave es la acreditación de la experiencia.

---

(350) Artículo 265 del Reglamento.

(351) Disposición aclarada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(352) Ídem.

(353) Aprobada mediante Resolución N° 286-2012-OSCE/PRE.

En este orden de ideas, la directiva establece<sup>(354)</sup> que, para la acreditación de la experiencia en consorcio, en los contratos suscritos bajo la modalidad de concurso oferta, solo se considerará aquella obtenida por el consultor de obras que haya tenido a su cargo la elaboración del expediente técnico de obra. El concurso oferta es aquella modalidad donde el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno.

Asimismo, para acreditar experiencia en consultorías de obras, la Directiva antes señalada preceptúa que la documentación presentada deberá demostrar fehacientemente que se trata de la elaboración de un expediente técnico para ejecución de obras o una supervisión de obra. Caso contrario, el proveedor podrá presentar documentación adicional a la exigida en el TUPA, emitida por entidad y/o la contratante, para acreditarla como tal.

Igualmente, si bien el Reglamento dispone además que no sea considerada como experiencia aquellos contratos suscritos contraviniendo la Ley y el Reglamento<sup>(355)</sup>, la Directiva establece<sup>(356)</sup> que supuestos adicionales de aquello no pueden emplearse para acreditar la experiencia. En primer lugar, los subcontratos para la ejecución de obras públicas en el extranjero que no se encuentren debidamente autorizados por la Entidad pública competente. Asimismo, los subcontratos de obras privadas a nivel nacional o extranjero.

Del mismo modo, la Directiva preceptúa que no acredita la referida experiencia los contratos marco privados que se encuentren en ejecución. Finalmente, no puede emplearse para acreditar experiencia los contratos suscritos cuyo objeto solo es la ejecución de partidas, señalando la norma que este trabajo será considerado como servicio.

### **Solvencia económica**

Un requisito clave para la inscripción es la solvencia económica, para lo cual se evaluará la información financiera y contable solicitada en el TUPA del OSCE, aplicando los ratios de medición de solvencia, aprobados para tal efecto. Adicionalmente, cuando corresponda, se tomará en cuenta la calificación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. La redacción de esta disposición proviene de la modificación generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

---

(354) Numeral 6.8.3.4. de la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD.

(355) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(356) Numeral 6.8.3.5. de la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD.



A su vez, en este punto, la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD establece<sup>(357)</sup> que para evaluar la solvencia económica se emplea el aplicativo de evaluación de los Ratios de Medición de Solvencia, así como la calificación de la Central de Riesgos de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, lo cual se complementa con la información proveniente de la página web de la Sunat.

La norma establece adicionalmente<sup>(358)</sup> que, en caso no se logre alcanzar los indicadores de los Ratios de Medición de Solvencia y/o de la calificación de la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, el proveedor podrá presentar información adicional, tales como: libros y registros contables, declaraciones y/o reportes de la Sunat, actas, testimonios, cronogramas de pagos, manifiestos, entre otros, necesarios según el caso, para respaldar la evaluación contable.

### **El procedimiento aplicable**

En este punto, el Reglamento establece que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen inscribirse en el registro de consultores de obras deberán presentar ante el RNP la respectiva solicitud adjuntando la documentación que acredite los requisitos que establezca el TUPA del OSCE.

En particular, la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD regula los supuestos de improcedencia de la solicitud, más allá de los impedimentos señalados líneas arriba. En primer lugar, cuando al momento del pago de la tasa el estado del RUC del proveedor nacional o extranjero domiciliado no existe o se encuentra en situación de “no habido” o “no activo” ante la Sunat. Esta situación permanecerá hasta que el proveedor regularice su estado, oportunidad en la que él deberá iniciar un nuevo trámite, pudiendo solicitar la devolución del primer pago.

Asimismo, la solicitud no es procedente cuando una persona jurídica paga la tasa de una persona natural. Tampoco es procedente cuando el RUC con el que se efectuó el pago corresponde a una entidad. Además, dicha improcedencia ocurre cuando se produce una duplicidad de pago. Finalmente, la solicitud es improcedente cuando el proveedor se encuentra con multa impaga impuesta por el OSCE o moroso en el pago del fraccionamiento correspondiente.

Al día siguiente de recibida la solicitud con la documentación que acredite los requisitos indicados en el TUPA del OSCE, el proveedor

---

(357) Numeral 6.8.2.1. de la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD.

(358) Numeral 6.8.2.3. de la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD.

accederá en forma electrónica a su constancia de inscripción en el RNP, la que tendrá una vigencia de treinta (30) días hábiles, periodo en el que podrá participar y ser postor en los distintos procesos de selección que se convoque, pero no podrá suscribir contratos.

La constancia para ser participante y postor se extenderá por diez (10) días hábiles, cuando el trámite de inscripción sea observado y este sea subsanado en los últimos cinco (5) días hábiles del procedimiento, durante dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación y la ampliación del plazo de la constancia estará supeditada al resultado de la evaluación de la subsanación presentada.

El proveedor solo podrá suscribir contratos cuando se haya aprobado el procedimiento iniciado, caso en el cual accederá electrónicamente a la constancia de inscripción en el RNP con una vigencia de un (1) año, contado a partir del día siguiente de su aprobación. Con dicha constancia podrá ser participante, postor y suscribir contratos.

### **Profesión de las personas naturales**

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(359)</sup> que podrán inscribirse como personas naturales en el Registro de Consultores de Obras los arquitectos y los ingenieros civiles, sanitarios, agrícolas, electromecánicos, mecánicos, mecánicos eléctricos, mecánico de fluidos, eléctricos, electrónicos, mineros, petroleros, ambientales y de energía.

Ahora bien, es necesario señalar que el Decreto Supremo N° 138-2012-EF excluyó e incorporó algunas especialidades de ingenieros, excluyendo además la posibilidad de que mediante directivas el OSCE determine la incorporación de nuevas profesiones y sus especialidades al Registro.

### **Asignación de especialidades de los consultores de obras**

Como lo hemos señalado anteriormente, el Reglamento preceptúa<sup>(360)</sup> que el RNP asignará a los consultores de obras una (1) o varias especialidades, habilitándolos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado la consultoría de obras públicas.

A los consultores de obras que no acrediten experiencia se les otorgará la especialidad de consultorías en obras menores. Dichos consultores podrían acceder a las Adjudicaciones Directas Selectivas y las

---

(359) Artículo 266 del Reglamento.

(360) Artículo 267 del Reglamento.

Adjudicaciones de Menor Cuantía, de conformidad con los montos establecidos en la Ley Anual de Presupuesto y la Ley, conforme lo señalaremos más adelante.

Solo se considerará la experiencia obtenida directamente, sea como persona natural o persona jurídica, en la realización de elaboración de expedientes técnicos y/o supervisión de obras, no considerándose como tales aquellas actividades ejecutadas como dependientes o bajo la dirección de otro consultor de obras.

La experiencia en la especialidad para los consultores de obras, nacionales o extranjeros, se acreditará con un servicio de consultoría de obras culminado dentro de los últimos cinco (5) años, considerados hasta la fecha de presentación de la respectiva solicitud de inscripción. Esta precisión del requisito fue generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

### **Especialidades de los consultores de obras**

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(361)</sup> que la(s) especialidad(es) de los consultores de obras se determinará en primer lugar por el objeto señalado en la escritura pública de constitución, inscrita en Registros Públicos o en la institución o autoridad competente en el lugar de origen para las extranjeras, solo para el caso de las personas jurídicas.

En segundo lugar debe determinarse la experiencia previa sobre la base del tipo de proyectos y obras en que haya prestado servicios de consultoría de obras, en las determinadas especialidades. En primer lugar, tenemos consultoría en obras urbanas, edificaciones y afines, que implica construcción, ampliación o remodelación de edificios, viviendas, centros comerciales, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas, reservorios de agua potable (elevados o apoyados), muros de contención, pavimentaciones de calles, fábricas y afines.

La norma incluye también la consultoría en obras viales, puertos y afines. Ello incluye carreteras con pavimento asfáltico o concreto, caminos rurales, puentes, túneles, líneas ferroviarias, explotaciones mineras, puertos y aeropuertos, pavimentación de pistas de aterrizaje y afines.

Se establece también la existencia de la especialidad de consultoría en obras de saneamiento y afines. Ello incluye plantas de tratamiento de agua potable, redes de conducción de agua potable, redes de conducción de desagües, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas, emisores

---

(361) Artículo 268 del Reglamento.

de desagües, líneas de impulsión, líneas de aducción, líneas de conducción, cámaras de bombeo, reservorios elevados o apoyados, lagunas de oxidación, conexiones domiciliarias de agua y desagüe, plantas de tratamiento, así como redes de conducción de líquidos, combustibles, gases y afines.

La norma consigna además la especialidad de consultoría en obras electromecánicas y afines. La misma incluye redes de conducción de corriente eléctrica en alta y baja tensión, subestaciones de transformación, centrales térmicas, centrales hidroeléctricas y afines.

Asimismo, la normativa define la especialidad de consultoría en obras energéticas y afines; que incluye plantas de generación eléctrica, líneas de transmisión, redes primarias, redes secundarias con conexiones domiciliarias, centrales hidroeléctricas, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas y afines.

El Reglamento hace referencia también a la consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines, la cual incluye represas de concreto, represas de tierra y otras, canales de conducción de aguas, encauzamiento y defensas de ríos, tomas de derivación, presas, así como túneles para conducción de aguas.

Finalmente, el Reglamento señala la especialidad de consultoría en obras menores, a la cual ya nos hemos referido, y que comprende a cualquiera de las especialidades antes mencionadas, la misma que solo autoriza a participar, presentar propuestas y suscribir contrato, de manera individual o en consorcio, en las Adjudicaciones Directas Selectivas, las Adjudicaciones de Menor Cuantía, y en las exoneraciones cuyo monto corresponda a los mencionados procesos, exceptuándose, sin embargo, aquellos procesos de Adjudicación de Menor Cuantía Derivadas, cuando provienen de Concurso Público o Adjudicación Directa Pública.

Es preciso señalar que esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, puesto que la redacción original de la norma no incluía las exoneraciones, así como las adjudicaciones de menor cuantía derivadas, cuya incorporación en el supuesto de hecho es enteramente pertinente.

### **Ampliación de la especialidad**

El Reglamento dispone en este punto<sup>(362)</sup> que, para la aprobación de la solicitud de ampliación de la especialidad, el consultor de obras debe

---

(362) Artículo 269 del Reglamento.

tener vigente su inscripción en el RNP y cumplir con los demás requisitos que se encuentran establecidos en el TUPA del OSCE.

Como se evidencia en otros casos, el Reglamento deja al TUPA el establecimiento de los requisitos para determinados procedimientos, lo cual vulnera la Ley del Procedimiento Administrativo General, que prescribe que los requisitos que contiene dicho instrumento deben tener a su vez el respectivo sustento en la norma reglamentaria.

### **Obligaciones de los consultores de obras**

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(363)</sup>, los consultores de obras están obligados a comunicar al RNP, dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes al término de cada mes de producido el hecho, un conjunto de ocurrencias. En primer lugar, los contratos suscritos con entidades. En este caso, la norma establece que la declaración se efectuará a través del récord de consultoría de obras.

Por otro lado, los consultores de obra deben comunicar la variación de domicilio, representante legal, cambio de socios, accionistas, participacionistas o titular, razón o denominación social, transformación societaria, cambio de órganos de administración, distribución de las acciones, participaciones, aportes y otras variaciones que el OSCE establezca mediante directiva. En este caso, la comunicación se realizará a través del trámite de comunicación de ocurrencias, de conformidad con lo establecido en el TUPA del OSCE y la Directiva respectiva.

### **Récord de consultoría de obras**

El Reglamento lo define<sup>(364)</sup> como la declaración efectuada por el consultor de obras al RNP de la información detallada de los contratos suscritos con las entidades que se encuentran comprendidas en el ámbito de la Ley, exonerándose de tal obligación a los consultores de obras que no hubieran suscrito contrato alguno. El proveedor se encuentra obligado a efectuar esta declaración electrónicamente en la sección del RNP del OSCE.

En este orden de ideas, la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD “Procedimiento de Declaración del Récord de Ejecución y Consultoría de Obras en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”<sup>(365)</sup> regula la obligación del ejecutor y del consultor de obras de declarar la información detallada

---

(363) Artículo 270 del Reglamento.

(364) Artículo 271 del Reglamento.

(365) Aprobada mediante Resolución N° 288-2012-OSCE-PRE.

de los contratos suscritos con las entidades del Sector Público, y para el ejecutor de obras de declarar las respectivas valorizaciones acumuladas hasta la culminación de la obra, mediante el formulario oficial del récord de ejecución o consultoría de obras ante el RNP<sup>(366)</sup>.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el Reglamento, la declaración extemporánea del récord de consultoría de obras podrá regularizarse, siempre que no haya contratado por especialidades distintas a las otorgadas por el RNP. La norma establece que dicha situación será comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, puesto que ello constituye infracción administrativa, establecida en la Ley.

La Directiva establece en este punto<sup>(367)</sup> que la regularización se efectúa de manera presencial, empleando un formulario dirigido a la Subdirección de Información Registral de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del OSCE, realizando además el pago de la tasa fijada en el TUPA del OSCE.

Ahora bien, en el caso de consorcios, la Directiva establece<sup>(368)</sup> que la declaración del récord de consultoría de obras se realizará por cada consorciado, de acuerdo al porcentaje de obligaciones que le corresponde respecto al monto total del contrato. Así, en el caso de contratos de consultoría de obras, los consorciados deberán declarar la suscripción del contrato, considerando su porcentaje de obligaciones correspondiente.

Finalmente, conforme lo dispuesto por la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD, para los trámites de renovación de inscripción en los registros de ejecutores y consultores de obras, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de los subcontratos de obras públicas el proveedor deberá encontrarse al día en la declaración mensual de su récord de consultoría de obras.

## **8. Inscripción en el Registro de Ejecutores de Obras**

El Reglamento no define qué debe entenderse por ejecutoría de obra. Sin embargo, podemos señalar que consiste en el contrato por el cual el contratista se obliga a la realización de una obra determinada, conforme a la definición de obra señalada en el Reglamento. Dicha norma a su vez, como lo hemos señalado, establece que el RNP otorgará

---

(366) Numeral II de la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD.

(367) Numeral 8.2 de la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD.

(368) Numeral IX de la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD.

categorías a los ejecutores de obras, asignándoles una capacidad máxima de contratación. A ello nos referiremos con detalle más adelante.

En este orden de ideas, conforme lo dispone el Reglamento<sup>(369)</sup>, en el Registro de Ejecutores de Obras deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado en la ejecución de obras públicas, ya sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de subcontratistas, para lo cual deberán estar legalmente capacitadas para contratar, siendo que las personas naturales deben encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

En el caso de personas jurídicas nacionales deben haberse constituido como sociedades al amparo de la Ley General de Sociedades y normas complementarias, o como empresas individuales de responsabilidad limitada. De manera similar a lo preceptuado en el caso de la consultoría de obras, el objeto social establecido en la escritura pública inscrita en Registros Públicos deberá corresponder a la ejecución de obras.

En el caso de las personas jurídicas extranjeras deberán haber sido constituidas de conformidad con la ley de la misma materia que las nacionales, pero de su lugar de origen, y de acuerdo a los requisitos establecidos en el TUPA del OSCE. Los requisitos referidos al objeto social serán los equivalentes a los solicitados para las personas jurídicas nacionales.

### **Capacidad técnica**

Asimismo, dichos proveedores deberán tener capacidad técnica, la que será acreditada considerando la experiencia realizada como ejecutor de obras, otorgándoles la capacidad máxima de contratación que corresponda y de acuerdo a lo establecido en el Reglamento y en el TUPA del OSCE.

La norma prescribe claramente que no será considerada como experiencia aquellos contratos suscritos contraviniendo la Ley y el Reglamento<sup>(370)</sup>, al igual que en el caso de los consultores de obra, siendo de aplicación también lo señalado por la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD sobre el particular. Asimismo, dentro de este rubro vamos a encontrar la capacidad máxima de contratación a la cual nos vamos a referir más adelante, así como la experiencia en la ejecución de obras.

---

(369) Artículo 272 del Reglamento.

(370) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

## **Solvencia económica**

Además, los ejecutores de obra deberán tener solvencia económica, debiéndose evaluar la información financiera y contable solicitada en el TUPA del OSCE, aplicando los ratios de medición de solvencia, aprobados para tal efecto. Adicionalmente, cuando corresponda, se tomará en cuenta la calificación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones. La redacción de esta disposición proviene de la modificación generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y es consistente con lo dispuesto por la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD a la cual nos hemos referido anteriormente.

## **El procedimiento a seguir**

El Reglamento establece en este punto que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen inscribirse en el registro de ejecutores de obras deberán presentar ante el RNP la respectiva solicitud adjuntando la documentación que acredite los requisitos que establezca el TUPA del OSCE. Las causales de improcedencia son las mismas que hemos señalado en el caso de los consultores de obras.

Al día siguiente de recibida la solicitud con la documentación que acredite los requisitos indicados en el TUPA del OSCE, el proveedor accederá en forma electrónica a su constancia de inscripción en el RNP, la que tendrá una vigencia de treinta (30) días hábiles, periodo en el que podrá participar y ser postor en los distintos procesos de selección que se convoque, pero no podrá suscribir contratos.

La constancia para ser participante y postor se extenderá por diez (10) días hábiles, cuando el trámite de inscripción sea observado y este sea subsanado en los últimos cinco (5) días hábiles del procedimiento, durante dicho periodo el proveedor no podrá presentar mayor documentación y la ampliación del plazo de la constancia estará supeditada al resultado de la evaluación de la subsanación presentada<sup>(371)</sup>. Finalmente, se establece que el proveedor solo podrá suscribir contratos cuando se haya aprobado el procedimiento iniciado, caso en el cual accederá electrónicamente a la constancia de inscripción en el RNP con una vigencia de un (1) año, contado a partir del día siguiente de su aprobación. Con dicha constancia podrá ser participante, postor y suscribir contratos.

---

(371) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



### **Profesión de las personas naturales**

El Reglamento dispone<sup>(372)</sup> que podrán inscribirse como personas naturales en el Registro de Ejecutores de Obras los arquitectos y los ingenieros civiles, sanitarios, agrícolas, electromecánicos, mecánicos, mecánicos eléctricos, mecánico de fluidos, eléctricos, electrónicos, mineros, petroleros y de energía.

En este caso el Decreto Supremo N° 138-2012-EF también excluyó e incorporó algunas especialidades de ingenieros, excluyendo además la posibilidad de que mediante directivas el OSCE determine la incorporación de nuevas profesiones y sus especialidades al Registro.

### **Asignación de la capacidad de máxima contratación para los ejecutores de obras**

Un concepto crucial en la ejecutoría de obras es la capacidad de máxima contratación. Sobre el particular, el Reglamento establece<sup>(373)</sup> que el RNP asignará a los ejecutores de obras, nacionales y extranjeros, una capacidad máxima de contratación, habilitándolos para participar en los procesos de selección y/o contratar la ejecución de obras.

En el caso de ejecutores que no acrediten experiencia, el Reglamento preceptúa que se les otorgará una capacidad máxima de contratación hasta por un total equivalente al monto establecido para la Adjudicación Directa Selectiva.

Cuando el ejecutor de obras solicite la renovación de inscripción después de haber transcurrido cinco (5) años de vencida la vigencia de su inscripción y/o muestre una reducción de capital que afecte su capacidad máxima de contratación, esta se recalculará, debiendo ser el tope máximo la que tuvo anteriormente, pudiendo en este caso acreditar nuevas obras para dicho fin.

Finalmente, se establece que la experiencia para los ejecutores de obras, nacionales o extranjeros, se acreditará con la ejecución de obras culminadas dentro de los últimos cinco (5) años, consideradas hasta la fecha de presentación de la respectiva solicitud de inscripción<sup>(374)</sup>.

---

(372) Artículo 273 del Reglamento.

(373) Artículo 274 del Reglamento.

(374) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

## Capacidad máxima de contratación

Conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(375)</sup>, la capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente, y está determinada por la ponderación del capital y las obras ejecutadas, para lo cual se establece un cálculo diferenciado desde la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el mismo que en realidad difiere respecto del valor C en la fórmula empleada.

Dicha fórmula para determinar la capacidad máxima de contratación es la siguiente:

$$\text{CMC} = 15 (C) + 2 (S \text{ Obras})$$

Donde **S obras** consiste en la sumatoria de los montos de las obras culminadas dentro de los últimos cinco (5) años, considerados hasta la fecha de presentación de la respectiva solicitud.

Ahora bien, para personas naturales nacionales y extranjeras, personas jurídicas nacionales inscritas en el Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (Remype) y personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal) y no domiciliadas (matriz) que provengan de países con los cuales el Perú tenga vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas, el valor C se denomina capital, el cual a su vez dependiendo del caso se encuentra representado de distintas maneras.

En primer lugar, para las personas naturales, el capital estará representado por su capital contable declarado en el libro de inventarios y balances y/o en el balance del último ejercicio presentado a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat, o documentos equivalentes expedidos por autoridad competente del domicilio de la persona natural extranjera solicitante.

Para las personas jurídicas nacionales y las personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal), se establece en el Reglamento que el capital estará representado por su capital social, pagado e inscrito en Registros Públicos.

---

(375) Artículo 275 del Reglamento.

Finalmente, señala el Reglamento que, para las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas (matriz), la inscripción en los Registros Públicos se refiere a la inscripción realizada ante la institución o autoridad competente, conforme a las formalidades exigidas en su país de origen.

Por otro lado, para personas jurídicas nacionales y extranjeras domiciliadas (sucursal) y no domiciliadas (matriz) que no están incluidas en el supuesto precedente el valor C de la fórmula antes señalada es Capital o Depósito, el cual no podrá ser inferior al 5% de su capacidad máxima de contratación.

Para las personas jurídicas nacionales, el capital estará representado por su capital social suscrito, pagado e inscrito en Registros Públicos. Para las personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal) el capital estará representado por el asignado a esta, el cual debe estar inscrito en Registros Públicos<sup>(376)</sup>.

Para las personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal), la capacidad máxima de contratación es determinada en función del depósito dinerario en una cuenta abierta en una entidad del sistema financiero nacional a nombre de la sucursal, que corresponde a su vez al capital asignado inscrito en los Registros Públicos.

Ahora bien, conforme lo establece el Reglamento, en el caso de las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas (matriz), lo señalado en el párrafo anterior se determina por el depósito dinerario en una cuenta abierta en una entidad del sistema financiero nacional a nombre de su representante legal en el país.

Para ello, el reglamento preceptúa que los depósitos antes señalados deben haber sido previamente aprobados por la Junta General de Accionistas u órgano análogo de la sociedad. Asimismo, el depósito debe acreditarse con el reporte de estado de cuenta, extracto bancario, *voucher* de depósito o constancia de entidad financiera.

El depósito dinerario en el sistema financiero nacional a que se refiere el párrafo precedente se mantendrá durante la vigencia de la inscripción del proveedor en el RNP o, en su defecto, podrá ser utilizado por las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas (matriz) para financiar sus operaciones en territorio nacional, siendo dicha decisión de exclusiva

---

(376) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

responsabilidad de la Junta General de Accionistas u órgano análogo de la sociedad<sup>(377)</sup>.

Ahora bien, en este punto el Reglamento preceptúa<sup>(378)</sup> que, luego de la primera renovación a que se refiere la Octava Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento, según sea el caso, los referidos ejecutores pueden presentar la documentación que demuestre los gastos realizados en sus operaciones en territorio nacional. Se señala que el procedimiento, tipo de documentación y demás exigencias, son establecidos en la Directiva correspondiente.

En el caso de capitales, depósitos o contratos de obras celebrados en moneda extranjera, el Reglamento establece que se determinará su equivalente en la moneda de curso legal vigente en el país, utilizando el factor de conversión del promedio ponderado venta de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones u otros medios en el cual se informe el tipo de conversión oficial, a la fecha de la presentación de la solicitud.

### **Aplicación temporal**

Sobre el particular, el Reglamento establece<sup>(379)</sup> que a la primera renovación de inscripción de las personas jurídicas ejecutoras de obras que se encuentren dentro de los alcances del numeral 9.3 del artículo 9 de la Ley, y que se realice a partir de la entrada en vigencia de la referida norma, se le aplicará lo previsto por el artículo 275 del Reglamento.

Para la aplicación del literal a) del artículo 275 debe considerarse que se encuentran bajo tal supuesto, las personas jurídicas extranjeras domiciliadas (sucursal) y no domiciliadas (matriz) que provengan de países con los cuales el Perú ha suscrito un tratado u otro compromiso internacional en materia de contratación pública con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento.

### **Aumento de capacidad máxima de contratación**

El Reglamento establece que, para la aprobación de la solicitud de aumento de la capacidad máxima de contratación, el ejecutor de obras debe tener vigente su inscripción en el RNP y cumplir con los demás requisitos establecidos en el TUPA del OSCE. Sin embargo, esos requisitos deberían establecerse en el Reglamento, como ya lo hemos señalado. Es

---

(377) Ídem.

(378) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

(379) Octava Disposición Complementaria Transitoria, que fuera reemplazada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

preciso recordar que el TUPA no establece requisitos, sino que los recoge del ordenamiento.

Asimismo, el Reglamento dispone que, para otorgarle al ejecutor de obras la nueva capacidad máxima de contratación se aplicará lo establecido en el Reglamento respecto al otorgamiento de la referida capacidad. Esta es otra novedad del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, al establecer los requisitos para el aumento de la capacidad máxima de contratación.

### **Capacidad libre de contratación**

El Reglamento define la capacidad libre de contratación como el monto que no está comprometido de la capacidad máxima de contratación y que se obtiene deduciendo de esta las obras públicas adjudicadas que cuenten con constancia de capacidad libre de contratación expedida por el Registro Nacional de Proveedores.

La capacidad máxima de contratación es comprometida al momento de la expedición de la constancia de capacidad libre de contratación, y se va restituyendo de acuerdo a la declaración de lo valorizado por los avances de las obras públicas contratadas, efectuadas a través del módulo del récord de obras habilitado en el portal institucional del OSCE.

En el caso de consorcios, el Reglamento establece que estos solicitarán la correspondiente constancia de capacidad libre de contratación para cada integrante, donde la suma de las capacidades libres de contratación deberá ser igual o superior al monto de la propuesta económica que presenten. La capacidad libre de contratación de cada integrante del consorcio debe ser superior o igual al monto del porcentaje de la obligación asumida en cada proceso.

### **Obligaciones de los ejecutores de obras**

Conforme lo señala el Reglamento, y de manera similar a como ocurre con los consultores de obras, los ejecutores de obras están obligados a comunicar al RNP dentro de los primeros diez (10) días hábiles siguientes al término de cada mes de ocurrido el hecho un conjunto de ocurrencias.

En primer lugar, debe comunicarse los contratos suscritos con entidades. En segundo lugar, el ejecutor debe poner en conocimiento del RNP las valorizaciones acumuladas de cada una de las obras hasta su culminación física. El Reglamento señala, además, que en estos casos la declaración se efectuará a través del módulo de récord de obras.

Finalmente, debe comunicarse la variación de domicilio, del representante legal, cambio de socios, accionistas, participacionistas o titular, razón o denominación social, transformación societaria, órganos de administración, distribución de las acciones, participaciones, aportes y otras variaciones que el OSCE establezca mediante directiva. El Decreto Supremo N° 138-2012-EF generó una importante ampliación de la información a proporcionar, con relación a la redacción previa de la norma. La norma establece además que ello se comunicará a través del trámite de comunicación de ocurrencias, de conformidad con lo establecido en el TUPA del OSCE.

Ahora bien, se establece que, si la omisión benefició indebidamente al proveedor, no podrá regularizarlo. En este orden de ideas, el Reglamento establece que, si se detectara dicha situación deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, establecida en la Ley<sup>(380)</sup>.

### **Récord de obras**

Es la declaración efectuada por el ejecutor de obras ante el RNP, de la información detallada de los contratos suscritos con las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley, así como las respectivas valorizaciones acumuladas hasta la culminación física de la obra, exonerándose de tal obligación a los ejecutores de obra que no hubieran suscrito contrato alguno.

El proveedor se encuentra obligado a efectuar esta declaración electrónicamente en la sección del RNP del portal del OSCE. La declaración extemporánea del récord de obras podrá regularizarse siempre que la omisión no haya beneficiado al ejecutor en su participación en otros procesos de selección. El reglamento establece además que, si se detectara dicha situación, deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, establecida en la Ley<sup>(381)</sup>.

La Directiva correspondiente establece en este punto<sup>(382)</sup> que la regularización se efectúa de manera presencial, empleando un formulario dirigido a la Subdirección de Información Registral de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del OSCE, realizando además el pago de la tasa fijada en el TUPA del OSCE, de la misma manera que en el caso de los consultores de obras.

---

(380) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(381) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(382) Numeral 8.2 de la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD.

Por otro lado, en el caso de consorcios, la Directiva establece<sup>(383)</sup> que la declaración del récord de ejecución de obras se realizará por cada consorciado, de acuerdo al porcentaje de obligaciones que le corresponde respecto al monto total del contrato. Dicha norma prescribe que los consorciados deberán declarar todas las valorizaciones acumuladas adicionales y/o deductivos afectadas por su porcentaje de obligaciones, el cual deberá concordar con la promesa formal del consorcio presentada en su propuesta técnica, sobre la base de la cual se le otorgó la Buena Pro, y con la constancia de capacidad libre de contratación.

Finalmente, conforme lo dispuesto por la Directiva N° 011-2012-OSCE-CD para los trámites de renovación de inscripción en los registros de ejecutores y consultores de obras, aumento de capacidad máxima de contratación, ampliación de especialidad e inscripción de los subcontratos de obras públicas, el proveedor deberá encontrarse al día en la declaración mensual de su récord de consultoría de obras.

## **9. Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado**

El Reglamento establece<sup>(384)</sup> que la inclusión de un proveedor, participante, postor y/o contratista en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado se produce previa resolución del Tribunal que así lo ordene, o por cumplimiento de sentencia judicial firme. La resolución emitida por el Tribunal es resultado de un procedimiento administrativo sancionador. A su vez, la sentencia judicial firme es resultado de un proceso judicial, en principio de naturaleza penal, donde la consecuencia accesoria ha sido la inhabilitación.

Se señala además que el OSCE excluirá de oficio del Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado al proveedor, participante, postor y/o contratista que haya cumplido con la sanción impuesta o si la misma ha quedado sin efecto por resolución judicial firme. No señala la norma si dicha exclusión puede ocurrir como resultado de una medida cautelar emitida en un proceso contencioso-administrativo, situación en la cual cabe más bien la suspensión del registro.

### **Publicación del Registro de Inhabilitados**

El Reglamento preceptúa en este punto que la relación de los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que hayan sido sancionados con inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, será publicada mensualmente en el portal institucional del OSCE,

---

(383) Numeral IX de la Directiva N° 013-2012-OSCE-CD.

(384) Artículo 280 del Reglamento.

dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al término de cada mes, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley.

El Reglamento establece además que la publicación de los proveedores sancionados incluirá la información de los socios, accionistas, participacionistas o titulares con más del cinco por ciento (5 %) de participación en el capital o patrimonio social, así como de los integrantes de sus órganos de administración, a la fecha de la comisión de la infracción. Esta disposición, y las siguientes que comentamos en este acápite, son producto del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, teniendo por finalidad que el reglamento sea consistente con las reformas a la Ley.

Ahora bien, a efectos de la publicación a la que se refiere el párrafo anterior, se considerará como órganos de administración al gerente, directorio, consejo directivo, 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 empresas extranjeras.

Finalmente, el Reglamento establece que la información a la que se refiere el párrafo anterior, se publicará de acuerdo a los datos existentes en el sistema informático del RNP, conforme a lo declarado por los proveedores bajo su responsabilidad, por lo que los reclamos que se presenten respecto de la información publicada no son imputables al RNP.

#### **10. Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de capacidad de libre contratación**

La constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado es el documento expedido por el OSCE que acredita que un proveedor no se encuentra incluido en el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado, conforme la definición contenida en el Reglamento<sup>(385)</sup>.

Por otro lado, el Reglamento establece que la constancia de capacidad libre de contratación es el documento expedido por el OSCE que acredita el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras<sup>(386)</sup>.

#### **La regulación contenida en la norma**

Ahora bien, la normativa precedente preceptuaba que la solicitud de expedición de las constancias de no estar inhabilitado para contratar con

---

(385) Artículo 282 del Reglamento.

(386) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



el Estado y de capacidad libre de contratación se tramitará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de haber quedado consentida la Buena Pro o de haberse agotado la vía administrativa conforme a lo previsto en los artículos 115 y 122. El OSCE no expedirá las constancias que sean solicitadas fuera del plazo establecido.

Se establecía además que en caso de detectarse el incumplimiento del plazo para la suscripción del contrato por parte de la entidad, el OSCE, en ejercicio de su función de velar por el cumplimiento de la normativa, adoptará las medidas correspondientes.

Finalmente, se establecía que la solicitud de expedición de las constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de capacidad de libre contratación deberá tramitarse en el plazo señalado, independientemente del cumplimiento del procedimiento y plazos que realice la entidad para la suscripción del contrato respectivo, previstos en el artículo 148.

Sin embargo, una importante reforma, relativamente reciente, dispone que las constancias de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y/o de capacidad libre de contratación son solicitadas al RNP a partir del día hábil siguiente de haber quedado consentida la Buena Pro o de haberse agotado la vía administrativa, conforme a lo previsto en los artículos 115 y 122<sup>(387)</sup>.

Finalmente, se establece que en aquellos casos en los cuales el OSCE tome conocimiento sobre el incumplimiento de la normativa, en ejercicio de la función señalada en el literal m) del artículo 58 de la Ley, denegará la expedición de la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y/o de capacidad libre de contratación<sup>(388)</sup>.

## **11. Registro de las entidades contratantes**

Como lo hemos señalado anteriormente, existen situaciones en las cuales las entidades públicas pueden contratar con otras entidades, con lo cual hay que tener cuidado, puesto que ello puede vulnerar lo dispuesto por la constitución en lo relativo al principio de subsidiaridad, como ya lo hemos señalado. Por otro lado, en lo que respecta a los acuerdos, ellos pueden no implicar transferencia patrimonial, con lo cual nos encontramos ante convenios, los cuales vamos a analizar en el capítulo final del presente libro.

---

(387) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF:

(388) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

En este punto, el Reglamento establece<sup>(389)</sup> que, a efectos de la realización de los procesos de contrataciones del Estado, el Registro de entidades Contratantes (REC) inscribe a las entidades comprendidas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, que realicen procesos de contratación pública. Es decir, aquellas a las cuales se les aplica la normativa contractual.

### **Registro de la Información en el Registro de entidades Contratantes**

Para su registro en el REC, el Reglamento establece que las entidades deberán proporcionar la información que se solicite en el enlace correspondiente del Seace. Se dispone además en el Reglamento que las modificaciones a la información proporcionada en el REC deberán ser actualizadas en el Seace en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de producida. No establece la norma qué ocurre si es que estas disposiciones son vulneradas, debiendo entenderse que ello generaría, en el primer caso, la imposibilidad para contratar, siendo que en el segundo caso se generaría responsabilidad administrativa.

## **12. El caso de los consorcios**

Sobre el particular, la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD preceptúa<sup>(390)</sup> que las personas naturales o jurídicas que participen en consorcio en un proceso de selección deben contar con inscripción vigente en el Registro correspondiente al objeto del proceso, con independencia de la prestación a la que se haya obligado realizar cada integrante en la promesa formal de consorcio<sup>(391)</sup>.

Se señala además que el objeto del proceso, que puede consistir en la adquisición o suministro de bienes, contratación de servicios, contratación de consultoría de obras o ejecución de obras, debe estar identificado en la ficha de convocatoria y en las bases del proceso de selección publicadas en el Seace.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por la Directiva, tratándose de procesos cuyo objeto sea una consultoría de obras, todos los integrantes del consorcio deberán contar con inscripción vigente en el Registro de Consultores de Obra, en la especialidad que corresponda al objeto del proceso, de conformidad con lo previsto en los artículos 267 y 268 del Reglamento.

---

(389) Artículo 238 del Reglamento.

(390) Numeral VI.6.2 de la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD.

(391) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 153 y ss.

En el caso de procesos de Adjudicación Directa Selectiva, Adjudicación de Menor Cuantía y en las exoneraciones cuyos montos correspondan a estos tipos de procesos, la Directiva preceptúa que basta que los integrantes del consorcio cuenten con inscripción vigente en la especialidad de consultoría en obras menores, como lo hemos explicitado en el acápite respectivo del presente capítulo.

### **Modalidades de ejecución contractual**

Por otro lado, en caso de obras convocadas bajo la modalidad de llave en mano, que no incluya la elaboración del Expediente Técnico, la Directiva preceptúa que todos los integrantes del consorcio deberán contar con inscripción vigente en el Registro de Ejecutores de Obra, lo cual es consistente con lo establecido por el Reglamento y las directivas antes analizadas. Conforme lo veremos más adelante, nos encontramos ante esta modalidad de ejecución contractual si el postor debe ofertar en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso, la elaboración del Expediente Técnico

Ahora bien, en los procesos de selección convocados bajo la modalidad de ejecución contractual, llave en mano o concurso oferta, cuyas prestaciones comprendan la elaboración del expediente técnico, los integrantes del consorcio deben contar con inscripción vigente en el registro correspondiente a la obligación asumida en la promesa formal de consorcio.

Para ello, la Directiva establece que los integrantes del consorcio que se hayan obligado a elaborar el expediente técnico deberán encontrarse inscritos en el Registro de Consultores de Obra, en la especialidad que corresponda al objeto del proceso, de conformidad con lo previsto en el Reglamento, salvo en los procesos de Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía y en las exoneraciones cuyos montos correspondan a estos tipos de procesos, en los que bastará que los integrantes del consorcio cuenten con inscripción vigente en la especialidad de consultoría en obras menores, como ya lo hemos señalado.

Asimismo, la Directiva prescribe a su vez que los integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar la obra, y de ser el caso, a suministrar el equipamiento respectivo y/o los servicios vinculados a esta prestación, deberán contar con inscripción vigente en el Registro de Ejecutores de Obra.

Finalmente, conforme lo dispuesto por la Directiva materia de análisis, aquellos integrantes del consorcio que no se hubieran obligado en la promesa formal del consorcio a ejecutar las prestaciones antes señaladas

sino a una obligación diferente, deberán contar indistintamente con inscripción vigente en el Registro de Consultores de Obra o en el de Ejecutores de Obra.

### **13. La fiscalización posterior en el Registro Nacional de Proveedores**

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(392)</sup> que el OSCE someterá a fiscalización posterior la documentación información, declaraciones y traducciones, presentadas por los proveedores, de acuerdo a lo dispuesto por la normativa aplicable y a sus normas de organización interna. Ello es de especial importancia puesto que a la documentación que se proporciona le resulta aplicable el principio de presunción de veracidad.

Ello se encuentra corroborado por la Directiva N° 012-2006-Consu-code/PRE, a la cual ya nos hemos referido y que establece en su numeral VII que toda la documentación presentada por los proveedores de bienes y/o de servicios a efectos de su inscripción tendrá carácter de declaración jurada y será sometida a un procedimiento de fiscalización posterior según lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ahora bien, como se ha señalado, el RNP opera sobre la base del principio de presunción de veracidad. Ello sin perjuicio de la fiscalización posterior de la información que los proveedores proporcionan al registro. A dicho principio y a su correlato que es precisamente dicha fiscalización nos hemos referido con detalle en el Capítulo II de este libro, dedicado a los principios de la contratación administrativa.

En este orden de ideas, la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD “Fiscalización posterior aleatoria de los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores”<sup>(393)</sup> establece el procedimiento de fiscalización posterior aleatoria que realiza la Sub Dirección de Fiscalización Posterior de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores a los procedimientos administrativos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores.

#### **Generalidades**

En primer lugar, se establece<sup>(394)</sup> que la referida directiva es de obligatorio cumplimiento para la Sub Dirección de Fiscalización Posterior (que es tratada como órgano responsable en la norma), la que debe verificar la autenticidad de las declaraciones, documentos, informaciones y

---

(392) Artículo 254 del Reglamento.

(393) Aprobada mediante Resolución N° 284-2012-OSCE-PRE.

(394) Numeral III de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes en los procedimientos administrativos de aprobación automática o evaluación previa, los cuales se encuentran comprendidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos.

En cuanto a los principios aplicables, la Directiva preceptúa<sup>(395)</sup> que el procedimiento de fiscalización posterior a las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes ante el Registro Nacional de Proveedores se sujeta a los principios de presunción de veracidad y privilegio de controles posteriores, previstos a su vez en la Ley N° 27444.

En cuanto al derecho de defensa, la Directiva preceptúa que, en caso de verificarse la transgresión al principio de presunción de veracidad, la persona natural o jurídica nacional o extranjera en el procedimiento en curso, ejercerá su derecho de defensa una vez finalizadas las respectivas acciones de fiscalización.

### **Selección de la muestra aleatoria**

En este punto, la Directiva dispone<sup>(396)</sup> que los expedientes administrativos materia de fiscalización posterior serán seleccionados por medio de un módulo informático que permita extraer una muestra aleatoria de los expedientes de cada uno de los procedimientos administrativos sujetos a fiscalización posterior y señalados en la referida norma.

Se establece en la Directiva materia de análisis que el referido módulo informático deberá seleccionar una muestra aleatoria de no menos del diez por ciento (10 %) del total de expedientes tramitados en el periodo semestral bajo análisis, por cada procedimiento administrativo regulado en la parte pertinente del TUPA de OSCE, con un máximo de cincuenta (50) expedientes por cada procedimiento administrativo.

Asimismo, la Directiva establece en este punto que, en el supuesto de que el diez por ciento (10 %) de la muestra aleatoria del total de expedientes por cada procedimiento administrativo, sea un número que exceda el máximo de cincuenta (50) expedientes, el órgano responsable está facultado a seleccionar una cantidad equivalente a la raíz cuadrada del número total correspondiente.

Finalmente, y como consecuencia de lo anteriormente señalado, la Directiva preceptúa que, si en determinado tipo de procedimiento, el

---

(395) Numeral 5.2 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

(396) Numeral 5.7 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

número de expedientes no excediera a cincuenta (50), la fiscalización posterior se efectuará a la totalidad de los expedientes seleccionados.

Ahora bien, desde el punto de vista estadístico esta previsión de la norma puede mostrar dificultades, toda vez que la cantidad de expedientes fiscalizados en este supuesto puede incluso ser mayor al que va a ser fiscalizado en el supuesto señalado en el párrafo precedente.

### **Los casos de fiscalización adicional a la muestra aleatoria**

Por otro lado, la Directiva preceptúa<sup>(397)</sup> que en forma adicional a la muestra aleatoria obtenida para cada semestre, el órgano encargado podrá fiscalizar aquellos procedimientos de aprobación automática o evaluación previa seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores, en determinados casos establecidos por la norma.

En primer lugar, cuando una vez concluidos los procedimientos a que se refiere el numeral 5.5. de la Directiva materia de análisis, la evaluación de las declaraciones, documentos, informaciones y traducciones proporcionados por los administrados, determine indicios razonables y suficientes de una posible transgresión al principio de presunción de veracidad.

En segundo lugar, la Directiva preceptúa que dicha fiscalización adicional procede cuando existe comunicación expresa del Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que dicho órgano, luego de conocer y resolver los procedimientos de su competencia, advierta que uno o más proveedores habrían proporcionado información inexacta o documentación falsa a efectos de obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

Asimismo, dicha fiscalización puede ocurrir por denuncias de terceros, cuando estos últimos proporcionen información debidamente sustentada de que uno o más proveedores habrían presentado información inexacta o documentación falsa a efectos de obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

Finalmente, cabe dicha fiscalización adicional por denuncias de carácter público, en aquellos casos en que como resultado de acciones de control, investigaciones u otras medidas realizadas por otras entidades públicas y/o difundidas a través de los medios de comunicación masiva, se tomara conocimiento de que uno o más proveedores, habrían proporcionado información inexacta o documentación falsa a efectos de

---

(397) Numeral 5.8 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

obtener la aprobación de su respectivo trámite en el Registro Nacional de Proveedores.

### **Acciones de fiscalización posterior**

En este punto la Directiva materia de análisis establece<sup>(398)</sup> que el órgano responsable revisará los expedientes seleccionados, comprobará y verificará la autenticidad de la documentación presentada, realizando el cruce de información con aquellas personas, entidades e instituciones que figuren en su contenido, así como empleará cualquier otro medio probatorio que coadyuve a realizar sus funciones.

En tal sentido, la norma prescribe que se podrá solicitar a las personas, entidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras, que corroboren la autenticidad de las declaraciones, documentos, así como las informaciones y traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes, en forma escrita y/o a través de medios electrónicos, y que sirvieron de sustento para el trámite del procedimiento administrativo objeto de fiscalización.

La norma señala además que en el caso de declaraciones, documentos, informaciones y traducciones provenientes del extranjero, el OSCE podrá celebrar convenios de cooperación interinstitucional con la finalidad de disponer de los mecanismos de verificación pertinentes.

### **Informe en caso de veracidad de documentos**

Ahora bien, la Directiva dispone<sup>(399)</sup> en este aspecto que en los casos que, luego de realizadas las acciones de fiscalización correspondientes y de acuerdo a la información obtenida se verifique la veracidad de las declaraciones, documentos, información y traducciones proporcionadas por los administrados o sus representantes, el órgano responsable elaborará un informe dando por concluida la respectiva fiscalización, y remitirá los actuados a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores para su conocimiento, aprobación y derivación al Archivo Central de OSCE.

### **Comisión de fraude o falsedad**

Por otro lado, la norma materia de comentario preceptúa<sup>(400)</sup> el procedimiento que debe seguirse en el caso de detectarse fraude o falsedad en las declaraciones, documentos, información y/o traducciones proporcionados por los administrados o sus representantes. Es necesario señalar

---

(398) Numeral 5.9 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

(399) Numeral 5.10 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

(400) Numeral 5.11 de la Directiva N° 009-2012-OSCE-CD.

que en este caso no existe vulneración alguna al principio de non bis in ídem, puesto que la nulidad del acto es una medida correctiva; siendo que a su vez, la sanción administrativa y la sanción penal apuntan a fundamentos distintos.

### **La nulidad del acto administrativo**

En dicha circunstancia, la Directiva establece que el órgano responsable elaborará un informe que será remitido a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores con la finalidad de que, de ser el caso, esta última declare la nulidad del acto administrativo correspondiente. Para ello debe seguirse el procedimiento de oficio respectivo, en aplicación de lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La Directiva ratifica que, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley, los proveedores cuya inscripción en el Registro Nacional de Proveedores hubiera sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta, solo podrán solicitar su reinscripción en el referido registro luego de transcurridos dos (2) años desde que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad.

En este punto la Directiva señala además que, en caso de que el procedimiento declarado nulo corresponda a uno de aumento de capacidad máxima de contratación (ejecutores de obras) o a uno de ampliación de especialidad (consultores de obras), la referida resolución también dispondrá en su parte resolutive la respectiva disminución de capacidad de contratación y la reducción de la(s) respectiva(s) especialidad(es), por haberse verificado una o más transgresiones al principio de presunción de veracidad en el mencionado procedimiento.

### **La sanción administrativa**

Por otro lado, la Directiva preceptúa que la mencionada resolución dispondrá la remisión de los actuados al Tribunal de Contrataciones del Estado a fin de que este último, de considerarlo pertinente, dé inicio al respectivo procedimiento administrativo sancionador. Ello, dado que la Ley establece que estas conductas constituyen infracción administrativa.

La Directiva señala además que, constituyendo una competencia exclusiva del Tribunal el conocimiento de estas infracciones administrativas y su eventual sanción, así como en estricta aplicación del principio non bis in ídem, previsto en el numeral 10, del artículo 230 de la Ley N° 27444, no corresponderá en ningún caso la imposición de la multa a que se contrae el numeral 32.3 del artículo 32 de la Ley N° 27444.



### **La sanción penal**

Finalmente, la resolución que declare la nulidad del acto administrativo como consecuencia de un procedimiento de fiscalización posterior incluirá, en su parte resolutive, la disposición de iniciar las acciones legales a efectos de interponer la denuncia penal correspondiente contra el administrado o su representante, según se trate de una persona natural o jurídica.

En este caso, nos encontramos ante delitos contra la fe pública, cuya tipificación precisa dependerá de la conducta específica que se haya realizado. Asimismo, como lo hemos señalado líneas arriba, no existe afectación al principio del non bis in ídem, el cual se manifiesta, como veremos más adelante, cuando existe identidad de hecho, sujeto y fundamento, lo cual no ocurre entre la sanción administrativa y la sanción penal que estamos explicitando.

### **III. LOS IMPEDIMENTOS PARA SER POSTOR Y/O CONTRATISTA**

---

La Ley establece un conjunto de situaciones que impiden a determinados proveedores ser postores o contratistas en un proceso de selección, puesto que su participación vulneraría diversos principios de la contratación administrativa, en especial los de libre concurrencia y competencia, moralidad, imparcialidad, eficiencia, transparencia, así como trato justo e igualitario<sup>(401)</sup>. Ahora bien, estas causales han sufrido algunas reformas en las normas que se han venido sucediendo en materia de contratación administrativa.

Sin embargo, varios de dichos impedimentos muestran claras inconsistencias, siendo su aplicación muy controvertida, puesto que a los mismos debe aplicarse los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a fin de que la afectación sea la más restringida posible; teniendo en cuenta además que no puede ampliarse los impedimentos empleando interpretaciones extensivas o analógicas. Asimismo, la Nueva Ley no reforma este diseño de impedimentos, manteniendo una redacción casi idéntica a la contenida en la Ley vigente, pudiendo haber implementado necesarias reformas en este punto.

---

(401) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 171 y ss.

## 1. Los supuestos existentes en cuanto a las personas

En primer lugar, conforme a la Ley<sup>(402)</sup>, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas el Presidente y los vicepresidentes de la República, los congresistas de la República, los ministros y viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, así como los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos; ello, en todo proceso de contratación pública y hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. La justificación estriba en el dominio potencial de cualquiera de dichos funcionarios en cualquier proceso de selección que se tramite, sin excepción.

Por otro lado, se encuentran impedidos de participar en un proceso de selección los presidentes, vicepresidentes y los consejeros de los Gobiernos Regionales, en el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. La justificación de este impedimento es la misma que encontramos en el párrafo anterior, basada en la influencia del funcionario en las decisiones a ser tomadas en el proceso de contratación.

Asimismo, se encuentran impedidos los vocales de las Cortes Superiores de Justicia, así como los alcaldes y regidores, en el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo. En este caso la jurisdicción es distinta, puesto que, mientras los alcaldes y regidores poseen un ámbito provincial o distrital, la jurisdicción de las cortes superiores es variable y no coincide necesariamente con la extensión de determinadas provincias y distritos.

En la entidad a la que pertenecen, se encuentran impedidos de participar en un proceso de selección los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, ello según la ley especial de la materia. Existe controversia respecto a cuál sería dicha norma, la cual entendemos debería ser la Ley del Servicio Civil.

En el correspondiente proceso de contratación, se encuentran impedidos también las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa 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, salvo en el caso de los contratos de supervisión.

---

(402) Artículo 10 de la Ley.

En este caso se señala que la finalidad es garantizar el acceso a la información y evitar la ventaja que dichas personas tendrían sobre el resto de participantes<sup>(403)</sup>. Ello incluye además conjurar el posible conflicto de interés<sup>(404)</sup>.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por la Ley, se encuentran impedidos de participar en un proceso de selección el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad<sup>(405)</sup> y segundo de afinidad<sup>(406)</sup>, en el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los párrafos precedentes<sup>(407)</sup>. Este impedimento es controvertido, puesto que presume una cercanía que podría no existir y que no incorpora otras relaciones cercanas más allá de la relación de parentesco.

Por otro lado, se encuentran impedidas las personas jurídicas en las que dichas personas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5 %) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria, en el ámbito y tiempo establecidos para aquellas en los párrafos precedentes.

Además, conforme a lo establecido por la Ley, se encuentran impedidas las personas jurídicas sin fines de lucro en las que dichas personas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria, en el ámbito y tiempo establecidos para aquellas en los párrafos precedentes. Dichas personas jurídicas también pueden contratar con el Estado, pudiendo ser empleadas por quien está impedido para vulnerar los principios que se tutelan con los impedimentos que venimos analizando.

---

(403) Opinión N° 036-2010/DTN.

(404) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 177.

(405) **Código Civil:**

**Artículo 236.-** 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.

(406) **Código Civil:**

**Artículo 237.-** El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad.

La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge.

(407) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 181-182.

Asimismo, se encuentran impedidas también las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los párrafos precedentes; ello, en el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los párrafos precedentes.

Finalmente, la Ley preceptúa que la misma prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los párrafos precedentes. En estos casos la posible vulneración al principio de moralidad o de libre concurrencia y competencia se encuentra claramente presente.

## **2. Los supuestos de inhabilitación**

La norma señala también que están impedidas las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento. Si bien esta disposición parece obvia, es necesario establecerla como una consecuencia necesaria del procedimiento administrativo sancionador tramitado por el Tribunal de Contrataciones.

De la misma manera, la Ley prescribe que se encuentran impedidas las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en la Ley y el Reglamento.

Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, la Ley preceptúa que este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5 %) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente. Porcentaje mínimo que la Ley asume que sustenta la responsabilidad en la inhabilitación antes señalada. Un caso interesante es el de las sociedades conyugales, donde la empresa conformada por el cónyuge de una persona inhabilitada se encontraría impedida para contratar con el Estado<sup>(408)</sup>.

---

(408) Resolución N° 2710-2013-TC-S4.

Este impedimento es también motivo de controversia por lo estricto que se muestra, toda vez que coloca en una misma categoría a quienes no poseen la misma calidad de propietarios o verdaderos conductores de la empresa, como son los apoderados o representantes legales. De hecho, existen mecanismos para defraudar a la Ley, pero los mismos deben acreditarse en aplicación del principio de presunción de licitud<sup>(409)</sup>.

### **Lo dispuesto por el Acuerdo N° 015/2013**

El referido Acuerdo establece que el impedimento antes señalado no se configura en caso la persona jurídica ya no cuente con quien la vinculaba con el proveedor sancionado, o si es que este había dejado de formar parte del proveedor sancionado antes de que le sea impuesta la sanción. Esta disposición tiene por finalidad restringir la interpretación del impedimento, conforme lo señala el Análisis del propio Acuerdo, corrigiendo supuestos en que se ha incurrido en interpretaciones extensivas<sup>(410)</sup>.

Asimismo, se señala que, cuando el vínculo entre la “persona jurídica vinculada” y el proveedor sancionado” se genera por la participación que tiene un socio, accionista, participacionista o titular en la “persona jurídica vinculada” y que tiene o tuvo en el “proveedor sancionado”, se requiere que dicha participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, en ambas.

Ahora bien, dicha participación mínima no es exigible para el integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal de la “persona jurídica vinculada”, que es o fue socio, accionista, participacionista o titular del “proveedor sancionado”. En este caso, la participación mínima solo es exigible respecto del “proveedor sancionado”.

Asimismo, dicha participación mínima no resulta exigible para quien es o fue integrante del órgano de administración, apoderado o representante legal del “proveedor sancionado”, que es socio, accionista, participacionista o titular de la “persona jurídica vinculada”. En este caso, la participación mínima solo es exigible respecto de la “persona jurídica vinculada”.

Finalmente, conforme al Acuerdo materia de análisis, no se requiere la participación mínima antes señalada cuando el vínculo entre la

---

(409) Sobre el particular: GÓMEZ NESTARES, José Rodolfo. “Lo que olvidó la Ley N° 30225 en materia de impedimentos para ser participantes, postores y contratistas del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 249. Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014, pp. 65-66.

(410) MARTÍNEZ ZAMORA. Marco Antonio. “El impedimento directo de contratar con el Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 247. Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014, pp. 255-256.

“persona jurídica vinculada” y el “proveedor sancionado” se genera por compartir o haber compartido integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.

### **3. Lo establecido por el Reglamento**

Finalmente, la Ley incorpora otros impedimentos que sean establecidos por una ley especial o por el Reglamento. De hecho, el Reglamento dispone<sup>(411)</sup> que se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas aquellas personas naturales o jurídicas a través de las cuales una autoridad, funcionario público, empleado de confianza, servidor público o proveedor pretenda eludir su condición de impedido valiéndose de cualquier modalidad de reorganización societaria y/o la utilización de testaferros para participar en un proceso de selección.

Ahora bien, debemos señalar que este impedimento fue incorporado por el Decreto Supremo N° 046-2011-EF, ante la verificación de supuestos en los cuales se utilizaban mecanismos de elusión sin que los mismos se encuentren contenidos en el artículo 10 de la Ley. Ello, sin embargo, es controvertido, puesto que como lo hemos señalado anteriormente, las limitaciones a derechos fundamentales solo pueden ser establecidas por la Ley<sup>(412)</sup>.

Por otro lado, tenemos las limitaciones establecidas respecto a los socios comunes, a los cuales nos hemos referido anteriormente en este capítulo. Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5 %) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente<sup>(413)</sup>.

### **4. Efectos de los impedimentos**

Por otro lado, la norma señala que las propuestas que contravengan lo antes señalado se tendrán por no presentadas. Asimismo, los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos.

---

(411) Artículo 237 del Reglamento.

(412) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 188-189.

(413) Artículo 260 del Reglamento.

En estos casos es necesario precisar que no nos encontramos ante una vulneración del principio de non bis in ídem, puesto que la nulidad del contrato constituye una medida correctiva, la cual es compatible con las sanciones, sean administrativas o penales, conforme a lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, en cuanto a los consorcios, la Directiva prescribe N° 016-2012-OSCE/CD que, en el caso que uno de los integrantes del consorcio se encontrase impedido de ser participante, postor y/o contratista, la propuesta se considera como no presentada. Se señala que el incumplimiento genera responsabilidad administrativa, así como la nulidad del contrato, si ello corresponde.





# **CAPÍTULO V**

## **LOS ACTOS PREPARATORIOS**

### **I. GENERALIDADES. LA ACTIVIDAD PLANIFICADORA**

---

En la etapa que venimos describiendo se cumplen los presupuestos que tornan jurídicamente posible la realización del proceso de selección, que a su vez permite tomar la decisión contractual administrativa, que es el otorgamiento de la Buena Pro. Es una etapa puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados. Para ello es necesario efectuar previamente una importante actividad de planificación a fin de que dichos actos preparatorios se realicen de manera eficiente.

#### **1. Las actividades de gestión administrativa. La actividad de planificación**

La Administración Pública se gestiona de acuerdo a un conjunto de consideraciones que permitan hacer eficiente su labor. Ello implica la realización de cuatro actividades fundamentales. En primer lugar, la planificación o planeamiento, que implica la determinación de objetivos a obtener, lo cual a su vez requiere la elaboración de planes necesarios para la generación de dichos objetivos. Toda organización requiere de esta actividad, a fin de determinar adecuadamente el resto de actividades de gestión a ser realizadas.

Para ello a su vez es indispensable generar una estrategia o plan estratégico, que consiste en medidas de mediano plazo, necesarios para la generación de objetivos más bien generales. Ello distingue la planificación estratégica de la generación de planes operativos, que más bien componen los planes estratégicos y que funcionan en el corto plazo. A su vez, los planes estratégicos se enmarcan en una misión determinada y en

la implementación de la visión que se tiene de la entidad y de la Administración Pública en su conjunto<sup>(414)</sup>.

En el Perú la labor de regular esta actividad se encuentra a cargo del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico. De más está señalar que este planeamiento no implica limitar la libertad o iniciativa de los particulares, con lo cual no debe confundirse planeamiento estratégico con planificación centralizada o con economía planificada.

En segundo lugar, la gestión administrativa requiere una organización, vale decir, una estructura adecuada para la obtención de sus objetivos; a lo cual haremos referencia seguidamente. Como tercera de las actividades que venimos reseñando, se encuentra la actividad de dirección, que consiste en guiar la gestión, una vez que se ha determinado la estructura organizativa. Finalmente, la gestión administrativa requiere de la actividad de control, por la cual se verifica que la gestión administrativa haya generado los resultados esperados, conforme los planes diseñados por la entidad.

## 2. El Plan Anual de Contrataciones

El Plan Anual de Contrataciones (PAC) es un instrumento de gestión<sup>(415)</sup> necesario para asegurar la planificación de las contrataciones que va a efectuar la entidad, de tal manera que estas se determinen sobre la base de las necesidades institucionales, existiendo a su vez un procedimiento institucional necesario para su aprobación.

En este orden de ideas, la Ley vigente preceptúa<sup>(416)</sup> que cada entidad elaborará su Plan Anual de Contrataciones, el cual deberá prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal, con independencia del régimen que las regule o su fuente de financiamiento, así como de los montos estimados y tipos de procesos de selección previstos.

Se señala además en la Ley que los montos estimados a ser ejecutados durante el año fiscal correspondiente deberán estar comprendidos en

---

(414) STONER, James A. F., FREEMAN, R. Edward y GILBERT, Daniel R. *Administración*. Prentice-Hall Hispanoamericana, México, D.F., 1996, p. 290 y ss.

(415) RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 329 y ss. Sin embargo, algún sector de la doctrina considera más que bien que el PAC es un acto de administración interna. SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. "Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras". En: *Revista de Derecho Administrativo*. CDA, Lima, 2009, p. 31.

(416) Artículo 8 de la Ley.

el presupuesto institucional. Asimismo, se establece que el Plan Anual de Contrataciones será aprobado por el Titular de la entidad y deberá ser publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace).

En este orden de ideas, el numeral V.2 de la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD<sup>(417)</sup> preceptúa que el Plan Anual constituye un instrumento de gestión que debe obedecer en forma estricta y exclusiva a la satisfacción de las necesidades de la entidad, las que a su vez provienen de todos y cada uno de los órganos y dependencias de aquella, en atención al cumplimiento de sus funciones y al logro de sus metas institucionales a lo largo del año fiscal correspondiente, conforme lo establece la Ley y el Reglamento.

### **Lo dispuesto por los tratados internacionales**

Sobre el particular, el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica prescribe<sup>(418)</sup> que cada Parte alentará a sus entidades contratantes a que publiquen, tan pronto como sea posible, en cada año fiscal, avisos con respecto a sus planes de contratación pública. Dado la obligatoriedad de los tratados, la aprobación del PAC constituye una obligación que debe estar incorporada en las normas contractuales de manera ineludible.

Dicho tratado establece que tales avisos deberán incluir el objeto de cada contratación pública planificada y la fecha estimada de la publicación del aviso de contratación futura. Se señala además que, cuando un aviso es publicado de conformidad con el artículo 9.5.4(a), una entidad contratante puede aplicar dicho artículo a efectos de establecer un plazo menor para la licitación<sup>(419)</sup>.

---

(417) Aprobada mediante Resolución N° 169-2009-OSCE/PRE.

(418) Artículo 9.4.3 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

(419) **Artículo 9.5: Plazos para la Presentación de Ofertas**

(...)

4. Una entidad contratante podrá establecer un plazo menor a 40 días, o 30 días cuando una entidad haya cumplido con lo dispuesto en el párrafo 3, siempre que el plazo dado a los proveedores sea suficiente para que estos preparen y presenten sus ofertas, y en ningún caso podrá ser menor a 10 días antes de la fecha límite para la presentación de ofertas cuando:

(a) la entidad contratante haya publicado un aviso separado, incluyendo el aviso de contratación pública planificada bajo el artículo 9.4.3 con por lo menos 40 días y no más de 12 meses de anticipación, y dicho aviso separado contenga una descripción de la contratación pública, los plazos relevantes para la presentación de ofertas o, cuando sea apropiado, las solicitudes para la participación en una contratación pública, y la dirección donde se pueda obtener la documentación relativa a la contratación pública;

(...)

## **Lo dispuesto por la Nueva Ley**

Ahora bien, la Nueva Ley establece en su artículo 15 que cada entidad debe programar en el Cuadro de Necesidades los requerimientos de bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus objetivos y actividades para dicho año, los que deben encontrarse vinculados al Plan Operativo Institucional (POI), con la finalidad de elaborar el Plan Anual de Contrataciones.

La vinculación del PAC con el POI es de particular importancia y no se encuentra establecida en el texto del Reglamento, como veremos seguidamente. Sin embargo, es una disposición que genera una importante complicación, puesto que tendría que elaborarse el POI de la entidad en el primer semestre del año anterior.

Se señala además en dicha norma que dicha programación debe ocurrir a partir del primer semestre, y teniendo en cuenta la etapa de formulación y programación presupuestaria correspondiente al siguiente año fiscal. El plazo entonces permite asegurar que dichos cuadros de necesidades sean elaborados oportunamente, puesto que son empleados para la programación presupuestal pero también para elaborar el Plan Anual de Contrataciones.

## **Procedimiento de elaboración del PAC**

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(420)</sup> que en la fase de programación y formulación del Presupuesto Institucional, cada una de las dependencias de la entidad determinará, dentro del plazo señalado por la normativa correspondiente, sus requerimientos de bienes, servicios y obras, en función de sus metas presupuestarias establecidas, señalando la programación de acuerdo a sus prioridades.

Para la elaboración de los requerimientos antes señalados, el Reglamento establece que las entidades utilizarán el Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras que administra el OSCE. Dicho catálogo es administrado por la Subdirección de Plataforma de la Dirección del Seace, conforme lo dispuesto por el ROF de OSCE. Dicha Subdirección es competente para proponer procedimientos para mantener el Catálogo actualizado, en coordinación con la Subdirección de Desarrollo de Proyectos.

Para ello, la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD dispone que el titular de la entidad o, el órgano o funcionario al que se le haya delegado dicha función, establecerá el plazo máximo dentro del cual las diversas

---

(420) Artículo 6 del Reglamento.

áreas usuarias presentarán al órgano encargado de las contrataciones sus requerimientos de bienes, servicios y obras, en función de sus metas presupuestarias.

### **La labor del órgano encargado de las contrataciones**

El Reglamento preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones de la entidad es el responsable de esta actividad. Asimismo, el Reglamento preceptúa que los requerimientos serán incluidos en el cuadro de necesidades que será remitido al órgano encargado de las contrataciones para su consolidación, valorización y posterior inclusión en el Plan Anual de Contrataciones.

De hecho, la Directiva antes citada preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones deberá consolidar y/o valorizar los requerimientos de todas las áreas usuarias de la entidad para su inclusión en el proyecto del PAC, teniendo en cuenta las funciones propias de la entidad, en armonía con las metas presupuestarias propuestas y respetando el monto financiado en el proyecto de presupuesto institucional.

Para dicha valorización, la Directiva preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, en coordinación con cada una de las áreas usuarias de las cuales provienen los requerimientos, deberá efectuar las indagaciones de las posibilidades de precios que ofrece el mercado, con la finalidad de definir la descripción, la cantidad, las características y las especificaciones de los bienes, servicios y obras que van a contratarse, así como sus valores estimados y el tipo de proceso de selección mediante el cual se realizará, dando como resultado de dicha actividad la elaboración del Cuadro Consolidado de Necesidades.

Para el financiamiento de las necesidades, la Directiva preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones deberá remitir a la Oficina de Presupuesto de la entidad o la que haga sus veces, el Cuadro Consolidado de Necesidades, para su conformidad e inclusión en el proyecto de presupuesto institucional. En este punto esta disposición debe concordarse con la normativa presupuestal respectiva.

De hecho, dicha normativa preceptúa<sup>(421)</sup> que la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en la entidad, conduce la programación y formulación, realizando para ello un conjunto de acciones, entre ellas, revisar la información de programación y formulación elaborada por las

---

(421) Artículo 4 de la Directiva N° 003-2014-EF-50.01 "Directiva para la Programación y Formulación Anual del Presupuesto del Sector Público, con una perspectiva de Programación Multianual".

distintas Unidades Ejecutoras de la entidad, según corresponda<sup>(422)</sup>. Notamos entonces que puede existir antinomia entre las Directivas que regula ambos sistemas.

Finalmente, la Directiva materia de análisis prescribe que los órganos desconcentrados u otros órganos funcionales de la entidad, con facultad para contratar directamente, podrán elaborar en el mismo plazo establecido para la entidad, el proyecto del PAC a través de su órgano encargado de las contrataciones. Ello es concordante con lo señalado sobre el particular por la normativa contractual.

### **Presupuesto institucional de apertura**

En este punto, y a fin de engarzar debidamente el Presupuesto Institucional de Apertura con el PAC, el Reglamento preceptúa que, una vez aprobado el Presupuesto Institucional, el órgano encargado de las contrataciones revisará, evaluará y actualizará el proyecto del Plan Anual de Contrataciones sujetándolo a los montos de los créditos presupuestarios establecidos en el citado Presupuesto Institucional.

En este orden de ideas, la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD, preceptúa que, una vez conocido el presupuesto anual asignado a la entidad, el órgano encargado de las contrataciones solicitará a las áreas usuarias la confirmación y el cronograma de sus requerimientos previstos en la fase de programación y formulación presupuestal.

Se establece además en dicha Directiva que, de haberse reducido el monto de financiamiento del presupuesto previsto en la fase de formulación, el órgano encargado de las contrataciones deberá determinar los procesos de selección a ejecutar con cargo a los recursos asignados, según la prioridad de las metas presupuestarias, en coordinación con la Oficina de Presupuesto de la entidad o la que haga sus veces.

Finalmente, la Directiva preceptúa que, en el caso de existir procesos de selección que no fueron convocados en el ejercicio presupuestal que termina, y de ser necesaria su inclusión en el proyecto del PAC,

---

(422) Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto:

#### **Artículo 6.- La Oficina de Presupuesto de la entidad**

La Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces es responsable de conducir el Proceso Presupuestario de la entidad, sujetándose a las disposiciones que emita la Dirección General del Presupuesto Público, para cuyo efecto, organiza, consolida, verifica y presenta la información que se genere así como coordina y controla la información de ejecución de ingresos y gastos autorizados en los Presupuestos y sus modificaciones, los que constituyen el marco límite de los créditos presupuestarios aprobados.

coordinará con la Oficina de Presupuesto de la entidad o la que haga sus veces, a fin de otorgarle financiamiento con cargo a excluir otros procesos de selección previstos.

### **Contenido del Plan Anual de Contrataciones**

La norma establece<sup>(423)</sup> que el Plan Anual de Contrataciones contendrá, por lo menos, el objeto de la contratación; la descripción de los bienes, servicios u obras a contratar y el correspondiente código asignado en el Catálogo; el valor estimado de la contratación; el tipo de proceso que corresponde al objeto y su valor estimado, así como la modalidad de selección; el tipo de moneda; los niveles de centralización o desconcentración de la facultad de contratar; así como la fecha prevista de la convocatoria.

Una disposición clave es que el Plan Anual de Contrataciones considerará todas las contrataciones, con independencia del tipo del proceso de selección y/o el régimen legal que las regule, lo cual implica que debe incorporarse también aquellas contrataciones a las cuales no se aplica la normativa contractual, como hemos señalado en el capítulo I de este libro<sup>(424)</sup>.

Por otro lado, se establece que no será obligatorio incluir en el Plan Anual de Contrataciones las Adjudicaciones de Menor Cuantía no programables, es decir, aquellas cuya necesidad se produjo luego de la elaboración del referido plan. Ello se debe a la naturaleza más sencilla de este proceso de selección. Sin embargo, esta disposición parece entrar en contradicción con la referida en el párrafo precedente.

Conforme a la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD debe incorporarse al PAC las contrataciones que se sujeten a regímenes especiales, a los cuales nos vamos a referir en el capítulo respectivo. Esta disposición tiene sin embargo una excepción, contenida en la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD “Convenio Marco”, la que en su numeral 7.2 establece que en atención a la naturaleza, las particularidades y el objetivo de los procesos de selección que se convocan para la generación de los Convenios Marco, la entidad responsable no incluirá en su PAC tales procesos.

Además, se establece también en la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD que debe incorporarse al Plan Anual de Contrataciones los procesos de selección que se convocarán en el año fiscal, aun cuando se trate de un proceso de selección declarado desierto el año fiscal anterior.

---

(423) Artículo 7 del Reglamento.

(424) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 336.

Asimismo, debe incorporarse aquellos procesos que durante el año fiscal anterior hayan sido declarados nulos de oficio, por defectos o vicios de los actos preparatorios, siempre y cuando la necesidad persista y se cuente con el presupuesto respectivo. En los casos en que el proceso haya sido convocado según relación de ítems, la inclusión solo se aplicará para los ítems declarados nulos.

### **El caso de los procesos por encargo**

Finalmente, la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD preceptúa que deben incorporarse también en el PAC los procesos de selección que sean realizados por otras entidades del Sector Público o Privado, Nacional o Internacional, como consecuencia de un encargo, sea que este tenga por objeto la realización de compras corporativas o selección por encargo. Debemos recordar que la Nueva Ley restringe el uso de esta modalidad respecto de entidades, excluyendo a entes privados y organismos internacionales.

En este punto se establece también que la entidad encargante mantendrá dichos procesos dentro de su PAC solo si el presupuesto para su realización y ejecución del contrato que de él se derive, se mantenga dentro de su presupuesto institucional y no medie transferencia presupuestal a la entidad encargada, permaneciendo como meta institucional de la entidad encargante. De lo contrario, la entidad encargante deberá excluirla de su PAC y la entidad encargada deberá incluirla en el suyo.

### **Aprobación y publicación del PAC**

El Reglamento establece<sup>(425)</sup> que el Plan Anual de Contrataciones será aprobado por el Titular de la entidad, ello dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la aprobación del Presupuesto Institucional. Esta atribución puede desconcentrarse, conforme lo señalado por la Ley<sup>(426)</sup>, que sin embargo habla de delegación, lo cual no es consistente con lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General. De hecho, las entidades emiten resoluciones a principios del año a fin de atribuir dicha competencia, por ejemplo a la Secretaría General o a la Oficina General de Administración, o las que hagan sus veces.

Conforme dispone el Reglamento, el PAC debe ser publicado por cada entidad en el Seace en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de aprobado, incluyendo el dispositivo o documento de aprobación. Esta

---

(425) Artículo 8 del Reglamento.

(426) Opinión N° 069-2012/DTN.



disposición permite asegurar el cumplimiento del principio de publicidad respecto del Plan.

En este punto, la Directiva prescribe que el registro y la remisión de la información sobre el PAC, así como su correspondiente actualización cada vez que se produzca una modificación, es responsabilidad del Titular de la entidad o del funcionario a quien se hubiera delegado dicha facultad; así como del funcionario que hubiese solicitado la creación del usuario y de aquel que hubiera remitido la correspondiente información al Seace.

La Directiva preceptúa además que la información del PAC registrada en el Seace por las entidades y aquella que sea remitida por medio magnético al OSCE tiene carácter de declaración jurada y está sujeta a las responsabilidades legales correspondientes. El solo registro o envío de la mencionada información no implica la convalidación o conformidad de su contenido que no se ciña a lo dispuesto en la Directiva.

Conforme lo dispuesto por la Directiva, en caso de detectarse defectos, omisión y/o fraude en la información registrada en el Seace o remitida de forma magnética, los funcionarios encargados asumirán la responsabilidad que corresponde, conforme a la normativa vigente, sin perjuicio de poner el caso en conocimiento de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el Reglamento dispone en este punto que el Plan Anual de Contrataciones aprobado estará a disposición de los interesados en el órgano encargado de las contrataciones de la entidad y en el portal institucional de esta, si lo tuviere, pudiendo ser adquirido por cualquier interesado al precio equivalente al costo de reproducción. Esto en estricta aplicación de la normativa sobre transparencia, y en mérito a la tutela del derecho de acceso a la información pública, que constituye un derecho fundamental.

### **La excepción establecida en la norma**

Se señala sin embargo que, excepcionalmente y previa autorización del OSCE, las entidades que no tengan acceso a Internet en su localidad deberán remitirlos a este organismo por medios magnéticos, ópticos u otros que determine el OSCE, según el caso, a fin de cumplir con la necesidad de la difusión de los planes de las entidades<sup>(427)</sup>.

Sobre el particular, la Directiva establece que dicha excepción únicamente es aplicable para las Municipalidades Distritales ubicadas fuera de

---

(427) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 342.

las provincias de Lima y Callao, previa aprobación por escrito del OSCE. Para ello, la entidad deberá remitir una solicitud suscrita por el Alcalde Distrital en la que señale, bajo responsabilidad, la imposibilidad de su representada de acceder directa o indirectamente a Internet, su domicilio y un número de fax a los que se remitirá cualquier documentación.

Se establece asimismo que el OSCE evaluará en cada caso la procedencia de la solicitud y remitirá una comunicación en la que autorice la remisión de la información sobre el PAC por medio magnético. La sola remisión de la solicitud no supone su aceptación por el OSCE.

La Directiva preceptúa además que el OSCE verificará el cumplimiento de lo dispuesto en la referida Directiva en el caso de la información del PAC que sea remitida por medio magnético acompañada del documento físico, observando, de ser el caso, los PAC que no se ajusten a ella a través de la emisión del documento respectivo, conforme a lo dispuesto por el artículo 125 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Se señala que una vez verificado el cumplimiento de lo dispuesto en la Directiva materia de comentario, el OSCE difundirá la información remitida a través del Seace.

### **Secreto militar y orden interno**

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que la contratación de bienes, servicios y obras, con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, contenidos en el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM<sup>(428)</sup>, están exceptuados de su difusión en el Seace, mas no de su registro. Si bien no son de conocimiento público, deben ser sujetos de fiscalización.

### **Micro y pequeñas empresas**

Se señala además en el Reglamento que el Ministerio competente tendrá acceso permanente a la base de datos de los Planes Anuales de Contrataciones registrados en el Seace para su análisis y difusión entre las microempresas y pequeñas empresas. Conforme la normativa vigente, la competencia le corresponde al Ministerio de la Producción<sup>(429)</sup>.

---

(428) Norma que establece disposiciones aplicables a las adquisiciones o contrataciones de bienes, servicios u obras que se efectúen con carácter de secreto militar o de orden interno. A dicha norma nos vamos a referir con mayor detalle en el Capítulo IX de este libro, relativo las exoneraciones.

(429) **Ley N° 29271:**

#### **Artículo 3.- Transferencia de competencias y funciones sobre MYPE**

Transfiérese al Ministerio de la Producción las competencias y funciones sobre micro y pequeña empresa, previstas en la Ley N° 27711, Ley del Ministerio de Trabajo

Es necesario señalar que nuevamente nos encontramos ante el empleo del sistema de contratación administrativa para la promoción de estas formas empresariales, lo cual como lo hemos señalado de manera reiterada es muy controvertido.

### **Modificación del Plan Anual de Contrataciones**

El Reglamento prescribe<sup>(430)</sup> en este punto que el Plan Anual de Contrataciones podrá ser modificado de conformidad con la asignación presupuestal o en caso de reprogramación de las metas institucionales: cuando se tenga que incluir o excluir procesos de selección o el valor referencial difiera en más de veinticinco por ciento (25 %) del valor estimado y ello varíe el tipo de proceso de selección.

La norma establece que la aprobación y difusión de las modificaciones se efectuará empleando las mismas reglas establecidas para la aprobación del Plan, no existiendo ningún mecanismo para evadir dicho requisito. Asimismo, es necesario efectuar una planificación eficiente, a fin de no modificar permanentemente el Plan Anual de Contrataciones.

En este punto, la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD preceptúa que es responsabilidad del Titular de la entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC; así como del órgano encargado de las contrataciones, el efectuar las acciones necesarias con el objeto de planificar con la debida anticipación los procesos de selección que se convocarán durante el correspondiente año fiscal para la contratación de los bienes, servicios y obras requeridos por la entidad a fin de evitar tener que incurrir en sucesivas modificaciones del PAC.

### **El caso de la declaratoria de desierto de un proceso de selección anterior**

En este punto, la Directiva N° 005-2009-OSCE/CD señala además que, en el caso de que el proceso de selección que se convoque derive de la declaratoria de desierto de uno anterior, conforme a lo dispuesto por el artículo 32 de la Ley, no será necesario modificar el PAC, siempre que su objeto haya sido clara e inequívocamente previsto en él.

Asimismo, dicha norma establece que, en el caso de los procesos de selección por ítems que se deriven de la declaratoria parcial de desierto de uno anterior convocado también por ítems, no será necesario

---

y Promoción del Empleo; y en el artículo 6 de la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

(430) Artículo 9 del Reglamento.

modificar el PAC, siempre que su objeto haya sido clara e inequívocamente previsto en él. Esta disposición es claramente corolario de la anterior.

### **Ejecución del Plan Anual**

Sobre el particular, la Directiva preceptúa que es responsabilidad del Titular de la entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC, así como del órgano encargado de las contrataciones de la entidad, la ejecución de los procesos de selección programados en su PAC. Estamos nuevamente ante un supuesto de responsabilidad compartida, en donde esta se manifiesta dependiendo de las respectivas competencias.

Asimismo, la norma materia de comentario establece que el órgano encargado de las contrataciones deberá gestionar oportunamente, la aprobación de la realización de los procesos de selección conforme a la programación establecida en el PAC. Es decir, es su responsabilidad la tramitación del proceso de contratación, conforme lo señalado en este capítulo.

Además, conforme lo dispuesto por la Directiva, el referido órgano deberá obtener de la Oficina de Presupuesto de la entidad o la que haga sus veces, la certificación presupuestal de la existencia de recursos disponibles para la ejecución de cada proceso de selección previsto en el PAC por el año fiscal vigente. A ello nos vamos a referir con mayor detalle más adelante.

La norma establece también que el titular de la entidad o el funcionario a quien se le hubiera delegado dicha atribución, deberá gestionar de manera oportuna la designación de los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial que se encargarán de la organización y conducción del proceso de selección. La finalidad de esta disposición es la realización eficiente del proceso de selección.

### **Supervisión y Evaluación del Plan Anual de Contrataciones**

En este punto la Directiva preceptúa que es responsabilidad del Titular de la entidad o del funcionario encargado de la aprobación y/o modificación del PAC, así como del órgano encargado de las contrataciones de la entidad, la supervisión de la elaboración, aprobación, publicación, difusión, ejecución y demás aspectos del PAC que se encuentran regulados por la presente Directiva. Lo antes señalado opera sin perjuicio de la que le corresponde a la Oficina de Control Institucional de cada entidad, conforme a las normas del Sistema Nacional de Control.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por la Directiva materia de análisis, al finalizar cada año fiscal, el titular del órgano encargado de las contrataciones de la entidad deberá elevar al titular de la entidad o al funcionario a quien se le haya encargado la aprobación y/o modificación del PAC, un informe pormenorizado sobre cada uno de los aspectos puntualizados en el párrafo precedente y, principalmente, sobre la ejecución del Plan Anual, con una descripción y comentario de las actividades de los servidores, funcionarios y áreas usuarias encargadas de su cumplimiento. Este informe es clave para la evaluación que debe realizar el titular de la entidad, razón por la cual el mismo debería ser emitido de manera semestral y ser remitido siempre al titular de la entidad, sin perjuicio de ser emitido también a quien se haya desconcentrado la atribución de aprobar y/o modificar el PAC.

Finalmente, en este punto el Reglamento establece<sup>(431)</sup> que el titular de la entidad evaluará semestralmente la ejecución del Plan Anual de Contrataciones debiendo adoptar las medidas correctivas pertinentes para alcanzar las metas y objetivos previstos en el Plan Operativo Institucional y, de corresponder, disponer el deslinde de las responsabilidades respectivas. La regulación proveniente de la Directiva regula de la misma manera este importante punto.

### **El caso de las contrataciones efectuadas a través de Convenio Marco**

En este punto, el numeral 8.4.8.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD “Convenio Marco” preceptúa que la elaboración, aprobación y modificación del PAC se regirá por las disposiciones contenidas en la Ley, el Reglamento y demás normas complementarias. Sin embargo, dicha norma incorpora una regulación específica.

En primer lugar, se establece que las contrataciones realizadas por Convenio Marco deben encontrarse contempladas en el PAC de la entidad contratante y se asociarán a este a través de los catálogos electrónicos, con excepción de aquellas contrataciones que surjan luego de la aprobación del PAC y que correspondan a los montos de una Adjudicación de Menor Cuantía o aquellas cuyos montos sean inferiores a tres (3) UIT.

Asimismo, cuando en el PAC se haya programado la contratación de bienes y/o servicios que posteriormente sean incluidos en los catálogos electrónicos no resultará obligatorio realizar la modificación del PAC

---

(431) Artículo 9 del Reglamento.

para precisar que la contratación se realizará por Convenio Marco. En estos casos, cada contratación se irá asociando a través del Catálogo Electrónico.

Finalmente, cuando parte de una contratación programada en el PAC deba realizarse por Convenio Marco, la Directiva preceptúa que ello no generará la obligación de modificar el PAC. Para la contratación de los bienes que no estén incluidos en el Catálogo, solo será necesario modificar el PAC cuando se verifique la ocurrencia de alguna de las causales previstas en la Ley y el Reglamento.

## **II. EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN**

---

El procedimiento administrativo es fundamentalmente escrito, y debe constar en un conjunto de documentos escritos que constituyen el expediente administrativo. En el proceso de contratación administrativa es necesario que el expediente contenga todas las actuaciones, en el contexto de las actuaciones preparatorias, el proceso de selección y la ejecución contractual<sup>(432)</sup>.

Antes de convocar a procesos de selección, la entidad deberá contar con el expediente debidamente aprobado para la adquisición o contratación respectiva, el que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento. La Ley establece que puede efectuarse adquisiciones o contrataciones cuyo desarrollo se prolongue por más de un ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberán adoptarse las previsiones necesarias para garantizar el pago de las obligaciones.

### **1. Contenido**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(433)</sup>, el expediente debe contener la información referida a las características técnicas de lo que se va a contratar, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el valor referencial, la disponibilidad presupuestal, el tipo de proceso de selección, la modalidad de selección, el sistema de contratación, la modalidad de contratación a utilizarse y la fórmula de reajuste de ser el caso.

El Reglamento establece que una vez aprobado el expediente de contratación, se incorporarán todas las actuaciones que se realicen desde la designación del Comité Especial hasta la culminación del contrato, incluyendo las ofertas no ganadoras. Debe entenderse por ofertas no

---

(432) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 347.

(433) Artículo 10 del Reglamento.

ganadoras aquellas que fueron admitidas y a las que no se les otorgó la Buena Pro.

De acuerdo con lo dispuesto por el Reglamento, el órgano encargado de las contrataciones tiene a su cargo la custodia y responsabilidad del expediente de contratación, salvo en el periodo en el que dicha custodia esté a cargo del Comité Especial. También es responsable de remitir el expediente de contratación al funcionario competente para su aprobación, de acuerdo a sus normas de organización interna.

Finalmente, en el caso de que un proceso de selección sea declarado desierto, se establece que la nueva convocatoria deberá contar con una nueva aprobación del expediente de contratación, dependiendo de las modificaciones que se hayan efectuado. Ello dado que la declaración de desierto debe generar una evaluación por parte de la entidad respecto a las razones de ello, a fin de efectuar los ajustes que sean necesarios, lo cual puede incluir al expediente de contratación.

## **2. El caso de los proyectos de inversión pública**

Ahora bien, vamos a encontrar múltiples puntos de contacto entre el Sistema Nacional de Inversión Pública y el Sistema de Contratación Administrativa, dentro de la discusión que hemos señalado anteriormente respecto a la existencia de este último sistema. Lo que ocurre es que el primero de ellos tiene como mecanismo de concretización al segundo, con lo cual la normativa contractual va a hacer referencia al SNIP de manera reiterada, precisamente para asegurar el empleo eficiente de ambos.

### **Sistema Nacional de Inversión Pública. Generalidades**

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) consigna como sistema administrativo al Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), creado por Ley N° 27293, que tiene la finalidad de optimizar el uso de los Recursos Públicos que se encuentran destinados a la inversión, mediante el establecimiento de principios, procesos, metodologías y normas técnicas relacionados con las diversas fases de los proyectos de inversión<sup>(434)</sup>. Este sistema cumple un rol medular, al asegurar el uso eficiente de los recursos públicos destinados a la inversión, de tal manera que esta genere beneficios a la colectividad.

El ente rector del SNIP es la Dirección General de Programación Multianual del Sector Público, al interior del Ministerio de Economía y Finanzas; el que emite las Directivas respectivas; realiza el seguimiento de

---

(434) Artículo 1 de la Ley N° 27293.

la inversión pública y de los proyectos de inversión; promoviendo además la generación de capacidades en los diferentes niveles de gobierno para la formulación y evaluación de los Proyectos de Inversión Pública y la propia Programación Multianual de la Inversión Pública<sup>(435)</sup>.

Es preciso señalar que la atribución señalada en el párrafo precedente ha sido modificada por el Decreto Legislativo N° 1091, que promueve los servicios especializados en elaboración de estudios de preinversión y evaluación de proyectos de inversión pública, preceptuando que dicha atribución incluye la facultad de acordar con entidades especializadas la evaluación de los Proyectos de Inversión Pública, las que deben encontrarse inscritas en el Registro de Especialistas en Proyectos de Inversión Pública.

### **Regulación en materia de expediente administrativo**

Como resultado de lo antes señalado, la normativa preceptúa que, cuando las contrataciones estén relacionadas a la ejecución de un proyecto de inversión pública, es responsabilidad de la entidad en primer lugar que los proyectos hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Asimismo se requiere que se tomen las previsiones necesarias para que se respeten los parámetros bajo los cuales fue declarado viable el proyecto, incluyendo costos, cronograma, diseño u otros factores que pudieran afectar su viabilidad.

Tratándose de obras, el Reglamento preceptúa que se adjuntará el expediente técnico<sup>(436)</sup> respectivo y, cuando corresponda, la declaratoria de viabilidad conforme al Sistema Nacional de Inversión Pública. Se establece que en la modalidad de concurso oferta no se requerirá el expediente técnico, debiéndose anexar el estudio de preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme las disposiciones del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Finalmente, en el mismo sentido, la normativa dispone que, en el caso de obras bajo la modalidad de llave en mano, si estas incluyen la elaboración del expediente técnico, se deberá anexar el estudio de

---

(435) Artículo 9 de la Ley N° 27293.

(436) Como lo hemos señalado anteriormente, es el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto de obra, fecha de determinación del presupuesto de obra, valor referencial, análisis de precios, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.



preinversión y el informe técnico que sustentó la declaratoria de viabilidad, conforme las regulaciones propias del Sistema Nacional de Inversión Pública, generando coherencia entre ambos sistemas, como ya lo hemos señalado.

### **III. EL REQUERIMIENTO. LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS BIENES, SERVICIOS Y OBRAS A CONTRATAR**

---

El requerimiento es entonces la primera fase de los actos preparatorios, y la primera actuación a la cual hay que prestarle especial atención para efectos de asegurar una contratación eficiente<sup>(437)</sup>. En este orden de ideas, la normativa contractual establece<sup>(438)</sup> que, sobre la base del Plan Anual de Contrataciones, el área usuaria deberá requerir la contratación de los bienes, servicios u obras, teniendo en cuenta los plazos de duración establecidos para cada proceso de selección, con el fin de asegurar la oportuna satisfacción de sus necesidades.

En este orden de ideas, la norma preceptúa que, al plantear su requerimiento, el área usuaria deberá describir el bien, servicio u obra a contratar, definiendo con precisión su cantidad y calidad, indicando la finalidad pública para la que debe ser contratado. La precisión por parte del área usuaria es fundamental para que las características técnicas puedan ser determinadas de manera adecuada. A su vez, la determinación de la finalidad pública se dirige a tutelar el interés general que debe sustentar el requerimiento.

#### **1. Determinación de las especificaciones técnicas**

Conforme lo establece la Ley, la formulación de las especificaciones técnicas deberá ser realizada por el área usuaria en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, evaluando en cada caso las alternativas técnicas y las posibilidades que ofrece el mercado para la satisfacción del requerimiento. Dicha evaluación es preliminar, puesto que se encuentra sujeta al estudio de posibilidades que ofrece el mercado.

Asimismo, según lo prescrito por la Ley, la evaluación antes señalada deberá permitir la concurrencia de la pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria del respectivo proceso de selección, evitando incluir requisitos innecesarios cuyo cumplimiento solo favorezca a determinados postores. Ello, en cumplimiento del principio de libre

---

(437) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 349-350.

(438) Artículo 13 de la Ley.

conurrencia y competencia, puesto que en esta primera instancia de las actuaciones preparatorias es donde comienzan a generarse las posibles vulneraciones a dicho principio.

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(439)</sup> que el órgano encargado de las contrataciones, con la autorización del área usuaria y, como producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, podrá ajustar las características de lo que se va a contratar. Ello puede deberse a que las características técnicas establecidas no se encuentran en el mercado.

## **2. Normas técnicas**

A su vez, la Ley establece que las especificaciones técnicas deben cumplir obligatoriamente con los reglamentos técnicos, normas metrológicas y/o sanitarias nacionales, si las hubiere. Estas podrán recoger las condiciones determinadas en las normas técnicas, si las hubiere.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa además que serán obligatorios los requisitos técnicos establecidos en reglamentos sectoriales dentro del ámbito de su aplicación, siempre y cuando cuenten con el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas de acuerdo a lo dispuesto por los Decretos Leyes N° 25629 y N° 25909.

El primero de dichos decretos preceptúa que las disposiciones por medio de las cuales se establezcan trámites o requisitos o que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o importación de bienes o servicios podrán aprobarse únicamente mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el del Sector involucrado. La normativa se enmarca en la necesidad de establecer parámetros a la actividad limitadora de la Administración Pública.

A su vez, el Decreto Ley N° 25909 preceptúa que ninguna entidad, con excepción del Ministerio de Economía y Finanzas, puede irrogarse la facultad de dictar medidas destinadas a restringir o impedir el libre flujo de mercancías mediante la imposición de trámites, requisitos o medidas de cualquier naturaleza que afecten las importaciones o exportaciones.

Como resultado, son nulos todos los actos que contravengan lo dispuesto en el párrafo anterior, siendo solo exigible en las mencionadas operaciones aduaneras el cumplimiento de las disposiciones contenidas

---

(439) Artículo 11 del Reglamento.

en la Ley General de Aduanas aprobada por Decreto Legislativo N° 722, el Decreto Legislativo N° 668 y las demás normas de comercio exterior.

Por otro lado, la norma establece<sup>(440)</sup> que, para los efectos de lo dispuesto en el párrafo precedente, las entidades públicas están impedidas de acatar disposiciones o resoluciones que no tengan sustento en lo establecido en el mencionado artículo, debiendo poner estos hechos en conocimiento de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el Reglamento prescribe en este punto que las normas técnicas nacionales, emitidas por la Comisión competente de Reglamentos Técnicos y Comerciales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, podrán ser tomadas en cuenta para la definición de los bienes, servicios u obras que se van a contratar mediante los procesos de selección regulados por la Ley y el Reglamento.

### **3. El caso de las obras**

En el caso de obras la Ley prescribe que se deberá contar con la disponibilidad física del terreno o lugar donde se ejecutará la misma y con el expediente técnico aprobado, debiendo cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento, a los cuales aludiremos más adelante. Ello es relevante a efectos de la modalidad de ejecución contractual que se va a emplear, puesto que en el concurso el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso, el terreno<sup>(441)</sup>.

La norma establece que la entidad cautelará la adecuada formulación del expediente técnico con el fin de asegurar la calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras. Muchos procesos arbitrales son resueltos en contra de la entidad por defectos que ocurren en este contexto.

### **4. Procesos de selección cuyo objeto no es único**

Finalmente, en los procesos de selección según relación de ítems, etapas, tramos, paquetes o lotes se podrá convocar la contratación de bienes, servicios y obras en un solo proceso, estableciéndose un valor referencial para cada ítem, etapa, tramo, paquete o lote. La norma señala que el Reglamento establecerá los procedimientos adicionales a seguir

---

(440) Artículo 2 del Decreto Ley N° 25909.

(441) Artículo 41 del Reglamento.

en estos casos. De hecho, el Reglamento establece un conjunto de regulaciones para estos casos, que se encuentran diseminadas en su texto, como veremos más adelante.

## 5. Procedimiento de estandarización

Conforme lo preceptúa el Reglamento, para la descripción de los bienes y servicios a contratar no se hará referencia a marcas o nombres comerciales, patentes, diseños o tipos particulares, fabricantes determinados, ni descripción que oriente la adquisición o contratación de marca, fabricante o tipo de producto específico. Esta disposición se dirige a tutelar el principio de Libre Concurrencia y Competencia, puesto que si la entidad pudiera establecer cualquiera de las cualidades antes señaladas la participación de los postores se reduciría sustancialmente, permitiendo además que la contratación pueda dirigirse, generando desviación de poder y vulnerando otros varios principios de la contratación administrativa. .

### **El procedimiento de estandarización. Lo dispuesto por la Directiva de la materia**

El Reglamento señala a su vez que solo será posible solicitar una marca o tipo de producto determinado cuando ello responda a un proceso de estandarización debidamente sustentado, bajo responsabilidad del Titular de la entidad. En este orden de ideas, la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD<sup>(442)</sup>, sobre lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo de producto, es la que regula el procedimiento a seguir para efectuar dicha estandarización.

En primer lugar, la norma materia de comentario preceptúa<sup>(443)</sup> que la estandarización es 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.

A su vez, conforme lo dispuesto por la Directiva materia de análisis<sup>(444)</sup>, los presupuestos que deben verificarse para que proceda la estandarización, son que la entidad posee determinado equipamiento o infraestructura, pudiendo ser maquinarias, equipos, vehículos, u otro tipo de bienes, así como ciertos servicios especializados; los bienes o servicios que se requiere contratar son accesorios o complementarios al equipamiento

---

(442) Aprobada mediante Resolución N° 358-2009-OSCE-PRE.

(443) Numeral VI.1 de la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD.

(444) Numeral VI.2 de la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD.

o infraestructura preexistente; y los bienes o servicios que se requiere contratar son imprescindibles para garantizar la funcionalidad, operatividad o valor económico del equipamiento o infraestructura preexistente.

Como resultado, la Directiva prescribe que no procede realizar un proceso de estandarización, entre otros supuestos, cuando: (i) no existe accesoriadad o complementariedad entre el equipamiento o infraestructura preexistente y los bienes o servicios a ser contratados; (ii) aun cuando exista accesoriadad o complementariedad, esta no responda a criterios técnicos y objetivos que la hagan imprescindible; (iii) cuando se busque uniformizar el equipamiento o infraestructura por razones estéticas; (iv) cuando los bienes o servicios accesorios o complementarios son considerados por la entidad como una mejor alternativa por criterios subjetivos de valoración.

Ahora bien, cuando en una contratación en particular el área usuaria considere que resulta inevitable solicitar determinada marca o tipo particular en los bienes o servicios a ser contratados, deberá elaborar un informe técnico de estandarización debidamente sustentado, el cual debe contener un conjunto de elementos establecidos por la norma<sup>(445)</sup>.

En cuanto a la formalización de la decisión, la norma preceptúa<sup>(446)</sup> que la estandarización de los bienes o servicios a ser contratados será aprobada por el titular de la entidad, o por el funcionario al que este delegue dicha facultad, sobre la base del informe técnico de estandarización emitido por el área usuaria, la que podrá efectuar las coordinaciones que resulten necesarias con el órgano encargado de las contrataciones de la entidad para tal fin.

Una vez aprobada la estandarización de los bienes o servicios a ser contratados, el área usuaria remitirá al órgano encargado de las contrataciones de la entidad, conjuntamente con las especificaciones técnicas o términos de referencia según corresponda, el informe técnico de estandarización y el documento mediante el cual se aprobó la estandarización, a fin de que dicho órgano realice las actividades necesarias para concretar la contratación del bien o servicio requerido.

Por otro lado, la Directiva preceptúa<sup>(447)</sup> que, cuando un Comité Especial constate que al describir los bienes o servicios a ser contratados se hace referencia a determinada marca o tipo particular, deberá verificar que en el expediente de contratación se haya incluido el informe técnico

---

(445) Numeral VI.3 de la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD.

(446) Numeral VI.4 de la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD.

(447) Numeral VI.5 de la Directiva N° 010-2009-OSCE/CD.

de estandarización y el instrumento que aprobó la estandarización; en caso contrario, deberá observar el expediente de contratación y devolverlo al órgano encargado de las contrataciones de la entidad para su reformulación.

Finalmente, la Directiva prescribe que la estandarización no supone la existencia de un proveedor único en el mercado nacional, es decir, el hecho de que una entidad apruebe un proceso de estandarización no enerva la posibilidad de que en el mercado pueda existir más de un proveedor, con lo cual, en principio, la entidad se encontraría obligada a efectuar un proceso de selección para determinar al proveedor con el cual celebrará el contrato. La estandarización no es supuesto de exoneración del proceso de selección, situación en la cual se tendría que emplear el procedimiento de exoneración respectivo por la causal de proveedor único de un bien o servicio que no admite sustitutos, como veremos en el Capítulo X de este libro.

### **Lo dispuesto por la normativa internacional**

A su vez, esta regulación es consistente con lo preceptuado por el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica, el cual prescribe<sup>(448)</sup> que una entidad contratante no establecerá ninguna especificación técnica que requiera o haga referencia a una determinada marca o nombre comercial, patente, derecho de autor, diseño o tipo, origen específico, productor o proveedor, salvo que no exista otra manera suficientemente precisa o comprensible de describir los requisitos de la contratación pública y siempre que, en tales casos, se incluya también en los documentos de contratación expresiones tales como “o equivalente”.

Asimismo, el Tratado establece que una entidad contratante no solicitará ni aceptará, de manera que pueda tener por efecto impedir la competencia, asesoramiento que pudiera utilizarse para preparar o adoptar cualquier especificación técnica para una contratación pública específica proveniente de cualquier persona que pueda tener interés comercial en esa contratación pública.

## **6. Lo señalado por la Nueva Ley**

En este punto la Nueva Ley tiende a ser más precisa, señalando que el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las especificaciones técnicas, términos

---

(448) Artículo 9.6.5 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la entidad.

Señala la Nueva Ley, asimismo, que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación y no tienen por efecto la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo.

Finalmente, la Nueva Ley establece, en la línea de la normativa vigente que, salvo las excepciones previstas en el reglamento, en el requerimiento no se hace referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos.

#### **IV. ESTUDIO DE POSIBILIDADES QUE OFRECE EL MERCADO**

---

Una vez determinadas las características técnicas es necesario determinar si el mercado puede proveer aquello que la entidad requiere, sean bienes, servicio y obras, lo cual es crucial además para determinar el valor referencial, entre otros importantes aspectos. La finalidad de un procedimiento para ello es evitar que dicho valor referencial sea una dificultad para contratar de manera eficiente, pudiendo haber supuestos de subvaluación o sobrevaluación, que pueden generar desviación de poder o la declaración de desierto del proceso, entre otras complicaciones. Es preciso señalar que la normativa anterior era menos precisa en este punto, limitándose a regular el llamado estudio de mercado, sin efectuar mayores precisiones sobre el particular.

En este orden de ideas, el Reglamento establece<sup>(449)</sup> que, sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones debe evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar en primer lugar el valor referencial, que es una de las finalidades más importantes del EPOM; mas no la única<sup>(450)</sup>.

---

(449) Artículo 12 del Reglamento.

(450) Sobre el particular: MORANTE GUERRERO, Luis Eduardo. "Especificaciones aplicativas del estudio de posibilidades que ofrece el mercado". En: *Actualidad Gubernamental*. N° 39. Lima, enero 2012, p. VII-5.

Ello, porque el EPOM es empleado además para determinar la existencia de pluralidad de marcas y/o postores; la posibilidad de distribuir la Buena Pro; la información que pueda utilizarse para la determinación de los factores de evaluación, de ser el caso; la pertinencia de realizar ajustes a las características y/o condiciones de lo que se va a contratar, de ser necesario; así como otros aspectos necesarios que tengan incidencia en la eficiencia de la contratación.

La norma establece que para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse, como mínimo, dos (2) fuentes, pudiendo emplearse presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, cuando corresponda.

La norma establece que puede emplearse además portales y/o páginas Web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, la información de procesos con buena pro consentida publicada en el Seace, entre otros, según corresponda al objeto de la contratación y sus características particulares debiendo verificarse que la información obtenida en cada fuente corresponda a contrataciones iguales o similares a la requerida.

Se establece que, en caso de que exista la imposibilidad de emplear más de una fuente, en el estudio deberá sustentarse dicha situación<sup>(451)</sup>. En este punto la evolución de la normativa nos ha ido llevando a un diseño cada vez más riguroso para la realización de esta actividad.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado debe tener en consideración las alternativas existentes según el nivel de comercialización, descuentos por volúmenes, disponibilidad inmediata de ser el caso, mejoras en las condiciones de venta, garantías y otros beneficios adicionales, así como también la vigencia tecnológica del objeto de la contratación de las entidades.

Finalmente, el Reglamento prescribe que el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado debe indicar los criterios, procedimiento y/o metodología utilizados, a partir de las fuentes previamente identificadas, para determinar el valor referencial<sup>(452)</sup>. Como veremos a continuación, el valor referencial es un concepto clave en la normativa contractual, siendo necesario que se establezca adecuadamente como es que el mismo ha sido obtenido.

---

(451) Disposición modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(452) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



## V. VALOR REFERENCIAL

---

El valor referencial es el costo estimado aprobado por la entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios de mercado. La norma establece en este punto que la entidad calculará el valor referencial incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y cualquier otro concepto que pueda incidir sobre el costo de los bienes, servicios o ejecución de obras a adquirir o contratar.

El valor referencial será determinado sobre la base de los costos estimados por la dependencia o dependencias responsables de la entidad, con una antigüedad no mayor a los dos meses anteriores a la convocatoria del proceso de selección. El valor referencial será siempre público, salvo que la entidad determine que este tenga carácter reservado, mediante decisión debidamente sustentada, cuando el proceso de adquisición o contratación lo haga recomendable<sup>(453)</sup>.

El valor referencial cumple con varias funciones dentro de la contratación administrativa. En primer lugar, permite determinar los recursos necesarios para contratar, a través de la determinación de la disponibilidad presupuestal. En segundo lugar, sirve de base para la determinación y realización del proceso de selección para la entidad. Por otro lado, es un parámetro para determinar la validez de las propuestas, como veremos más adelante.

Asimismo, el valor referencial sirve como estándar para la elaboración de las propuestas económicas por parte de los postores, las cuales pueden descalificarse si se encuentran fuera del margen determinado por la Ley, como veremos más adelante. Finalmente, el valor referencial sirve como un criterio adicional para evaluar las propuestas a presentarse.

### 1. Valor referencial para ejecución y consultoría de obras

En la contratación para la ejecución de obras, el Reglamento dispone<sup>(454)</sup> que corresponderá al monto del presupuesto de obra establecido en el Expediente Técnico. Ello, en tanto dicho conjunto de documentos contiene todas las actuaciones administrativas necesarias para la realización de la obra, lo cual incluye el costo de esta.

---

(453) Artículo 26 de la Ley.

(454) Artículo 14 del Reglamento.

### **El presupuesto de obra**

El Reglamento establece además que el presupuesto de obra deberá detallarse considerando la identificación de las partidas y subpartidas necesarias de acuerdo a las características de la obra, sustentándose en análisis de precios unitarios por cada partida y subpartida, elaborados teniendo en cuenta los insumos requeridos en las cantidades y precios o tarifas que se ofrezcan en las condiciones más competitivas en el mercado.

Además, debe incluirse los gastos generales variables y fijos, así como la utilidad. Los primeros son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y por lo tanto pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista. Los segundos son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.

Conforme lo dispuesto por la norma, el presupuesto de obra deberá estar suscrito por los consultores y/o servidores públicos que participaron en su elaboración y/o aprobación, según corresponda. Ello es necesario para determinar la responsabilidad de cada uno de ellos, teniendo en cuenta que dicho presupuesto puede afectar el proceso de selección y la ejecución contractual.

### **Expediente técnico**

Asimismo, se establece que en la ejecución de obras bajo las modalidades de concurso oferta y llave en mano que comprenda la elaboración del expediente técnico<sup>(455)</sup>, el valor referencial deberá determinarse teniendo en cuenta el objeto de la obra y su alcance previsto en los estudios de preinversión que dieron lugar a la viabilidad del correspondiente proyecto, así como el resultado del estudio de las posibilidades de precios de mercado.

### **El caso de la consultoría de obras**

Asimismo, se señala que en el caso de consultoría de obras deberá detallarse, en condiciones competitivas en el mercado, los honorarios del personal propuesto, incluyendo gastos generales y la utilidad, de acuerdo a los plazos y características definidos en los términos de referencia del servicio requerido.

---

(455) Este agregado fue producto de la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

### **Contenido del presupuesto**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, el presupuesto de obra o de la consultoría de obra deberá incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, seguridad en el trabajo y los costos laborales respectivos conforme a la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y que pueda incidir sobre el presupuesto.

### **Observación por los participantes**

Finalmente, cuando el valor referencial es observado por los participantes, el Comité Especial deberá poner en conocimiento de la unidad orgánica competente para su opinión y, si fuera el caso, para que apruebe un nuevo valor referencial, verificando que se cuente con la disponibilidad presupuestal y poniendo en conocimiento de tal hecho al funcionario que aprobó el expediente de contratación. En caso de que el nuevo valor referencial implique la modificación del tipo de proceso de selección convocado, este será declarado nulo.

## **2. Valor referencial en cobranzas o recuperaciones y en servicios con honorarios de éxito**

El Reglamento dispone en este punto<sup>(456)</sup> que el valor referencial en la contratación de servicios de cobranzas o recuperaciones deberá ser determinado aplicando el porcentaje que se fije en las Bases, sobre el monto máximo a cobrar o recuperar. Dicho porcentaje incluye todos los conceptos que comprende la contraprestación que le corresponde al contratista.

Es preciso señalar que esta disposición contenida en el Reglamento es fundamental para que sea posible contratar estudios de abogados o empresas de cobranza dedicados a dicha labor, donde es imposible determinar un valor fijo, pues ello depende del resultado que se obtenga una vez concluido el proceso o procedimiento que se esté tramitando.

Por otro lado, para la contratación de servicios se establece que será posible considerar honorarios de éxito, siempre y cuando estos sean usuales en el mercado, debiendo justificarse la necesidad y su monto a través de un informe técnico emitido por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad. Esta disposición tan importante no se encontraba prevista en el Reglamento del TUO, siendo necesaria para efectos de asegurar contratar al estudio de abogados o empresa de cobranza más idóneos.

---

(456) Artículo 15 del Reglamento.

En caso de que se considere el pago de honorarios de éxito, el Reglamento preceptúa que el valor referencial estará conformado por la suma del honorario fijo más el honorario de éxito. Finalmente, se establece que para efectos de la inclusión de este último en el valor referencial, se tomará en cuenta el monto máximo que la entidad pagaría como honorario de éxito.

### **3. Antigüedad del valor referencial**

El Reglamento establece que el valor referencial no puede tener una antigüedad mayor a los seis (6) meses tratándose de ejecución y consultorías de obras, ni mayor a tres (3) meses en el caso de bienes y servicios<sup>(457)</sup>. Esta disposición tiene por finalidad asegurar que el valor referencial se encuentre actualizado, teniendo en cuenta el conjunto de situaciones que pueden ocurrir en el mercado.

Es preciso señalar que la redacción original de la norma solo consignaba el valor referencial de seis meses para ejecución de obras, pero la modificación establecida por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF incorporó la consultoría de obras. Ello, dentro de la lógica que existe en el Reglamento de equiparar la ejecución y la consultoría de obras.

#### **Cómputo del plazo**

Ahora bien, el Reglamento establece que, para el caso de ejecución de obras que cuenten con expediente técnico, la antigüedad del valor referencial se computa desde la fecha de determinación del presupuesto de obra que forma parte del expediente técnico<sup>(458)</sup>.

Asimismo, en el caso de consultoría de obras, la antigüedad del valor referencial se computa desde la fecha de determinación del presupuesto de consultoría de obra obtenido por la entidad producto del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado consignado en el expediente de contratación<sup>(459)</sup>.

Finalmente, para el caso de bienes y servicios, el Reglamento establece que la antigüedad del valor referencial se computa desde la aprobación del expediente de contratación. Para que pueda determinarse ello, la fecha de aprobación del expediente de contratación debe ser consignada en las Bases.

---

(457) Artículo 16 del Reglamento.

(458) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 370-372.

(459) Este agregado fue producto de la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

### **Publicidad o reserva del valor referencial**

El Reglamento establece<sup>(460)</sup> que el valor referencial es público. Sin embargo, se autoriza la reserva cuando la naturaleza de la contratación lo haga necesario, previo informe del órgano encargado de las contrataciones de la entidad, el cual deberá ser aprobado por el titular de esta<sup>(461)</sup>. La reserva del valor referencial deberá ser establecida en el expediente de contratación.

Sin embargo, la norma no establece los parámetros para definir esta reserva, lo cual genera que esta atribución sea eminentemente discrecional. En este orden de ideas, se establece que la reserva del valor referencial cesa cuando el Comité Especial lo haga de conocimiento de los participantes en el acto de apertura de los sobres.

Ahora bien, la norma preceptúa que en los procesos de selección con valor referencial reservado no será de aplicación los límites mínimos y máximos para admitir la oferta económica, previstos en la Ley y el Reglamento, dado que no se conoce el valor referencial, siendo imposible que los postores puedan mantenerse en el rango establecido por la normativa contractual.

Finalmente, el Reglamento dispone que, en cualquiera de los supuestos, es obligatorio registrar el valor referencial en el Seace, debiendo garantizarse los mecanismos de confidencialidad en el caso de que dicho valor sea reservado. Para ello la normativa establece una regulación específica, a la cual nos hemos referido en el capítulo correspondiente de este libro.

#### **4. Disponibilidad presupuestal**

Una vez que se determine el valor referencial de la contratación, se debe solicitar a la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces, la disponibilidad presupuestal a fin de garantizar que se cuenta con el crédito presupuestario suficiente para comprometer un gasto en el año fiscal correspondiente. Para su solicitud, deberá señalarse el periodo de contratación programado.

Ahora bien, conforme lo señalado por el Reglamento, para otorgar la disponibilidad presupuestal debe observarse lo señalado en el numeral 5 del artículo 77 de la Ley N° 28411, que es la Ley del Sistema Nacional de

---

(460) Artículo 17 del Reglamento.

(461) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 372.

Presupuesto<sup>(462)</sup>. Dicha norma a su vez preceptúa que a efectos de la disponibilidad de recursos y la fuente de financiamiento para convocar procesos de selección, se tomará en cuenta la certificación del gasto correspondiente al año fiscal en curso.

Ahora bien, en el caso de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal, debe tomarse en cuenta el documento suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración o el que haga sus veces en el pliego presupuestario, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes<sup>(463)</sup>. Como veremos más adelante, la Nueva Ley muestra una regulación más rigurosa en este punto.

## 5. Exoneración del IGV

La Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, establece un conjunto de beneficios, entre ellos la exoneración del IGV. Sobre el particular, el Reglamento<sup>(464)</sup> señala que, si durante la fase de actos preparatorios, las entidades advierten que es posible la participación de proveedores que gozan del referido beneficio deberán tomar en cuenta, en primer lugar, que el valor referencial del proceso de selección es único y deberá incluir todos los conceptos que incidan sobre el costo del bien, servicio u obra a contratar, incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV), determinado en los correspondientes estudios de posibilidades que ofrece el mercado que realizó la entidad<sup>(465)</sup>.

Asimismo, se establece que las Bases del respectivo proceso de selección deberán establecer además del valor referencial, los límites de este, con y sin IGV<sup>(466)</sup>, ello para que los postores conozcan debidamente los parámetros y las propuestas no sean descalificadas.

Se establece asimismo que el postor que goza de la referida exoneración formulará su propuesta económica teniendo en cuenta exclusivamente el total de los conceptos que conforman el valor referencial, excluido el Impuesto General a las Ventas (IGV).

---

(462) Esta disposición fue producto de la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(463) Numeral que a su vez fue incorporado a la Ley N° 28411 por la Primera Disposición Final de la Ley N° 29465, conteniendo similar regulación a aquella que se encontraba en la redacción original del Reglamento.

(464) Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento.

(465) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 521 y ss.

(466) Disposición incorporada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

La norma dispone que el postor que no goza de la exoneración prevista en la Ley N° 27037, Ley de Promoción de la Inversión en la Amazonía, formulará su propuesta económica teniendo en cuenta el valor referencial incluido el Impuesto General a las Ventas (IGV).

En el caso de los consorcios, la normativa preceptúa<sup>(467)</sup> que, para acceder al beneficio de la exoneración del Impuesto General a las Ventas (IGV) previsto en la Ley N° 27037, todos los integrantes que figuran en la promesa formal de consorcio deben reunir las condiciones exigidas en esta Ley.

Ahora bien, el Reglamento establece que la admisión de la propuesta económica que presenten los postores dependerá de si aquella se encuentra dentro los límites establecidos en el artículo 33 de la Ley y el artículo 39 de su Reglamento, según corresponda al objeto de la contratación.

La propuesta económica que no incluya el IGV debe ser contrastada con los límites del valor referencial sin IGV. La inclusión en las Bases de las disposiciones referidas a la aplicación del beneficio de la exoneración del IGV se da independientemente del lugar en que se convoque el proceso de selección o se suscriba el respectivo contrato<sup>(468)</sup>.

## **6. Lo establecido por la Nueva Ley en cuanto al valor referencial**

El artículo 18 de la Nueva Ley prescribe que la entidad debe establecer el valor estimado de las contrataciones de bienes y servicios y el valor referencial en el caso de consultorías y ejecución de obras, con el fin de establecer la aplicación de la presente Ley y el tipo de procedimiento de selección, en los casos que corresponda, así como gestionar la asignación de recursos presupuestales necesarios, siendo de su exclusiva responsabilidad dicha determinación, así como su actualización.

Asimismo, la Nueva Ley preceptúa que no corresponde establecer valor estimado en los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. Estamos frente a una disposición controvertida, puesto que el concepto de valor estimado se muestra eminentemente menos riguroso que el de valor referencial.

---

(467) Numeral 6.5.4 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD "Participación de proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado".

(468) Disposición incorporada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

## **7. Lo establecido por la Nueva Ley en cuanto a la certificación de crédito presupuestario**

Sobre este particular la Nueva Ley muestra una regulación más rigurosa que la de la norma actualmente vigente. En primer lugar, dicha norma establece que es requisito para convocar un procedimiento de selección bajo sanción de nulidad, contar con la certificación de crédito presupuestario o la previsión presupuestal.

En este orden de ideas, la norma prescribe que en todo procedimiento de selección, la certificación de crédito presupuestario debe mantenerse desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, bajo responsabilidad del titular de la entidad. La finalidad es asegurar la existencia de recursos para que pueda celebrarse el contrato.

Asimismo, tratándose de ejecuciones contractuales que superen el año fiscal se requiere, además de la certificación de crédito presupuestario, el documento suscrito por el jefe de la Oficina General de Administración y la oficina de presupuesto, o el que haga sus veces en la entidad, que garantice la programación de los recursos suficientes para atender el pago de las obligaciones en los años fiscales subsiguientes.

En los procedimientos de selección, cuya convocatoria se realice dentro del último trimestre de un año fiscal, y el otorgamiento de la Buena Pro y suscripción del contrato se realice en el siguiente año fiscal, la oficina de presupuesto de la entidad o a la que haga sus veces, otorgará una constancia respecto a la previsión de recursos correspondientes al valor estimado o referencial de dicha convocatoria.

Se señala además que la citada constancia debe señalar el monto de los recursos programados para tal efecto en el proyecto de ley de presupuesto del Sector Público correspondiente al año fiscal siguiente, que presenta el Poder Ejecutivo al Congreso de la República; asimismo, debe señalar las metas previstas y la fuente de financiamiento con cargo a la cual se atenderá su financiamiento.

En los procedimientos de selección antes señalado, previo a otorgar la Buena Pro, se debe contar con la certificación de crédito presupuestario emitida por la oficina de presupuesto o la que haga sus veces, sobre la existencia de crédito presupuestario suficiente, orientado a la ejecución del gasto en el año fiscal en que se ejecutará el contrato, bajo responsabilidad del titular de la entidad. Para tal efecto, el comité de selección o la oficina a cargo del procedimiento de selección, según corresponda, antes de otorgar la Buena Pro, debe solicitar a la oficina de presupuesto de la entidad o a la que haga sus veces, la referida certificación.



## **VI. COMITÉ ESPECIAL** <sup>(469)</sup>

---

El Comité Especial es el órgano colegiado, conformado al interior de la entidad, encargado de la dirección del proceso de selección. Este órgano tiene por finalidad garantizar la autonomía de la tramitación del proceso de selección, debiendo funcionar de manera autónoma, siendo por ello necesario que sus decisiones sean revisadas de manera imparcial.

Conforme lo dispuesto por la Ley, ello ocurre necesariamente en las licitaciones públicas y concursos públicos. La normativa previa establecía que dicha obligación correspondía a todo proceso de selección, lo cual implicaba una mayor rigidez, no obstante que podía constituirse comités especiales permanentes para los casos de adjudicaciones directas y adjudicaciones de menor cuantía.

En este orden de ideas, la Ley dispone que para las adjudicaciones directas, el Reglamento establecerá las reglas para la designación y conformación de Comités Especiales Permanentes o el nombramiento de un Comité Especial ad hoc, como veremos más adelante.

Por otro lado, se establece que el órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía. Sin embargo, en estos casos, el titular de la entidad podrá designar a un Comité Especial ad hoc o permanente, cuando lo considere conveniente, lo cual puede justificarse por la complejidad de la contratación.

Como resultado, la Ley establece que el Comité Especial estará integrado por tres (3) miembros, de los cuales uno (1) deberá pertenecer al área usuaria de los bienes, servicios u obras materia de la convocatoria, y otro al órgano encargado de las contrataciones de la entidad. Necesariamente alguno de los miembros deberá tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. En la normativa previa un Comité Especial podría tener hasta cinco miembros, lo cual complicaba los procesos.

Asimismo, muchas veces el miembro que posee conocimiento técnico pertenece al área usuaria (como, por ejemplo, informática), lo cual permite contar con un miembro que por ejemplo tenga conocimiento jurídico, que puede provenir del órgano encargado de las contrataciones o de la oficina de asesoría jurídica o la que haga sus veces. Esto último es necesario dado que las bases requieren emitirse conforme a ley y

---

(469) Artículo 24 de la Ley.

remitirlas a la oficina de asesoría jurídica para revisión podría resultar ser muy complejo.

## 1. Designación

La designación del Comité Especial es un acto de administración interna, producto de un procedimiento institucional<sup>(470)</sup>. En este sentido, la normativa preceptúa que el Titular de la entidad o el funcionario a quien se hubiera delegado esta atribución, designará por escrito a los integrantes titulares y suplentes del Comité Especial, indicando los nombres completos y quién actuará como presidente, cuidando que exista correspondencia entre cada miembro titular y su suplente.

Se establece asimismo que la decisión será notificada a cada uno de los miembros. Esta disposición establece con claridad que la designación se define sobre la base de las personas y no de los cargos, como ocurría antes del TUO y que originaba serios problemas<sup>(471)</sup>.

En este orden de ideas la designación del Comité Especial constituye un acto de administración interna, puesto que no afecta a administrados. Y como ocurre con muchos actos de administración interna, es eminentemente discrecional, dentro de los parámetros que establecen la Ley y el Reglamento. Como resultado, no existe recurso alguno contra dicha designación, por parte de los propios miembros o por parte de otro servidor o administrado.

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que conjuntamente con la notificación de designación, se entregará al presidente del Comité Especial el Expediente de Contratación aprobado y toda la información técnica y económica necesaria que pudiera servir para cumplir el encargo.

Se señala además que, una vez recibida la documentación señalada en el párrafo anterior, el presidente del Comité Especial, a más tardar al día siguiente hábil de recibida, deberá convocar a los demás miembros para la instalación respectiva, dejando constancia en actas.

Como veremos más adelante, el Comité Especial elaborará las Bases y las elevará para la aprobación de la autoridad competente. Luego de aprobadas, el Comité Especial dispondrá la convocatoria del proceso, dando inicio a dicha etapa del proceso de contratación.

---

(470) SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. Ob. cit., p. 32.

(471) Sobre el particular: MARTÍN TIRADO, Richard. "Responsabilidad de los integrantes de los comités especiales: límites de la discrecionalidad administrativa". En: *Actualidad Jurídica*. N° 133. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004, p. 166.

Por otro lado, y a fin de asegurar la eficiencia de las labores del Comité Especial, se establece que, durante el desempeño de su encargo, dicho órgano está facultado para solicitar el apoyo que requiera de las dependencias o áreas pertinentes de la entidad, las que estarán obligadas a brindarlo bajo responsabilidad.

El Reglamento dispone que los acuerdos que adopte el Comité Especial deberán constar en actas, cuyas copias deberán incorporarse al expediente de contratación. Esta obligación es propia de los órganos colegiados y sirve para dejar constancia de las decisiones tomadas y sobre todo cómo es que se tomaron estas.

Para tal efecto, toda entidad contará con un libro de actas de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas, o con un libro de actas por cada tipo de proceso de selección, debidamente foliado y legalizado, el que podrá ser llevado en hojas mecanizadas. Facultativamente, la entidad también podrá incluir las actas de las Adjudicaciones de Menor Cuantía o contar con un libro de actas para este tipo de procesos de selección. El órgano encargado de las contrataciones será el responsable de la custodia de los indicados libros.

## **2. Participación de expertos independientes**

La Ley dispone que, en el caso de bienes sofisticados, servicios especializados, obras o cuando la entidad no cuente con un especialista, podrán integrar el Comité Especial uno o más expertos independientes, ya sean personas naturales o jurídicas que no laboren en la entidad contratante o funcionarios que laboran en otras entidades. Una de las ventajas de los expertos independientes es que muestran una mayor autonomía respecto a las unidades orgánicas de la entidad, lo que permite tutelar la moralidad e imparcialidad de los procesos de selección.

Los expertos independientes podrán ser personas jurídicas o naturales. En el caso de que se designe como experto independiente a una persona jurídica del sector privado, esta deberá tener como giro principal de su negocio aquel vinculado con el objeto de la convocatoria, debiendo además designar a la persona natural que la representará dentro del Comité Especial.

El Reglamento, en concordancia con lo dispuesto por la Ley, dispone que podrán ser invitados expertos independientes que provengan de otras entidades del Sector Público, lo cual es muy útil para aprovechar su experiencia y conocimientos. Para estos efectos, será necesaria la autorización del Titular de la entidad de la que provenga el experto independiente.

Finalmente, se establece que el experto independiente deberá guardar confidencialidad respecto de toda la información a que tenga acceso con ocasión del servicio, constituyendo una infracción que ello no ocurra. A su vez, dicha infracción es susceptible de ser sancionada por el Tribunal de Contrataciones.

### **3. Impedimentos para ser miembro del Comité Especial**

En el Reglamento se establece<sup>(472)</sup> un conjunto de personas que se encuentran impedidos de formar parte de un Comité Especial, en primer lugar, y por evidentes razones de imparcialidad, el titular de la entidad. Sin embargo, inexplicablemente la normativa contractual sigue estableciendo que existan apelaciones que sean resueltas por dicho funcionario, cuando todas las apelaciones deberían ser resueltas por el Tribunal de Contrataciones, como sustentaremos con amplitud en el capítulo respectivo de este libro.

La norma dispone que tampoco pueden ser miembros del Comité Especial todos los funcionarios que tengan atribuciones de control o fiscalización tales como regidores, consejeros regionales, directores de empresas, auditores, entre otros, salvo que el Órgano de Control Institucional de la entidad sea el área usuaria.

No pueden ser miembros del Comité Especial además los funcionarios que por delegación hayan aprobado el Expediente de Contratación, designado el Comité Especial, aprobado las Bases o tengan facultades para resolver el recurso de apelación. En estos casos, normalmente nos encontramos ante el Jefe de la Oficina General de Administración (OGA) o la que haga sus veces; o si no, ante el Secretario General. Debemos tener en cuenta que el impedimento se circunscribe al proceso de contratación a que se refieren las delegaciones en él señaladas.

Finalmente, no pueden formar parte de este importante órgano los funcionarios o servidores que hayan sido sancionados por su actuación como integrantes de un Comité Especial, mediante decisión debidamente motivada y consentida o administrativamente firme, con suspensión o cese temporal, mientras se encuentre vigente; o hayan sido sancionados con destitución o despido. Si la sanción a un miembro del Comité Especial es impuesta luego de ser designado, dejará de ser integrante de dicho Comité.

---

(472) Artículo 29 del Reglamento.

#### **4. Responsabilidad**

Los miembros del Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección realizado se encuentre conforme a ley y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable. Es de aplicación a los miembros del Comité Especial lo establecido en el artículo 46 de la norma.

La norma señala que, en caso de que se determine responsabilidad en los expertos independientes que participen en el Comité Especial, sean estas personas naturales o jurídicas, el hecho se comunicará al Tribunal de Contrataciones del Estado para que previa evaluación se les incluya en el Capítulo de Inhabilitados para Contratar con el Estado del Registro Nacional de Proveedores (RNP). El Reglamento del TUO contenía una regulación menos específica y permitía interpretar que dicha inhabilitación podría ser automática<sup>(473)</sup>.

#### **5. Comité Especial Permanente**

Tratándose de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, podrá designarse uno o más Comités Especiales Permanentes para objetos de contrataciones afines, excepto en el caso de Adjudicaciones de Menor Cuantía Derivada, los que serán conducidos por el mismo Comité Especial designado inicialmente. El Reglamento señala a su vez que en la conformación del Comité Especial Permanente solo será exigible que uno de sus integrantes sea representante del órgano encargado de las contrataciones.

#### **6. Competencias del Comité Especial**

El Reglamento dispone<sup>(474)</sup> que el Comité Especial conduzca el proceso encargándose de su organización, conducción y ejecución, desde la preparación de las Bases hasta la culminación del proceso. Así, la autonomía del Comité debería constituir una garantía de que los principios de la contratación administrativa van a ser cumplidos de manera estricta.

En este orden de ideas, el Comité Especial posee un conjunto de competencias sobre el particular<sup>(475)</sup>. En primer lugar, consultar los alcances de la información proporcionada en el Expediente de Contratación y sugerir, de ser el caso, las modificaciones que considere pertinentes. El

---

(473) MARTIN TIRADO, Richard. Ob. cit., p. 168.

(474) Artículo 31 del Reglamento.

(475) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 454 y ss.

Reglamento establece que cualquier modificación requerirá contar previamente con la conformidad del área usuaria y/o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda. Como resultado, la modificación requerirá una nueva aprobación del Expediente de Contratación.

Una competencia fundamental del Comité Especial es la elaboración de las Bases, que constituyen la norma que regula el proceso de selección, e incluso, la ejecución contractual. En consecuencia, corresponde también al Comité Especial integrar las Bases, mecanismo a través del cual se incorporan el resultado de las consultas y de las observaciones, una vez dentro del proceso de selección.

### **Competencias respecto al proceso de selección**

En primer lugar, es competencia del Comité Especial convocar el proceso de selección, iniciando el mismo. La convocatoria da inicio al proceso de selección y permite poner en conocimiento de los proveedores la realización del proceso a fin de que se registren y puedan presentar sus propuestas en la oportunidad que corresponda.

Corresponde al Comité también absolver las consultas y observaciones a las bases, lo cual incluye el derecho a acceder a la información que se requiera. Es preciso señalar en este punto que el Comité Especial no puede de oficio modificar las Bases aprobadas. Asimismo, el Comité Especial debe implementar lo dispuesto por el OSCE, cuando resuelve la elevación de las observaciones, así como lo dispuesto por el Tribunal de Contrataciones.

Asimismo, el Comité Especial es competente para evaluar las propuestas presentadas por los postores y como resultado, adjudicar la Buena Pro. Como veremos en el siguiente capítulo, esta es la parte más importante del proceso de selección, permitiendo determinar con quién se va a contratar.

Corresponde además a este órgano declarar desierto el proceso de selección, en los supuestos establecidos en la normativa contractual. La declaración de desierto implica la imposibilidad de culminar el proceso de selección de tal forma que se determine con quién se va a contratar, razón por la cual ello solo puede ser declarado por el Comité Especial.

### **Otras competencias**

Finalmente, el Comité es competente para realizar todo acto que sea necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la Buena Pro. Por ejemplo, la Ley establece que, si el Comité Especial toma conocimiento de que en las propuestas obra un documento

sobre cuya veracidad o exactitud existe duda razonable, informará el hecho al órgano encargado de las contrataciones para que efectúe la inmediata fiscalización. Ello no suspenderá, en ningún caso, la continuidad del proceso de selección.

### **Atribuciones de los miembros de los órganos colegiados**

A fin de hacer posible un funcionamiento adecuado, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece un conjunto de atribuciones a favor de los miembros de los órganos colegiados, algunas de las cuales se configuran también como deberes públicos, que son aplicables al Comité Especial. En tal sentido, corresponde a los miembros de los órganos colegiados:

1. Recibir con la antelación prudencial, la convocatoria a las sesiones, con la agenda conteniendo el orden del día y la información suficiente sobre cada tema, de manera que puedan conocer las cuestiones que deban ser debatidas<sup>(476)</sup>. Esta prerrogativa resulta ser fundamental para la eficacia de las facultades de deliberar y votar, las mismas que se configuran también como deberes<sup>(477)</sup>.
2. Participar en los debates de las sesiones del órgano colegiado<sup>(478)</sup>. Esta prerrogativa es fundamental para el funcionamiento de los órganos colegiados, generando claramente su razón de ser<sup>(479)</sup>. Además, al igual que el derecho de voto, debe considerarse como un deber público del miembro del órgano colegiado<sup>(480)</sup>. Si bien la Ley no hace referencia expresa al régimen de suplencia en los órganos colegiados, debemos remitirnos al régimen general establecido en la norma<sup>(481)</sup>, situación en la cual el suplente goza de las mismas prerrogativas que aquel a quien reemplaza.
3. Ejercer su derecho al voto, así como formular cuando lo considere necesario su voto singular, así como expresar los motivos que lo justifiquen. Dicho derecho de voto se configura además

---

(476) Artículo 97, inciso 1 de la Ley.

(477) PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Marcial Pons, Madrid, 1996 - Ob. cit., T. II, p. 29.

(478) Artículo 97, inciso 2 de la Ley.

(479) COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1993, p. 182.

(480) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 245.

(481) Ídem.

como un deber<sup>(482)</sup>, dada la prohibición de la abstención. La norma señala además que la fundamentación de un voto singular puede ser efectuada en el momento de la realización de la sesión o entregarse por escrito hasta el día siguiente<sup>(483)</sup>, lo cual permite que la posición particular del miembro disidente se consigne en el acta de la sesión.

4. Formular peticiones de cualquier clase, en particular para incluir temas en la agenda, y formular preguntas durante los debates<sup>(484)</sup>; peticiones que no pueden afectar decisiones ya tomadas, como es evidente. La intervención del miembro, en consecuencia, no se agota en la deliberación y toma de decisión, sino que también implica la participación en la decisión respecto a los puntos a discutir. Ello incluye además el pedido de información, la cual es indispensable para la deliberación y posterior toma de decisión<sup>(485)</sup>.
5. Recibir y obtener copia de cualquier documento o acta de las sesiones del órgano colegiado<sup>(486)</sup>. Esta facultad permite que todo miembro del colegiado pueda tener constancia formal de las sesiones, pudiendo fiscalizar el control que se lleva de las mismas.

## 7. Quórum y acuerdos

Para sesionar y adoptar acuerdos válidos, el Comité Especial se sujeta a un conjunto de reglas que son aplicables a los órganos colegiados. En primer lugar, se establece que el quórum para el funcionamiento del Comité Especial se da con la presencia del número total de miembros titulares. En caso de ausencia de alguno de estos, se procederá conforme a lo dispuesto en lo señalado en los acápites posteriores, en materia de suplencia y remoción.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría. No cabe la abstención por parte de ninguno de los miembros, siendo esta una regla general de los órganos colegiados, que tiene por finalidad evitar la falta de decisión. Ello está relacionado a su vez con la obligación de toda autoridad administrativa de resolver en un procedimiento determinado, obligación que evidentemente se mantiene en el caso de los órganos colegiados.

---

(482) PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Ob. cit., T. II, p. 29.

(483) Artículo 97, inciso 3 de la Ley.

(484) Artículo 97, inciso 4 de la Ley.

(485) PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Ob. cit., T. II, p. 30.

(486) Artículo 97, inciso 5 de la Ley.



Como ya lo hemos señalado, los actos del Comité Especial constan en actas las cuales, debidamente suscritas, quedan en poder de la entidad. El Reglamento preceptúa que la fundamentación de los acuerdos y de los votos discrepantes se hará constar en el acta. Ello ocurre porque las actuaciones administrativas requieren de la existencia de una constancia de su ocurrencia. El carácter fundamentalmente escrito del procedimiento administrativo y la existencia de un expediente como presupuesto para ello exigen la elaboración de un acta conteniendo dicha constancia.

## **8. Intervención de los miembros suplentes**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(487)</sup>, en caso de ausencia de un titular del Comité Especial, este deberá ser reemplazado por su correspondiente suplente, respetándose la conformación establecida en el artículo 24 de la Ley, salvo lo establecido en lo que corresponde a los comités especiales permanentes en el propio Reglamento.

La entidad evaluará el motivo de la ausencia del titular, a efectos de determinar responsabilidad, si la hubiere, sin que ello impida la participación del suplente. Dicha ausencia, puede deberse a una comisión de servicios e incluso a un caso fortuito, como una enfermedad, pero también puede deberse a una situación generada por el propio titular.

Una vez que el miembro titular ha sido reemplazado por el suplente, aquel podrá reincorporarse como miembro suplente al Comité Especial, previa autorización a partir de la evaluación señalada en el párrafo anterior. Como por ejemplo, si es que no existe responsabilidad en la ausencia generada.

## **9. Responsabilidad, remoción e irrenunciabilidad**

El reglamento preceptúa<sup>(488)</sup> que el Comité Especial actúa en forma colegiada y es autónomo en sus decisiones, las cuales no requieren ratificación alguna por parte de la entidad. Asimismo, todos los miembros del Comité Especial gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos, lo cual opera al margen del cargo que poseen en la entidad.

### **Responsabilidad de los miembros del Comité Especial**

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(489)</sup>, los miembros del Comité Especial son solidariamente responsables de que el proceso de selección

---

(487) Artículo 33 del Reglamento.

(488) Artículo 34 del Reglamento.

(489) Artículo 25 de la Ley.

realizado se encuentre conforme a ley y respondan administrativa y/o judicialmente, en su caso, respecto de cualquier irregularidad cometida en el mismo que les sea imputable por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable<sup>(490)</sup>.

Ahora bien, de la lectura de la ley se puede llegar a la conclusión que la responsabilidad del Comité Especial es subjetiva, puesto que depende del dolo o la culpa, lo cual es muy discutible. Como veremos más adelante en el capítulo correspondiente la responsabilidad administrativa es objetiva, puesto que basta con la existencia de la infracción y el nexo causal entre esta y la acción de quien la comete.

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que los integrantes del Comité Especial son solidariamente responsables por su actuación, salvo el caso de aquellos que hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante, como ya lo hemos señalado. Es preciso señalar que la solidaridad es un concepto complejo cuando se aplica a la responsabilidad administrativa, puesto que esta debe adjudicarse a cada uno de los miembros de Comité, razón por la cual es preferible hablar de responsabilidad compartida.

### **Estabilidad en el cargo**

Por otro lado, el Reglamento establece que los integrantes del Comité Especial solo podrán ser removidos por caso fortuito o fuerza mayor, o por cese en el servicio, mediante documento debidamente motivado. En el mismo documento podrá designarse al nuevo integrante. Estas limitaciones tienen por finalidad otorgar la debida estabilidad a la conformación del Comité Especial.

Finalmente, el Reglamento dispone que los integrantes del Comité Especial no puedan renunciar al cargo encomendado. Como ya se ha señalado, la estabilidad del comité especial es muy importante para garantizar el proceso de selección, sea que dicha estabilidad pueda verse afectada por la entidad, sea que sea afectada por el propio integrante. Sin embargo, ello no impide el empleo de la abstención, conforme lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

## **VII. LAS BASES**

---

Las bases son el documento, emitido por la entidad, en el cual se especifican las condiciones y requisitos de la contratación, las que deben

---

(490) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 470-471.

ser seguidas por los postores a fin de que sus propuestas sean válidas y para tener conocimiento de los parámetros que se emplearán para otorgar la Buena Pro a uno de los postores con el cual se contratará finalmente, siendo necesarias para la validez del proceso de selección. En este orden de ideas, la Ley dispone<sup>(491)</sup> que lo establecido en las Bases, en la referida norma y su Reglamento obliga a todos los postores y a la entidad convocante.

Las bases son aprobadas mediante el mecanismo señalado por la Ley y debe contener un conjunto de requisitos que aseguren la idoneidad de la contratación, así como la protección de los intereses de los eventuales postores. A su vez, las bases deben ser adquiridas por los eventuales postores, a un costo que no exceda el de la reproducción de los documentos que la integran, previsión que no es cumplida por muchas instituciones públicas.

Asimismo, en este punto el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica establece<sup>(492)</sup> que una entidad contratante proporcionará oportunamente, a solicitud de los proveedores interesados en participar en una contratación pública, documentos de contratación que incluyan toda la información necesaria para preparar y presentar ofertas adecuadas, señalando además aquellos conceptos que dicha documentación debe contener.

## **1. La importancia de las bases en la contratación administrativa**

En primer lugar, es necesario señalar que las bases en un proceso de selección constituyen uno de los elementos más importantes del mismo. Para empezar, la aprobación de las bases no ocurre durante dicho procedimiento, sino antes de su inicio, durante los actos preparatorios, que como lo hemos señalado comienzan con la aprobación del Plan Anual de Contrataciones y que culminan precisamente con la aprobación de las bases, las mismas que contienen el calendario del proceso de selección.

La aprobación de las bases constituye entonces un requerimiento indispensable a fin de efectuar un proceso de selección que sea válido, y es el resultado final de las actuaciones administrativas que conforman los actos preparatorios. De más está señalar que el proceso de selección tiene por finalidad asegurar que la Administración Pública pueda obtener los

---

(491) Artículo 26 de la Ley.

(492) Artículo 9.6.1 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

bienes y servicios que requiere para cumplir con sus finalidades públicas, de una manera eficiente.

En este orden de ideas, las bases son indispensables a fin de que los participantes de un proceso de selección —que aún no son postores— puedan elaborar sus propuestas y presentarlas ante el comité especial. Las bases constituyen los lineamientos que deben seguirse para realizar el proceso de selección y la posterior contratación<sup>(493)</sup>, lo cual muestra incluso que estas no se limitan al proceso de selección, sino también a la propia ejecución contractual, tercera y última etapa de la contratación administrativa<sup>(494)</sup>. En este ámbito, las bases dirigen la actuación de los postores en el proceso de selección, así como el comportamiento del postor una vez que este ha sido acreedor de la Buena Pro.

Una finalidad clave de las bases entonces es la reducción de los costos de transacción en que incurrirían los postores, así como la reducción de los costos administrativos, lo cual efectivamente conlleva a una mayor eficiencia del proceso de selección y de la contratación administrativa en general. La regulación debe permitir promover la contratación y no establecer limitaciones a esta.

En este sentido, las bases deben permitir la verificación del principio de libre competencia, por el cual 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. Es necesario señalar que la libre competencia es un beneficio para los postores, pero también permite generar mayores posibilidades para que la entidad pueda, a través del proceso de selección, escoger al postor más idóneo para contratar con él.

Pero por otro lado, las bases dirigen la actuación del comité especial, órgano autónomo encargado de dirigir el proceso de selección, a fin de que este sea eficiente y transparente, en cumplimiento de los principios de la contratación administrativa que hemos referido en el segundo capítulo de este libro. El comité especial emplea las bases como instrucciones necesarias a fin de que el proceso de selección se tramite adecuadamente.

---

(493) RETAMOZO LINARES, Alberto. “Del Juez y Parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7. CDA, Lima, 2009, p. 119.

(494) Sobre el particular: PRUDENCIO GAMIO, Sofía. “La Importancia de las Bases”. En: *Comunicando*. N° 3, Consucode, Lima, 2005.

Es por ello que las bases contienen, entre otros importantes elementos, el detalle de las características de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar, el lugar de entrega, elaboración o construcción, según el caso; el calendario del proceso de selección; así como el método de evaluación y calificación de propuestas, como veremos a continuación.

Finalmente, las bases regulan las acciones a ser realizadas por la entidad en el marco de la ejecución contractual. Vale decir, las bases regulan la realización de las prestaciones toda vez que contienen la proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la operación. Además, las bases integran el contrato administrativo y estas son empleadas como mecanismo para interpretarlo, en especial en sede arbitral, en el contexto de la solución de controversias respecto a la ejecución del contrato.

## **2. Contenido mínimo de las bases**

La norma preceptúa que el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elaborará las Bases del proceso de selección a su cargo, conforme a lo establecido en cuanto a la estandarización de bases y la información técnica y económica contenida en el Expediente de Contratación<sup>(495)</sup>.

Como resultado, las bases deben contener un conjunto de elementos establecidos por la Ley<sup>(496)</sup>, con las excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, como veremos más adelante. Estos elementos se encuentran a su vez corroborados por diversos pronunciamientos emitidos por el OSCE<sup>(497)</sup>.

### **Lo que debe contener las bases**

En primer lugar, las bases deben incluir los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. No constituye tratamiento discriminatorio la exigencia de requisitos técnicos y comerciales de carácter general establecidos por las Bases.

Las bases además deben contener el detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el

---

(495) Artículo 39 del Reglamento.

(496) Artículo 26 de la Ley.

(497) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 476 y ss.

caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico.

Asimismo, las bases debe contener las garantías, de acuerdo a lo que establece el Reglamento. De hecho, existen tres garantías, la de fiel cumplimiento, la de monto diferencial de propuesta y la de adelantos. La Ley incorporó inicialmente la seriedad de oferta, la cual fue derogada posteriormente. La Nueva Ley, por otro lado, no consigna la garantía de monto diferencial de propuesta.

Las bases deben también establecer los plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores. Las bases constituyen un importante mecanismo para promover la competencia, que permite no solo determinar al postor ganador con la mayor eficiencia, sino también dinamizar el mercado.

Las bases consignan además la definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto en la Ley y en el Reglamento, lo cual obedece a aquello que resulte más adecuado para la entidad. Así, las bases deberán determinar si estamos frente a un sistema de suma alzada, de precios unitarios, o mixto; y si corresponde, si la modalidad es llave en mano o concurso oferta.

Por otro lado, la referida norma establece el cronograma del proceso de selección, siendo que las fases de dicho procedimiento deben realizarse conforme lo señalado en dicho cronograma. De hecho, es esta norma la que decide la convocatoria, siendo ella tan solo un comportamiento material y no un acto administrativo.

Asimismo, las bases contienen el método de evaluación y calificación de propuestas, a fin de que el Comité Especial pueda otorgar la Buena Pro de manera objetiva. A su vez, el método en mención se encuentra establecido conforme lo dispuesto por el Reglamento, a lo cual haremos referencia más adelante en este capítulo.

Las bases contienen además la proforma de contrato, en la que se señala las condiciones de la contratación, salvo que corresponda solo la emisión de una orden de compra o de servicios de acuerdo con lo señalado en la normativa. Ahora bien, en el caso de contratos de obras se establece que figurarán necesariamente como anexos el Cronograma General de Ejecución de la obra, el Cronograma de los Desembolsos previstos presupuestalmente y el Expediente Técnico.

Por otro lado, la normativa dispone que se establece en las bases el valor referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el

Reglamento, como también veremos más adelante en este capítulo. Asimismo, las Bases deben especificar la moneda o monedas en que se expresarán las propuestas<sup>(498)</sup>.

Encontramos en las bases también las normas que se aplicarán en caso de financiamiento otorgado por entidades Multilaterales o Agencias Gubernamentales, que conforme a lo dispuesto por la normativa contractual pueden consignar una regulación paralela.

Finalmente, las bases deberán establecer los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas. Esta es necesaria precisamente para evitar que se generen prácticas que vulneren la libre competencia, a fin de que los postores no conozcan las propuestas de los demás sino hasta que ello se encuentre permitido por la normativa contractual.

### **Los requerimientos técnicos mínimos**

Las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar constituyen los requerimientos mínimos a los que hace referencia de manera reiterada el Reglamento. Dicha norma no regula dicha figura, sino que la refiere para efectos del método de evaluación de propuestas o al regular los factores de evaluación y señalar que el plazo de ejecución es un requerimiento mínimo.

Dichos requerimientos son aquellos requisitos indispensables que debe poseer la propuesta a fin de ser admitida y no ser descalificada, conforme el Anexo de Definiciones del Reglamento. A su vez, existen pronunciamientos y opiniones del OSCE sobre el particular, así como resoluciones del Tribunal que establecen parámetros aplicables a los mismos<sup>(499)</sup>.

Dichos requerimientos deben basarse en la idoneidad de los bienes, servicios y obras. Además, no pueden estar referidos a aspectos meramente formales que dificulten la presentación de propuestas y que terminen generando una indebida descalificación. Asimismo, los requerimientos mínimos no son objeto de evaluación, pero admiten mejoras, a lo cual sí puede otorgarse puntajes.

### **El caso del proceso de adjudicación de menor cuantía**

Finalmente, se establece en el Reglamento<sup>(500)</sup> que en el caso de las Adjudicaciones de Menor Cuantía para bienes y servicios, las bases

---

(498) Artículo 39 del Reglamento.

(499) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 381.

(500) Artículo 39 del Reglamento.

deberán contener las condiciones establecidas en la Ley, con la excepción de las garantías, la proforma de contrato, y las normas que se aplicarán en caso de financiamiento otorgado por entidades Multilaterales o Agencias Gubernamentales, por no ser aplicables a dicho proceso de selección.

En el caso de las garantías estas no resultan aplicables, como veremos más adelante. En cuanto a la proforma de contrato en el caso de los procesos de adjudicación de menor cuantía lo que se emplea es la orden de compra o de servicio a efectos de la ejecución contractual.

### **Lo que debe evitarse en las bases**

Por otro lado, existe un conjunto de elementos que deben ser evitados en las bases a fin de que dichos instrumentos no constituyen una limitación a la libre concurrencia y competencia, que como hemos señalado constituye un principio clave en el contexto de la elaboración de las bases de los procesos de selección. Existen pronunciamientos sobre el particular, que establecen un conjunto de elementos que las bases no deben contener<sup>(501)</sup>.

En este orden de ideas, la Directiva N° 007-2008-Consucode/PRE “Disposiciones sobre la Documentación, Obligaciones y/o Requerimientos que las entidades del Estado deben evitar al elaborar las Bases de los Procesos de Selección”<sup>(502)</sup> establece un conjunto de regulaciones a fin de propiciar precisamente que en los procedimientos contractuales se evite incluir requerimientos que restrinjan la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales<sup>(503)</sup>, las cuales a su vez se basan en pronunciamientos emitidos por el OSCE, que en ese entonces era Consucode, teniendo en cuenta que dicha directiva fue emitida estando vigente el TUO.

En primer lugar, la Directiva regula<sup>(504)</sup> lo relativo al costo del registro de participantes señalando que de conformidad con el Reglamento, el costo del mismo no puede ser mayor al costo de reproducción de las Bases. Ahora bien, esta Directiva fue emitida antes de la reforma de la normativa contractual por la cual el registro de participantes es gratuito, existiendo únicamente el costo de reproducción de las bases, debiendo entenderse que la regulación en mención debe aplicarse a dicho costo. Como resultado, y de acuerdo a lo establecido en la Directiva, no puede

---

(501) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 483.

(502) Aprobada mediante Resolución N° 290-2008-Consucode-PRE.

(503) Numeral 1 de la Directiva N° 007-2008-Consucode/PRE.

(504) Numeral 6 de la Directiva N° 007-2008-Consucode/PRE.



considerarse como parte del costo de reproducción de las bases a conceptos tales como movilidad, viáticos, costos de elaboración del expediente técnico.

Asimismo, se establece que las entidades deberán respetar los plazos establecidos en el calendario del proceso. Asimismo, deberán contemplar horarios razonables para la formulación de consultas y observaciones, y para la presentación de propuestas, de modo que se fomente la mayor participación de postores en concordancia con el Principio de Libre Competencia.

Por otro lado, la Directiva preceptúa que, dependiendo del objeto de la convocatoria, las entidades pueden optar por premiar con puntaje el cumplimiento de estándares internacionales como los contemplados en diversas normas técnicas. La Directiva establece que en este supuesto, las Bases deberán detallar el contenido y alcances de los referidos estándares.

Ahora bien, en este punto señala la Directiva que no puede exigirse que la acreditación de los citados estándares se efectúe únicamente mediante la presentación de certificados expedidos por países en los que resulta obligatorio contar con dichas certificaciones para comercializar los bienes objeto de la convocatoria. La norma señala que tampoco puede requerirse la presentación de certificados que no pueden ser emitidos en el Perú.

Un tema interesante era el Registro de Productos Industriales Nacionales (RPIN), creado mediante Ley N° 23407, registro que fuera eliminado mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1004, dado que generaba trabas para la actividad empresarial. En consecuencia, la Directiva dispone que, en la medida que no existe sustento legal que obligue a los postores a efectuar el referido registro, no puede requerirse en las Bases de los procesos de selección (ni obligatoria ni facultativamente) la presentación de ningún documento que acredite la inscripción en tal registro.

Por otro lado, la norma preceptúa que los documentos que acrediten haber realizado visitas previas al lugar en el que ejecutará el contrato, no pueden ser requeridos con carácter obligatorio. Se establece que las visitas referidas constituyen un elemento referencial y en beneficio de aquellos que las realicen.

La Directiva prescribe también que no puede exigirse la presentación de constancias de inscripción de las micro y pequeñas empresas en registro alguno, sustentando ello en la inexistencia de base legal. En este punto debemos recordar que el Reglamento establece que el certificado

de inscripción o reinscripción en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa - Remype constituye documentación de presentación facultativa.

Además, en cuanto a la Declaración Jurada de ser Micro o Pequeña Empresa se establece en dicha norma que dicho documento solo debe ser requerido, con carácter facultativo, en las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía. En este punto la redacción es confusa, puesto que no queda claro si el carácter facultativo es aplicable a la entidad o al proveedor.

Asimismo, la Directiva dispone que en las Bases de las adjudicaciones de menor cuantía, adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones directas públicas que se convoquen para la ejecución de obras no puede requerirse que el postor acredite determinada experiencia como requerimiento técnico mínimo, lo cual constituye más bien un factor de evaluación.

Por otro lado, la Directiva preceptúa que, cuando se solicite que el personal propuesto acredite determinada experiencia como requerimiento técnico mínimo, aquella deberá ser objetiva y congruente con la envergadura y complejidad del objeto de la convocatoria, en concordancia con el principio de libre competencia.

La Directiva establece también que los postores pueden acreditar su experiencia en procesos para la adquisición de bienes y la contratación de servicios, con contratos de ejecución periódica que aún se encuentran en ejecución. En estos casos, se señala que el Comité Especial validará, únicamente, la experiencia efectivamente adquirida a la fecha de presentación de propuestas, para lo cual debe requerirse en las Bases, además del contrato respectivo, la presentación de los comprobantes de pago cancelados que sustenten los montos efectivamente ejecutados.

En cuanto al factor de evaluación “Experiencia del postor” en procesos para la adquisición de bienes, la norma materia de comentario preceptúa que, considerando lo establecido en el artículo 65 del Reglamento<sup>(505)</sup>, las Bases no pueden limitar el número de documentos con que los postores podrán acreditar su experiencia.

---

(505) Artículo del Reglamento del TUO que regulaba lo relativo a los factores de evaluación para la adquisición de bienes en donde ya se establecía como factor la experiencia del postor y que esta se calificará considerando el monto facturado por el postor durante un periodo determinado no mayor a diez (10) años a la fecha de la presentación de propuestas hasta por un monto máximo acumulado equivalente a cinco (5) veces el valor referencial de la adquisición materia de la convocatoria.

Asimismo, la Directiva preceptúa que, de conformidad con lo establecido en los artículos 56 y 75 del Reglamento<sup>(506)</sup>, cuando un proceso es convocado bajo el sistema a suma alzada, el postor debe formular su propuesta económica por un monto fijo. Se establece entonces que las Bases no pueden exigir que, como parte de la propuesta económica, los postores presenten estructuras o desagregados de costos; sin perjuicio de que tal información pueda ser solicitada al postor ganador de la Buena Pro para la suscripción de contrato.

Por otro lado, la Directiva señala que, para aplicar los criterios de desempate previstos en los literales c) y d) del artículo 133 del Reglamento, deberá citarse a los postores empatados, empleando la modalidad de notificación personal, por escrito en sus respectivos domicilios. Dichos criterios, conforme al Reglamento del TUO, son la prorrata y el sorteo. A la regulación que se emplea en caso de empate en un proceso de selección nos vamos a referir en el siguiente capítulo de este libro.

Asimismo, respecto a la Programación de obra PERT-CPM y el Diagrama GANTT la Directiva prescribe que, de acuerdo con el artículo 239 del Reglamento<sup>(507)</sup>, estos documentos no pueden ser solicitados como parte de la propuesta técnica, sino únicamente para la suscripción del contrato. El método PERT-CPM es señalado de manera reiterada en el Reglamento, sin embargo dicha norma no hace referencia al Diagrama GANTT con lo cual no podría solicitarse su presentación, más aún si dicho método antes señalado es más completo que el referido diagrama. Sobre esto vamos a tratar más adelante, en el capítulo dedicado al contrato de obra pública.

Finalmente, la norma materia de análisis establece que, si un proceso de selección es declarado nulo y debe ser convocado nuevamente, no puede ser considerado como una segunda o tercera convocatoria.

---

(506) Artículos del Reglamento del TUO que se referían a los sistemas de adquisiciones y contrataciones y al contenido de los sobres, respectivamente.

(507) **Reglamento del TUO:**

**Artículo 239.- Requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra**

Para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 200, el postor ganador deberá cumplir los siguientes requisitos:

- 1) Presentar la Constancia de capacidad libre de contratación expedida por el Registro Nacional de Proveedores.
- 2) Designar al residente de la obra, cuando no haya formado parte de la propuesta técnica.
- 3) Entregar el calendario de avance de obra valorizado en concordancia con el cronograma de desembolsos establecidos y sustentado en la programación de obra PERT-CPM concordante con el plazo, la misma que deberá ser presentada.
- 4) Entregar el calendario de adquisición de materiales e insumos necesarios para la ejecución de obra en concordancia con el calendario de obra valorizado.

Ello porque la nulidad de un proceso de selección es una situación eminentemente distinta que un proceso de selección que ha sido declarado desierto.

### **3. Aprobación de las bases**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(508)</sup>, las Bases de los procesos de selección serán aprobadas por el Titular de la entidad, el que podrá delegar expresamente y por escrito dicha función. De hecho, muchas veces dicha delegación se produce respecto del Secretario General o el Jefe de la OGA o quien haga sus veces, e incluso, a ambos de manera diferenciada conforme lo indique la resolución respectiva que se emite en general a principios de año.

Asimismo, la aprobación de las Bases debe ser por escrito, ya sea mediante resolución, acuerdo o algún otro documento en el que exprese de manera indubitable la voluntad de aprobación, que puede ser incluso un memorándum, a diferencia de lo que establecía la normativa previa. Se establece además que en ningún caso esta aprobación podrá ser realizada por el Comité Especial o el órgano a cargo del proceso de selección.

El Reglamento dispone que, para la aprobación, los originales de las Bases deberán estar visados en todas sus páginas por los miembros del Comité Especial o el órgano a cargo del proceso de selección, según corresponda, a fin de que se encuentre acreditada su responsabilidad en la elaboración de estas.

Ahora bien, la norma no establece qué ocurre si es que alguno de los miembros del comité no está de acuerdo con lo establecido en las bases. Como lo hemos señalado líneas arriba, el miembro puede expresar su voto singular, con lo cual debe entenderse que no firmará aquella sección de las bases con la que no se encuentre de acuerdo.

Finalmente, se establece que las entidades utilizarán obligatoriamente las Bases estandarizadas que aprobará el OSCE y que serán divulgadas a través del Seace. Este diseño es muy importante para satisfacer dos principios muy importantes, que son la uniformidad y la predictibilidad, los cuales se encuentran regulados en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Dichos principios los hemos tratado en el Capítulo II de este libro y los vamos a referir de manera reiterada posteriormente.

---

(508) Artículo 35 del Reglamento.

En este orden de ideas, la Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del reglamento preceptúa que el OSCE mediante Directivas aprobará Bases Estandarizadas, las que serán utilizadas obligatoriamente por las entidades. En tanto el OSCE las apruebe y publique, las entidades podrán continuar elaborando las Bases de sus procesos de selección, sujetándose a lo establecido en el Reglamento.

#### **4. Acceso a las bases**

Un elemento fundamental de las bases es su publicidad. Conforme el Reglamento todo proveedor, sin restricciones ni pago de derechos, puede tener acceso a las Bases de un proceso de selección a través del Seace, en aplicación del principio de publicidad. Dicha acceso a su vez permite tutelar el principio de transparencia, favoreciendo el control ciudadano de la contratación administrativa.

Asimismo, si los proveedores optan por solicitar copia de las bases directamente a la entidad, se establece que deberán abonar el costo de reproducción correspondiente. Ello debe relacionarse directamente con el hecho de que el registro de participantes es gratuito, puesto que la normativa previa establecía que el costo de dicho registro equivalía al costo de reproducción de las bases.

#### **5. Prepublicación**

El reglamento preceptúa<sup>(509)</sup> que las bases aprobadas de los procesos de selección podrán ser prepublicadas en el Seace y en el portal institucional de la entidad convocante, en mérito a la necesaria publicidad de dicha norma. La redacción de esta disposición nos muestra que el ejercicio de dicha atribución es facultativo, cuando más bien dicha prepublicación, en especial de licitaciones y concursos públicos, podría permitir una mayor participación de los proveedores y una mayor transparencia del proceso de selección.

Se establece además que dicha decisión no representa una etapa adicional a las definidas en cada uno de los procesos de selección, por lo que cualquier consulta u observación respecto del contenido de las Bases solo podrá efectuarse en la etapa correspondiente del proceso. Sin embargo ello no obsta para que los administrados puedan expresar su opinión respecto a dicho contenido, sin que ello genere los efectos jurídicos de las consultas o las observaciones.

---

(509) Artículo 37 del Reglamento.

## 6. Estandarización de las bases

El reglamento dispone<sup>(510)</sup> que, de acuerdo a lo establecido por la Ley, y respecto a un conjunto de procesos de selección, el OSCE aprobará Bases Estandarizadas para facilitar el monitoreo y procesamiento de las contrataciones, siendo obligatorio su uso por las entidades. Dichos procesos de selección incluyen los diversos objetos contractuales, sean bienes, suministros, obras y servicios.

Para ello, se establece que las Bases tendrán una sección general y una sección específica. La sección general contendrá disposiciones comunes a todos los procesos incluyendo las bases administrativas y el contrato respectivo, las mismas que no pueden modificarse. La sección específica, por otro lado, contendrá un conjunto de anexos específicos para cada proceso que serán preparadas por la entidad<sup>(511)</sup>.

Lo antes señalado es corroborado a su vez por lo dispuesto en el numeral 7.2 de la Directiva N° 018-2012-OSCE-CD “Disposiciones sobre el Contenido de las Bases Estandarizadas que las entidades del Estado deben utilizar en los procesos de selección que convoquen”<sup>(512)</sup>. Dicha norma establece además que para la incorporación de la información requerida en el texto de las Bases se ha incluido espacios a ser completados por cada entidad, de acuerdo al objeto de la convocatoria, a su naturaleza y complejidad, y a las particulares condiciones que se hayan requerido para su contratación.

En este orden de ideas, la Directiva señala que las referidas condiciones especiales incluyen, entre otras, las características técnicas de los bienes, servicios u obras requeridos por la entidad, el valor referencial, requisitos, montos, fechas, datos, así como toda condición relativa a la ejecución de la prestación. Dicha información debe estar contenida y sustentada en el respectivo expediente de contratación.

Además, las condiciones especiales deben incluir los factores de evaluación a determinar, lo que comprende el criterio, la forma de acreditación, así como la metodología de asignación de puntaje de acuerdo con lo señalado en el Reglamento. La determinación de cada uno de los factores de evaluación que serán aplicados en el proceso de selección es de exclusiva responsabilidad del Comité Especial, debiendo tener en cuenta que estos deben permitir la selección de la mejor oferta en relación con la necesidad que se requiere satisfacer.

---

(510) Artículo 38 del Reglamento.

(511) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 480 y ss.

(512) Aprobada mediante Resolución N° 293-2012-OSCE-PRE

## 7. Límites en la propuesta económica

En concordancia con el artículo 33 de la Ley, el Reglamento establece<sup>(513)</sup> que las Bases deberán consignar el límite superior para determinar la admisión de la propuesta económica, el cual corresponde al cien por ciento (100 %) del valor referencial en los procesos para la contratación de bienes, servicios y consultoría de obras, y al ciento diez por ciento (110 %) del valor referencial en el caso de los procesos para la ejecución de obras.

Asimismo, se señala en el Reglamento que las Bases deberán consignar el límite inferior para determinar la admisión de la propuesta económica de noventa por ciento (90 %) del valor referencial en el caso de los procesos para la ejecución y consultoría de obras. Esta redacción es producto de la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, puesto que la redacción original de la norma no se refería al límite superior en el caso de bienes, servicios y consultoría de obras.

Para tal efecto, el Reglamento preceptúa que los límites del valor referencial se calcularán considerando dos (2) decimales. Para ello, si el límite inferior del valor referencial tiene más de dos (2) decimales, se aumentará en un dígito el valor del segundo decimal. En el caso del límite superior del valor referencial, se consignará el valor del segundo decimal, sin efectuar redondeo.

Esta disposición ha sufrido también una interesante evolución. La normativa durante mucho tiempo consignó la existencia de un límite inferior para la contratación de bienes y servicios, a fin de evitar que las propuestas económicas contengan una oferta inviable. De hecho, el artículo 33 del TUO disponía que las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas<sup>(514)</sup>. Asimismo, establecía dicha norma que las propuestas inferiores al setenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios y al noventa por ciento en los casos de servicios, ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

La eliminación del límite inferior en el caso de bienes y servicios no ha generado buenos resultados. Si bien existe la garantía de monto

---

(513) Artículo 39 del Reglamento.

(514) En estos casos se disponía que, para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.

diferencial de propuesta, esta última no resolvía los problemas de incumplimiento contractual generados por contratistas que habían presentado una propuesta económica que no cubría los costos reales de su actividad y que tenía por finalidad asegurar obtener la Buena Pro.

## **8. Calificación previa**

Por otro lado, en el caso de procesos de ejecución de obras, el Reglamento preceptúa<sup>(515)</sup> que las Bases establecerán el requisito de calificación previa de postores, siempre que el valor referencial del proceso de selección sea igual o superior a veinticinco mil Unidades Impositivas Tributarias (25,000 UIT). La justificación proviene entonces de la envergadura de la obra a ser realizada.

Como resultado, la norma dispone que en estos procesos de selección solo podrán presentar propuestas técnica y económica aquellos postores que hayan sido aprobados en la etapa de calificación previa. Se señala además que las Bases establecerán el plazo de esta etapa.

Asimismo, las Bases deberán indicar las condiciones especiales, criterios y factores a considerar en la calificación previa en la que solo cabe evaluar a los postores con el fin de determinar su capacidad y/o solvencia técnica y económica, su experiencia en la actividad y en la ejecución de prestaciones similares y, de ser el caso, en equipamiento y/o infraestructura física y de soporte en relación con la obra por contratar.

Se establece además que el OSCE emitirá una Directiva que establezca las normas complementarias para la calificación previa. Las controversias que surjan sobre la calificación previa se tramitan de conformidad con lo establecido por el Reglamento sobre el particular, vale decir, a través del recurso de apelación, y en todo caso, a través de proceso contencioso-administrativo.

En estos casos, el Reglamento dispone que el plazo de ejecución contractual y el plazo de entrega máximo serán los indicados en el Expediente de Contratación, los cuales serán recogidos en las Bases, constituyendo además requerimientos técnicos de obligatorio cumplimiento.

## **9. Sistemas de contratación**

Como lo hemos señalado, las Bases incluirán la definición del sistema de contratación<sup>(516)</sup>. Tenemos en primer lugar el sistema a suma

---

(515) Artículo 39 del Reglamento.

(516) Artículo 40 del Reglamento.



alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.

Tratándose de obras, la norma establece que el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. El mismo orden de prelación se aplicará durante la ejecución de la obra.

Por otro lado, el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, es aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En este sistema, la norma establece que 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.

Ahora bien, en el caso de obras, se establece que el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación con su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

Finalmente, existe un esquema mixto de Suma Alzada y Precios Unitarios, al que podrán optar las entidades si en el expediente técnico uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, los que podrán ser contratados bajo el sistema de precios unitarios, en tanto, los componentes cuyas cantidades y magnitudes estén totalmente definidas en el Expediente Técnico, serán contratados bajo el sistema de suma alzada.

## **10. Modalidades de ejecución contractual**

El Reglamento dispone<sup>(517)</sup> que, cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del

---

(517) Artículo 41 del Reglamento.

contrato, pudiendo esta ser llave en mano, por la cual el postor debe ofertar en conjunto la construcción, equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de determinada obra, y de ser el caso la elaboración del expediente técnico. En el caso de contratación de bienes el postor oferta, además de estos, su instalación y puesta en funcionamiento.

En segundo lugar, tenemos la modalidad de concurso oferta por la cual el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad solo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una licitación pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del expediente técnico por el íntegro de la obra.

Por otro lado, el Reglamento establece que en el caso de obras convocadas bajo las modalidades anteriores, en que deba elaborarse el Expediente Técnico y efectuarse la ejecución de la obra, el postor deberá acreditar su inscripción en el RNP como ejecutor de obras y consultor de obras.

Ahora bien, en caso de que el postor sea un consorcio el Reglamento dispone que la acreditación de la inscripción en el RNP se efectuará de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva que el OSCE apruebe para tal efecto, a la cual nos hemos referido de manera reiterada y que hemos tratado en el Capítulo IV de este libro.

## **11. Método de evaluación de propuestas**

Un elemento clave que debe estar en las bases es la manera como se van a evaluar las propuestas, a fin de otorgar la Buena Pro. En este punto el Reglamento dispone<sup>(518)</sup> que las Bases deberán especificar los factores de evaluación, precisando los criterios que se emplearán para su aplicación, así como los puntajes, la forma de asignación de estos a cada postor y la documentación sustentatoria para la asignación de estos<sup>(519)</sup>. A su vez, esta regulación es de capital importancia para que el Comité Especial pueda asignar los puntajes de manera objetiva.

Asimismo, se dispone que el Comité Especial determinará los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Justo es señalar que es en este punto donde se generan diversas distorsiones del método de evaluación

---

(518) Artículo 43 del Reglamento.

(519) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 379 y ss.

de propuestas, como son las exigencias indebidas o más bien la discrecionalidad que permite decisiones subjetivas.

De hecho, debe existir una distinción muy clara entre los requisitos mínimos y los factores de evaluación, los cuales a veces se confunden en el contexto de la elaboración de las bases. La ausencia de los primeros genera la descalificación del postor, mientras que los segundos permiten establecer los puntajes a fin de poder otorgar la Buena Pro al postor ganador.

A ello debemos agregar que conforme lo dispuesto por el Reglamento se podrá calificar aquello que supere o mejore el requerimiento mínimo, siempre que no desnaturalice el requerimiento efectuado. Esta disposición es importante para que puedan implementarse mejoras, sin que ello genere un mayor costo para la entidad, lo cual genera una mayor eficiencia.

En los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Convenio Marco, el Reglamento preceptúa que es facultativa la utilización de factores de evaluación como parte de la metodología de evaluación, de acuerdo a lo que señale el respectivo Expediente de Contratación. Ello fue resultado de la reforma del Decreto Supremo N° 154-2010-EF y se justifica en la especial naturaleza de dicho proceso de selección especial que vamos a ver más adelante en este libro.

Finalmente, un principio clave del método de evaluación de propuestas que el Reglamento establece es que el único factor de evaluación económica es el monto total de la oferta. Lo vamos a encontrar en todas las disposiciones que regulan los factores de evaluación, que vamos a analizar en el capítulo siguiente.

## **12. Fórmulas de reajuste**

La norma preceptúa que, en los casos de contratos de tracto sucesivo o de ejecución periódica o continuada de bienes o servicios, pactados en moneda nacional, las Bases podrán considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden al contratista, conforme a la variación del índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe efectuarse el pago.

Ahora bien, cuando se trate de bienes sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta, el Reglamento preceptúa que en dicho caso no se aplicará la limitación del índice de Precios al Consumidor a que se refiere el párrafo precedente.

Ahora bien, en el caso de contratos de obras pactados en moneda nacional, las Bases establecerán las fórmulas de reajuste. Las valorizaciones que se efectúen a precios originales del contrato y sus ampliaciones serán ajustadas multiplicándolas por el respectivo coeficiente de reajuste "K" que se obtenga de aplicar en la fórmula o fórmulas polinómicas, los índices Unificados de Precios de la Construcción que publica el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes en que debe ser pagada la valorización.

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, tanto la elaboración como la aplicación de las fórmulas polinómicas se sujetan a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias. Dichas fórmulas tienen por finalidad mantener el equilibrio del contrato al efectuar el reajuste. A ello nos volveremos a referir al tratar sobre el contrato de obra pública.

Se señala además que en el caso de contratos de consultoría de obras pactados en moneda nacional, los pagos estarán sujetos a reajuste por aplicación de fórmulas monómicas o polinómicas, según corresponda, las cuales deberán estar previstas en las Bases.

Se señala que para ello, el consultor calculará y consignará en sus facturas el monto resultante de la aplicación de dichas fórmulas, cuyas variaciones serán mensuales, hasta la fecha de pago prevista en el contrato respectivo, utilizando los índices de Precios al Consumidor publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI a la fecha de facturación. Una vez publicados los índices correspondientes al mes en que debió efectuarse el pago, se realizarán las regularizaciones necesarias.

Finalmente, el Reglamento dispone que no son de aplicación las fórmulas de reajuste cuando las Bases establezcan que las propuestas se expresen en moneda extranjera, salvo el caso de los bienes que se encuentran sujetos a cotización internacional o cuyo precio esté influido por esta.

La justificación de esto parece ser que la moneda extranjera ha elevado su precio, sin embargo, esta disposición no contempla los supuestos de atraso cambiario, que ha ocurrido en nuestro país, situación en la cual el Banco Central de Reserva ha tenido que intervenir de manera reiterada, a través de lo que se llama flotación sucia.

# CAPÍTULO VI

## PROCESOS DE SELECCIÓN

### I. GENERALIDADES

---

El proceso de selección es la segunda etapa del proceso de contratación administrativa y consiste en el procedimiento administrativo requerido a fin de determinar con quien se va a contratar. Este procedimiento es de especial importancia a fin de escoger a aquel postor que sea el más idóneo, por lo cual debe tramitarse con a mayor eficiencia. Se inicia con la convocatoria y concluye con la suscripción del contrato<sup>(520)</sup>.

Sin embargo existen formas anormales de terminación del procedimiento<sup>(521)</sup>. Un primer caso es la cancelación del proceso. Un segundo caso es cuando se deja sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro por causa imputable a la entidad. Un tercer caso es cuando no se suscriba el contrato por las causales establecidas en el Reglamento, razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada<sup>(522)</sup>.

#### 1. Los procedimientos concurrenciales

El procedimiento concurrencial implica la existencia de intereses distintos por parte de varios administrados, que se dan de manera paralela y cuya naturaleza no permite su tutela simultánea. Sin embargo, no existe una controversia o conflicto entre dichos administrados, no siendo la Administración Pública un componedor del conflicto. En consecuencia, no

---

(520) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 507 y ss.

(521) Artículo 22 del Reglamento.

(522) Artículo 137 del Reglamento.

existe desempeño de actividad cuasi jurisdiccional, a diferencia de lo que ocurre con el procedimiento administrativo trilateral, con el que muchas veces se confunde.

Sin embargo, es pertinente señalar que la existencia de un recurso administrativo contra la decisión de la Administración podría transformar el procedimiento concurrencial en un procedimiento administrativo trilateral, que es lo que ocurre precisamente cuando se presenta el recurso de apelación contra los actos emitidos dentro de un proceso de selección y dicho recurso es resuelto por el Tribunal de Contrataciones. No ocurre lo mismo cuando el recurso de apelación es resuelto por el titular de la entidad, no existiendo entonces un nivel de imparcialidad equivalente al del procedimiento trilateral.

Precisamente, un ejemplo muy común de procedimiento administrativo concurrencial es el de los procesos de selección en el ámbito de la contratación administrativa. Los procesos de selección –sean licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía– tienen por finalidad determinar aquella persona natural o jurídica que resulte más idónea para proveer a la entidad en cuestión de los bienes y servicios que la misma necesita, a través de la participación en el proceso de un conjunto de postores.

Los procesos de selección, en tanto procedimientos administrativos, se inician con la convocatoria y culminan con la suscripción del contrato respectivo o perfeccionamiento de este –como resultado del otorgamiento de la buena pro a favor del postor elegido– o cuando se cancela el proceso o cuando se deja sin efecto el referido otorgamiento de la Buena Pro.

## **2. Régimen de notificaciones en los procesos de selección**

La normativa dispone en este punto<sup>(523)</sup> que todos los actos realizados a través del Seace durante los procesos de selección, incluidos los realizados por el OSCE en el ejercicio de sus funciones, se entenderán notificados el mismo día de su publicación. Este es un caso muy importante de notificación a través de medios alternativos, lo cual le da una mayor eficiencia.

El Reglamento señala a su vez que la notificación a través del Seace prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad del participante el permanente seguimiento del respectivo proceso a través del Seace.

---

(523) Artículo 25 del Reglamento.

### 3. Prórrogas o postergaciones

En este punto el Reglamento preceptúa<sup>(524)</sup> que la prórroga o postergación de las etapas de un proceso de selección deben registrarse en el Seace modificando el cronograma original. La norma no establece cuales serían las causales que puedan sustentar dicha decisión, lo cual no puede dejarse a discrecionalidad del Comité Especial<sup>(525)</sup>.

La norma establece además que el Comité Especial comunicará dicha decisión a los participantes o postores, según sea el caso, a través del Seace, y simultáneamente en la propia entidad o al correo electrónico que hayan consignado al registrarse como participantes.

## II. LAS MODALIDADES DE PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

---

Los procesos de selección, en el caso peruano, son: Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía. El Reglamento determina las características, requisitos, procedimientos, sistemas y modalidades aplicables a cada proceso de selección. Sin embargo, existe un conjunto de procesos especiales, los cuales vamos a analizar en el capítulo siguiente de este libro.

Ahora bien, se señala que los tipos de procesos de selección que vamos a analizar pueden sujetarse a las modalidades especiales de Convenio Marco y Subasta Inversa, de acuerdo a lo indicado en el Reglamento. Por otro lado, la Nueva Ley establece un nuevo catálogo de procesos de selección, los cuales vamos a referir más adelante.

Establece el Reglamento que, para la determinación del proceso de selección, se considerará el objeto principal de la contratación y el valor referencial establecido por la entidad para la contratación prevista. En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones, el objeto principal del proceso de selección se determinará en función de la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el costo. En cualquier caso, los bienes o servicios que se requieran como complementarios entre sí, se consideran incluidos en la contratación objeto del contrato.

---

(524) Artículo 26 del Reglamento.

(525) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 549.

## 1. Licitación pública

La licitación pública se convoca para la contratación de obras y para la adquisición de bienes y suministros dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto<sup>(526)</sup>. En tal sentido, puede ser nacional o internacional. La adquisición de bienes es entendida como el contrato de compraventa destinado a transferir la propiedad de uno o más bienes a favor de la entidad. El suministro es el contrato por el cual la entidad adquiere en propiedad bienes a tracto sucesivo, esto es, mediante entregas periódicas, sucesivas o continuadas. El contrato de obra es aquel por el cual el contratista se obliga a ejecutar una obra determinada.

## 2. Concurso público

El concurso público se convoca para la contratación de servicios de toda naturaleza, incluyendo consultorías y arrendamientos, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto<sup>(527)</sup>. Ambos procedimientos son los que poseen mayores formalidades en relación con los demás. Se entiende por servicios en general aquellos que la entidad contrata con terceros, ya sean estas personas naturales o jurídicas, para desarrollar actividades técnicas como limpieza, vigilancia, reparaciones y otras similares.

Se entiende por servicios de consultoría aquellos servicios de carácter profesional, altamente calificados, prestados por personas naturales o jurídicas para investigaciones, proyectos, estudios, diseños, supervisiones, inspecciones, gerencias, auditorías especiales distintas a las previstas en el Decreto Legislativo N° 850 y las asesorías profesionales especializadas. Ambos procedimientos son los que poseen mayores formalidades en relación con los demás.

## 3. Adjudicación directa

La adjudicación directa se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la entidad, dentro de los márgenes que establece la Ley Anual de Presupuesto. En este caso el proceso exige la convocatoria a por lo menos tres proveedores. El Reglamento señala los requisitos y las formalidades mínimas para el desarrollo del este proceso de selección, en el que se considerará a la pequeña y microempresa<sup>(528)</sup>. La

---

(526) Artículo 15 de la Ley.

(527) Artículo 16 de la Ley.

(528) Artículo 17 de la Ley.



adjudicación directa puede ser pública o selectiva, según sea que la misma requiera o no de publicación.

#### **4. Adjudicación de menor cuantía**

La adjudicación de menor cuantía se aplica para las adquisiciones y contrataciones que realice la entidad, cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley Anual de Presupuesto para la Licitación o Concurso Público, según corresponda. En este caso para el otorgamiento de la Buena Pro basta la evaluación favorable del proveedor o postor seleccionado.

Ahora bien, si la adquisición o contratación se realiza con cargo al Fondo para Pagos en Efectivo, al Fondo para Caja Chica o similares, conforme a las normas de tesorería correspondientes y a las que disponga el Reglamento, solo se requerirá cumplir con el procedimiento y la sustentación que ordenen las indicadas normas de tesorería.

Se utiliza también la adjudicación de menor cuantía para la contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales; que como lo hemos señalado ocurre en el caso de bienes sofisticados, servicios especializados, obras o cuando la entidad no cuente con un especialista, pudiendo ser una persona natural o jurídica.

Finalmente, la adjudicación de menor cuantía derivada se convoca para los procesos declarados desiertos, cuando corresponde, de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de la Ley. Esta incorporación operó como resultado de la modificación al reglamento que fuera generada por el D.S. N° 138-2012-EF y su finalidad es distinguir este proceso de selección de la adjudicación de menor cuantía pura, con la cual muestra ciertas distinciones.

#### **5. Proceso de selección por paquete**

Mediante el proceso de selección por paquete<sup>(529)</sup>, la entidad agrupa, en el objeto del proceso, la contratación de varios bienes o servicios de igual o distinta clase, considerando que la contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas. La finalidad es generar mayor eficiencia en la tramitación del proceso de selección. Es preciso señalar que esta mecanismo no existía en la redacción original del Reglamento, siendo incorporado mediante el Decreto Supremo N° 021-2009-EF.

---

(529) Artículo 19 del Reglamento.

Ahora bien, también puede convocarse procesos de selección por paquete para la ejecución de obras de similar naturaleza cuya contratación en conjunto resulte más eficiente para el Estado en términos de calidad, precio y tiempo frente a la contratación independiente. Es preciso señalar que se dispone que las entidades suscriban un contrato por cada obra incluida en el paquete.

En estos casos, la participación permanente y directa del residente y el supervisor son definidos en las Bases por la entidad bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar. Es preciso señalar que la posibilidad de emplear esta modalidad de proceso de selección para obras proviene de la modificación generada por el D.S. N° 080-2014-EF, que a su vez se sustenta en la necesidad de ser consistentes con la finalidad de esta forma de emplear los procesos de selección, en particular si los mismos pueden encontrarse relacionados con proyectos de inversión pública.

En este orden de ideas, el Reglamento establece que las entidades pueden contratar por paquete la elaboración de los estudios de preinversión de proyectos de inversión pública<sup>(530)</sup>, asimismo, pueden contratar por paquete la elaboración de dichos estudios y del expediente técnico y/o estudio definitivo, debiendo preverse en los términos de referencia que los resultados de cada nivel de estudio sean considerados en los niveles siguientes.

El D.S. N° 080-2014-EF aclaró esta disposición, siendo que la redacción previa de la norma se limitaba a los estudios de preinversión de perfil, prefactibilidad y factibilidad, según correspondiera; teniendo en cuenta que el expediente técnico o estudio definitivo forman parte de la fase siguiente, que es la fase de inversión<sup>(531)</sup>, conforme las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública.

La norma señala además que el área usuaria, en coordinación con el órgano encargado de las contrataciones, sustentan la convocatoria de los procesos de selección cuando tenga que realizarse por paquete, o en forma separada sobre la base de la conveniencia cumpliendo con los principios contenidos en las normas contractuales.

---

(530) La Fase de Preinversión tiene como objeto evaluar la conveniencia de realizar un PIP en particular. En esta fase se realiza la evaluación ex ante del proyecto, destinada a determinar la pertinencia, rentabilidad social y sostenibilidad del PIP, criterios que sustentan la declaración de viabilidad.

(531) La fase de inversión comprende la elaboración del Estudio Definitivo, Expediente Técnico u otro documento equivalente, y la ejecución del PIP, una vez que el mismo ha sido declarado viable, conforme lo tramitado en la fase de preinversión.

## **6. Proceso de selección según relación de ítems**

Un importante mecanismo de contratación es a través de este proceso de selección, cuyo uso es una potestad de la entidad<sup>(532)</sup>. El Reglamento señala en este punto que mediante el proceso de selección según relación de ítems, la entidad, teniendo en cuenta la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de la vinculación, podrá convocar en un solo proceso la contratación de bienes, servicios u obras distintas pero que están vinculadas entre sí, con montos individuales superiores a tres (3) UIT. A viabilidad se determina con base en aquello que resulta ser más eficiente, tomando en cuenta la vinculación de los bienes, servicios u obras.

En este punto la norma establece además que a cada caso les serán aplicables las reglas correspondientes al proceso principal, con las excepciones que se encuentran previstas en la norma, respetándose el objeto y monto de cada ítem. Ello proviene del hecho que el valor referencial del conjunto se determinará en función a la sumatoria de los valores referenciales de cada uno de los ítems considerados.

## **7. Prohibición de fraccionamiento**

La Ley prohíbe<sup>(533)</sup> fraccionar la contratación de bienes, de servicios y la ejecución de obras con el objeto de modificar el tipo de proceso de selección que corresponda, según la necesidad anual. El fraccionamiento entonces puede emplearse para simplificar indebidamente el procedimiento e incluso para generar que no tenga que emplearse ninguno, porque el monto resultante es igual o menor a 3 UIT.

La normativa entonces contiene disposiciones para evitar el fraccionamiento. En primer lugar la Ley preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones en cada entidad es responsable en caso de incumplimiento de la prohibición antes señalada. Asimismo, el Reglamento establece<sup>(534)</sup> que la contratación de bienes o servicios de carácter permanente, cuya provisión se requiera de manera continua o periódica se realizará por periodos no menores a un (1) año.

### **Situaciones que no se consideran fraccionamiento**

Ahora bien, señala la Ley que no se considera fraccionamiento a las contrataciones por etapas, tramos, paquetes o lotes posibles en función de la naturaleza del objeto de la contratación, como hemos visto en

---

(532) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 519-520.

(533) Artículo 19 de la Ley.

(534) Artículo 20 del Reglamento.

el acápite precedente; o para propiciar la participación de las pequeñas y microempresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva. La prohibición se aplica entonces sobre el monto total de la etapa, tramo, paquete o lote a ejecutar.

Por su parte, el Reglamento establece un conjunto de situaciones en las cuales no se considerará que nos encontremos ante un fraccionamiento. En primer lugar, cuando estando acreditada la necesidad en la etapa de planificación, la entidad restringió la cantidad a contratar por no disponer a dicha fecha la disponibilidad presupuestal correspondiente, situación que varía durante la ejecución del Plan Anual de Contrataciones al contarse con mayores créditos presupuestarios no previstos, provenientes de, entre otros, transferencias de partidas, créditos suplementarios y recursos públicos captados o percibidos directamente por la entidad. La entidad aprueba el Presupuesto Institucional de Apertura, pero en el transcurso del ejercicio el mismo es modificado, situación en la cual también se modifica el PAC, ampliándose la cantidad a ser contratada dada la necesidad de la entidad.

Asimismo, no se considera fraccionamiento cuando con posterioridad a la aprobación del Plan Anual de Contrataciones, surja una necesidad extraordinaria e imprevisible adicional a la programada, siempre que la contratación programada cuente con Expediente de Contratación aprobado, debiendo atenderse la nueva necesidad a través de una contratación independiente.

Además, no existe fraccionamiento cuando se contrate con el mismo proveedor como consecuencia de procesos de selección con objetos contractuales distintos o en el caso de que concurren procesos de selección con contratos complementarios, exoneraciones o con procesos bajo regímenes especiales.

Tampoco se considera que nos encontremos ante fraccionamiento cuando la contratación se efectúe a través del Catálogo de Convenios Marco. Este es un proceso especial que consiste en la selección de aquellos proveedores con los que las entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco. A este proceso especial nos vamos a referir en el capítulo respectivo.

Finalmente, no hay fraccionamiento cuando se requiera propiciar la participación de las microempresas y pequeñas empresas, en aquellos sectores donde exista oferta competitiva, siempre que sus bienes, servicios y obras sean de la calidad necesaria para que la entidad se asegure el cumplimiento oportuno y los costos sean razonables en función de las

condiciones del mercado. Como lo hemos señalado anteriormente, nos encontramos nuevamente ante un controvertido uso de la contratación administrativa, que es generar incentivos localizados, en especial a favor de las microempresas y pequeñas empresas.

En este punto la Ley dispone que el Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión favorable de los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Producción, establecerá mediante Decreto Supremo los sectores que son materia de interés del Estado para promover la participación de la microempresa y pequeña empresa.

## **8. Los nuevos procesos de selección contenidos en la Nueva Ley**

La Nueva Ley consigna un conjunto de nuevos procesos de selección que van a reemplazar a los ya existentes<sup>(535)</sup>. Así, se mantienen la licitación pública y el concurso público, pero se incorporan la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica, la contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento.

### **Adjudicación simplificada**

La Nueva Ley establece<sup>(536)</sup> que la adjudicación simplificada se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios a ser prestados por consultores individuales, así como para la ejecución de obras, cuyo valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del Sector Público.

Este proceso de selección se nos muestra muy parecido a la adjudicación directa, siendo necesario que el Reglamento de la Nueva Ley establezca la regulación que le corresponda.

### **Selección de consultores individuales**

Por otro lado, la Nueva Ley preceptúa<sup>(537)</sup> que la selección de consultores individuales se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales, conforme a

---

(535) Artículo 21 de la Nueva Ley.

(536) Artículo 23 de la Nueva Ley.

(537) Artículo 24 de la Nueva Ley.

lo que establece el reglamento, siempre que su valor estimado o valor referencial, según corresponda, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del Sector Público.

Este proceso se sustenta en la necesidad de establecer un procedimiento más sencillo para contratar consultores, que es una necesidad fundamental en las entidades. Sin embargo, estas contrataciones también muestran dificultades, puesto que han generado desviación de poder, razón por la cual es necesario regularlas debidamente en el Reglamento de la Nueva Ley.

### **Comparación de precios**

La Nueva Ley prescribe<sup>(538)</sup> que la comparación de precios puede utilizarse para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado, conforme a lo que señale el reglamento.

Asimismo, la Nueva Ley establece que el valor estimado de dichas contrataciones debe ser inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la ley de presupuesto del Sector Público para la licitación pública y el concurso público. Siendo así, este proceso de selección sería similar a la adjudicación de menor cuantía, e incluso equivalente a la subasta inversa, siendo necesario también que el Reglamento efectúe las necesarias aclaraciones.

### **Subasta inversa electrónica**

La Nueva Ley preceptúa<sup>(539)</sup> que la subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica y se encuentren incluidos en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. Con lo cual este proceso es equivalente al que ya se encuentra regulado en la normativa contractual actualmente vigente, siendo esperable que la regulación sea similar en el Reglamento de la Nueva Ley.

### **Contrataciones directas**

Finalmente, la Nueva Ley establece<sup>(540)</sup> que, excepcionalmente, las entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor en un conjunto de supuestos taxativamente señalados. Nos encontramos

---

(538) Artículo 25 de la Nueva Ley.

(539) Artículo 26 de la Nueva Ley.

(540) Artículo 27 de la Nueva Ley.

entonces ante lo que la normativa contractual vigente denomina exoneración. A las causales aplicables a la contratación directa nos vamos a referir con detalle más adelante en el capítulo correspondiente.

La Nueva Ley dispone asimismo que se puedan efectuar compras corporativas mediante contrataciones directas, sin que la Ley señale si ello es posible siempre o solo cuando se configure alguna de las causales. En este orden de ideas la Nueva Ley deja en manos del Reglamento de la misma la regulación de esta figura, norma que deberá efectuar las aclaraciones respectivas.

### III. FASES DEL PROCESO DE SELECCIÓN

---

El proceso de selección, una vez iniciado, nos muestra un conjunto de fases, en las cuales se realizan diversas actuaciones administrativas, todas ellas reguladas por la normativa contractual<sup>(541)</sup>. El proceso de selección entonces es una excepción al principio de unidad de vista propia de los procedimientos administrativos en general, siendo que en el mismo existe preclusión entre las fases del procedimiento.

De hecho, las fases son la convocatoria, el registro de participantes, la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones, la integración de las bases, la presentación de propuestas, la calificación y evaluación de propuestas, así como el otorgamiento de la Buena Pro. Cada una de estas fases será analizada en el presente capítulo.

El Reglamento preceptúa que en los procesos de Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras se fusionan las etapas correspondientes a las consultas y las observaciones. Es así como se abrevia el proceso de selección, a lo que hay que agregar la reducción de los plazos respecto de la licitación pública o el concurso público.

Asimismo, en los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios no se incluirán en el proceso ninguna de dichas etapas, y como resultado, tampoco la integración de las bases<sup>(542)</sup>. Ello permite también abreviar el proceso de selección, con una plausible reducción de los plazos.

---

(541) Artículo 22 del Reglamento.

(542) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 516.

Como resultado, el Reglamento prescribe que el incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan el desarrollo de estas etapas constituye causal de nulidad de las etapas siguientes del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley, y lo retrotrae al momento anterior a aquel en que se produjo dicho incumplimiento.

#### **IV. CONVOCATORIA**

---

La convocatoria es el mecanismo a través del cual la entidad pone de conocimiento de los administrados la iniciación del proceso de selección invitándolos a presentar las respectivas propuestas. La convocatoria es un hecho administrativo derivado de la decisión de la Administración de iniciar el proceso de contratación, razón por la cual no constituye un acto administrativo<sup>(543)</sup>.

La convocatoria tiene por finalidad hacer de conocimiento de los particulares el inicio del procedimiento, pero sobre todo permite a la entidad acceder a la mayor cantidad de propuestas posibles, hecho que a su vez permitirá que las posibilidades de seleccionar al contratista idóneo sean mayores. Si queremos equipararla con una institución similar en el Derecho Civil equivaldría a una invitación a ofrecer.

La convocatoria se publica oficialmente y debe cumplir con determinados requisitos señalados por el Reglamento<sup>(544)</sup>. En primer lugar, la identificación, domicilio y RUC de la entidad que convoca. Asimismo, debe señalar la identificación del proceso de selección. Además, debe contener la indicación de la modalidad de selección, de ser el caso, a la cual nos hemos referido en el capítulo precedente. Debe señalarse la descripción básica del objeto del proceso; así como el valor referencial.

Además, la convocatoria debe señalar el lugar y la forma en que se realizará la inscripción o registro de participantes. Asimismo, la convocatoria debe contener el costo de reproducción de las Bases, siendo que la redacción original de la norma se refería al costo del derecho de participación antes de la reforma del Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

Por otro lado, la convocatoria debe establecer el calendario del proceso de selección, que es de suma importancia para que el proveedor interesado conozca las etapas del mismo. Otro elemento crucial de la convocatoria es el plazo de entrega requerido o de ejecución del contrato. Finalmente, la convocatoria del proceso de selección debe contener la

---

(543) Para una posición distinta: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 603.

(544) Artículo 50 del Reglamento.



indicación de los instrumentos internacionales bajo cuyos alcances se encuentra cubierto el proceso de selección, de ser el caso.

El OSCE será el responsable de incluir en el Seace la información respecto a los instrumentos internacionales aplicables. Asimismo, para todos aquellos procesos de selección que se encuentren bajo la cobertura de uno o más instrumentos internacionales, el OSCE se encargará de elaborar y publicar una versión en idioma inglés de la convocatoria.

## 1. Publicación en el Seace

Respecto a la publicación de la convocatoria, el Reglamento preceptúa<sup>(545)</sup> que en el caso de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas la misma se realizará a través del Seace, oportunidad en la que se deberán publicar las Bases y un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad.

Ahora bien, se establece que no corresponde publicar el resumen ejecutivo antes señalado en los procesos de selección que se encuentren sujetos a la modalidad de Convenio Marco en los que se haya optado no utilizar valor referencial<sup>(546)</sup>.

Por otro lado, la norma preceptúa que el Ministerio competente debe tener acceso permanente a la información de los procesos de selección registrados en el Seace, para su difusión entre las microempresas y pequeñas empresas. Conforme la normativa vigente, la competencia le corresponde al Ministerio de la Producción<sup>(547)</sup>. Ello en el contexto del controvertido empleo de la contratación administrativa como mecanismo de fomento a dichas formas empresariales.

Por otro lado, el Reglamento establece que las entidades podrán utilizar, adicionalmente, otros medios a fin de que los proveedores puedan tener conocimiento de la convocatoria del proceso de selección. Ello, a fin de promover la libre competencia, que como hemos señalado permite contratar con aquel que sea el más idóneo.

---

(545) Artículo 51 del Reglamento.

(546) Esta disposición fue agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

(547) Ley N° 29271:

### **Artículo 3.- Transferencia de competencias y funciones sobre MYPE**

Tránsfírese al Ministerio de la Producción las competencias y funciones sobre micro y pequeña empresa, previstas en la Ley N° 27711, Ley del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y en el artículo 6 de la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa.

La convocatoria a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía se realiza a través de su publicación en el Seace, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases, sin perjuicio de las invitaciones que se pueda cursar a uno (1) o más proveedores, según corresponda, en atención a la oportunidad, al monto, a la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, bajo sanción de nulidad.

## **2. Lo establecido por la normativa internacional**

En este punto, el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica establece una importante regulación<sup>(548)</sup>. Dicho tratado señala que, para cada contratación pública cubierta, salvo en las circunstancias descritas en el artículo 9.8 de dicho instrumento<sup>(549)</sup>, una entidad contratante publicará un aviso invitando a los proveedores interesados a presentar ofertas (“aviso de contratación futura”) o, siempre que sea apropiado, solicitudes para participar en la contratación pública.

Se señala además que el aviso se publicará ya sea por medios electrónicos o impresos de amplia difusión y de fácil acceso al público durante el periodo completo establecido para la licitación. Es necesario señalar que este precepto se cumple a través del empleo del Seace, como lo hemos señalado anteriormente.

Finalmente, el Tratado preceptúa que cada parte alentará a sus entidades contratantes a publicar un aviso de contratación futura en un punto único de entrada mediante una publicación electrónica que sea accesible a través del Internet o una red informática de telecomunicaciones similar.

## **V. REGISTRO DE PARTICIPANTES**

---

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(550)</sup> que la persona natural o jurídica que desee participar en un proceso de selección deberá registrarse como participante conforme a las reglas establecidas en las Bases, para cuyo efecto debe contar con inscripción vigente en el RNP conforme al objeto de la convocatoria<sup>(551)</sup>. La entidad verificará la vigencia de

---

(548) Artículo 9.4.1 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

(549) Dicho artículo regula lo concerniente a la Contratación Directa, estableciendo los supuestos aplicables, varios de los cuales son equivalentes a las causales de exoneración establecidas en la normativa contractual.

(550) Artículo 52 del Reglamento.

(551) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 609.

la inscripción en el RNP y que no se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado.

Se establece en la norma que el registro de participantes es electrónico y gratuito. Dicho registro podrá ser visualizado por los usuarios a partir del día siguiente de la presentación de propuestas<sup>(552)</sup>. Es así que, a diferencia de la redacción previa de la norma, no existe pago por el registro, salvo el costo de reproducción de las bases. La redacción previa de la norma establecía que únicamente en las Adjudicaciones de Menor Cuantía para bienes o servicios, el registro como participante será gratuito

Así, se dispone en el Reglamento que en la oportunidad del registro, el participante podrá solicitar a la entidad un ejemplar de las Bases, estando la entidad obligada a su entrega, previo pago del costo de reproducción de estas. Es importante señalar que en el caso de la contratación de la ejecución de obras, se dispone que el ejemplar de las Bases deba comprender el expediente técnico de obra<sup>(553)</sup>.

El Reglamento establece que la persona que se registra como participante se adhiere al proceso de selección en el estado en que este se encuentre. El diseño del procedimiento permite que en el plazo de registro ocurran varios hechos, como son las consultas y las observaciones, en las cuales el participante pueda actuar si está dentro del plazo para ello.

El registro electrónico de participantes se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de propuestas, de forma ininterrumpida. En la redacción previa de la norma, esta disposición era aplicable únicamente a las adjudicaciones de menor cuantía, siendo que el registro debía efectuarse y hasta un (1) día hábil después de haber quedado integradas las Bases. Finalmente, en el caso de propuestas presentadas por un consorcio, bastará que se registre uno (1) de sus integrantes.

### **La regulación previa a la habilitación del registro electrónico**

Ahora bien, el reglamento preceptúa<sup>(554)</sup> que el OSCE desarrollará la funcionalidad para el registro de participantes electrónico a través del Seace y, pondrá en conocimiento de los usuarios, a través de comunicado, el momento a partir del cual su utilización será obligatoria.

---

(552) Esta disposición fue agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

(553) Disposición agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

(554) Novena Disposición Complementaria Transitoria, agregada a su vez por el D.S. N° 138-2012-EF.

La norma señala que, con excepción de los procesos de selección electrónicos, durante el periodo previo a la publicación del comunicado, el registro de participantes se efectuará desde el día siguiente de la convocatoria y hasta un (1) día hábil después de haber quedado integradas las Bases.

Asimismo, el Reglamento establece que, en el caso de Adjudicaciones de Menor Cuantía para bienes y servicios, el registro de participantes se lleva a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta antes del inicio de la presentación de propuestas. Como resultado de ello, la norma prescribe que la entidad tendrá la obligación de entregar al participante, por cualquier medio y en el mismo día de su registro, la respectiva constancia o comprobante de registro.

Finalmente, el Reglamento dispone en este punto que, si en el acto público de presentación de propuestas, algún participante es omitido, podrá acreditarse con la presentación de la constancia de su registro como participante, pudiendo entonces participar en dicho acto.

### **El caso de los consorcios**

Respecto al registro de participantes en el caso de consorcios, la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD preceptúa que basta que uno de sus integrantes se haya registrado como participante en el proceso de selección, para lo cual dicho integrante debe contar con inscripción vigente en el Registro correspondiente al objeto del proceso.

Asimismo, dicha Directiva establece que los demás integrantes del consorcio deben contar con inscripción vigente en el RNP, conforme a lo establecido por el Reglamento, en la fecha que se adhieren al proceso, para lo cual corresponde aplicar lo dispuesto la Directiva sobre el particular, a lo cual nos hemos referido con detalle al tratar respecto a la inscripción en el RNP en el caso de los consorcios.

## **VI. CONSULTAS A LAS BASES**

---

Las bases pueden contener un conjunto de elementos que no resultan claros para aquellos que las adquieran y que vayan a desempeñarse como eventuales postores, siendo necesario habilitar la presentación de consultas, que constituyen pedido de aclaración<sup>(555)</sup>. En tal sentido, la Ley

---

(555) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. "Del Juez y Parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del

establece que las bases deben consignar un plazo para la presentación de consultas, el que podrá variar de acuerdo a la complejidad de la adquisición o contratación y un plazo para su absolución<sup>(556)</sup>.

En este orden de ideas, la Ley establece que las respuestas a las consultas deben ser fundamentadas y sustentadas, se harán de conocimiento oportuno y simultáneo de los participantes a través del Seace y se considerarán como parte integrante de las bases del proceso, así como del respectivo contrato. Esta disposición se sustenta en diversos principios de la contratación administrativa, y en general del Derecho Administrativo, en particular los de legalidad, transparencia y libre concurrencia y competencia.

El Reglamento dispone a su vez que el Comité Especial absolverá las consultas mediante un pliego absolutorio, debidamente fundamentado, el que deberá contener la identificación de cada participante que las formuló, las consultas presentadas y la respuesta para cada una de ellas. Se establece además que el pliego deberá ser publicado en el Seace en la fecha prevista en el cronograma del proceso. La redacción anterior establecía que el pliego sería notificado, lo cual no era preciso tomando en cuenta la naturaleza del Seace. Asimismo, señalaba la notificación por correo electrónico.

### **Plazos para formulación y absolución de consultas**

El Reglamento establece<sup>(557)</sup> que el Comité Especial recibirá las consultas por un periodo mínimo de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria para licitaciones y concursos públicos. El periodo mínimo será de tres (3) días hábiles para Adjudicaciones Directas y de dos (2) días hábiles para Adjudicaciones de Menor Cuantía para obras y consultaría de obras.

El plazo para la absolución y su respectiva notificación a través del Seace y los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso, no podrá exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir las consultas en el caso de Licitaciones y Concursos Públicos. Para Adjudicaciones Directas no podrá exceder de tres (3) días hábiles y para Adjudicaciones de Menor Cuantía para obras y consultaría de obras de dos (2) días hábiles.

---

Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009, pp. 120-121.

(556) Artículo 28 de la Ley.

(557) Artículo 55 del Reglamento.

## VII. OBSERVACIONES A LAS BASES

---

A diferencia de las consultas, las observaciones tienen por finalidad cuestionar las bases<sup>(558)</sup>. En este orden de ideas, la Ley señala<sup>(559)</sup> que los participantes podrán formular observaciones, debidamente fundamentadas, relativas al incumplimiento de las condiciones mínimas de las mismas, determinadas por la Ley, así como de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

La normativa preceptúa que las observaciones se formulan mediante escrito dirigido al Comité Especial. La resolución de este última puede ser impugnada, recurso que será resuelto por el OSCE. La redacción previa de la norma establecía también la competencia del titular de la entidad, lo cual era muy controvertido por razones de imparcialidad, similar a las atinencias que pueden establecerse en el caso de la solución de controversias, como veremos más adelante.

El Reglamento preceptúa<sup>(560)</sup> en este punto que el Comité Especial deberá absolver las observaciones de manera fundamentada y sustentada, sea que las acoja, las acoja parcialmente o no las acoja, mediante un pliego absolutorio que deberá contener la identificación de cada observante, las observaciones presentadas y la respuesta del Comité Especial para cada observación presentada.

Conforme lo prescrito por el Reglamento, el mencionado pliego deberá ser publicado a través del Seace en la fecha prevista en el cronograma del proceso. Al igual que en el caso de las consultas la redacción anterior de la norma establecía que el pliego sería notificado, lo cual no era preciso tomando en cuenta la naturaleza del Seace. Asimismo, señalaba la notificación por correo electrónico.

Además, la norma prescribe que el Comité Especial debe incluir en el pliego de absolución de observaciones el requerimiento de pago de la tasa por concepto de elevación de observaciones al OSCE. Esta disposición está sujeta a controversia, porque si la elevación constituye en verdad una impugnación, la misma no debería requerir del pago de una tasa, en estricta aplicación del precedente del Tribunal Constitucional emitido sobre la materia.

---

(558) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 121, p. 616 y ss.

(559) Artículo 28 de la Ley.

(560) Artículo 56 del Reglamento.

Finalmente, cuando se acoja una observación, se establece que la comunicación de la corrección a que hubiere lugar se hará a todos los adquirentes de las Bases, a través del Seace. Dicha corrección forma parte integrante de las bases, y en consecuencia, del contrato que se suscriba una vez concluido el proceso de selección.

## **1. Plazos para formulación y absolución de observaciones**

El Reglamento establece<sup>(561)</sup> que en Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, las observaciones a las Bases serán presentadas dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber finalizado el término para la absolución de las consultas. El Comité Especial notificará la absolución a través del Seace y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso, en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles desde el vencimiento del plazo para recibir las observaciones.

Asimismo, en el caso de las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía para ejecución y consultaría de obras, el Reglamento preceptúa las observaciones serán presentadas y absueltas en forma simultánea a la presentación de las consultas, situación en la cual dichas fases se han fusionado a fin de simplificar el procedimiento. En la redacción original de la norma el Comité Especial notificaba la absolución a través del Seace y a los correos electrónicos de los participantes, de ser el caso, en un plazo máximo de tres (3) días hábiles, antes de la reforma proveniente del Decreto Supremo N° 021-2009-EF.

## **2. Elevación de observaciones**

Sobre el particular, el Reglamento prescribe<sup>(562)</sup> que el plazo para solicitar la elevación de observaciones para el pronunciamiento del OSCE es de tres (3) días hábiles, computados desde el día siguiente de la notificación del pliego absolutorio a través del Seace. Si bien la norma lo denomina elevación, debe entenderse que nos encontramos propiamente ante una impugnación, con las características propias de la misma.

### **Supuestos de elevación**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, los participantes pueden solicitar la elevación de las observaciones para la emisión de pronunciamiento, en determinados supuestos. En primer lugar, cuando las observaciones presentadas por el participante no fueron acogidas o fueron acogidas parcialmente. Asimismo, puede solicitarse la elevación cuando a

---

(561) Artículo 57 del Reglamento.

(562) Artículo 58 del Reglamento.

pesar de ser acogidas sus observaciones, el participante considere que tal acogimiento continúa siendo contrario a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley, cualquier otra disposición de la normativa sobre contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.

Finalmente, el Reglamento establece que procede la elevación cuando el participante considere que el acogimiento de una observación formulada por otro participante resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley, cualquier otra disposición de la normativa sobre contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección. Ahora bien, en este caso, el participante debe haberse registrado como tal hasta el vencimiento del plazo para formular observaciones.

### **El procedimiento a seguir**

Conforme lo establecido por la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD “Elevación de Observaciones a las Bases y emisión de pronunciamiento”<sup>(563)</sup> cuando el participante no pague la tasa o no la pague en su totalidad; no cumpla con presentar a la entidad la copia del pago de la tasa dentro del plazo indicado en la norma; no efectúe el depósito respectivo en la cuenta o cuentas habilitadas por el OSCE para tal fin; o presente copia del pago de la tasa emitido a nombre de otra persona; no procederá su solicitud de elevación.

Dicha Directiva establece<sup>(564)</sup> además que el Comité Especial, bajo responsabilidad, deberá remitir la totalidad de la documentación requerida para tal fin por el TUPA del OSCE, a más tardar al día siguiente de vencido el plazo para que los participantes soliciten la elevación de observaciones. Mientras no se remita el íntegro de la documentación prevista en el TUPA del OSCE o no se subsane las omisiones detectadas, el expediente de elevación no se considerará recibido.

El Reglamento preceptúa que el pronunciamiento deberá estar motivado y expresado de manera objetiva y clara. Dado que constituye un acto administrativo, lo resuelto por OSCE debe contener los requisitos de validez respectivos. La motivación es clave para ello, puesto que contiene los argumentos de hecho y de Derecho que sustentan la decisión.

Asimismo se establece que en el pronunciamiento se absolverá las observaciones y, si ello corresponde, se emitirá pronunciamiento de oficio

---

(563) Aprobada mediante Resolución N° 281-2012-OSCE-PRE.

(564) Numeral 7.7 de la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD.



sobre cualquier aspecto de las Bases que contravenga la normativa sobre contrataciones del Estado. Esto último implica que OSCE efectúa una revisión integral de las bases, pudiendo pronunciarse sobre vulneraciones a la normativa que no han sido advertidas por los participantes del proceso de selección

La norma preceptúa además que el plazo para emitir y notificar el pronunciamiento a través del Seace será no mayor de diez (10) días hábiles. El plazo será improrrogable y se computará desde el día siguiente de la recepción del expediente completo por el OSCE.

### **Precedente administrativo**

Por otro lado, es preciso señalar que los pronunciamientos emitidos por el OSCE constituyen precedente administrativo de observancia obligatoria cuando ellos así lo establezcan. Existen pocos precedentes, los cuales pueden encontrarse en la página web de OSCE. De hecho, es poco común que se generen precedentes administrativos como resultado de una decisión que no proviene de un tribunal administrativo.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por la Directiva antes señalada<sup>(565)</sup>, a fin de establecer qué determinado pronunciamiento constituye precedente administrativo, deberá considerarse la relevancia o reiteración de la materia del cuestionamiento y el alcance del criterio interpretativo que se establezca.

### **Implementación**

Una vez publicado el pronunciamiento a través del Seace, este deberá ser implementado por el Comité Especial, aun cuando ello implique la suspensión temporal del proceso y/o la prórroga de las etapas del mismo, en atención a la complejidad de las correcciones, adecuaciones o acreditaciones que sea necesario realizar.

Se señala además que el Comité Especial no puede continuar con la tramitación del proceso de selección si no ha cumplido con implementar adecuadamente lo dispuesto en el pronunciamiento, bajo sanción de nulidad y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

### **La impugnación al pronunciamiento del OSCE**

Finalmente, el Reglamento preceptúa que, contra el pronunciamiento emitido por el OSCE, no cabe la interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la entidad y los

---

(565) Numeral 7.11 de la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD.

participantes del proceso de selección. Como resultado, se agota la vía administrativa, siendo procedente únicamente la iniciación del proceso contencioso-administrativo, el cual es enteramente procedente conforme lo señalado por el propio Tribunal de Contrataciones<sup>(566)</sup>.

Sin embargo, es posible discutir posteriormente la pertinencia de las bases en el recurso que se interponga contra el otorgamiento de la buena pro, con lo cual es interesante analizar que ocurriría si es que coexistieran dos procesos contenciosos administrativos en este sentido. Debería entenderse que deban acumularse, para evitar pronunciamientos contradictorios por parte de la autoridad jurisdiccional.

### VIII. INTEGRACIÓN DE LAS BASES

---

La normativa contractual<sup>(567)</sup> preceptúa que, una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas y no podrán ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la entidad.

Las bases integradas son entonces el instrumento normativo que rige el proceso de selección y la ejecución contractual, al formar parte del contrato administrativo. Asimismo, las deficiencias existentes en dicha integración acarrearán la nulidad de la buena pro, constituyendo un vicio que no se puede enmendar, conforme lo señalado por el Tribunal de Contrataciones<sup>(568)</sup>.

El Reglamento establece, sin embargo, que esta restricción no afecta la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del proceso por deficiencias en las Bases, el cual en muchos casos ha dejado sin efecto bases integradas. Esta salvedad estaba presente desde el Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, sin embargo, el Reglamento del TUO omitió referirla, lo cual sin embargo no afectaba dicha competencia, la misma que se ejercía en el contexto del antiguo recurso de revisión, el cual hoy en día ya no existe<sup>(569)</sup>.

---

(566) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 627-628.

(567) Artículo 59 del Reglamento.

(568) Resolución N° 1165-2014-TC-S1.

(569) Sobre el particular: PÁRRAGA ESPINOZA, Janela Cristina. "¿Puede el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado modificar las bases integradas cuando revisa la legalidad del proceso impugnado?". En: *Actualidad Jurídica*. N° 134, Gaceta Jurídica, Lima, enero 2005, p. 173 y ss.

Por otro lado, la norma no dispone que el titular de la entidad pueda declarar dicha nulidad, sin embargo ello se deduce de su controvertida atribución de resolver recursos de apelación. Asimismo, tampoco otorga dicha atribución de manera expresa a los tribunales arbitrales, los cuales sin embargo han declarado la nulidad de contratos por deficiencias en las bases, en aplicación de su facultad para determinar su propia competencia.

### **Contenido de la integración**

En este orden de ideas, el Reglamento establece que las Bases integradas deben incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, pronunciamientos, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión<sup>(570)</sup>.

En este punto, la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD preceptúa<sup>(571)</sup> que, para integrar las Bases del proceso, el Comité Especial no solo incorporará al texto original de las Bases todas las correcciones, precisiones y/o modificaciones dispuestas en el pronunciamiento, sino también las realizadas en los pliegos de absolución de consultas y/u observaciones, y, cuando corresponda, lo dispuesto por el OSCE a través de las acciones de supervisión efectuadas al proceso.

Dicha Directiva establece además que, cuando el pronunciamiento disponga la precisión y/o modificación de las características técnicas, el Comité Especial deberá coordinarlas con el área usuaria, la que deberá aprobar tales precisiones o modificaciones.

Conforme lo dispuesto por la citada Directiva, cuando el pronunciamiento disponga la reevaluación del valor referencial del proceso, el expediente de contratación deberá ser remitido al órgano encargado de las contrataciones para el análisis correspondiente y, de ser el caso, la determinación del nuevo valor referencial.

Finalmente, en caso de que la precisión y/o modificación de las características técnicas, la reevaluación del valor referencial u otro extremo del pronunciamiento, originen la modificación del expediente de contratación, este deberá ser nuevamente aprobado.

---

(570) Disposición agregada por el D.S. N° 184-2008-EF.

(571) Numeral 7.12 de la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD.

## **El plazo aplicable para la integración**

En las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos, Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía para obras y consultoría de obras, la norma prescribe que el Comité Especial o el órgano encargado, cuando corresponda y bajo responsabilidad, deberá integrar y publicar las Bases Integradas al día siguiente de vencido el plazo para formular las observaciones, de no haberse presentado estas.

En el caso de que se hubieren presentado observaciones a las Bases, la integración y publicación se efectuará al día siguiente de vencido el plazo para solicitar la elevación de las Bases al OSCE, correspondiendo al Comité Especial, bajo responsabilidad, integrar las Bases conforme a lo dispuesto en el pliego de absolución de consultas.

Asimismo, la Directiva establece<sup>(572)</sup> que el Comité Especial deberá integrar y publicar las Bases del proceso de selección dentro de los dos (2) días hábiles siguiente de notificado el pronunciamiento. Dicho plazo perentorio es de especial importancia para la continuación del proceso de selección.

En este orden de ideas, la Directiva antes citada preceptúa<sup>(573)</sup> que, ante el incumplimiento del plazo para elevar las observaciones a las Bases, o del plazo para integrar las Bases, que origine una exoneración bajo la causal de desabastecimiento inminente, el Titular de la entidad deberá dar inicio a las medidas conducentes al establecimiento de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales de los funcionarios o servidores involucrados, de ser el caso.

## **Publicación de Bases Integradas**

Por otro lado, conforme lo prescrito por el Reglamento, si no se cumple con publicar las Bases Integradas a través del Seace en la fecha establecida en el cronograma del proceso, el Comité Especial no puede continuar con la tramitación del proceso de selección, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado posteriormente y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, como ya lo hemos señalado.

El Reglamento establece además<sup>(574)</sup> que la publicación de las Bases Integradas es obligatoria, aun cuando no se hubieran presentado consultas y observaciones. Esta disposición, que se mantiene en la evolución

---

(572) Numeral 7.12 de la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD.

(573) Numeral 7.14 de la Directiva N° 006-2012-OSCE-CD.

(574) Artículo 60 del Reglamento.

de la normativa, es curiosa puesto que las bases integradas, cuando no existen consultas y observaciones, coinciden con las bases originales, sin que quede clara la justificación de esto.

## **IX. PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS**<sup>(575)</sup>

---

Esta fase del proceso de selección implica que los postores procedan a ofertar a la entidad, a fin de que luego de la calificación y evaluación a ser efectuada por el Comité Especial se determine aquel postor que resulte el más idóneo para contratar, a través del otorgamiento de la buena pro.

El Reglamento dispone<sup>(576)</sup> que, para que una propuesta sea admitida, deberá incluir, cumplir y, en su caso, acreditar la documentación de presentación obligatoria que se establezca en las Bases y los requerimientos técnicos mínimos que constituyen las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la contratación.

### **1. Presentación de documentos**

El Reglamento preceptúa<sup>(577)</sup> que todos los documentos que contengan información referida a los requisitos para la admisión de propuestas y factores de evaluación se presentan en idioma castellano o, en su defecto, acompañados de traducción oficial o sin valor oficial efectuada por traductor público juramentado o traducción certificada efectuada por 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<sup>(578)</sup>.

En este orden de ideas se establece que el postor es responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos. Esta disposición pretende darle flexibilidad a la traducción, puesto que la versión previa de la misma establecía que traducción debía ser oficial o certificada efectuada por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado.

La justificación es la aplicación del principio de presunción de veracidad, componente fundamental de la simplificación administrativa. Por

---

(575) Artículo 30 de la Ley.

(576) Artículo 61 del Reglamento.

(577) Artículo 62 del Reglamento.

(578) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 644.

ello, el reglamento prescribe que las entidades someten a fiscalización posterior conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la documentación, declaraciones y traducciones presentadas por el ganador de la Buena Pro<sup>(579)</sup>.

## **2. Forma de presentación y alcance de las propuestas**

En este punto el Reglamento preceptúa<sup>(580)</sup> que las propuestas se presentarán en dos (2) sobres cerrados, de los cuales el primero contendrá la propuesta técnica y el segundo, la propuesta económica. Esta es también una regla general que se ha mantenido invariable en la normativa contractual y que permite efectuar la calificación y evaluación de las propuestas de manera eficiente.

La norma establece que la propuesta técnica se presentará en original y en el número de copias requerido en las Bases, el que no podrá exceder de la cantidad de miembros que conforman el Comité Especial. La propuesta económica solo se presentará en original.

Se señala además en el Reglamento que, en el caso de las contrataciones electrónicas, deberá observarse lo dispuesto en el Reglamento sobre el particular. Es necesario señalar que en estos casos existe una regulación específica, que emplea el Seace, a la cual nos vamos a referir más adelante.

En los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Convenio Marco se puede prever que los proveedores presenten más de una propuesta por cada ítem, según lo dispuesto en el artículo 99 del Reglamento, que regulan las reglas especiales de dicho proceso de selección especial.

El Reglamento señala además que, cuando las propuestas se presenten en hojas simples, se redactarán por medios mecánicos o electrónicos y serán foliadas correlativamente empezando por el número uno. La finalidad es generar orden y uniformidad.

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que, cuando las propuestas tengan que ser presentadas total o parcialmente mediante formularios o formatos, estos podrán ser llenados por cualquier medio, incluyendo el manual. En ambos supuestos, las propuestas deben llevar el sello y la rúbrica del postor o de su representante legal o mandatario designado para dicho fin, salvo en el caso que el postor sea persona natural, en cuyo caso

---

(579) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

(580) Artículo 63 del Reglamento.

bastará que este o su apoderado, indique debajo de la rúbrica sus nombres y apellidos completos.

### **Las propuestas económicas**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, las propuestas económicas deberán incluir todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y, de ser el caso, los costos laborales conforme la legislación vigente, así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del bien, servicio u obra a adquirir o contratar; excepto la de aquellos postores que gocen de exoneraciones legales.

La norma establece además que el monto total de la propuesta económica y los subtotales que lo componen deberán ser expresados con dos decimales. Los precios unitarios podrán ser expresados con más de dos decimales.

### **El caso de los consorcios**

La norma preceptúa que los integrantes de un consorcio no podrán presentar propuestas individuales ni conformar más de un consorcio en un proceso de selección, o en un determinado ítem cuando se trate de procesos de selección según relación de ítems. Una disposición contraria estará vulnerando el principio de libre concurrencia y competencia.

Sin embargo, tratándose de un proceso por relación de ítems, la normativa contractual prescribe<sup>(581)</sup> que los integrantes del consorcio podrán participar en ítems distintos al que se presentaron en consorcio, ya sea en forma individual o en consorcio. Ello, puesto que se está considerando cada ítem como un proceso de selección distinto.

## **3. Contenido de los sobres de propuesta**

Si bien las bases establecerán el contenido de los sobres de propuesta para los procesos de selección, el Reglamento establece<sup>(582)</sup> un contenido mínimo de los mismos. Ahora bien, en cuanto a la Propuesta Técnica se establece en la norma que existe documentación que es de presentación obligatoria, como veremos a continuación<sup>(583)</sup>.

### **La declaración jurada**

En primer lugar, el postor debe adjuntar la declaración jurada simple declarando que no tiene impedimento para participar en el proceso

---

(581) Numeral 6.4 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.

(582) Artículo 42 del Reglamento.

(583) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 637 y ss.

de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley, impedimentos que ya hemos analizado en su momento en este libro.

El postor debe señalar además que conoce, acepta y se somete a las Bases, condiciones y procedimientos del proceso de selección; que es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta a efectos del proceso, que es donde se manifiesta con mayor intensidad el principio de presunción de veracidad.

Asimismo, debe indicar que se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso de resultar favorecido con la Buena Pro, teniendo en cuenta que ya no existe la garantía de seriedad de oferta; y finalmente, que conoce las sanciones contenidas en la Ley y su Reglamento, así como en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

### **Los requisitos técnicos mínimos**

Asimismo, el postor debe presentar la declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos. La declaración jurada se emite en aplicación del principio de presunción de veracidad. Sin embargo, al presentarse la documentación que prueba dicho cumplimiento dicha declaración jurada dejaría de ser pertinente. Ello, teniendo en cuenta que el incumplimiento de los requisitos mínimos acarrea la descalificación del proceso de selección.

Ahora bien, existe un conjunto de documentos específicos que son establecidos por normas especiales, dependiendo de la naturaleza de la prestación. Un ejemplo es el Registro Nacional de Empresas y entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral, establecido por la Ley N° 27626<sup>(584)</sup>. Dichos requisitos deben estar entonces señalados en las bases.

Sobre el particular, y para el caso de los consorcios, la normativa contractual prescribe<sup>(585)</sup> que en los procesos de selección cuyo objeto requiera la participación de empresas que realicen actividades reguladas, tales como intermediación laboral, vigilancia privada, servicio postal, transporte de combustible, comercialización de juguetes y útiles de escritorios, entre

---

(584) **Artículo 9.- Del Registro Nacional de Empresas y entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral**

Créase el Registro Nacional de Empresas y entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral; (en adelante: 'El Registro') a cargo de la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

(585) Numeral 6.5.1 de la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD.



otras, únicamente deberán cumplir los requisitos que disponga la Ley de la materia, aquellos integrantes del consorcio que se hayan obligado a ejecutar dicha actividad en la promesa formal de consorcio.

### **Documentación facultativa**

Por otro lado, en cuanto a la documentación de presentación facultativa el Reglamento enumera el certificado de inscripción o reinscripción en el Registro de la Micro y Pequeña Empresa - Remype, de ser el caso, así como la documentación relativa a los factores de evaluación, si el postor lo considera pertinente.

### **Propuesta económica**

Finalmente, en cuanto a la propuesta económica el Reglamento preceptúa que se requiere la presentación de la oferta económica y el detalle de precios unitarios cuando este sistema haya sido establecido en las Bases, teniendo en cuenta la existencia del sistema mixto, establecido en la norma.

### **La promesa de consorcio**

Además, cuando corresponda, el postor debe presentar la promesa de consorcio, 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. Se señala que la promesa formal de consorcio deberá ser suscrita por cada uno de sus integrantes.

Ahora bien, se establece en la norma que en estos casos se presume que el representante común del consorcio se encuentra facultado para actuar en nombre y representación del mismo en todos los actos referidos al proceso de selección, suscripción y ejecución del contrato, con amplias y suficientes facultades.

Conforme lo señala la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD, la documentación que conforma la propuesta técnica y económica de un consorcio debe contar con el sello y rúbrica de su representante común, o de todos los integrantes del consorcio. Lo mismo aplica para los documentos que deban ser suscritos en forma independiente por cada integrante del consorcio, de acuerdo a lo establecido en las Bases. Se señala que la documentación que conforma la oferta compromete a todos los integrantes del consorcio.

Ahora bien, en el caso de un consorcio integrado por una persona natural, cuya propuesta sea suscrita por todos los integrantes del consorcio,

la Directiva preceptúa que bastará que la persona natural indique debajo de su rúbrica, sus nombres y apellidos completos.

Ahora bien, respecto a la promesa formal de consorcio, a la cual ya hemos aludido, la Directiva prescribe<sup>(586)</sup> que la misma deberá ser suscrita por cada uno de sus integrantes o de sus representantes legales, debiendo contener necesariamente un conjunto de elementos necesarios para su admisión.

En primer lugar, la Directiva establece que debe señalarse la identificación de los integrantes del consorcio, siendo que se debe precisar el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, según corresponda. Esta precisión es la más importante de todas, y que por ello no es susceptible de modificación.

En segundo lugar, debe designarse al representante común del consorcio. Se prescribe que dicho representante tiene facultades para actuar en nombre y representación del consorcio, en todos los actos referidos al proceso de selección, suscripción y ejecución del contrato, con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postor y de contratista hasta la conformidad o liquidación del mismo, según corresponda.

La Directiva materia de comentario preceptúa que debe señalarse además el domicilio común del consorcio, que es el lugar al que se dirigirán las comunicaciones remitidas por la entidad al mismo. Lo cual es controvertido, puesto que en principio todas las notificaciones se efectúan a través del Seace.

Asimismo, se establece que cada integrante del consorcio debe precisar las obligaciones que asume en la ejecución del objeto de la convocatoria, sea que estén o no directamente relacionadas a dicho objeto, pudiendo estar vinculadas a otros aspectos, como administrativos, económicos, financieros, entre otros, debiéndose tener en cuenta lo señalado en la Directiva en el caso de bienes.

Por otro lado, en el caso de procesos convocados bajo alguna de las modalidades de ejecución contractual, los consorciados deben identificar quien asume las obligaciones referidas a la ejecución de obras y a la elaboración del expediente técnico, según corresponda.

Finalmente, la Directiva preceptúa que los consorciados deben valorizar sus obligaciones, estén o no referidas al objeto de la contratación.

---

(586) Numeral 6.4.2 de la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD.

Como consecuencia de ello, indicarán el porcentaje que representa dicha valorización respecto del monto de la propuesta económica.

Ahora bien, es necesario señalar que la Directiva materia de análisis preceptúa que la omisión del contenido mínimo en la promesa formal de consorcio no es subsanable, no obstante la existencia de supuestos de subsanación de la propuesta técnica que veremos más adelante.

### **Modificación del contenido de la promesa de consorcio**

En cuanto a la modificación del contenido antes señalado, la Directiva prescribe que un conjunto de los elementos que estamos describiendo no puede ser modificado, con ocasión de la suscripción del contrato de consorcio, ni durante la etapa de ejecución contractual.

No puede modificarse entonces la identificación de los integrantes del consorcio, las obligaciones que correspondan a cada uno de los integrantes, así como el porcentaje de las obligaciones de cada uno de los integrantes. Como resultado, establece la Directiva que no cabe variación alguna en la conformación del consorcio, por lo que no es posible que se incorpore, sustituya o separe a un integrante.

Por otro lado, la Directiva dispone que, para modificar la información contenida en la promesa formal de consorcio respecto al representante común y el domicilio común, todos los integrantes del consorcio deben suscribir el acuerdo que dispone la modificación adoptada, el cual surtirá efectos a partir de la fecha en que ello se notifique por vía notarial a la entidad.

## **4. Acto de presentación de propuestas**

El acto de presentación de propuestas constituye la etapa del proceso de selección en el cual los participantes cumplen con entregar sus ofertas a la entidad, generando una nueva condición, la de los postores, que a su vez genera un conjunto de consecuencias jurídicas. Dicho acto está sometido a una regulación específica, a fin de que el mismo sea válido.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(587)</sup>, el acto de presentación de propuestas será público cuando el proceso convocado sea Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa Pública, y podrá ser privado cuando se trate de una Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía. A ello nos referiremos con detalle más adelante.

---

(587) Artículo 64 del Reglamento.

En los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía Derivada, se señala que el acto de presentación de propuestas se realiza bajo la formalidad que corresponde al proceso principal<sup>(588)</sup>. Es preciso recordar que dicho proceso ocurre cuando el proceso principal ha sido declarado desierto.

Por otro lado, se establece que los actos se llevan a cabo en la fecha y hora señaladas en la convocatoria, salvo que estos se posterguen, de acuerdo con lo establecido en la Ley y el Reglamento. Existen varias razones para que dicha postergación ocurra, pero las mismas deben estar objetivamente determinadas y comprobadas, a fin de no perjudicar a los postores y a la entidad.

Finalmente es preciso señalar que, conforme lo dispuesto por el Reglamento, en todos los actos de presentación de propuestas y otorgamiento de la Buena Pro, se podrá contar con la presencia de un representante del Sistema Nacional de Control, quien participará como veedor y deberá suscribir el acta correspondiente. Sin embargo, la normativa establece que la no asistencia del mismo no vicia el proceso. Sobre esto volveremos más adelante en el acápite correspondiente.

### **Participación del notario o juez de paz**

El Reglamento preceptúa que el acto público se realiza, cuando menos, en presencia del Comité Especial, los postores y con la participación de notario o juez de paz, según corresponda. La participación del notario o juez de paz es crucial para dar fe de acto de presentación de propuestas, conforme la normativa que rige el accionar de cada uno de ellos.

El cuanto a la participación del juez de paz se señala que este participará en los actos públicos de presentación de propuestas y otorgamiento de la buena pro cuando en la localidad en donde se efectúen no hubiera notario. Por localidad se entiende el lugar o ámbito geográfico donde la entidad realiza el acto público<sup>(589)</sup>. Esta aclaración es necesaria para que recurrir al juez de paz se encuentre debidamente sustentado.

Excepcionalmente y previa sustentación, la entidad podrá considerar la participación de un juez de paz en aquellos supuestos en los que existiendo notario, este no puede concurrir al acto debido a que se encuentra de vacaciones, de licencia o no cuenta con disponibilidad de atención<sup>(590)</sup>.

---

(588) Disposición agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

(589) Ídem.

(590) Ídem.

Esta disposición pretende darle flexibilidad a la referida en el párrafo anterior, puesto que existen localidades donde por la cantidad de pobladores existe solo un notario.

### **Acreditación de representantes en acto público**

En este punto el Reglamento preceptúa<sup>(591)</sup> que las personas naturales concurren personalmente, o a través de su apoderado debidamente acreditado ante el Comité Especial mediante carta poder simple. Asimismo, las personas jurídicas concurren a través de su representante legal o apoderado.

En este orden de ideas, el representante legal acreditará tal condición con copia simple del documento registral vigente que consigne dicho cargo y, en el caso del apoderado, será acreditado con carta poder simple suscrita por el representante legal, a la que se adjuntará el documento registral vigente que acredite la condición de este, expedido con una antigüedad no mayor de treinta (30) días a la presentación de propuestas.

Ahora bien, **en el caso de los consorcios**, la propuesta puede ser presentada por el representante legal común del consorcio, o por el apoderado designado por este, o por el representante legal o apoderado de uno de los integrantes del consorcio que se encuentre registrado como participante<sup>(592)</sup>. Así, en el caso que el representante legal común del consorcio presente la propuesta, este debe presentar copia simple de la promesa formal de consorcio.

Por otro lado, la norma prescribe que, en el caso de que el apoderado designado por el representante legal común del consorcio presente propuesta, este debe presentar carta poder simple suscrita por el representante legal común del consorcio y copia simple de la promesa formal de consorcio.

Ahora bien, en el caso del representante legal o apoderado de uno de los integrantes del consorcio que se encuentre registrado como participante, el Reglamento establece que la acreditación se realizará conforme a lo señalado al inicio de este acápite, según corresponda.

Finalmente, en el caso de que el Comité Especial rechace la acreditación del apoderado, representante legal, representante legal común, según corresponda, y este exprese su disconformidad, se anotará tal

---

(591) Artículo 65 del Reglamento.

(592) Disposición agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

circunstancia en el acta y el notario o juez de paz mantendrá la propuesta y los documentos de acreditación en su poder hasta el momento en que el participante formule apelación.

### **Acto público de presentación de propuestas**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(593)</sup>, el acto público se inicia cuando el Comité Especial empieza a llamar a los participantes en el orden en que se registraron para participar en el proceso, para que entreguen sus propuestas<sup>(594)</sup>. Se establece que, si al momento de ser llamado el participante no se encuentra presente, se le tendrá por desistido.

En este orden de ideas, el Reglamento establece que el Comité Especial procederá a abrir los sobres que contienen la propuesta técnica de cada postor, a fin de verificar su admisibilidad, pudiendo requerir la subsanación conforme a lo dispuesto por el Reglamento, conforme veremos en el acápite siguiente.

De advertirse que la propuesta no cumple con lo requerido por las Bases o no se cumpla con la subsanación en el plazo otorgado, se devolverá la propuesta, teniéndola por no admitida, salvo que el postor exprese su disconformidad, en cuyo caso se anotará tal circunstancia en el acta y el notario o juez de paz mantendrá la propuesta en su poder hasta el momento en que el postor formule apelación. Si se formula apelación se estará a lo que finalmente se resuelva al respecto, sea por el titular de la entidad, sea por el Tribunal de Contrataciones.

Ahora bien, si las bases han previsto que la evaluación y calificación de las propuestas técnicas se realice en fecha posterior, la norma preceptúa que el notario o juez de paz procederá a colocar los sobres cerrados que contienen las propuestas económicas dentro de uno o más sobres, los que serán debidamente sellados y firmados por él, por los miembros del Comité Especial y por los postores que así lo deseen, conservándolos hasta la fecha en que el Comité Especial, en acto público, comunique verbalmente a los postores el resultado de la evaluación de las propuestas técnicas.

Finalmente, se establece que el Comité levantará el acta respectiva, la cual deberá ser suscrita por todos sus miembros, así como por los veedores y los postores que lo deseen. El acta es necesaria no solo para dejar constancia del hecho, sino además para darle la debida publicidad. A la veeduría nos vamos a referir más adelante en este capítulo.

---

(593) Artículo 66 del Reglamento.

(594) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 652.

### **Acto privado de presentación de propuestas**

En el caso del acto privado, que ocurre en el caso de adjudicaciones directas selectivas y adjudicaciones de menor cuantía, el Reglamento prescribe<sup>(595)</sup> que los participantes presentarán sus propuestas, con cargo y en sobre cerrado, en la dirección, en el día y horario señalados en las Bases, bajo responsabilidad del Comité Especial<sup>(596)</sup>.

Ahora bien, si la propuesta del postor no fuera admitida, la norma preceptúa que el Comité Especial incluirá el motivo de esa decisión en el acta de los resultados del proceso que publicará en el Seace, debiendo devolverse los sobres que contienen la propuesta técnica y económica, una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro.

Finalmente, se establece que en caso de la descalificación de propuestas, el Comité Especial incluirá el motivo de esa decisión en el acta de los resultados del proceso que publicará en el Seace. Ello es necesario, no solo para otorgarle publicidad al hecho, sino además para asegurar el derecho de defensa de quien haya sido descalificado y puede impugnar ese hecho a través de la respectiva apelación a ser resuelta por el Tribunal de Contrataciones.

### **5. Subsanación de propuestas**

En el proceso de selección, que como hemos señalado constituye un procedimiento administrativo concurrencial, nos encontramos ante una aplicación limitada de principio de informalismo, que se encuentra regulado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, y que hemos analizado en el Capítulo II de este libro. Así, la normativa permite el empleo de la subsanación a fin de otorgarle flexibilidad al proceso de selección, en un contexto en el cual el proceso de selección es percibido más bien como un procedimiento especialmente rígido y formal<sup>(597)</sup>.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(598)</sup> que, si existieran defectos de forma, tales como errores u omisiones subsanables en los documentos presentados que no modifiquen el alcance de la propuesta técnica, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días, salvo que el defecto pueda corregirse en el mismo acto.

---

(595) Artículo 67 del Reglamento.

(596) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 654.

(597) Sobre el particular: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y CHÁVEZ VERÁSTEGUI, Christian. "La carreta delante de los bueyes: el olvido de la competencia en los procesos de selección". En: *Themis* 56. PUCP, Lima, 2008, p. 259 y ss.

(598) Artículo 68 del Reglamento.

Ahora bien, el Reglamento prescribe además que, en caso que algún postor haya omitido la presentación de uno o más documentos que acrediten el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, el Comité Especial podrá otorgar un plazo entre uno (1) o dos (2) días para que el postor subsane dicha omisión, siempre que se trate de documentos emitidos por autoridad pública nacional o un privado en ejercicio de función pública, tales como autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificados que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga, para lo cual deben haber sido obtenidos por el postor con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de propuestas.

Cuando la presentación de propuestas se realiza en acto público, el plazo otorgado por el Comité Especial se computa desde el día siguiente de efectuado el requerimiento al postor en el mismo acto. Por otro lado, cuando la presentación de propuestas se realiza en acto privado, el plazo se computa desde el día siguiente de notificado el requerimiento al postor en el Seace.

El Reglamento señala que, en ambos supuestos, la propuesta continuará vigente para todo efecto, a condición de la efectiva enmienda del error o la omisión dentro del plazo previsto. La presentación de los documentos a ser subsanados se realiza a través de la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, a efectos de evidenciar el cumplimiento del plazo otorgado por el Comité Especial. Si luego de vencido el plazo otorgado, no se cumple con la subsanación, el Comité Especial tendrá la propuesta por no admitida.

### **El caso de la propuesta económica**

Finalmente, la norma establece que en principio no cabe subsanación por omisiones o errores en la propuesta económica, salvo que existan defectos de foliación y de rúbrica de cada uno de los folios que componen la oferta; y salvo que, en el caso de los procesos de selección convocados bajo el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el Comité Especial, al verificar las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total detecte alguna incorrección, la cual deberá corregir a fin de consignar el monto correcto y asignarle el lugar que le corresponda. La norma establece que dicha corrección debe figurar expresamente en el acta respectiva<sup>(599)</sup>.

La justificación de la limitación establecida en este punto es que la propuesta se mantenga inalterable, puesto que las modificaciones a la

---

(599) Numeral 5 del artículo 71 del Reglamento.



misma pueden generar diversas afectaciones a principio de la contratación administrativa<sup>(600)</sup>, en especial si se conocen las propuestas económicas del resto de postores. Dicha prohibición sin embargo debe interpretarse de manera conjunta a otras disposiciones y la finalidad de los procesos de selección, evitando la excesiva formalidad, como ya lo hemos señalado.

## **X. CALIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROPUESTAS<sup>(601)</sup>**

---

Esta etapa del proceso de selección tiene por finalidad determinar el postor más idóneo, a fin de otorgarle la Buena Pro sobre la base de los puntajes obtenidos por sus respectivas propuestas. La calificación es el acto de admisión de las propuestas, dado que las mismas pueden ser descalificadas conforme lo dispuesto por la Ley y el Reglamento. La evaluación es el acto de otorgar dichos puntajes tras el cual, una vez efectuada la ponderación respectiva, se emite el acto administrativo correspondiente.

En este orden de ideas, la norma preceptúa que el método de evaluación y calificación de propuestas debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requerida dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total. Dicho método implica los mecanismos a través de los cuales se otorga puntajes a los diferentes postores de conformidad con las propuestas presentadas, así como los parámetros a emplear para ello.

Como resultado, los mecanismos que se encuentran establecidos en las bases y el método establecido legalmente permiten objetivar la decisión de la Administración e impedir que esta se base en criterios distintos a los estrictamente públicos al determinar al contratista. La finalidad entonces es evitar la desviación de poder, vicio del acto administrativo, y en consecuencia, del procedimiento administrativo, por el cual se vulnera la finalidad pública, que a su vez constituye un elemento esencial o requisito de validez del referido acto.

Por otro lado, la Ley preceptúa que el método a aplicar exige la presentación de los documentos estrictamente necesarios por parte de los postores. Ello implica que no se generen exigencias indebidas, puesto que, como ya lo hemos señalado de manera reiterada, un exceso de regulación permite que los procesos de selección puedan ser dirigidos

---

(600) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 659.

(601) Artículo 31 de la Ley.

hacia un postor determinando, vulnerándose varios de los principios de la contratación administrativa.

La Ley señala finalmente que en las contrataciones sujetas a la modalidad de Subasta Inversa se adjudicará la Buena Pro a la propuesta de menor costo, no siendo aplicable puntajes, bonificaciones, promociones u otros beneficios adicionales que impliquen una evaluación distinta. A ello nos vamos a referir con mayor detalle en el capítulo VII referido a los procesos de selección especiales.

## **1. Oportunidad para la calificación y evaluación de propuestas**

Como ya lo hemos señalado, en todos los procesos de selección, y conforme el Reglamento, las Bases deben definir un método de calificación y evaluación de propuestas. Se prescribe además que las bases pueden establecer que el otorgamiento de la buena pro se realice en acto separado, ello con la finalidad de generar el resultado más objetivo posible<sup>(602)</sup>.

El Reglamento establece además que los procesos de selección convocados bajo la modalidad de Convenio Marco, lo establecido en la norma respecto al procedimiento y a la propia evaluación<sup>(603)</sup> se aplicarán cuando corresponda. La calificación de las propuestas podrá sujetarse exclusivamente al cumplimiento de los requisitos de admisión establecidos en las Bases, de acuerdo a lo que señale el respectivo expediente de contratación.

## **2. Procedimiento de calificación y evaluación de propuestas**

En este orden de ideas, el Reglamento prescribe<sup>(604)</sup> que la calificación y evaluación de las propuestas es integral, y se realiza en dos (2) etapas. La primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la propuesta técnica, y la segunda es la etapa económica, cuyo objeto es calificar y evaluar el monto de la propuesta económica.

La norma establece a su vez que las propuestas técnica y económica se evalúan asignándoles puntajes, de acuerdo a los factores y criterios que se establezcan en las Bases del proceso, así como a la documentación que se haya presentado para acreditarlos. A ello nos vamos a referir con amplitud más adelante en este capítulo.

---

(602) Artículo 69 del Reglamento.

(603) Artículos 70 y 71 del Reglamento.

(604) Artículo 70 del Reglamento.

Como resultado de lo anteriormente señalado, el Reglamento preceptúa que en ningún caso, y bajo responsabilidad del Comité Especial y del funcionario que aprueba las Bases, se establecerán factores cuyos puntajes se asignen utilizando criterios subjetivos. La norma, sin embargo, no establece cuáles podrían ser los mecanismos para evitar que esto ocurra.

Ahora bien, existen sin embargo muchos casos en que se establecen criterios subjetivos, que generan un margen de discrecionalidad muy grande, en especial cuando no hay un comité especial que dirija el proceso dependiendo del proceso de selección.

### **Propuestas técnicas**

En primer lugar, para la admisión de las propuestas técnicas, el Comité Especial verificará que las ofertas cumplan con los requisitos de admisión de las propuestas establecidos en las Bases. Caso contrario, las mismas serán descalificadas. Debemos recordar que los requisitos mínimos están contenidos en los términos de referencia o especificaciones técnicas.

Solo una vez admitidas las propuestas, el Comité Especial aplicará los factores de evaluación previstos en las Bases y asignará los puntajes correspondientes, conforme a los criterios establecidos para cada factor y a la documentación sustentatoria presentada por el postor.

Asimismo, se señala que las propuestas que en la evaluación técnica alcancen el puntaje mínimo fijado en las Bases, accederán a la evaluación económica. En consecuencia, las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas en esta etapa.

La norma dispone que los miembros del Comité Especial no tendrán acceso ni evaluarán a las propuestas económicas sino hasta que la evaluación técnica haya concluido. Ello tiene por finalidad seguir el procedimiento de manera imparcial y objetiva, evitando supuestos de desviación de poder, como ya lo hemos señalado.

### **Propuestas económicas**

En segundo lugar, para la admisión de la propuesta económica, el Reglamento dispone que el Comité Especial verifique que se encuentre dentro de los topes fijados por la Ley y el Reglamento, respecto del valor referencial aprobado. Se establece entonces que las propuestas que excedan o estén por debajo de los referidos topes serán descalificadas.

En este orden de ideas, es preciso recordar que la Ley prescribe<sup>(605)</sup> que las propuestas que excedan el valor referencial serán devueltas por el Comité Especial, teniéndose por no presentadas; salvo que se trate de la ejecución de obras, en cuyo caso serán devueltas las propuestas que excedan el valor referencial en más del diez por ciento (10 %) del mismo.

Asimismo, dicha norma establece que, para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial hasta el límite antes establecido, se deberá contar con la aprobación del titular de la entidad y la disponibilidad necesaria de recursos. Ello es importante para efectos de dicha aprobación.

Como lo hemos señalado al referirnos a las bases, el Reglamento señala a su vez<sup>(606)</sup> que las Bases deberán consignar el límite inferior para determinar la admisión de la propuesta económica de noventa por ciento (90 %) del valor referencial en el caso de los procesos para la ejecución y consultoría de obras, con la controversia generada por la inexistencia del límite inferior para bienes y servicios, la cual no es resuelta por la existencia de la garantía de monto diferencial de propuesta.

### La evaluación económica

Ahora bien, la evaluación económica consistirá en asignar el puntaje máximo establecido a la propuesta económica de menor monto. Al resto de propuestas se les asignará un puntaje inversamente proporcional, según una fórmula que constituye una regla de las diversas normas que se han emitido en materia de contratación administrativa:

$$P_i = \frac{O_m \times PMPE}{O_i}$$

Donde:

$i$  = Propuesta.

$P_i$  = Puntaje de la propuesta económica.

$O_i$  = Propuesta económica.

$O_m$  = Propuesta económica de monto o precio más bajo.

PMPE = Puntaje máximo de la propuesta económica.

---

(605) Artículo 33 de la Ley.

(606) Artículo 39 del Reglamento.

### Los casos de financiamiento. El valor presente

Por otro lado, el Reglamento establece que si la propuesta económica incluye una propuesta de financiamiento, se evaluará utilizando el método del valor presente neto del flujo financiero que comprenda los costos financieros y el repago de la deuda. Se tomarán en cuenta todos los costos del financiamiento, tales como la tasa de interés, comisiones, seguros y otros, así como la contrapartida de la entidad si fuere el caso.

Para el cálculo del valor presente neto del flujo financiero el Reglamento prescribe que se aplicará lo dispuesto por la Ley de Endeudamiento del Sector Público y la Ley de Equilibrio Financiero, utilizándose como tasa de descuento, la tasa de interés activa en moneda nacional o en moneda extranjera, vigente al día anterior a la realización de la evaluación económica.

Como resultado de lo antes señalado, la norma establece que la fórmula de valor presente es la siguiente:

$$VP = \sum^n \frac{l_i}{(1 + i)^n}$$

Donde:

VP = Valor presente.

$l_i$  = Pagos periódicos por parte de la entidad.

$i$  = Tasa de interés activa en la moneda correspondiente.

$n$  = Número de periodos de pago.

### 3. Evaluación de propuestas

Ahora bien el Reglamento establece un conjunto de reglas para efectuar la evaluación de propuestas a fin de determinar al ganador de la buena pro. De hecho la propuesta evaluada como la mejor será la que obtenga el mayor puntaje total, como lo hemos señalado de manera reiterada.

El Reglamento preceptúa que el Comité Especial evaluará cada propuesta de acuerdo con las Bases y conforme a una escala que sumará cien (100) puntos. Para acceder a la evaluación de las propuestas económicas, las propuestas técnicas deberán alcanzar el puntaje mínimo de sesenta (60), salvo en el caso de la contratación de servicios y consultoría

en que el puntaje mínimo será de ochenta (80). Las propuestas técnicas que no alcancen dicho puntaje serán descalificadas en esta etapa.

Por otro lado, la norma prescribe que el puntaje de la propuesta económica se calculará siguiendo las pautas del acápite anterior, donde el puntaje máximo para la propuesta económica será de cien (100) puntos.

### **Determinación del puntaje total**

La normativa señala que, una vez evaluadas las propuestas técnica y económica se procederá a determinar el puntaje total de las mismas. En este orden de ideas, tanto la evaluación técnica como la evaluación económica se califican sobre cien (100) puntos. El puntaje total de la propuesta será el promedio ponderado de ambas evaluaciones, obtenido de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$PTP_i = c_1PT_i + c_2PE_i$$

Donde:

$PTP_i$  = Puntaje total del postor i

$PT_i$  = Puntaje por evaluación técnica del postor i

$PE_i$  = Puntaje por evaluación económica del postor i

$c_1$  = Coeficiente de ponderación para la evaluación técnica

$c_2$  = Coeficiente de ponderación para la evaluación económica

Ahora bien, conforme al Reglamento, los coeficientes de ponderación deberán cumplir un conjunto de condiciones. En primer lugar, la suma de ambos coeficientes deberá ser igual a la unidad (1.00).

En segundo lugar, los valores que se aplicarán en cada caso deberán estar comprendidos dentro de los márgenes siguientes, conforme lo dispuesto por el Reglamento:

$$0.60 < c_1 < 0.70; \text{ y}$$

$$0.30 < c_2 < 0.40$$

Sin embargo, en el caso de servicios de consultoría el Reglamento preceptúa que se aplicará las siguientes ponderaciones:

$$0.70 < c_1 < 0.80; \text{ y}$$

$$0.20 < c_2 < 0.30$$

Dada la menor complejidad de dichos procesos de selección, la normativa establece que, para la contratación de obras que correspondan a Adjudicaciones Directas Selectivas o Adjudicaciones de Menor Cuantía, la evaluación se realizará sobre cien (100) puntos atendiendo únicamente a la propuesta económica.

En el caso de los procesos de selección convocados bajo el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, se establece en el Reglamento que el Comité Especial deberá verificar las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total y, de existir alguna incorrección, deberá corregirla a fin de consignar el monto correcto y asignarle el lugar que le corresponda. Dicha corrección debe figurar expresamente en el acta respectiva.

### **La bonificación en caso de colindancia**

Tratándose de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de la provincia de Lima y Callao, cuyos montos correspondan a Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía, a solicitud del postor se asignará una bonificación equivalente al diez por ciento (10 %) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso de selección o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región. La norma prescribe que el domicilio será el consignado en la constancia de inscripción ante el RNP.

Ahora bien, para que un consorcio pueda acceder a la bonificación antes señalada, la normativa preceptúa<sup>(607)</sup> que cada uno de sus integrantes deberá contar con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso, o en la provincia colindante, el cual deberá coincidir con el señalado en la constancia de inscripción en el RNP, con prescindencia de la obligación a la que se hubieren comprometido en la promesa formal de consorcio.

### **Discriminación y medidas temporales. El caso de las bonificaciones en la contratación administrativa**

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional, en una sentencia emitida en el contexto de un proceso de inconstitucionalidad, se pronunció en su momento respecto a la constitucionalidad de las Leyes N°s 27143 y 27633, las que otorgaban un trato preferente a los bienes y servicios generados dentro del territorio nacional. Es preciso señalar que

---

(607) Numeral 6.5.4. de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.

dichas normas fueron derogadas de manera tácita como resultado de la promulgación de la Ley y su Reglamento, lo cual se encuentra corroborado por sendas comunicaciones emitidas por el Poder Ejecutivo sobre el particular.

La primera de las normas antes citadas establecía que, para la aplicación del artículo 31 de la entonces vigente Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>(608)</sup>, en los procesos de adquisición de bienes y para efectos del otorgamiento de la buena pro, se agregará un 10 % adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica obtenida por las posturas de bienes elaborados dentro del territorio nacional. A su vez, la Ley N° 27633 modifica esta norma, estableciendo que dicho porcentaje es del 20 % y agregando los servicios que sean prestados dentro del territorio nacional.

En cuanto a la razonabilidad de la medida adoptada, vale decir, la validez y legitimidad de los fines de la misma, el Tribunal Constitucional ha considerado que las normas en cuestión cumplen con el citado principio, puesto que dicho organismo hace mención fundamentalmente a los deberes del Estado contenidos en el artículo 44 de la Constitución, el mismo que hace referencia a la promoción del bienestar general y el desarrollo de la Nación; en el artículo 58, que alude a la responsabilidad del Estado en cuanto a la orientación del desarrollo del país y a la promoción del empleo para sus habitantes; y en el artículo 59, que prescribe la obligación de estimular la creación de la riqueza nacional.

- **La proporcionalidad de la medida adoptada**

En lo que respecta a la proporcionalidad, el Tribunal ha señalado que la ley especial debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que la origina y el efecto pretendido. Consiguientemente, tendrá que confirmarse la coherencia y equilibrio entre el antecedente que suscite su entrada en vigencia y la supuesta consecuencia que se derive de aquello. Como lo hemos visto anteriormente, la proporcionalidad requiere que el medio empleado para la obtención del fin pretendido

---

(608) **Artículo 31.-** Evaluación y calificación de propuestas.-

El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento, debe objetivamente permitir una selección de la calidad y tecnología requeridas dentro de los plazos más convenientes y al mejor valor total.

El método deberá exigir la presentación de los documentos estrictamente necesarios por parte de los postores.

El Reglamento establecerá los criterios, el sistema y los factores aplicables para cada tipo de bien, servicio u obra a adquirirse o contratarse.



se encuentre acorde con el mismo, no bastando evidentemente con la validez o legitimidad de dicho fin para justificar la medida.

El Tribunal señala entonces que no se trata de que los objetivos descritos en la Constitución puedan lograrse a costa de cualquier mecanismo, sino empleando aquella que, sin distorsionar el cuadro de valores y principios descrito por nuestro ordenamiento, permita alcanzarlos de forma acertada. El Tribunal Constitucional concluye incorrectamente que las normas materia de impugnación constituían una alternativa legítima desde el punto de vista constitucional, y representa un mecanismo aparentemente útil jurídicamente hablando, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se desarrolla nuestra economía y dentro del contexto en el que se desenvuelve la producción de las empresas e industrias del país.

Decimos incorrectamente puesto que el Tribunal realizó un análisis incompleto de las normas en cuestión, el que debería incluir el análisis de los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación<sup>(609)</sup>, contenidos en reiterada jurisprudencia posterior de dicho organismo. El primero de ellos, como lo veremos más adelante, refiere a la existencia una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquel.

Es obvio que en este punto es donde comienza a fallar el razonamiento del Tribunal Constitucional, puesto que la medida empleada no va a generar necesariamente el fin previsto, enfocado en la promoción de la producción nacional, sino más bien una protección artificial, la que ha demostrado no beneficiar a los proveedores en una economía determinada.

Por otro lado, por el criterio de necesidad, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública deberá escoger aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar<sup>(610)</sup>. En este orden de ideas, es evidente que pudo optarse por medidas menos restrictivas, que a su vez no

---

(609) ALEXY, Robert. "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional". En: *Derecho y Razón Práctica*. Distribuciones Fontamara, México, 1993, p. 10.

(610) MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad". En: *Revista Jurídica*. Tomo 80. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 17

generen una indebida disminución de la oferta<sup>(611)</sup>, máxime si el Estado debe proveerse de bienes y servicios de manera eficiente a través de la contratación administrativa.

Finalmente, por el criterio de ponderación o de proporcionalidad en estricto es necesario, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación. En este caso tampoco nos encontramos ante el cumplimiento de dicho criterio, puesto que la afectación al derecho fundamental a la igualdad es especialmente intensa en relación con el nivel obtención de la finalidad perseguida.

- **La transitoriedad de la medida**

A la pertinencia de la razonabilidad y proporcionalidad del medio utilizado, el Tribunal Constitucional agrega el carácter provisional de la Ley especial. Así, según el artículo 2 de la Ley N° 27633, la diferenciación de trato tiene como fecha límite el 30 de junio de 2005. El Tribunal ha señalado que la característica de su provisionalidad cronológica tiene como objeto que las restricciones contenidas en la norma impugnada no sean asumidas como una regla general e invariable, sino que operen durante un lapso relativamente breve, pero necesario y suficiente para consolidar los objetivos propuestos.

Por ende, señala el Tribunal Constitucional, debe quedar indubitablemente claro que el trato diferenciado no quedará institucionalizado como una medida permanente e irrevocable, sino que estará condicionado en su duración a un periodo que, además de razonable, resulte cierto o previsible en sus límites y extensión. Es el caso entonces que dicha transitoriedad de la medida no existe, puesto que la misma se encuentra vigente hasta el momento.

- **La referencia expresa al artículo 63 de la Constitución**

El Tribunal Constitucional señala sobre el particular que la Ley especial lo que hace es distinguir entre aquellas empresas postoras que son proveedoras de bienes o servicios producidos o prestados en el territorio nacional, y aquellas otras que no producen o brindan fuera de él.

---

(611) ÁVILA CABRERA, Víctor. "Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional. Solución de controversias". En: Gutiérrez Camacho, Walter (dir.). Ob. cit., p. 885.

En consecuencia, señala el Tribunal, la ley especial incorpora tanto al inversionista nacional como al extranjero dentro de las reglas de diferenciación; siendo que la distinción no opera en función de la calidad de inversionista, sino en lo que atañe a las empresas que producen y proveen servicios en el interior o desde el exterior del país.

Este argumento del Tribunal resulta ser muy discutible, puesto que, en general, los bienes y servicios producidos en el exterior lo son por inversionistas extranjeros, quienes no tienen el mismo trato que los inversionistas que producen en el Perú.

- **El controvertido rechazo de ofertas contenido en la Nueva Ley**

En este punto la Nueva Ley dispone que, para la contratación de bienes y servicios, la entidad puede rechazar toda oferta si determina que, luego de haber solicitado por escrito o por medios electrónicos al proveedor la descripción a detalle de todos los elementos constitutivos de su oferta, se susciten dudas razonables sobre el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, no obstante que la norma señala que el rechazo de la oferta debe encontrarse fundamentado, nos encontramos ante una atribución cuyos límites no se han especificado y que podrían implicar una elevada discrecionalidad, lo cual a su vez podría generar supuestos de desviación de poder.

Es esperable entonces que el Reglamento de la Nueva Ley aclare este punto, estableciendo los parámetros de su empleo, no obstante que la Exposición de Motivos señala que nos encontramos ante una decisión de discrecionalidad<sup>(612)</sup>, lo cual incrementa la controversia que rodea a este mecanismo.

El riesgo, que dicho documento reconoce, es que la entidad efectúe un análisis incorrecto, a lo que hay que sumar la posibilidad latente de actos de desviación de poder. Habría sido más eficiente, en consecuencia, retomar la figura del límite inferior del valor referencial en la contratación de bienes y servicios.

Adicionalmente, la norma establece que la entidad puede rechazar toda oferta que supera la disponibilidad presupuestal del procedimiento de selección, siempre que haya realizado las

---

(612) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 108.

gestiones para el incremento de la disponibilidad presupuestal y esta no se haya podido obtener. Ello opera en el caso de obras, que es el único que admite ofertas por encima del 100 % del valor referencial, y ha estado presente en la normativa contractual previa.

En efecto, en el caso de ejecución y consultoría de obras, la Nueva Ley dispone que la entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo del noventa por ciento (90 %) del valor referencial o que excedan este en más de diez por ciento (10 %); lo cual es una regla general que ha estado presente en la evolución de la normativa contractual de los últimos años, como ya lo hemos señalado anteriormente.

#### **4. Los factores de evaluación para la contratación de bienes**

En caso de contratación de bienes el Reglamento establece<sup>(613)</sup> que podrán considerarse determinados factores de evaluación de la propuesta técnica, según corresponda al tipo del bien, su naturaleza, finalidad, funcionalidad y a la necesidad de la entidad<sup>(614)</sup>. Esta disposición está redactada en términos facultativos, dejando entonces en manos de la entidad la determinación de aquellos factores que van a ser empleados.

##### **El plazo de entrega**

En primer lugar, el plazo de entrega, que en otros casos constituye más bien un requisito mínimo. Hay pronunciamientos sin embargo que han determinado que el plazo en el caso de bienes constituye un requerimiento mínimo, los mismos que fueron emitidos en el contexto de normativa ya derogada. Esta definición es controvertida en tanto debe tenerse en cuenta los efectos del cumplimiento tardío de la entrega del bien.

##### **Garantía comercial**

Otro factor de importancia es la garantía comercial del postor y/o del fabricante. Dicha garantía protege al adquirente frente a defectos del bien cuya responsabilidad es imputable al postor o al fabricante. En este caso también es controvertido establecer la misma como factor de evaluación cuando todo bien debería poseer dicha garantía, constituyendo su ampliación una mejora.

---

(613) Artículo 44 del Reglamento.

(614) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 388 y ss.

### **Disponibilidad de servicios y repuestos**

En este punto, dicha disponibilidad forma parte del necesario servicio post venta, puesto que un bien que posee mejor disponibilidad del mismo es de mayor utilidad para la entidad. Es así que existen bienes que por su complejidad muestran gran variación en la posibilidad de obtener servicios o repuestos luego que el bien ha sido entregado.

### **La capacitación del personal**

Por otro lado, puede tomarse en cuenta la capacitación del personal de la entidad, puesto que la complejidad del empleo de los bienes requeridos puede implicar la necesidad de que un entrenamiento en su uso. Es así que el postor debe implementar un programa de capacitación, el cual forma parte de su propuesta técnica.

### **Las mejoras**

Un factor clave de entre los que el Reglamento enumera es las mejoras a las características técnicas de los bienes y a las condiciones previstas en las Bases, que no generen costo adicional para la entidad, siendo que las Bases deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados como mejoras. Las mejoras tienen por finalidad generar mayor eficiencia respecto a lo requerido por la entidad, lo cual sin embargo no debe generar un mayor gasto público.

### **La experiencia del postor**

Otro factor de gran importancia es la experiencia del postor. Sobre el particular el Reglamento preceptúa que dicho factor se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta ocho (8) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria, sin que las Bases puedan establecer limitaciones referidas a la cantidad, monto o a la duración de cada contratación que se pretenda acreditar.

Ahora bien, el Reglamento establece además que la experiencia se acreditará con un máximo de veinte (20) contrataciones, sin importar el número de documentos que las sustenten. Tal experiencia se acreditará mediante contratos y su respectiva conformidad por la venta o suministro efectuados o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente.

En este punto existen abundantes pronunciamientos de OSCE y del Tribunal, que establecen importantes parámetros aplicables a este factor de evaluación. Entre ellos encontramos aquellos dirigidos a definir los documentos que pueden emplearse para acreditar la experiencia de postor, debiendo esta determinación cumplir con los principios de la contratación administrativa.

Finalmente, en el caso de suministro de bienes el Reglamento establece que solo se considerará la parte que haya sido ejecutada hasta la fecha de presentación de propuestas, debiendo adjuntar la conformidad de la misma o acreditar su pago. En las Bases deberá señalarse los bienes, iguales y similares, cuya venta o suministro servirá para acreditar la experiencia del postor.

### **Cumplimiento de la prestación**

Un factor de gran relevancia es el cumplimiento de la prestación, el cual se evaluará en función del número de certificados o constancias que acrediten que aquel se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de veinte (20) contrataciones. En el caso de entidades públicas ello se acredita con la conformidad de servicio. Sin embargo, los pronunciamientos han señalado que existe amplitud en los documentos que pueden acreditar dicho cumplimiento.

Se señala además en el Reglamento que dichos certificados o constancias deben referirse a todos los contratos que se presentaron para acreditar la experiencia del postor. La justificación es la necesidad de que exista consistencia entre la documentación presentada en uno y otro caso. De hecho, es posible que los mismos documentos puedan probar la experiencia así como el cumplimiento de la prestación.

Finalmente, en el caso de suministro de bienes, se evaluarán los certificados o constancias emitidos respecto de la parte del contrato ejecutado, lo cual es consistente con lo regulado respecto a la acreditación de la experiencia del postor.

### **Otros factores de evaluación**

El Reglamento establece además que el Comité Especial podrá establecer otros factores de evaluación, los que deben ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo además sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, conforme lo señala el Reglamento, lo cual es corroborado por OSCE<sup>(615)</sup>.

---

(615) Por ejemplo, la Opinión N° 050-2011/DTN.

## **La propuesta económica**

Finalmente, conforme lo señalado por el Reglamento, el único factor de evaluación de la propuesta económica será el monto total indicado en la misma y, en su caso, el monto total de cada ítem, paquete o lote, como ya lo hemos indicado anteriormente.

### **5. Factores de evaluación para la contratación de servicios en general**

En caso de contratación de servicios en general el Reglamento prescribe<sup>(616)</sup> que debe considerarse como factor referido al postor la experiencia. En este caso la redacción de la norma es imperativa, siendo la experiencia un factor de evaluación ineludible en el caso de servicios en general, dada su importancia para determinar la idoneidad del servicio que la entidad requiere.

En este orden de ideas, la norma establece que se calificará la ejecución de servicios en la actividad y/o en la especialidad, considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta ocho (8) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.

Asimismo, se establece que la experiencia se acreditará mediante contratos y la respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios en cada caso, prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo de cada servicio que se pretenda acreditar. En el caso de servicios de ejecución periódica, solo se considerará la parte que haya sido ejecutada hasta la fecha de presentación de propuestas, debiendo adjuntar la conformidad de la misma o acreditar su pago.

En las Bases deberá señalarse los servicios, iguales y/o similares, cuya prestación servirá para acreditar la experiencia del postor. El servicio presentado para acreditar la experiencia en la especialidad sirve para acreditar la experiencia en la actividad.

En este punto existen diversos pronunciamientos del OSCE que establecen importante parámetros para la evaluación de los servicios en general<sup>(617)</sup>. Un parámetro importante, aplicable también a la contratación de

---

(616) Artículo 45 del Reglamento.

(617) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 413 y ss.

bienes, es la irrelevancia de la naturaleza del ente al cual se le ha prestado el servicio, pudiendo ser una entidad pública o privada; así como la importancia que el servicio brindado esté claramente definido.

Finalmente, la obligatoriedad del empleo de este factor de evaluación tiene una excepción. El Reglamento preceptúa que el factor referido a la experiencia del postor será facultativo en el caso de la contratación del servicio de arrendamiento de inmuebles<sup>(618)</sup>. La finalidad es asegurar la participación de los postores, puesto que un inmueble idóneo podría no ser arrendado si es la primera vez que una entidad pública va a acceder a él.

### **Factores adicionales. El cumplimiento del servicio**

El Reglamento establece que, adicionalmente, podrán considerarse un conjunto de factores de evaluación de la propuesta técnica, según corresponda al tipo del servicio, su naturaleza, finalidad y a la necesidad de la entidad. La redacción en este punto, a diferencia del caso de la experiencia del postor, nos muestra que el empleo de estos factores es facultativa, no obstante la importancia que los mismos muestran a fin de que el servicio sea el más idóneo posible.

Uno de dichos factores de evaluación es el cumplimiento del servicio, el cual se evaluará en función del número de certificados o constancias que acrediten que aquel se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios. En este punto existen pronunciamientos importantes, como los relativos a los contratos en ejecución.

Se señala finalmente en el Reglamento que los certificados o constancias deberán referirse a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor. Como lo hemos señalado anteriormente, la finalidad de esta disposición es generar coherencia entre los factores de evaluación.

### **El personal propuesto**

Otro factor relevante es el personal propuesto para la prestación del servicio, el cual se evaluará por el tiempo de experiencia en la especialidad del personal propuesto para la ejecución del servicio, que se acreditará con constancias o certificados. En el supuesto que el postor fuera una persona natural, la experiencia que acredite como tal, podrá

---

(618) Disposición agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.



acreditarla también como personal propuesto para el servicio, si fuera el caso.

En este caso es de especial importancia el precedente contenido en el Pronunciamiento N° 723-2013/DSU, emitido como resultado de las múltiples interpretaciones que siempre han existido respecto a la acreditación de la experiencia del personal. Dicho precedente establece que la experiencia del personal propuesto, se podrá acreditar con la copia simple de contratos y su respectiva conformidad, constancias, certificados o cualquier otra documentación que, de manera fehaciente, demuestre la experiencia del personal propuesto.

### **Las mejoras**

Tenemos además las mejoras a las condiciones previstas. El Reglamento establece que las Bases deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados como mejoras. Esto es relevante para efectos que los postores ofrezcan prestaciones que generen valor adicional respecto a los requisitos mínimos establecidos en las bases del proceso de selección.

### **Otros factores**

Asimismo, el Reglamento establece que pueden incorporarse otros factores referidos al objeto de la convocatoria tales como equipamiento, infraestructura, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento, es decir, que deban ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En el caso de los contratos de arrendamiento ello se encuentra dirigido a las características del bien que la entidad requiere, siempre que ello no constituya un requerimiento mínimo.

### **La propuesta económica**

Finalmente, el Reglamento preceptúa en cuanto a la contratación de servicios en general que el único factor de evaluación de la propuesta económica será el monto total indicado en la misma y, en su caso, el monto total de cada ítem del proceso de selección, como lo hemos señalado de manera reiterada respecto a los factores de evaluación.

## **6. Factores de evaluación para la contratación de servicios de consultoría**

El contrato de consultoría es más complejo que el simple contrato de locación de servicios o que el contrato de arrendamiento, puesto que

implica la prestación de un servicio especializado<sup>(619)</sup>. Se tiene en cuenta además que estamos ante una obligación de medios mas no de resultados<sup>(620)</sup>. Así, en el caso de contratación de servicios de consultoría el reglamento establece un conjunto de factores de evaluación, pero no de manera facultativa sino más bien obligatoria.

### **Experiencia del postor**

En primer lugar, debe considerarse la experiencia del postor. En este orden de ideas, el Reglamento establece<sup>(621)</sup> que la experiencia en la actividad se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta quince (15) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto acumulado de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.

Tales experiencias se acreditarán mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado.

### **Experiencia en la especialidad**

Por otro lado, la experiencia en la especialidad se calificará considerando el monto facturado acumulado por el postor durante un periodo determinado de hasta diez (10) años a la fecha de la presentación de propuestas, por un monto máximo acumulado de hasta dos (2) veces el valor referencial de la contratación o ítem materia de la convocatoria.

El Reglamento establece además que tales experiencias se acreditarán mediante contratos y su respectiva conformidad por la prestación efectuada o mediante comprobantes de pago cuya cancelación se acredite documental y fehacientemente, con un máximo de diez (10) servicios prestados a uno o más clientes, sin establecer limitaciones por el monto o el tiempo del servicio ejecutado.

---

(619) Conforme el Anexo de Definiciones del Reglamento el consultor es la persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorias, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.

(620) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 431.

(621) Artículo 46 del Reglamento.

Asimismo, en las Bases deberá señalarse los servicios cuya prestación servirá para acreditar la experiencia del postor. Se establece además que el servicio presentado para acreditar la experiencia en la especialidad sirve para acreditar la experiencia en la actividad.

### **El personal propuesto**

Además, el tiempo de experiencia en la especialidad y las calificaciones del personal se acreditará con constancias o certificados. Las Bases establecerán los requisitos de conformación y permanencia del personal propuesto. En este punto existen diversos pronunciamientos que establecen parámetros para acreditar este factor de evaluación<sup>(622)</sup>. Dichos pronunciamientos, sin embargo, en algunos casos han generado restricciones a los documentos que pueden emplearse para certificar la especialidad y las calificaciones respectivas.

Ahora bien, en el supuesto que el postor fuera una persona natural, se establece que la experiencia que acredite como tal, podrá acreditarla también como personal propuesto para el servicio, si fuera el caso. Ello, a fin de no generar la imposibilidad que dicha acreditación pueda efectuarse, perjudicando al postor individual frente a la persona jurídica.

### **Las mejoras**

En cuanto a las mejoras a las condiciones previstas, el Reglamento establece que las Bases deberán precisar aquellos aspectos que serán considerados como tales. Como ya lo hemos señalado, las mejoras tienen por finalidad generar mayor eficiencia respecto a lo requerido por la entidad, lo cual sin embargo no debe generar un mayor gasto público.

### **El cumplimiento del servicio**

Ahora bien, también podrá considerarse el factor de evaluación de cumplimiento del servicio, el que se evaluará en función del número de certificados o constancias que acrediten que aquel se efectuó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) servicios.

Se señala en el Reglamento que los certificados o constancias deberán referirse a los servicios que se presentaron para acreditar la experiencia del postor. Es preciso señalar entonces que, a diferencia de los factores señalados anteriormente, el empleo del cumplimiento del servicio como factor de evaluación es facultativo.

---

(622) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 427 y ss.

## Otros factores de evaluación

El Reglamento establece que también podrán considerarse factores referidos al objeto de la convocatoria, como equipamiento, infraestructura, entre otros, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento<sup>(623)</sup>; es decir, que deban ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse dichos factores a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Nuevamente esto está sometido a la discrecionalidad de la entidad, sin que existan mayores parámetros para determinar estos factores.

## Márgenes de puntaje

A su vez, dada la complejidad del contrato de consultoría, el Reglamento preceptúa que las Bases deberán establecer determinados márgenes de puntaje para los factores de evaluación. En cuanto a la experiencia, la norma establece que el margen es de 25 a 35 puntos, puntaje que deberá incluir el que corresponda a la experiencia en la actividad, en la especialidad y al cumplimiento del servicio, cuando este último se haya incorporado como factor de evaluación. Por otro lado, en cuanto al personal propuesto para la prestación del servicio, se establece un margen de 30 a 40 puntos. Finalmente, en cuanto a las mejoras a las condiciones previstas en las Bases, se establece un margen de 20 a 25 puntos<sup>(624)</sup>.

## La propuesta económica

Finalmente, se establece en el Reglamento que el único factor de evaluación de la propuesta económica será el monto total de la oferta y, en su caso, el monto total de cada ítem. Esta es importante para distinguir cómo se evalúa la propuesta económica respecto a la propuesta técnica y es una regla que está presente en todos los objetos contractuales.

## 7. Factores de evaluación para la contratación de obras

El contrato de obra pública constituye también un contrato complejo<sup>(625)</sup>. Por ello el Reglamento establece un conjunto de regulaciones a fin

---

(623) Esta disposición fue incorporada por el D.S. N° 138-2012-EF, siendo que a la vez dicha norma elimina el factor de evaluación relativo al objeto de la convocatoria, en el que se calificaba, entre otros, la presentación del plan de trabajo, metodología, equipamiento e infraestructura.

(624) Estos puntajes fueron ajustados por el D.S. N° 138-2012-EF.

(625) Conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, se define como obra la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

de determinar los factores de evaluación que corresponden<sup>(626)</sup>. Así, en el caso de las obras que correspondan a Licitaciones Públicas y Adjudicaciones Directas Públicas, así como a procesos de Adjudicación de Menor Cuantía Derivada de Licitación Pública y Adjudicación Directa Pública, deberán considerarse un conjunto de factores de evaluación de la propuesta técnica, todos los cuales son obligatorios.

### **La experiencia del postor**

En primer lugar debe considerarse la experiencia en obras en general ejecutadas hasta en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado equivalente de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la obra materia de la convocatoria. En este punto existen importantes criterios emitidos por OSCE y por el Tribunal<sup>(627)</sup>, algunos de los cuales se muestran restrictivos a efectos de la acreditación de este importante factor de evaluación.

Asimismo, el Tribunal establece que debe considerarse la experiencia de obras similares ejecutadas hasta en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un máximo acumulado equivalente al valor referencial de la obra materia de la convocatoria, siendo el valor mínimo de cada obra similar al quince por ciento (15 %) del valor referencial. Esto está también tratado en diversos pronunciamientos, los cuales se dirigen en especial a la definición de obra similar, la misma que implica compartir características de la obra a ser contratada.

En este último punto el Reglamento establece que en las Bases deberá señalarse las obras similares que servirán para acreditar la experiencia del postor; ello, para darle objetividad a la evaluación del Comité Especial. Ahora bien, se establece además que la obra presentada para acreditar la experiencia en obras similares sirve para acreditar la experiencia en obras en general.

El Reglamento establece además que la experiencia del postor se acreditará con copias simples de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total<sup>(628)</sup>. Esta disposición debe entonces ser interpretada de tal manera

---

(626) Artículo 47 del Reglamento.

(627) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 434-435.

(628) Esta disposición fue agregada por el D.S. N° 184-2008-EF.

que no vulnere el principio de libre concurrencia y competencia, evitando exigir documentación que no es necesaria; teniendo en cuenta además el principio de presunción de veracidad, sin perjuicio de la fiscalización posterior.

### **El personal propuesto**

El Reglamento establece que para efectos de la evaluación debe considerarse también la experiencia y calificaciones del personal profesional propuesto, las que serán establecidas en forma objetiva en las Bases, las cuales establecerán además los requisitos de conformación y permanencia del personal profesional propuesto. Puede notarse que la norma no establece mayores parámetros para determinar lo antes señalado. Existen pronunciamientos sobre el particular, sin que los mismos puedan establecer todos los parámetros aplicables no solo para determinar cómo se define este factor de evaluación en las bases sino además cómo se evalúa por parte del Comité Especial.

### **Cumplimiento de la ejecución de obras**

El Reglamento establece además como factor de evaluación el cumplimiento de ejecución de obras, el cual se evaluará en función del número de certificados o constancias que acrediten que aquella se efectuó y liquidó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo ser mayor de diez (10) contratos de obras en general y/o similares. Este factor, que es también obligatorio, se enfoca en la necesidad de escoger a aquel postor que sea el más idóneo. Es preciso señalar que en este caso existe amplitud de criterio respecto de la documentación que puede presentarse para acreditar dicho cumplimiento<sup>(629)</sup>.

Ahora bien, como es regla general en el caso de este factor de evaluación, estos certificados o constancias deben referirse a las obras que se presentaron para acreditar la experiencia del postor. Debemos señalar que la finalidad de esta disposición es también la necesaria coherencia entre ambos factores de evaluación, siendo que además se facilita la presentación de los documentos.

### **Otros factores de evaluación**

Ahora bien, en los casos de contratación de obras bajo las modalidades por el alcance del contrato, las Bases incluirán, además, factores que permitan evaluar la calidad de las soluciones técnicas de diseño, de

---

(629) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 446.

equipamiento o similares ofertadas por el postor. Como ocurre en los demás casos, estos factores también deben ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse dichos factores a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Nuevamente esto está sometido a la discrecionalidad de la entidad, sin que existan mayores parámetros para determinar estos factores.

### **El plazo de ejecución como requerimiento técnico mínimo**

Es preciso tener en cuenta que el plazo de ejecución, al ser un requerimiento técnico mínimo conforme al Reglamento, no podrá ser considerado como factor de evaluación, y en consecuencia, no otorga puntaje. Ello no ocurre en el resto de casos y se explica por la importancia del plazo de ejecución en el contrato de obra pública.

### **Márgenes de puntaje**

En cuanto a los puntajes, se establece que las Bases deberán considerar determinados márgenes de puntaje para los factores de evaluación. En el caso de la experiencia en obras en general el puntaje opera de 15 a 20 puntos. Asimismo, en el caso de la experiencia en obras similares dicho margen es de 30 a 35 puntos. En el caso de la experiencia y calificaciones de personal profesional, es de 30 a 35 puntos. Finalmente, en el caso del cumplimiento de ejecución de obras el puntaje será de 15 a 20 puntos.

### **El caso de las Adjudicaciones Directas Selectivas y las Adjudicaciones de Menor Cuantía**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, cuando se contraten obras a través de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía no se establecerán factores técnicos de evaluación, y en estos casos solo se evaluará la propuesta económica de aquellos postores cuya propuesta cumpla con lo señalado en el expediente técnico. Ello se debe a que nos encontramos ante procesos de selección de un trámite más breve y simple que el aplicable a las licitaciones públicas y las adjudicaciones directas públicas.

### **La propuesta económica**

Finalmente, se establece que el único factor de evaluación de la propuesta económica será el monto total de la oferta, no pudiendo existir otra consideración distinta, la cual no sería aplicable. Como ya lo hemos señalado, esta es una regla general en la regulación de los factores de evaluación en el Reglamento, no señalando dicha norma una distinción respecto al sistema de contratación que se está empleando.

## 8. Acreditación de la experiencia del consorcio

El Reglamento preceptúa que el consorcio podrá acreditar como experiencia la sumatoria de los montos facturados, previamente ponderados, de aquellos integrantes que se hubieran comprometido a ejecutar conjuntamente el objeto materia de la convocatoria.

El reglamento establece que la ponderación de tales montos facturados se efectuará sobre la base de la información señalada en la promesa formal de consorcio, referida al porcentaje de las obligaciones asumidas por cada uno de sus integrantes. Finalmente, la documentación válida para acreditar la experiencia del consorcio, así como el método de evaluación, serán indicados en la Directiva que el OSCE apruebe para tal efecto<sup>(630)</sup>.

En efecto, en este orden de ideas, la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD preceptúa que, para efectos de acreditar la experiencia solo será válida la documentación presentada por el o los integrantes del consorcio que se hubieran comprometido a ejecutar las obligaciones vinculadas al objeto de la convocatoria, de acuerdo con lo declarado en la promesa formal del consorcio.

Ahora bien, para evaluar dicha experiencia la referida Directiva prescribe<sup>(631)</sup> que no se tomará en cuenta la documentación presentada por el o los consorciados que asumen las obligaciones referidas a determinadas actividades. En primer lugar, aquellas de carácter administrativo o de gestión como facturación, financiamiento, aporte de cartas fianzas o pólizas de caución, entre otras. Asimismo, no se tomarán en cuenta aquellas actividades relacionadas con asuntos de organización interna, tales como representación, u otros aspectos que no se relacionan con la ejecución de las prestaciones, entre otras.

### El caso de bienes

Tratándose de bienes, la fabricación y/o comercialización se considerarán obligaciones vinculadas al objeto de la convocatoria, sin que pueda considerarse las demás actividades de la cadena productiva, por lo que solo se tomará en cuenta la experiencia de los integrantes del consorcio que en la promesa formal de consorcio se hubieran obligado a tales actividades.

---

(630) Disposición agregada por el D.S. N° 184-2008-EF.

(631) Numeral 6.5.2 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.



Por lo tanto, no corresponde considerar la experiencia obtenida por los integrantes del consorcio que en el proceso de selección se obliguen a ejecutar actividades accesorias, tales como el aporte de materias primas, combustible, infraestructura, transporte, envasado, almacenaje, entre otras.

### **Acreditación de la experiencia**

En este punto, la Directiva prescribe que, en el caso de que los integrantes del consorcio acrediten experiencia respecto de contratos ejecutados individualmente, vinculados al objeto de la convocatoria, se deberá ponderar los montos facturados correspondientes por el porcentaje de las obligaciones declarado en la promesa formal de consorcio.

Ahora bien, la Directiva señala que, en el caso que los integrantes del consorcio acrediten experiencia respecto de contratos en los que participaron, a su vez, como miembros de otros consorcios, y siempre que sus obligaciones estén relacionadas con el objeto de la convocatoria, se extraerá la experiencia obtenida por cada integrante ponderando los montos facturados por el porcentaje de las obligaciones de tales contratos. Luego se ponderarán dichos montos por el porcentaje de las obligaciones consignadas en la promesa formal de consorcio correspondiente al proceso de selección al cual se presenta el consorcio.

Conforme lo señala la Directiva, el porcentaje de las obligaciones de dichos contratos debe estar consignado expresamente en la promesa formal o en el contrato de consorcio. Si ello no es así, no se evaluará la experiencia ofertada.

Finalmente, la Directiva preceptúa que la sumatoria de los montos ponderados, conforme lo establecido por la Directiva materia de análisis y señalado en los párrafos previos, constituye la experiencia del consorcio.

## **XI. OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO**

---

El otorgamiento de la buena pro es el acto administrativo a través del cual la entidad define con cuál de los postores va a contratar. El mismo requiere la realización previa de un procedimiento de selección enteramente válido, así como la debida competencia de quien lo emite. Como resultado, la buena pro se otorgará a quien haya obtenido el mayor puntaje una vez aplicado el método de evaluación y calificación que corresponda.

Ahora bien, nos encontramos frente a un acto administrativo puesto que es una declaración de una entidad, sometida a Derecho Público (en este caso la normativa contractual), que afecta a administrados en sus

derechos, intereses y obligaciones (los postores); en una situación concreta, que es el proceso de selección<sup>(632)</sup>.

El Reglamento establece<sup>(633)</sup> que el otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, se señala que tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la Buena Pro podrá ser realizado en acto privado<sup>(634)</sup>.

En cuanto al procedimiento, el Reglamento establece que en la fecha señalada en las Bases, el Comité Especial procederá a otorgar la Buena Pro a la propuesta ganadora, dando a conocer los resultados del proceso de selección a través de un cuadro comparativo, en el que se consignará el orden de prelación y el puntaje técnico, económico y total obtenidos por cada uno de los postores.

## **1. Acceso a la información**

En este punto el Reglamento establece que una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito.

Se señala además que el acceso a la información contenida en un Expediente de Contratación se regulará por lo establecido en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, incluidas las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de acceso a la información pública allí establecidas o en los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano.

## **2. Solución en caso de empate**

Una vez que se ha efectuada la calificación y evaluación es posible que se genere un empate. En este supuesto se emplean un conjunto de reglas en un orden determinado a fin de efectuar el otorgamiento de la Buena Pro, conforme lo dispone el Reglamento<sup>(635)</sup>.

En primer lugar, se establece que en las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el empate se resuelve a favor de las microempresas y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad o a los consorcios conformados en su totalidad por estas

---

(632) Artículo 1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

(633) Artículo 72 del Reglamento.

(634) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 670.

(635) Artículo 73 del Reglamento.

empresas, siempre que acrediten tener tales condiciones de acuerdo con la normativa de la materia. La norma no establece cuál debería ser la proporción de dichas personas, con lo cual debe recurrirse a la referida normativa.

Asimismo, en las Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el empate se resuelve a favor de las microempresas y pequeñas empresas o a los consorcios conformados en su totalidad por estas, siempre que acrediten tener tal condición de acuerdo con la normativa de la materia. Nuevamente nos encontramos ante el controvertido empleo de la contratación administrativa para promover a dichas empresas.

Si dichos supuestos no ocurren, el Reglamento preceptúa que la Buena Pro deberá otorgarse a favor del postor que haya obtenido el mejor puntaje económico, en el caso de bienes u obras; o el mejor puntaje técnico, tratándose de servicios.

En caso el empate se mantenga, el Reglamento preceptúa que la Buena Pro se otorga a prorrata entre los postores ganadores, de acuerdo con el monto de sus propuestas, siempre que el objeto de la contratación sea divisible y aquellos manifiesten su voluntad de cumplir la parte correspondiente del contrato. Se señala sin embargo que este criterio no será de aplicación para el caso de consultoría en general, consultoría y ejecución de obras.

Finalmente, si se mantiene el empate, el Reglamento preceptúa que debe emplearse el sorteo, lo cual ocurre en el mismo acto. Desafortunadamente este mecanismo no es el más objetivo, con lo cual debe ser empleado cuando sea estrictamente indispensable.

Finalmente, el Reglamento dispone que, cuando el otorgamiento de la Buena Pro se desarrolle en acto privado, la aplicación de los dos últimos criterios de desempate requiere de la citación oportuna a los postores que hayan empatado, pudiendo participar el veedor del Sistema Nacional de Control.

### **3. Distribución de la Buena Pro**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(636)</sup>, en el caso de que el resultado del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado hubiere establecido que el requerimiento de la entidad no puede ser cubierto por un solo proveedor, las Bases deberán prever la posibilidad de distribuir la Buena Pro. Esta disposición es más clara que la contenida en

---

(636) Artículo 74 del Reglamento.

el TUO, y tiene por finalidad satisfacer de manera idónea la necesidad de la entidad.

El Reglamento prescribe además que el Comité Especial otorgará la Buena Pro al postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total, en los términos de su propuesta y por la cantidad que hubiese ofertado de lo requerido por la entidad. En consecuencia, el saldo del requerimiento no atendido por el postor ganador será otorgado a los postores que le sigan, respetando el orden de prelación.

Ahora bien, dicho otorgamiento ocurre siempre que las propuestas económicas presentadas no sean superiores al cinco por ciento (5 %) de aquella del postor ganador. En caso de que las propuestas económicas superen el referido límite, el Reglamento establece que, para efectos de otorgarse la Buena Pro, los postores tendrán la opción de reducir su propuesta para adecuarse a dicha condición.

#### **4. Notificación del otorgamiento de la Buena Pro**

Conforme lo dispone el Reglamento<sup>(637)</sup>, el otorgamiento de la Buena Pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha, oportunidad en la que se entregará a los postores copia del acta de otorgamiento de la Buena Pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados en cada factor de evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publicará el mismo día en el Seace.

El otorgamiento de la Buena Pro en acto privado se publicará y se entenderá notificado a través del Seace, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del Comité Especial u órgano encargado de conducir el proceso, debiendo incluir el acta de otorgamiento de la Buena Pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados en cada factor de evaluación. Adicionalmente, se podrá notificar a los correos electrónicos de los postores, de ser el caso.

#### **5. Otorgamiento de la Buena Pro a propuestas que excedan el valor referencial**

El Reglamento preceptúa<sup>(638)</sup> en este punto que, en el caso previsto en el artículo 33 de la Ley, para que el Comité Especial otorgue la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial en procesos de selección para la ejecución de obras, hasta el límite máximo previsto en dicho

---

(637) Artículo 75 del Reglamento.

(638) Artículo 76 del Reglamento.

artículo, se deberá contar con la asignación suficiente de créditos presupuestarios y la aprobación del Titular de la entidad, salvo que el postor que hubiera obtenido el mejor puntaje total acepte reducir su oferta económica a un monto igual o menor al valor referencial.

Se establece además en el Reglamento que en los procesos realizados en acto público, la aceptación del postor de reducir su oferta económica deberá efectuarse en dicho acto; siendo que en los procesos en acto privado la aceptación constará en documento escrito.

Finalmente, el Reglamento prescribe en este punto que el plazo para otorgar la Buena Pro no excederá de diez (10) días hábiles, contados desde la fecha prevista en el calendario para el otorgamiento de la Buena Pro, bajo responsabilidad del Titular de la entidad.

## **6. Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro**

El Reglamento preceptúa<sup>(639)</sup> en este punto que cuando se hayan presentado dos (2) o más propuestas, el consentimiento de la Buena Pro se producirá a los ocho (8) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En el caso de Adjudicaciones Directas y de Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles.

Para constatar que la Buena Pro quedó consentida, en el caso de que corresponda interponer recurso de apelación ante el Tribunal, la entidad deberá verificar en el detalle del proceso de selección registrado en el Seace, si se interpuso el respectivo recurso administrativo.

Se establece asimismo que en el caso de que se haya presentado una sola oferta, la norma prescribe que el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento. La razón es clara, el consentimiento es inmediato puesto que no existe posibilidad de impugnación de la Buena Pro.

Una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro, el Comité Especial remitirá el Expediente de Contratación al órgano encargado de las contrataciones de la entidad, el que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato, cesando a su vez toda competencia del Comité Especial.

La norma establece finalmente que el consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro deberá ser publicado en el Seace al día siguiente

---

(639) Artículo 77 del Reglamento.

de producido, disposición cuya finalidad es satisfacer el principio de publicidad, lo cual debe ocurrir en un plazo perentorio.

## **XII. DECLARACIÓN DE DESIERTO**

---

La Ley prescribe<sup>(640)</sup> que el proceso de selección será declarado desierto cuando no quede válida ninguna oferta; y, parcialmente desierto cuando no quede válida ninguna oferta en alguno de los ítems identificados particularmente. En consecuencia, basta con la existencia de una sola oferta válida para poder otorgarle a la misma la Buena Pro<sup>(641)</sup>.

Esta disposición ha sufrido también una importante evolución, puesto que el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, el anterior TUO, en su artículo 32, establecía más bien que el Comité Especial declaraba desierta una Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa cuando quede válida una única oferta, salvo que se trate de un proceso de adquisición de bienes que por la naturaleza de su comercialización tienen un precio fijado por cotización internacional o se trate de los supuestos en los cuales se realiza una adjudicación ante dicha declaración, situación en la cual si se podía otorgar la Buena Pro si es que quedaba una sola oferta.

Este es un problema recurrente en la contratación administrativa, dado que una elevada cantidad de procesos de selección son declarados desiertos<sup>(642)</sup>; no siendo eficiente tampoco que baste una sola oferta válida para que la entidad determine contratar con el postor que la haya presentado, dado el elevado riesgo de que dicho postor no sea el más idóneo para satisfacer la necesidad de la entidad.

### **1. El procedimiento a seguir**

Ahora bien, en el supuesto que una licitación pública, concurso público o adjudicación directa sean declaradas desiertas, se convocará a un proceso de adjudicación de menor cuantía, que como resultado de ello se denomina adjudicación de menor cuantía derivada como lo hemos señalado anteriormente en este libro.

La Ley establece además que proceso de adjudicación de menor cuantía derivado de un proceso de selección declarado desierto,

---

(640) Artículo 32 de la Ley.

(641) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 549 y ss.

(642) Sobre el particular: *Exposición de Motivos del Proyecto de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado*, p. 4, documento que como ya lo hemos señalado reconoce la rigidez de la normativa contractual.

debe contar con las mismas formalidades del proceso principal, mecanismo empleado para darle objetividad y eficiencia al proceso. El reglamento preceptúa<sup>(643)</sup> que dicho proceso no se podrá realizar en forma electrónica.

La Ley señala además que, para otorgar la Buena Pro en los procesos de selección convocados bajo la modalidad de subasta inversa se requerirá la existencia de dos (2) ofertas válidas como mínimo; de lo contrario, el proceso se declarará como desierto, como veremos más adelante.

Conforme lo dispuesto por el Reglamento en caso no se haya registrado ningún participante, dicha declaración podrá efectuarse culminada la etapa de Registro de Participantes. Esta regulación ha sufrido varios cambios en el camino, producto de diversas concepciones respecto a ello.

Por otro lado, el reglamento preceptúa que la publicación sobre la declaratoria de desierto de un proceso de selección deberá registrarse en el Seace, dentro del día siguiente de producida, a fin de dar estricto cumplimiento al principio de publicidad, dentro de un plazo perentorio.

### **Solicitud de informes**

En este punto, conforme lo preceptuado por el Reglamento, cuando un proceso de selección es declarado desierto total o parcialmente, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, deberá emitir informe al Titular de la entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del proceso, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.

Finalmente, en el caso de que el motivo de declaratoria de desierto esté referido al valor referencial o a las características del objeto contractual, el Comité Especial solicitará información al órgano encargado de las contrataciones o al área usuaria, según corresponda, a fin de que se efectúen los ajustes necesarios.

### **Lo dispuesto por la Nueva Ley**

Finalmente, en este punto la Nueva Ley efectúa interesantes ajustes. Por un lado, dispone que la declaración de desierto en la contratación

---

(643) Artículo 78 del Reglamento.

directa, la comparación de precios y la subasta inversa electrónica, se rigen por lo señalado en el reglamento; en la lógica de dicho dispositivo de regular solo lo indispensable, dejando el resto de la regulación en manos del nuevo Reglamento.

Asimismo, conforme lo prescrito por la citada norma, cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial, la entidad puede utilizar el procedimiento que determine el Reglamento para los procedimientos declarados desiertos u optar por lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la Nueva Ley, vale decir, las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país, siempre que se haya sustentado la imposibilidad de realizar la contratación a través de los métodos de contratación de la presente Ley.

Por otro lado, la Nueva Ley establece que, tratándose de una segunda convocatoria declarada desierta cuyo objeto sea la contratación de productos farmacéuticos y dispositivos médicos, el Ministerio de Salud y el Seguro Social de Salud a través de sus sedes centrales competentes, pueden utilizar lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la presente Ley. En este caso la norma también está redactada en términos facultativos, situación en la cual la entidad podría también decidir, si lo considera conveniente, emplear el mecanismo establecido en el Reglamento.

### **XIII. CANCELACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN**

---

La Ley dispone<sup>(644)</sup> que en cualquier estado del proceso de selección, hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, la entidad que lo convoca puede cancelarlo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar, o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad<sup>(645)</sup>.

El caso fortuito implica un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, proveniente de la naturaleza. La fuerza mayor, en cambio, proviene de la autoridad. Por otro lado, la necesidad de contratar puede desaparecer por diversas razones. Finalmente, es posible que el presupuesto pueda asignarse a otras situaciones, lo cual debe estar justificado para no incurrir en un uso indebido de los recursos públicos.

---

(644) Artículo 34 de la Ley.

(645) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 553 y ss.



## **Procedimiento de cancelación**

Asimismo, la norma preceptúa que la formalización de la cancelación del proceso deberá realizarse mediante Resolución o Acuerdo debidamente sustentado, del mismo o superior nivel de aquel que dio inicio al expediente de contratación, debiéndose publicar conforme lo disponga el Reglamento. Se señala que en ese caso, la entidad deberá reintegrar el costo de las Bases a quienes las hayan adquirido.

Ahora bien, sobre el particular el Reglamento establece<sup>(646)</sup> que, cuando la entidad decida cancelar total o parcialmente un proceso de selección, por causal debidamente motivada de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 de la Ley, debe comunicar su decisión dentro del día siguiente y por escrito al Comité Especial, debiendo registrarse en el Seace la resolución o acuerdo cancelatorio al día siguiente de esta comunicación y, de ser el caso, al correo electrónico señalado por los participantes.

El Reglamento dispone que la resolución o acuerdo que formaliza la cancelación deberá ser emitida por el funcionario que aprobó el Expediente de Contratación u otro de igual o superior nivel, que puede ser el Jefe de la OGA o el que haga sus veces, o el Secretario General. Es preciso señalar además que la decisión antes señalada es impugnable, conforme al proceso de selección que veremos más adelante en el capítulo correspondiente.

En este caso, el Reglamento dispone que el plazo para el reintegro del pago efectuado como derecho de participación no podrá exceder de los cinco (5) días hábiles posteriores a la notificación de la cancelación, siendo suficiente para la devolución la sola presentación del comprobante de pago. Acá existe un error de sistemática del Reglamento, puesto que dicho pago ya no es aplicable, existiendo únicamente el pago por entrega de las bases, como bien lo señala la Ley. Este error se debe a la redacción previa de la disposición contenida en el TUO.

## **Lo dispuesto por la Nueva Ley**

Finalmente, es preciso señalar que Nueva Ley le otorga una mayor flexibilidad a este mecanismo. En primer lugar, incorpora una nueva causal de cancelación del procedimiento de selección, que es la insuficiencia del presupuesto asignado, estableciendo además que la cancelación puede ocurrir por otras razones justificadas, lo cual muestra una gran discrecionalidad que se espera que el Reglamento cumpla con aclarar.

---

(646) Artículo 79 del Reglamento.

Dicha norma dispone además que la entidad no incurre en responsabilidad respecto de los proveedores que hayan presentado ofertas por el solo hecho de cancelar el procedimiento de selección. Finalmente, deja el grueso de la regulación de este mecanismo al Reglamento de la Nueva Ley.

#### **XIV. LA NULIDAD DE OFICIO DEL OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO**

---

La Ley dispone<sup>(647)</sup> que el Titular de la entidad posee la atribución de declarar de oficio la nulidad del proceso de selección solo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio que dicha nulidad pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación, como veremos más adelante en este libro al tratar la solución de controversias durante el proceso de selección<sup>(648)</sup>.

Dicha nulidad de oficio deberá ser declarada cuando haya sido dictada por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la Resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso de selección.

##### **1. Generalidades**

Un supuesto importante para la declaración de nulidad en el contexto de la contratación administrativa es el incumplimiento de alguna de las disposiciones que regulan el desarrollo de las etapas del proceso de selección, lo cual a su vez constituye causal de nulidad de las etapas siguientes del proceso, generando que se retrotraiga al momento anterior a aquel en que se produjo dicho incumplimiento, como resultado de la declaración de nulidad.

En este orden de ideas, la declaración de nulidad tiene efectos declarativos y retroactivos, puesto que establece la invalidez del acto en cuestión desde el momento en que este ha sido emitido. Ahora, en principio el acto anulatorio genera por sí mismo el agotamiento de la vía administrativa, permitiendo al administrado el ejercicio de su derecho de acción a través del proceso contencioso-administrativo. Sin embargo, el Reglamento preceptúa<sup>(649)</sup> que, con independencia del tipo de proceso de

---

(647) Artículo 56 de la Ley.

(648) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 555 y ss.

(649) Artículo 104 del Reglamento.

selección, los actos emitidos por el Titular de la entidad que declaren la nulidad de oficio o cancelen el proceso, podrán impugnarse ante el Tribunal de Contrataciones.

En primer lugar, la atribución a favor de la Administración se configura como una facultad discrecional, que puede ejercerse o no. La autoridad no se encuentra obligada a declarar la nulidad, sino más bien puede hacerlo si existe la causal. Ello, a diferencia de gran parte de la legislación comparada, en la cual se establece la atribución como una obligación de la entidad, que permite incluso que opere a solicitud de parte<sup>(650)</sup>. Asimismo, la legislación comparada establece la existencia de órganos consultivos, como el Consejo de Estado en el caso español, que se emplea para darle legalidad a dicha declaración.

Ahora bien, es muy común que los participantes o los postores empleen la solicitud de nulidad de oficio como alternativa a la apelación durante el proceso de selección. Dicha estrategia, si bien es especulativa, puede generar un resultado favorable respecto del solicitante si necesidad de recurrir al recurso, el cual entraña respaldarlo a través de la respectiva garantía. Incluso, este mecanismo puede ser la última esperanza del administrado cuando la apelación ha sido declarada improcedente, sea por el Titular de la entidad, sea por el Tribunal, por cualquiera de las causales establecidas en el Reglamento.

Asimismo, para efectos de la nulidad de oficio se requiere, no solamente que el acto administrativo sea nulo de conformidad con lo estipulado en la Ley, sino además que dicho acto vulnere el interés general. A esto se le denomina requisito de doble lesión<sup>(651)</sup>. Ahora bien, esta consideración, no obstante su importancia, genera ciertos problemas.

En primer lugar, el interés general es un concepto que puede ser de difícil determinación, máxime si en la doctrina y la legislación comparada se le asimilaba con pérdidas de naturaleza patrimonial. Además, la determinación de esta última consideración es potestad discrecional de la propia Administración, pero la indicación de la misma pretende evitar que la entidad emplee su potestad de declarar la nulidad de sus actos afectando el interés o los derechos de los administrados.

Ello, teniendo en cuenta además la importancia de interés general en la contratación administrativa, como lo hemos señalado de manera reiterada en este libro. De hecho, podría ocurrir que la declaración de nulidad

---

(650) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 611.

(651) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., pp. 645-646.

afecte el interés general de una manera más intensa que el propio acto que se anula, situación en la cual no sería pertinente dicha declaración, a fin de tutelar que el proceso de contratación llegue a término.

## **2. Sustento de la nulidad de oficio**

La nulidad de oficio de los actos administrativos tiene sustento en primer lugar, en el interés general, único supuesto habilitante que permite que la autoridad administrativa pueda invocar su propio error para obtener la invalidez de un acto, supuesto impensable en el ámbito del Derecho Privado, puesto que pertenece a la llamada doctrina de los actos propios. Cierta sector de la doctrina sustenta la nulidad de oficio también en la autotutela, como potestad de la Administración de tutelar sus intereses sin necesidad de la intervención de ninguna entidad adicional.

Por otro lado, la nulidad de oficio es también un mecanismo de control de la Administración, que permite que esta última emplee mecanismos para controlarse a su interior. Sin embargo, este mecanismo de control opera siempre de oficio. En tal sentido, resultaría inadmisibles, en nuestra legislación, que la Administración declare la nulidad de oficio a pedido del administrado, a diferencia de lo señalado en la legislación comparada. Debemos considerar además que tal mecanismo resultaría ser un esquema alternativo al de los recursos, si es que estos no fueron utilizados debidamente.

## **3. Autoridad competente para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo**

Como regla general, se estipula que la nulidad de oficio solo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida<sup>(652)</sup>. Ello impide que la autoridad administrativa que emitió el acto determine la nulidad del mismo basada en criterios discrecionales, afectando el interés de los particulares que puedan haberse beneficiado de la emisión del acto. El hecho que se otorgue facultades discrecionales a la administración para declarar la nulidad de sus actos obliga al ordenamiento jurídico a establecer mecanismos de limitación de dichas facultades, que operen como garantía a favor del administrado.

Sin embargo, si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la Ley señala que la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario. Esta última precisión resulta controversial, pues establece la posibilidad de que un

---

(652) Artículo 202 inciso 202.2 de la Ley N° 27444.

funcionario que no está sometido a subordinación pueda anular sus propios actos, lo cual establece un régimen discrecional muy amplio, máxime si existen múltiples autoridades que carecen de superiores jerárquicos, en particular las autoridades máximas de organismos públicos –cuya relación con el titular del sector no es de jerarquía sino de tutela–, organismos constitucionales autónomos y municipalidades.

Más bien, la Ley del Procedimiento Administrativo General debió establecer la imposibilidad de que puedan declararse nulos de oficio los actos de autoridades que carezcan de superior jerárquico, a fin de que solamente pueda hacerse efectiva dicha nulidad a través del proceso de lesividad.

#### **4. Prescripción de la facultad de la Administración de declarar de oficio la nulidad de un acto**

La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos<sup>(653)</sup>. La existencia de un plazo de prescripción permite proteger los derechos de los administrados y establecer criterios mínimos de seguridad jurídica, máxime si no existe mayor limitación que el requisito de doble lesión al cual nos hemos referido líneas arriba.

Es necesario señalar que el derogado Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos señalaba como plazo para declarar la nulidad de oficio el de tres años, el mismo que resultaba manifiestamente excesivo en perjuicio de los particulares. Inicialmente, el Decreto Ley N° 26111 establecía el plazo de seis meses, que resultaba ser mucho más razonable. En cambio, el antiguo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos no establecía plazo alguno, lo cual llevó a algunos a suponer que la potestad anulatoria era imprescriptible.

#### **5. Acción o proceso de lesividad**

En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el acápite anterior, solo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso de lesividad, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa<sup>(654)</sup>.

---

(653) Artículo 202 inciso 202.3 de la Ley N° 27444.

(654) Artículo 202, inciso 202.4 de la Ley N° 27444.

Este proceso resulta una de las facultades más polémicas de la Administración Pública, pues le permite solicitar al Poder Judicial la nulidad de sus propios actos, amparándose en su propia torpeza y sustentando su petitorio en una actuación ilegal o defectuosa del órgano que emitió el acto. En tal sentido el proceso de lesividad no es un proceso contencioso-administrativo, puesto que el mismo no es iniciado por un administrado en contra de la Administración, sino por esta última.

Por otro lado, la mal llamada acción de lesividad por parte del Derecho Comparado (pues en realidad es un proceso judicial) genera no pocos problemas de aplicación. En primer lugar, es necesario determinar claramente a quien corresponde la legitimidad pasiva, existiendo la discrepancia respecto a la posibilidad de la Administración de demandarse a sí misma. En todo caso, podríamos considerar como demandado al que resultara beneficiado por el acto emitido.

La Ley que regula el proceso contencioso-administrativo parece haber resuelto el problema, al establecer como sujeto pasivo al particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió. Ello limita la demanda a aquellos actos que declaran derechos subjetivos a favor del administrado, sin tomar en cuenta otros actos administrativos, en especial, aquellos que generan más bien gravámenes o cargas y cuya nulidad podría favorecer a los administrados. En estos casos, la norma parece establecer que procede más bien la revocación, al existir un supuesto habilitante en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En segundo lugar, es necesario determinar los efectos de la demanda respecto a la eficacia del acto impugnado, en especial si la Administración obtiene una medida cautelar en su favor, que sería especialmente procedente. La suspensión de la vigencia del acto impugnado, si este favorece al administrado, puede acarrear perjuicios de difícil cuantificación, que luego podrían devenir en irreparables.

### **Los tres supuestos de proceso de lesividad:**

Existen tres supuestos que se consideran habilitantes del denominado proceso de lesividad, conforme a la doctrina.

#### **a) Vencido el plazo para declarar la nulidad de oficio**

Un primer supuesto del proceso de lesividad es aquel en el cual ha vencido el plazo para que la Administración pueda declarar la nulidad de oficio del acto administrativo considerado nulo y que a la vez vulnera el interés público. Este caso es posible en todos los supuestos en los cuales la Administración se

encuentra facultada para declarar la nulidad de sus propios actos y fundamentalmente en supuestos de procedimientos administrativos bilaterales.

**b) El caso de los actos de Tribunales o Consejos Especiales**

Como veremos más adelante, en el caso de los actos administrativos emitidos por Tribunales Administrativos o Consejos regidos por leyes especiales, en particular si desarrollan actividad cuasi jurisdiccional, la redacción original de la Ley N° 27444 establecía que no cabía la nulidad de oficio de los mismos, situación en la cual, si es que la Administración requiere obtener su nulidad debe necesariamente dirigirse al Poder Judicial.

Esta previsión se sustentaba en el hecho de que dichos órganos resuelven una controversia cuya solución debe poner fin a la vía administrativa, razón por la cual no deberá otorgarse a la Administración la potestad de poder decidir por sí misma la nulidad de dicho acto. Como resultado, con dicha normativa el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en esa época, no podía declarar dicha nulidad de oficio.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1029 modifica sustancialmente esta disposición, estableciendo que es posible que estos organismos puedan declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, pero mediando acuerdo unánime de sus miembros, debiendo ejercerse esta atribución en plazo establecido por la ley para ello. Esta es una reforma discutible, puesto que, como lo hemos señalado, al resolverse una controversia solo el Poder Judicial debería poder determinar si nos encontramos ante un acto administrativo nulo.

**c) La administración es afectada por el acto emitido por otra entidad**

Cierto sector de la doctrina entiende que cuando una entidad administrativa es afectada por un acto emitido por otra nos encontramos ante un supuesto habilitante del proceso de lesividad. Sin embargo, en estos casos nos encontramos en realidad ante un proceso contencioso-administrativo, puesto que la entidad demandante no pretende la nulidad de su propio acto, sino la de aquel emitido por otra entidad administrativa.

En este caso resultaría de aplicación lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 11 de la Ley N° 27584, que establece que también tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública

facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.

### **Acto administrativo habilitante**

Es evidente que la interposición de la demanda de lesividad requiere la emisión de un acto administrativo habilitante, el mismo que precise la afectación del interés público que se ha generado con la emisión del acto, así como el vicio en el cual se ha incurrido. Esta consideración surge de inmediato del artículo 11 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, al cual ya hemos hecho referencia. Dicha norma, además, establece que la resolución debe declarar derechos subjetivos, lo cual configuraría una limitación al empleo del proceso de lesividad.

A su vez, dicho acto habilitante es resultado de un procedimiento de oficio en el cual se ha evaluado la iniciación del proceso judicial de lesividad, de conformidad con la Ley. En tal sentido, consideramos la posibilidad de que dicho acto pueda ser impugnado mediante los recursos administrativos pertinentes.

### **La normativa derogada**

Finalmente, debemos precisar que la normativa derogada prescribía que la facultad de emplear el proceso de lesividad era imprescriptible, como resultado de una modificación al texto original del Decreto Supremo N° 02-94-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. Conforme lo señalado por el Tribunal, era evidente que dicha previsión vulneraba no solo el derecho al debido proceso, sino el principio de igualdad, al otorgar al Estado una prerrogativa del cual no tiene por qué gozar.

En consecuencia, la situación antes descrita fue considerada inconstitucional en su momento por una interesante sentencia del Tribunal Constitucional, máxime si dicha ausencia de plazo se comparaba con el exiguo plazo que los administrados poseían para impugnar actos administrativos, de acuerdo con el Código Procesal Civil que entonces regulaba el proceso contencioso-administrativo<sup>(655)</sup>.

---

(655) Sentencia de fecha 09 de mayo de 2001, relativa a la Acción de Inconstitucionalidad por el fondo, iniciada por el Defensor del Pueblo, contra los artículos 1, inciso 1.2); 2, incisos



El problema que se generó –al margen de la inconstitucionalidad del extendido plazo– fue la ausencia, hasta la entrada en vigencia de la Ley vigente, de mecanismos a través de los cuales la Administración Pública pudiera obtener la nulidad de sus propios actos.

## **6. Declaración de la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales**

Como lo hemos señalado, la redacción original de la Ley N° 27444 disponía que los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales, competentes para resolver controversias en última instancia administrativa, no pueden ser objeto de declaración de nulidad de oficio, máxime si dichos consejos y tribunales carecen propiamente de superior jerárquico alguno y desarrollan actividad cuasi jurisdiccional.

Como resultado, solo procedía demandar la nulidad de dichos actos administrativos ante el Poder Judicial, vía el proceso de lesividad –que insistimos, no es en realidad un proceso contencioso-administrativo–, siempre que la demanda se interponga dentro de los tres años siguientes a contar desde la fecha en que el acto quedó firme<sup>(656)</sup>.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1029 modifica este precepto estableciendo que dichos organismos pueden declarar dicha nulidad de oficio previo acuerdo unánime de sus miembros. Como ya lo hemos señalado, este precepto es enteramente aplicable al Tribunal de Contrataciones y puede ser de suma utilidad a fin de que el mismo pueda generar mecanismos de control a su interior. De hecho, así lo ha entendido dicho Tribunal, al declarar la nulidad de oficio de sus propios actos<sup>(657)</sup>, lo cual en materia sancionadora ha ocurrido por ejemplo anta la violación al debido procedimiento<sup>(658)</sup>.

## **7. Conservación del acto**

Los actos administrativos que adolecen de vicios no trascendentes, que no impiden la existencia de los elementos esenciales, son susceptibles de ser conservados, dentro de determinados parámetros. Cuando ello ocurre, se da el supuesto de conservación del acto del que habla el

---

2.1) y 2.2); 3; 4; 5, incisos 5.1) y 5.2); 6; 7; 8; 11; y Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 26960.

(656) Artículo 202, inciso 202.5 de la Ley N° 27444.

(657) Por ejemplo, en la Resolución N° 443-2014-TC-S3.

(658) Resolución N° 068-2011-TC-S4.

artículo 14 de la Ley N° 27444 y que hace referencia a aquellos vicios que son susceptibles de ser enmendados.

La disposición legal que estamos comentando es una aplicación del principio de conservación, íntimamente relacionado con el principio de presunción de validez del acto administrativo, por el cual la declaración de nulidad constituye última ratio y debe ser empleada únicamente cuando no existe mecanismo viable para corregir el vicio existente. Sin embargo, esto no debe confundirse con el concepto de anulabilidad del acto jurídico como ocurre por ejemplo en el Derecho Comparado<sup>(659)</sup>, puesto que la conservación del acto administrativo no ocurre como resultado de una convalidación, sino a través de una enmienda.

Este principio resulta ser de especial importancia en la contratación administrativa. De hecho, existen situaciones en las cuales es necesario determinar si el vicio encontrado en las actuaciones previas al acto que se va a anular es trascendente para preferir conservar el acto y no afectar la contratación administrativa con una nulidad que puede evitarse. Esto es necesario tanto para la nulidad de oficio, como para la nulidad declarada a pedido de parte a través de un recurso de apelación, sea que dicho recurso ha sido tramitado por el Titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones.

### **Concepto de vicio no trascendente**

Ahora bien, como el concepto de vicio no trascendente resulta ser muy abstracto, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha enumerado qué es aquello a lo que puede considerársele como tal, consignando un conjunto de posibilidades.

En primer lugar, que el contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación, no obstante que la motivación constituye un requisito de validez del acto administrativo. En este caso es claro que basta un acto de enmienda para subsanar el vicio en el que se ha incurrido, precisando o aclarando la motivación.

En segundo lugar, que el acto tenga una motivación insuficiente o parcial. Análogamente, basta un acto posterior de enmienda, el mismo que posee eficacia retroactiva, para corregir el vicio incurrido. Ello se da porque esta causal de convalidación, como la anterior, afecta a la motivación como elemento esencial del acto administrativo.

---

(659) ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 1988, p. 223 y ss.

Asimismo, que nos encontremos frente a formalidades no esenciales del procedimiento. Se reputan formalidades no esenciales aquellas cuya realización adecuada no habría impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado. Sobre este inciso es necesario hacer algunas precisiones importantes.

En primer lugar, esta causal de conservación ocurre cuando el vicio afecta al requisito de procedimiento regular, que se asimila, como lo hemos indicado, al principio de debido procedimiento y este a su vez al debido proceso. En consecuencia, no todo defecto de procedimiento genera los mismos efectos respecto de la validez del acto<sup>(660)</sup>.

En segundo lugar, es necesario señalar que no existe una adecuada objetivación en cuanto a lo que pueden considerarse formalidades no esenciales, toda vez que no se define lo que son aspectos importantes, definición que parece estarse dejando a la discrecionalidad de la Administración.

Por otro lado, esta definición de vicio no trascendente se relaciona íntimamente con la última que se señala en el artículo materia de análisis, en la cual el acto se puede convalidar si se emite con omisión de documentación no esencial. Si existen documentos que no resultan ser indispensables, se entiende que es una formalidad no esencial del procedimiento.

Finalmente, cuando se concluya que el acto habría tenido el mismo contenido, de no haber ocurrido el vicio. En este último caso, se entiende que el vicio no deberá afectar en forma directa al contenido del acto.

La Ley ha tenido cuidado de subsumir el concepto de conservación del acto con el de anulabilidad tan empleado en la doctrina y la legislación comparadas<sup>(661)</sup>. De hecho, en ciertos sectores de la doctrina aún se considera que el acto administrativo es finalmente una modalidad de acto jurídico, razón por la cual resultarían aplicables las categorías propias de dicha institución.

Sin embargo y como lo hemos señalado de manera reiterada, la Administración Pública carece propiamente de voluntad, puesto que sus decisiones son resultado de procesos cognitivos en su interior, denominados

---

(660) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444*. Ob. cit., p. 250.

(661) COSCULLUELA MONTANER, Luis Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. cit., p. 323; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Ob. cit., p. 253.

procedimientos administrativos, como veremos más adelante. Ello significa que no puede aplicarse la regulación proveniente del acto jurídico al acto administrativo, salvo contadas excepciones, como son por ejemplo las modalidades, las que incluso están limitadas como ya hemos visto.

### **Parámetros de la conservación del acto administrativo**

Sin embargo, para hacer efectivo este mecanismo se requieren algunos requisitos. El primero, que no nos encontremos ante un vicio que no pueda subsanarse a través de un acto de enmienda. En esa situación resulta imposible enmendar el acto. En general, se entiende que los vicios derivados de incompetencia no pueden ser subsanados, puesto que no existe manera de corregir un vicio proveniente de la propia gestación del acto. Similar consideración debe hacerse en el caso de los vicios provenientes del objeto, en particular si el mismo es ilegal o imposible.

En segundo lugar, que el acto de enmienda no debe modificar el sentido o los alcances de la decisión que ha sido tomada por la autoridad administrativa. Si ello ocurriese, nos encontraríamos en realidad ante un vicio que no es susceptible de ser subsanado, lo cual desvirtúa la naturaleza del acto de enmienda, afectando además la tramitación del procedimiento administrativo que ha dado lugar al acto.

En tercer lugar, la enmienda deberá ser efectuada cumpliendo con las mismas formalidades que fueron empleadas para emitir la actuación administrativa que se va a enmendar. Esto es evidente toda vez que el acto de enmienda tiene efecto retroactivo y debe entonces generar similares efectos que los del acto que pretende corregir. Caso contrario, afectaría el procedimiento que dio lugar al acto.

Finalmente, resulta indispensable que el vicio que se va a corregir no haya generado un perjuicio a la entidad o a terceros que constituya responsabilidad, sea administrativa, civil o penal. En este caso, dado que el perjuicio ha sido consumado, el efecto retroactivo del acto de enmienda sería imposible, con lo cual únicamente cabe anularlo.

## **XV. LOS MECANISMOS DE CONTROL EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN. LAS VEEDURÍAS**

---

La normativa contractual establece un conjunto de mecanismos de control aplicables a la contratación administrativa. En primer lugar tenemos la nulidad de oficio, a la cual ya nos hemos referido en el acápite precedente. Por otro lado, tenemos la solución de controversias, que vamos a tratar más adelante en el capítulo correspondiente.

Adicionalmente, tenemos los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra los proveedores o contra los servidores públicos, a los cuales podemos agregar los procedimientos disciplinarios respectivos, que se siguen contra los servidores públicos. A ello debemos agregar las importantes atribuciones de OSCE en este contexto, que hemos señalado con detalle en el capítulo correspondiente. Finalmente, el Sistema Nacional de Control posee importantes atribuciones, a las cuales nos vamos a referir seguidamente.

## **1. Veedurías a los procesos de selección**

Conforme lo dispuesto por la Directiva “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI”<sup>(662)</sup> la veeduría constituye una modalidad de Control Preventivo que implica la acción de presenciar el desarrollo de las operaciones o actividades a cargo de la entidad<sup>(663)</sup>, cumpliendo tres finalidades principales.

La primera de ellas, alertar al Titular de la entidad o quien haga sus veces, de la existencia de riesgos que pudieran afectar la transparencia, probidad o cumplimiento de objetivos y de la normativa correspondiente. Por otro lado, la veeduría tiene por finalidad disuadir intentos de actos de corrupción. Finalmente, la veeduría se dirige a recabar información que será utilizada para fines del control posterior, de ser el caso.

Ahora bien, la referida Directiva establece que las veedurías que se efectúen a los procesos de selección para la adquisición de bienes, contratación de servicios, consultoría y ejecución de obras, deberán tomar en consideración un conjunto de consideraciones necesarias para su realización eficiente.

En primer lugar, se establece en la Directiva que el Titular de la entidad o quien haga sus veces dispondrá que se proporcione oportunamente la información del inicio de los procesos, del expediente de contratación que contiene la documentación sustentatoria; sin perjuicio que disponga las facilidades que se requieran para tal efecto.

Asimismo, la Directiva prescribe que, cuando la entidad no cuente con OCI, la CGR podrá designar al profesional que en representación del

---

(662) Aprobada por Resolución de Contraloría N° 094-2009-CG. Es preciso señalar sin embargo que dicha Directiva será dejada sin efecto a su vez por la Directiva N° 006-2014-CG-APROD “Ejercicio del Control Simultáneo” a partir del 2 de enero de 2015.

(663) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 534 y ss.

SNC ejerza las funciones de veedor. Asimismo, en aquellos casos en que existiendo OCI, la CGR considere conveniente su participación como veedor, deberá informar oportunamente al OCI para que se inhiba de participar en la veeduría al proceso de selección.

La norma preceptúa además que el Jefe de OCI, luego de considerar los criterios previstos en la Directiva, acreditará a través de un oficio al veedor ante el comité especial u órgano encargado, en los actos de recepción y evaluación de propuestas, así como de otorgamiento de la buena pro de las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas y en general en los procesos con actos públicos, así como en los procesos derivados de exoneraciones, que realice la entidad. En las adjudicaciones directas selectivas y de menor cuantía, dicha acreditación es facultativa del Jefe de OCI.

Se señala asimismo que en la veeduría al proceso de selección, se verificará el cumplimiento del cronograma de la convocatoria, la determinación de los puntajes de todos los postores y la consiguiente buena pro, tomando conocimiento de las actas de recepción y evaluación de propuestas; para cuyo efecto, el comité especial o el órgano encargado de llevar a cabo el proceso de selección, deberá proporcionar al veedor en forma inmediata la información necesaria para la formulación de su informe. En caso de incumplimiento, tal situación se hará de conocimiento del Titular de la entidad o quien haga sus veces.

Por otro lado, la Directiva establece que, como resultado de la veeduría al proceso de selección, el veedor acreditado elevará su Informe al Jefe de OCI o a la unidad orgánica de la CGR, según corresponda. En dicho informe adjuntará el Cuadro Resumen de Evaluación de Propuestas (CREP), el Cuadro de Conformación del Comité Especial (CCCE) y el Registro y Seguimiento de atención de los riesgos detectados en las veedurías a los procesos de selección y ejecución contractual, con la información correspondiente al registro de riesgos, de acuerdo a los Formatos N°s 03, 04 y 16, respectivamente, cuyos datos serán ingresados a través del Sistema de Veedurías a los Procesos de Selección y Contratos del Estado.

El OCI o el veedor designado por la CGR, según corresponda, remitirá a la respectiva Unidad Orgánica de la CGR, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al consentimiento del otorgamiento de la buena pro o a la declaración de desierto o de cancelado o nulo total o parcialmente el proceso de selección, la información correspondiente a los formatos referidos en el literal f), mediante el registro de dicha información en el sistema electrónico implementado para tal efecto por la CGR,

denominado “Sistema de Veedurías a los Procesos de Selección y Contratos del Estado”, en la forma indicada en el Instructivo que forma parte de dicho sistema.

Para tal efecto, los veedores designados por el OCI o la CGR accederán al “Sistema de Veedurías a los Procesos de Selección y Contratos del Estado” a través del enlace establecido en el Portal de la CGR, utilizando el mismo código de usuario y la misma clave de acceso empleados para ingresar al Sistema de Control Gubernamental.

La remisión y recepción de la información a través del citado sistema no afectará el ejercicio del control posterior por el SNC y no implicará que la CGR emita conformidad respecto a la evaluación de propuestas o a la conformación del comité especial; debiendo las entidades continuar con la publicación y el desarrollo normal de los procesos de selección en el marco de la normativa legal aplicable en materia de contrataciones.

Ahora bien, una vez concluida la labor del veedor, la norma dispone que dicho servidor emitirá un informe sobre su participación y el desarrollo del acto, revelando los logros y riesgos advertidos; el mismo que una vez aprobado por la Unidad Orgánica o el Jefe del OCI, según corresponda, será remitido por estos últimos al Titular de la entidad o quien haga sus veces.

Finalmente, la Directiva establece que en los casos de veedurías relativas a los procesos de selección para la adquisición de bienes, contratación de servicios, consultoría y ejecución de obras, de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 43 de la Ley Orgánica, modificada a su vez por la Ley N° 28396, se remitirá para los fines de su competencia al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) las presuntas infracciones contra la normativa legal en el desarrollo de los procesos cometidos por los postores, cautelando que no se afecte el principio de reserva del control gubernamental.

La norma antes señalada preceptúa que las presuntas infracciones contra la normativa legal en el desarrollo de los procesos de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cometidas por personas naturales o jurídicas, identificadas por los órganos del Sistema Nacional de Control, deben ser informadas al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hoy OSCE), adjuntando copia de lo actuado, para el inicio de los procedimientos administrativos sancionadores que correspondan.

## 2. El control simultáneo. La acción simultánea

Ahora bien, a diferencia de lo que venimos comentando, la Directiva N° 006-2014-CG-APROD “Ejercicio del Control Simultáneo”<sup>(664)</sup> no muestra el nivel de detalle que hemos estado describiendo. En primer lugar, dicha Directiva define<sup>(665)</sup> el control simultáneo como aquellos servicios que se realizan a la(s) actividad(es) de un proceso en curso, correspondiente a la gestión de la entidad, con el objeto de alertar oportunamente al Titular de la entidad sobre la existencia de hechos que ponen en riesgo el resultado o el logro de sus objetivos. La finalidad es promover la adopción de las medidas preventivas pertinentes que contribuyan a mitigar y, de ser el caso, a superar el riesgo identificado.

Asimismo, la Directiva preceptúa que el ejercicio del control simultáneo no supone la conformidad de los actos de gestión de la entidad ni limita el ejercicio del control posterior. Finalmente, se establece que en ningún caso, el ejercicio del control simultáneo conlleva la injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad.

### La acción simultánea

En este orden de ideas, la Directiva define<sup>(666)</sup> la acción simultánea como un servicio de control simultáneo que consiste en evaluar el desarrollo de una o más actividades en ejecución de un proceso en curso, verificando y revisando documental y físicamente que se realice conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales.

Para ello, la citada norma dispone que la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI a cargo del servicio, obtiene y analiza la información sobre la(s) actividad(es) materia de la acción simultánea, a fin de elaborar y aprobar un Plan que contenga la estrategia y procedimientos a ejecutar, sobre la base de los objetivos y alcances determinados por la unidad orgánica encargada del planeamiento de los servicios de control.

En cuanto a la ejecución de la acción simultánea, la Directiva dispone en primer lugar que el responsable de la unidad orgánica de la Contraloría o del OCI a cargo acredite a los profesionales encargados de efectuar la acción simultánea, ante el Titular de la entidad.

---

(664) Aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 454-2014-CG.

(665) Numeral 5.3 de la Directiva N° 006-2014-CG-APROD.

(666) Numeral 6.2.1 de la Directiva N° 006-2014-CG-APROD.



La Directiva preceptúa que en esta etapa se desarrollan los procedimientos contenidos en el Plan de la acción simultánea. De considerarlo necesario, el equipo podrá revisar hechos resultantes de actividades ejecutadas, relacionados con la actividad materia de control, para tomar conocimiento integral de la misma.

Si durante esta etapa, el equipo de control simultáneo identifica hechos que, por su naturaleza y trascendencia, requieran la adopción inmediata de medidas preventivas, estos se comunicarán al Titular de la entidad; sin perjuicio de la posterior remisión del Informe de Acción Simultánea.

Ahora bien, concluida la etapa de ejecución, se elabora el “Informe de Acción Simultánea” en el que se exponen de manera concreta y objetiva los hechos que, al ser realizados sin observar las disposiciones establecidas, ponen en riesgo el logro de los objetivos del proceso materia de la acción simultánea.

La norma dispone que el informe resultante de la acción simultánea debe ser remitido al Titular de la entidad y registrado por la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI a cargo del servicio de control en la herramienta informática establecida por la Contraloría.

En el caso de los informes emitidos por las unidades orgánicas de la Contraloría, el documento con el cual se remite al Titular de la entidad, debe indicar el OCI que ha sido designado para efectuar el seguimiento, evaluación y registro de las acciones dispuestas por este.

Finalmente, se establece que el desarrollo de las 3 etapas antes señaladas no debe exceder de 20 días hábiles. Excepcionalmente y por la naturaleza de la(s) actividad(es) materia de revisión, la unidad orgánica competente al momento de efectuar el planeamiento de los servicios de control, podrá autorizar un mayor plazo.

### **3. Visita de control**

Este servicio de control simultáneo es definido por la Directiva<sup>(667)</sup> como aquel que consiste en presenciar actos o hechos en curso relacionados a la entrega de bienes y servicios, el estado de las obras y mantenimiento de la infraestructura pública, constatando que su ejecución se realice conforme a la normativa aplicable, disposiciones internas y estipulaciones contractuales. Este servicio puede también considerarse una forme de veeduría, en el marco de lo señalado por las normas contractuales.

---

(667) Numeral 6.4.1 de la Directiva N° 006-2014-CG-APROD.

En cuanto a la planificación de la Visita de Control, se establece que la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI a cargo del servicio, elabora y aprueba un esquema de trabajo que contenga la estrategia y procedimientos a ejecutar, sobre la base de los objetivos y alcance determinado por la unidad orgánica encargada del planeamiento de los servicios de control.

En cuanto a la ejecución de este servicio, la norma establece que el responsable de la unidad orgánica de la Contraloría o del OCI a cargo del servicio acredita a los profesionales encargados de efectuar la visita de control, ante el Titular de la entidad.

Durante la visita de control, el equipo procede a desarrollar los procedimientos establecidos, que comprende entre otros, labores de inspección, indagación, observación en el lugar donde se desarrollan los actos o hechos materia de visita, que le permitan identificar la existencia de hechos que generen riesgos.

La Directiva señala a su vez que ello debe obrar en actas que deben precisar el lugar, fecha y hora de la visita, la identificación de los profesionales de la Contraloría o del OCI a cargo y de los funcionarios que representan a la entidad, detallando nombre y apellidos, DNI y cargo que ocupa, la descripción de los hechos identificados, así como la firma de cada uno de los presentes.

Ahora bien, concluida la etapa de ejecución, la Directiva preceptúa que se elabora el "Informe de Visita de Control", en el que se expone de manera concisa y objetiva, los hechos que, al ser realizados al margen de las disposiciones establecidas, han generado riesgos.

Se establece asimismo que el informe resultante de la visita de control se remite al titular de la entidad y debe ser registrado por la unidad orgánica de la Contraloría o el OCI a cargo del servicio de control, en la herramienta informática establecida por la Contraloría.

Por otro lado, la Directiva prescribe que, para el caso de los informes emitidos por las unidades orgánicas de la Contraloría, el documento con el cual se remite el informe, debe indicar el OCI que ha sido designado para efectuar el seguimiento, evaluación y registro de las acciones dispuestas por el Titular de la entidad.

Finalmente, la Directiva materia de análisis dispone en este punto que el desarrollo de las tres etapas de la Visita de Control no debe exceder el periodo de siete días hábiles, generando un plazo perentorio para la realización de la actividad a fin de no afectar el funcionamiento de la entidad.

# **CAPÍTULO VII**

## **LOS PROCESOS ESPECIALES**

### **REGULADOS POR EL REGLAMENTO**

#### **DE LA LEY DE CONTRATACIONES**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

---

Dentro del ordenamiento jurídico vamos a encontrar un conjunto de procesos especiales establecidos con la finalidad de que estos sean aplicados a un conjunto de situaciones determinadas, a fin de generar eficiencia en la contratación<sup>(668)</sup>, obteniendo mejores precios y permitiendo un mejor control; siendo necesario sin embargo efectuar determinados ajustes como vamos a ver en este capítulo.

Algunos de dichos procesos especiales los vamos a encontrar regulados en la Ley y en el Reglamento, como por ejemplo la subasta inversa o las compras corporativas, e incluso los procesos electrónicos. Sin embargo, otros van a estar regulados en normas especiales, como por ejemplo el procedimiento para eventos, a los cuales nos vamos a referir con amplitud en el capítulo siguiente de este libro.

#### **II. COMPRAS CORPORATIVAS**

---

Constituyen un proceso especial a través del cual las entidades podrán contratar bienes y servicios en forma conjunta, a través de un proceso de selección único, aprovechando los beneficios de las economías de escala, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado<sup>(669)</sup>.

---

(668) RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 727.

(669) Artículo 80 del Reglamento.

De hecho, al establecer los procesos de selección, la Ley autoriza que puedan ser efectuados de manera corporativa<sup>(670)</sup>.

Las ventajas de este proceso de selección se dirigen no solo a obtener un mejor precio y generar una mayor eficiencia, sino además en la búsqueda de una mayor transparencia y objetividad; permitiendo optimizar el control sobre las decisiones que se toman.

## 1. Generalidades y antecedentes

La normativa preceptúa que las compras corporativas podrán ser facultativas, para lo cual las entidades celebrarán un convenio interinstitucional, u obligatorias, cuando se establezca por Decreto Supremo emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Ahora bien, los bienes y servicios que pueden ser objeto de compras corporativas deben ser susceptibles de ser homogenizados. Este concepto es aplicable también a la subasta inversa e implica que aquellos no se distingan entre sí de manera significativa entre los diversos proveedores; siendo el precio el elemento crucial para poder otorgar la Buena Pro.

Para la agregación de la demanda de las entidades, se señala que se podrá utilizar criterios tales como el geográfico, el sectorial, el temporal o la combinación de estos, entre otros. La norma establece que el proceso de selección se realizará conforme a las reglas establecidas en la Ley y el Reglamento.

### **Evolución de la normativa**

Este mecanismo aparece con el Reglamento del TUO, que establecía que mediante convenios interinstitucionales o por mandato normativo las entidades podrán adquirir bienes y contratar servicios generales en forma conjunta<sup>(671)</sup>, siendo la regulación muy similar a la que encontramos en la normativa actual.

Asimismo, se establecía en el Reglamento del TUO que mediante decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas se establecerá el listado de bienes y servicios sujetos a la modalidad de compras corporativas obligatorias, las entidades participantes, así como la unidad de

---

(670) Artículo 15 de la Ley.

(671) VALENCIA PAREDES, Luz Margarita. "El nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Principales Innovaciones". En: *Actualidad Jurídica*. N° 133, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004, pp. 185-186.

compras del Gobierno Nacional que se encargará de efectuar los procesos de selección correspondientes.

Además, mediante decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas debía señalarse las entidades que, en última instancia, van a determinar las características y/o detalle de las especificaciones técnicas de los bienes o servicios requeridos por las entidades participantes, que serán incluidos en los procesos de compras corporativas obligatorios.

Ahora bien, en cumplimiento de las disposiciones antes señaladas y mediante el Decreto Supremo N° 046-2005-PCM se aprobó el Plan Piloto para implementar el proceso de compras corporativas obligatorias en el Estado peruano<sup>(672)</sup>. Dicho Decreto Supremo establecía los bienes y servicios a ser adquiridos mediante este mecanismo, conformando además la Unidad de compras corporativas Obligatorias del Plan Piloto<sup>(673)</sup>. Dicho Plan en su momento generó buenos resultados.

Finalmente, dicha norma fue derogada por el Decreto Supremo N° 137-2008-EF, como resultado de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1018<sup>(674)</sup>, autorizando a las entidades que participaban obligatoriamente en el Plan antes señalado a que en forma individual realicen la contratación de aquellos bienes y servicios incluidos dentro del citado Plan, para lo cual tendrían que sujetarse a la normativa sobre contrataciones del Estado.

## **2. Alcances del encargo en el caso de compras corporativas**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(675)</sup>, el encargo que se efectúe en las compras corporativas solo alcanza las acciones necesarias que permitan a la entidad encargada realizar el proceso de selección para obtener, de parte de los proveedores del Estado, una oferta por el conjunto de los requerimientos similares de las entidades participantes, y solo

---

(672) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 729.

(673) Modificación implementada por el Decreto Supremo N° 073-2005-PCM, y el Decreto Supremo N° 008-2007-PCM, este último modificando la adscripción de la Unidad de Compras. La redacción original del Decreto Supremo N° 046-2005-PCM.

(674) La disposición antes mencionada prescribe que la Central de Compras Públicas - Perú Compras asumiría el acervo documentario, bienes, recursos y personas, previa evaluación, correspondiente a la Subdirección de Convenio Marco y compras corporativas de la Dirección de Operaciones del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode, dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario, contado desde la entrada en vigencia de la referida norma, siendo que dicha unidad orgánica fue desactivada sin que se haya constituido Perú Compras.

(675) Artículo 81 del Reglamento.

hasta el momento en el que se determine al proveedor seleccionado y la Buena Pro quede consentida<sup>(676)</sup>.

Se señala que luego de ello cada una de las entidades suscribirá los contratos correspondientes con el proveedor o proveedores seleccionados por el o los requerimientos que hubiesen sido encargados, actuación con la cual da inicio la etapa de ejecución contractual.

Señala además el Reglamento que una vez consentida la Buena Pro, la entidad encargada deberá comunicar a las entidades participantes los resultados del proceso, dentro de un plazo no mayor de tres (3) días hábiles. El plazo del procedimiento para la suscripción del contrato previsto en el Reglamento se computará a partir del día siguiente de recibida la indicada comunicación.

Finalmente, se establece que el encargo efectuado no podrá, en ningún caso, ser interpretado como extensivo a la ejecución de las obligaciones y/o prestaciones que se generan en la fase de ejecución contractual, tales como el pago del precio, la supervisión de la ejecución de las prestaciones, la liquidación de contrato y demás prestaciones inherentes a las entidades participantes.

Esta disposición es sumamente importante en el caso de las compras corporativas, puesto que este mecanismo no alcanza a la ejecución contractual, constituyendo propiamente un proceso de selección especial, a diferencia de otros mecanismos especiales que vamos a ver más adelante, cuyo empleo sí afecta a la ejecución contractual. Sin embargo, este proceso de selección sí afecta a determinadas actuaciones preparatorias, como veremos a continuación.

### **3. Compras corporativas obligatorias y entidad a cargo**

En este punto, el Reglamento establece<sup>(677)</sup> que mediante Decreto Supremo del Ministerio de Economía y Finanzas, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecerán los bienes y servicios que se contratarán mediante compras corporativas obligatorias, así como las entidades participantes y técnicas.

Así, se dispone que la Central de Compras Públicas - Perú Compras es la entidad encargada de realizar las compras corporativas obligatorias, de acuerdo a lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1018, y a sus normas de organización y funciones.

---

(676) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 731.

(677) Artículo 82 del Reglamento.

La norma establece además que la Central de Compras Públicas - Perú Compras se encargará de consolidar los requerimientos de las entidades participantes, para cuyo efecto determinará el contenido, cantidad y oportunidad de remisión de la información que deberán proporcionar las mismas.

Finalmente, el Reglamento establece que la Central de Compras Públicas - Perú Compras se encuentra obligada a remitir información que, para el cumplimiento de sus funciones de supervisión, le solicite el OSCE, estableciéndose entonces un mecanismo de colaboración ante ambas entidades, en la cual OSCE pareciera tener un rol preponderante.

### **La situación actual**

Sin embargo, como ya lo hemos señalado anteriormente, la entidad antes señalada aún no se encuentra en funcionamiento. En este contexto, es de aplicación la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, la que establecía que el proceso de compras corporativas obligatorias en bienes y servicios, el cual estará a cargo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (ahora OSCE), en tanto se implemente Perú Compras.

Dicha norma establecía a su vez que la relación de bienes y servicios que será materia del referido proceso será fijada por el Ministerio de Economía y Finanzas mediante resolución ministerial, a propuesta del Consucode, dentro de los treinta (30) primeros días útiles siguientes de aprobada la presente Ley. Dicho listado fue aprobado a su vez mediante Resolución Ministerial N° 074-2009-EF/15, que contenía una menor cantidad de bienes y servicios que el listado precedente.

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley N° 29626, Ley de presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2011, prescribe que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) presente al Ministerio de Economía y Finanzas, en el primer semestre del año 2011, un Plan de compras corporativas en el Poder Ejecutivo (2012-2014).

La norma antes citada establece que este Plan de compras corporativas deberá consignar los criterios más adecuados para la agregación de demanda, establecer los alcances de los encargos para la realización de las compras, así como los mecanismos de contratación y plazos para su implementación progresiva. Para tal efecto, las entidades deberán proporcionar oportunamente al OSCE la información y/o asesoramiento que este les solicite.

Finalmente, se señala en dicha Ley que mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas se aprobarán las disposiciones necesarias para la implementación del Plan de compras corporativas en el Poder Ejecutivo. Si bien dicho decreto supremo no fue emitido, se modificó el Reglamento incorporando disposiciones respecto a otras compras corporativas que veremos más adelante.

#### **4. Entidades participantes y entidad técnica**

El Reglamento preceptúa en este punto<sup>(678)</sup> que se consideran entidades participantes aquellas que están obligadas a contratar los bienes y servicios contenidos en sus respectivos Planes Anuales de Contratación, mediante compra corporativa obligatoria<sup>(679)</sup>.

##### **Obligaciones**

En este punto la norma establece que, designadas las entidades participantes, estas tendrán la obligación de homogenizar y consolidar los requerimientos de todas sus unidades orgánicas y remitirlas a la Central de Compras Públicas - Perú Compras dentro del plazo que esta fije, bajo responsabilidad.

Se establece además que las entidades participantes se encuentran obligadas a contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados, los bienes y/o servicios cuyo requerimiento haya sido materia del proceso de compra corporativa obligatoria.

Asimismo, dichas entidades se encuentran obligadas a suscribir todos los documentos que resulten necesarios para la formalización del o los contratos que se deriven del o los procesos de selección, pagar al proveedor o proveedores seleccionados la contraprestación acordada, previa conformidad con la prestación ejecutada, así como los demás actos relacionados con la ejecución del contrato.

##### **Entidad técnica**

El Reglamento establece además en este punto que la entidad Técnica de la compra corporativa es la que determina las características homogenizadas de los bienes y servicios requeridos por las entidades participantes, teniendo como base la consolidación remitida por la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

---

(678) Artículo 83 del Reglamento.

(679) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 732.



## 5. Sustento presupuestal

En este punto, el Reglamento preceptúa que<sup>(680)</sup>, en el caso de que la consolidación y/o agregación de la cantidad total de requerimientos de bienes y/o servicios se realice durante un periodo fiscal, para la atención de requerimientos para el siguiente año fiscal, la Central de Compras Públicas - Perú Compras requerirá a cada entidad participante en la compra corporativa obligatoria, que gestione la disponibilidad de créditos presupuestarios ante su respectiva Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces.

Para lo antes indicado se establece que debe tomarse como referencia el proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal siguiente que el Poder Ejecutivo haya remitido al Congreso de la República, lo cual opera de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 de la Constitución Política; siendo que luego debe remitirse dicha información a la referida entidad, que como hemos señalado aún no se encuentra operativa.

Asimismo, se establece que las entidades participantes no podrán efectuar modificación alguna en sus marcos presupuestales que pueda afectar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la suscripción y ejecución de los contratos que se celebren luego de efectuada la compra corporativa, salvo los casos de desabastecimiento inminente o situación de emergencia que se encuentran previstos en la normativa contractual.

## 6. Compras corporativas facultativas

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(681)</sup>, para las compras corporativas que se realicen de manera facultativa, se deberá elaborar un convenio que deberá ser suscrito por los funcionarios competentes de todas las entidades participantes, en el que se establezca el objeto y alcances del mismo, las obligaciones y responsabilidades de las partes, así como la designación de la entidad encargada de la compra corporativa<sup>(682)</sup>. Estamos nuevamente ante la figura del convenio entre entidades, al cual nos vamos a referir con detalle en el último capítulo de este libro.

---

(680) Artículo 84 del Reglamento.

(681) Artículo 85 del Reglamento.

(682) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 734 y ss.

### **Competencia de la entidad encargada**

La entidad encargada de la compra corporativa tendrá a su cargo un conjunto de tareas. En primer lugar, le corresponde recibir los requerimientos de las entidades participantes. Asimismo, debe consolidar y homogenizar las características de los bienes y servicios, así como determinar el valor referencial para cada proceso de selección a convocarse en forma conjunta. Deberá también efectuar todos aquellos actos previos y necesarios para conformar y aprobar el Expediente de Contratación.

A la entidad encargada le corresponde además designar al o a los Comités Especiales que tendrán a su cargo los procesos de selección para las compras corporativas. Deberá también aprobar las Bases, que como hemos visto es la norma que regula el proceso de selección y que en este caso va a afectar a varias entidades, siendo fundamental su adecuada elaboración.

Asimismo, el Reglamento establece que corresponde a la entidad encargada resolver los recursos de apelación, en los casos que corresponda. Nuevamente nos encontramos ante una vulneración al principio de imparcialidad que debe rodear a la apelación en esta materia, puesto que dicha apelación debería ser resuelta por el Tribunal.

### **Comité Especial**

El funcionamiento, competencia, obligaciones y demás atribuciones del Comité Especial son las previstas en la Ley y el Reglamento, teniendo a su cargo elaborar las Bases, conforme al contenido del Expediente de Contratación. En las Bases deberá distinguirse claramente el requerimiento de cada entidad participante del convenio, para los efectos de la suscripción y ejecución del contrato respectivo.

Se establece además que una vez que quede consentido el otorgamiento de la Buena Pro, le corresponde al Comité Especial elevar el expediente al titular de la entidad encargada de la compra corporativa para su remisión a las entidades participantes.

### **Obligaciones de las entidades participantes**

En este punto el Reglamento establece que las entidades participantes se encuentran obligadas a contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados los bienes y/o servicios cuyo requerimiento haya sido materia del proceso de compra corporativa, conforme al procedimiento establecido en el Reglamento.

Asimismo, dichas entidades se encuentran obligadas a suscribir todos los documentos que resulten necesarios para la formalización del o los contratos que se deriven del o los procesos de selección, así como a pagar al proveedor o proveedores seleccionados la contraprestación acordada, previa conformidad con la prestación ejecutada.

Las compras corporativas no requieren de la modificación del Plan Anual de Contrataciones de las entidades participantes, aunque debe indicarse que se procederá a contratar mediante compra corporativa Facultativa, con expresa mención de la entidad encargada de la compra corporativa.

El Reglamento preceptúa además que la entidad encargada de la compra corporativa y el o los Comités Especiales que se designen para tal fin, deberán observar lo dispuesto en la Ley, el Reglamento y demás disposiciones complementarias.

Finalmente, se señala en la norma que, en el caso de que se desee complementar o incorporar requerimientos adicionales a los previstos en el convenio, las entidades participantes podrán hacerlo mediante la suscripción de cláusulas adicionales, lo cual evita que nos encontremos ante un convenio rígido que no admita modificaciones en este sentido.

### **Adhesión de otras entidades**

Asimismo, se establece en el Reglamento que el convenio de compra corporativa permitirá la adhesión de cualquier otra entidad siempre y cuando esta se efectúe antes de la convocatoria. Esta disposición se enfoca en optimizar las ventajas que genera las compras corporativas facultativas, ampliándolas a las entidades que quieran adherirse al convenio.

### **Publicidad**

Finalmente, el Reglamento dispone en este punto que los contratos derivados de la compra corporativa, así como la información referida a su ejecución deban ser ingresados al Seace, por cada una de las entidades participantes, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda.

## **7. Otras compras corporativas**

Ahora bien, el Reglamento dispone<sup>(683)</sup> en este punto que las entidades del Gobierno Nacional que formulen las políticas nacionales y/o

---

(683) Artículo 85.A del Reglamento, incorporado por el Decreto Supremo N° 046-2011-EF.

sectoriales del Estado están facultadas a establecer, mediante Resolución del Titular de la entidad, la relación de bienes y servicios que se contratarán a través de compra corporativa, debiendo señalar la entidad encargada de la compra corporativa, las entidades participantes, así como las obligaciones y responsabilidades de estas últimas.

### **El procedimiento aplicable**

Se establece en este punto que una copia del Informe técnico y legal que acompaña la Resolución del Titular de la entidad será remitida al Ministerio de Economía y Finanzas y al OSCE en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles a su emisión; disposición diseñada para tutelar la publicidad y la transparencia de la decisión tomada.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que los bienes y servicios que se contraten a través de la compra corporativa serán aquellos que sean necesarios para la ejecución de las políticas nacionales y/o sectoriales que tengan a su cargo las entidades del Gobierno Nacional.

Finalmente, se establece en la norma antes citada que las funciones de las entidades participantes, de la entidad encargada, así como las del Comité Especial que esta designe, serán las establecidas en el artículo 85 del Reglamento, a las cuales nos hemos referido con amplitud en el acápite precedente.

### **El ejemplo del sector salud**

Un caso interesante del empleo de esta disposición es la compra de dispositivos médicos, productos farmacéuticos y sanitarios en el sector salud. Ello se sustenta a su vez en el numeral 3 del artículo 28 de la Ley N° 29459, Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, el mismo que establece que son fundamentos básicos del acceso universal a dichos productos<sup>(684)</sup>, entre otros, los precios asequibles, que se obtienen promoviendo y desarrollando mecanismos para lograr economías de escala mediante compras corporativas y

---

(684) **Ley N° 29459:**

**Artículo 27.- Del acceso universal a los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios**

El Estado promueve el acceso universal a los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios como componente fundamental de la atención integral en salud, particularmente en las poblaciones menos favorecidas económicamente. Asimismo, el Estado dicta y adopta medidas para garantizar el acceso de la población a los medicamentos y dispositivos médicos esenciales, con criterio de equidad, empleando diferentes modalidades de financiamiento, monitoreando y evaluando su uso, así como promoviendo la participación de la sociedad civil organizada.

(...).

diversas modalidades de compra, implementando además un sistema de información de precios de productos farmacéuticos que contribuya a prevenir prácticas monopólicas y la segmentación del mercado.

Al amparo de esta disposición dicho sector ha emitido diversas disposiciones, emitiendo diversos listados de productos farmacéuticos, dispositivos médicos, otros, así como listados de entidades participantes<sup>(685)</sup>. Estas disposiciones establecen además diversas obligaciones y precisiones, las que deben ser consistentes con la normativa contractual.

### **El ejemplo de Fonafe**

Por otro lado, en el caso de Fonafe, se han emitido diversos Acuerdos de Directorio con la finalidad de regular esta materia, además de otros aspectos. Un caso interesante es el de la Directiva de Programación, Formulación y Aprobación del Plan Operativo y Presupuesto de las empresas bajo el ámbito de Fonafe, aprobada mediante Acuerdo de Directorio N° 001-2010/014-FONAFE, y que sufriera posteriores modificaciones, en especial a través de Resoluciones de Dirección Ejecutiva.

Dicha norma establecía que Fonafe promueve la obtención de economías de escala en la adquisición de bienes y contratación de servicios, a través de la realización de compras consolidadas, señalando aquellos bienes que debían contratarse mediante dicho mecanismo. En este orden de ideas se encuentran vigentes un conjunto de lineamientos que tienen por finalidad regular las compras corporativas que efectúan el Fonafe, así como las empresas que se encuentran bajo su ámbito.

## **III. SELECCIÓN POR ENCARGO**

---

Este mecanismo, no exento de controversia, se encuentra regulado en primer lugar por la Ley<sup>(686)</sup>, la cual establece que, mediante convenio, las entidades podrán encargar a otras del Sector Público y/o Privado, nacional o internacional, la realización de sus procesos de contratación incluyendo los actos preparatorios que sean necesarios, conforme a los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento.

---

(685) En particular la Resolución Ministerial N° 806-2014-MINSA, Aprueban el listado de Productos Farmacéuticos para la compra corporativa de Productos Farmacéuticos y el Listado de entidades participantes en la compra corporativa de Productos Farmacéuticos, para el abastecimiento del año 2015.

(686) Artículo 6 de la Ley.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(687)</sup> que, por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una entidad podrá encargar a otra entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios y obras.

Por un lado, las razones económicas se dirigen a una mayor eficiencia para realizar el proceso de selección, que no se restringe necesariamente a un menor costo administrativo, aunque sí puede existir una plausible reducción de costos de transacción en favor de los proveedores. Por otro lado, la entidad a la que se encarga puede tener una mayor experiencia o capacidad en la contratación que la entidad encargante requiere.

Para que proceda la selección por encargo se requiere que la misma se decida previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la entidad. El Reglamento establece además que la aprobación del Expediente de Contratación y de las Bases será competencia de la entidad encargante<sup>(688)</sup>.

El antecedente de esta figura la encontramos en el Decreto Ley N° 25565, el cual crea el sistema de licitaciones y concursos denominados “Evaluación Internacional de Procesos”. Conforme el artículo 1 de dicha norma, en los casos que sean aprobados por Resolución Suprema, los organismos del Sector Público y las empresas, integrantes de la actividad empresarial del Estado, encargarán a determinadas entidades especializadas la realización de sus procesos de licitación pública para la adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras y los concursos de méritos para la contratación de consultoría, supervisiones, peritajes, estudios, asesorías e inspecciones. Es preciso señalar que dicho Decreto Ley fue derogado por la Ley N° 28549, después de más de una década de controvertida vigencia.

## **1. El concepto de encargo de gestión**

En muchos casos se requiere que un órgano administrativo traslade ciertas facultades operativas a otros órganos, a fin de realizar de manera más eficiente su labor. Para ello se emplea el encargo de gestión, que consiste en la posibilidad que la realización de actividades con

---

(687) Artículo 86 del Reglamento.

(688) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 784 y ss.

carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano sea encargado a otros órganos o entidades. Como hemos señalado, dicho traslado se da por razones de eficacia, o cuando la entidad –u órgano– encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma<sup>(689)</sup>, medios idóneos que no posee el órgano que efectúa el encargo.

El encargo de gestión, al igual que la delegación, se da entre entidades distintas de la Administración Pública, puesto que cuando se transfieren competencias o facultades operativas al interior de una entidad se habla propiamente de desconcentración<sup>(690)</sup>. Como resultado, el encargo de gestión es un importante mecanismo de colaboración administrativa.

Esta institución se regula de manera genérica por primera vez en nuestra legislación, puesto que no la encontrábamos en ninguna de las normas de procedimiento precedentes, no obstante que ha sido común observar convenios en los cuales se ha encargado determinadas actividades a determinados órganos o entes de la Administración por parte de otros. Dichos convenios eran regulados por normas específicas, diseminadas por el ordenamiento jurídico administrativo, siendo necesario que se genere un tratamiento unificado de la institución, como ocurre en la doctrina y el Derecho Comparado.

Ahora bien, encontramos importantes diferencias entre el encargo de gestión y la delegación. En primer lugar, el encargo de gestión no implica transferencia de competencia, la misma que es conservada por el órgano delegante<sup>(691)</sup>. Asimismo, el encargo de gestión se confiere para la realización de actividades operativas o materiales, a diferencia de la delegación, que implica además la transferencia de facultades decisorias<sup>(692)</sup>; lo cual genera la imposibilidad de que el órgano encargado emita actos administrativos. Finalmente, la delegación se hace efectiva mediante un

---

(689) Artículo 71, numeral 71.1 de la Ley N° 27444.

(690) Y es que resulta un despropósito extender el encargo de gestión a órganos de una misma entidad, puesto que el deber de colaboración entre órganos basta para hacer efectiva la realización de actividades operativas. Sobre el particular: PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 57. A mayor abundamiento, resulta imposible la celebración de convenios –en la definición técnica del término– al interior de un organismo público, conformado por órganos, que por definición carecen de autonomía.

(691) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 212.

(692) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, pp. 427-428.

acto administrativo, mientras que el encargo de gestión, por ser un mecanismo de colaboración administrativa, se formaliza mediante convenio, como veremos seguidamente.

### **Formalización del encargo de gestión**

El encargo de gestión es formalizado mediante convenio, en el cual deberá señalarse en forma expresa la mención de la actividad o actividades a las que se afecte, el plazo de vigencia del encargo, la naturaleza y su alcance<sup>(693)</sup>. Ello implica que el encargo de gestión, en primer lugar, debe estar definido materialmente. Asimismo, el encargo de gestión es por definición temporal y no puede exceder el plazo señalado en la resolución que lo establece. Finalmente, el convenio debe definir el tipo de encargo que se está realizando y cuál es el alcance de dicho encargo en términos de atribuciones y facultades.

El convenio es una figura particular dentro del Derecho Administrativo moderno. La figura aparece solamente tres veces en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en dos de los casos referidos a mecanismos de cooperación y en uno de ellos a la posibilidad de que se celebren entre particulares en el ámbito de los procedimientos trilaterales. Ello demuestra un tratamiento poco orgánico de la institución, puesto que el ordenamiento jurídico peruano no define de una manera adecuada qué debe entenderse por convenio. A ello nos vamos a referir con detalle en el capítulo final de este libro.

De acuerdo con la generalidad de la doctrina, debe entenderse por convenio todo acuerdo en el cual participa la Administración Pública. En primera instancia, pareciera que el convenio tiene una relación de género a especie con el contrato público, puesto que este último tiene naturaleza patrimonial. Sin embargo, cuando se habla de convenio, debe entenderse que es el acuerdo de la Administración que a su vez no configura contrato, y además, en principio, celebrado entre distintos entes de la misma<sup>(694)</sup>. En tal sentido, el acuerdo que genera el encargo de gestión podría eventualmente tener contenido patrimonial, con lo cual no constituiría en realidad un convenio, sino un contrato.

---

(693) Artículo 71, numeral 71.2 de la Ley N° 27444.

(694) En este caso, se convertirá en un acuerdo no contractual, puesto que no existen finalidades distintas entre las partes, situación que sí se da respecto del contratista en el marco de los contratos administrativos. Sobre el particular: DROMI, Roberto. Ob. cit., pp. 346-347.



### **Responsabilidades que asume la entidad que realiza el encargo de gestión**

En el encargo de gestión no nos encontramos ante un supuesto de transferencia o traslación de competencia, sino ante un caso de ejercicio alterno de la misma. En consecuencia, el órgano que encarga la gestión mantiene de manera integral la titularidad de la competencia –situación que distingue claramente el encargo de gestión de la delegación– y mantiene la responsabilidad por ella, debiendo supervisar de manera directa la actividad que se va a realizar<sup>(695)</sup>.

Nos encontramos nuevamente ante supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, la que debe considerarse compartida con el órgano que se encarga de manera directa de la gestión. La ley, sin embargo, no hace referencia alguna a la existencia de solidaridad respecto a quien ejerce el encargo y la entidad que encarga las funciones en cuestión.

### **Encargos de gestión a personas jurídicas no estatales**

La necesidad de establecer mecanismos de colaboración entre la Administración Pública y la actividad privada permite establecer la posibilidad de que puedan hacerse efectivos encargos de gestión a personas jurídicas no estatales. Dicho mecanismo requiere sin embargo algunos requisitos<sup>(696)</sup>. En primer lugar, la entidad debe estar facultada mediante norma con rango de Ley a efectuar el encargo de gestión, sin que baste la autorización genérica establecida por la Ley.

Como un requisito material además, se requiere que dicho encargo se sustente en razones de índole técnico y presupuestal<sup>(697)</sup>, es decir, cuando la entidad no estatal posea medios más idóneos o cuando el costo de la realización de la actividad por parte de la entidad resulte más oneroso que el costo generado por el ente encargado, como ocurre en la normativa contractual.

Debe tenerse en cuenta que dicho encargo –que se hace efectivo mediante convenios– deberá realizarse con sujeción al Derecho

---

(695) Artículo 71, numeral 71.2 de la Ley N° 27444.

(696) Artículo 71, numeral 71.4 de la Ley N° 27444.

(697) Debe entenderse que existe un error material en la redacción de la norma, puesto que el anteproyecto de la misma indicaba el término **presupuestal**, mientras el texto señala **presupuestado**. Es obvio que el primero es el término correcto, dado el contexto de lo que se regula.

Administrativo y no en mérito del Derecho Privado<sup>(698)</sup>. En consecuencia, el convenio que se suscriba se regula mediante normas provenientes del régimen exorbitante que favorece a la Administración Pública y no del régimen común establecido en las normas civiles o comerciales. A diferencia de los contratos de concesión, el encargo de gestión implica un mecanismo de gestión mixta, lo cual le otorga una regulación distinta. Ello es clave para que pueda proceder el encargo del proceso de selección a una entidad privada, no obstante la controversia que genera dicha figura, la misma que como veremos más adelante ha sido proscrita por la Nueva Ley.

## 2. Encargo a una entidad pública

En este punto el Reglamento establece<sup>(699)</sup> que la entidad pública encargada designará a un Comité Especial que, además de conducir el proceso de selección, elaborará las Bases, las que deben ser aprobadas por el funcionario responsable de la entidad encargante.

Se señala que la designación, conformación y funcionamiento del Comité Especial se sujetará a lo estipulado en el Reglamento, en lo que le sea aplicable. Es en estas disposiciones que notamos que este mecanismo afecta no solo el proceso de selección, sino parte de las actuaciones preparatorias, aquellas indispensables para la eficiente tramitación del proceso de selección.

Ahora bien, en caso de presentarse recurso de apelación, este será resuelto por el Titular de la entidad encargada o por el Tribunal, según corresponda, a fin de general un paralelo con el proceso de selección tradicional. Sin embargo, se mantiene la dificultad que encontramos en el procedimiento tradicional, donde se mantienen la competencia a favor del titular de la entidad para determinados procesos.

Finalmente, conforme al Reglamento, una vez que ha quedado consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, deberá remitirse el expediente a la entidad encargante para que ella proceda a la suscripción y ejecución del contrato respectivo. Como resultado, debemos señalar que el encargo no afecta la ejecución contractual.

---

(698) Previsión importante que impide precisamente que pueda burlarse la aplicación del Derecho Administrativo en el encargo de gestión. En el Derecho español, por ejemplo, se encuentra prohibido el encargo de gestión a favor de entidades sometidas al Derecho Privado, lo cual incluye a las empresas públicas. Sobre el particular: PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Ob. cit., T. II, p. 57; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 428.

(699) Artículo 87 del Reglamento.

### 3. Encargo a una entidad privada, nacional o internacional

Es posible también encargar un proceso de selección a una entidad privada, en el contexto de una mayor colaboración entre la actividad privada y el Estado, lo cual puede generar una mayor eficiencia, que a su vez puede provenir de una mayor especialización o una mayor celeridad. Sin embargo, la Nueva Ley no posee dicho criterio, puesto que restringe el encargo a entidades estatales<sup>(700)</sup>.

Así, la Exposición de Motivos de la norma señala que no nos encontramos ante una alternativa viable. Dicho documento señala que el encargo a entes privados no cumple con las intenciones del legislador, el marco legal genera que la empresa privada actúe solo como un asesor, y además no hay demanda ni oferta en el mercado<sup>(701)</sup>. Si bien varias de dichas falencias pueden estar acreditadas, ello obligaría más bien a perfeccionar la regulación antes que a eliminar esta modalidad de encargo, que podría ser más eficiente que el encargo a entidades públicas.

#### El procedimiento a emplear

Ahora bien, el procedimiento establecido en el Reglamento nos lleva a sospechar que el encargo a entidades privadas no constituye en realidad un convenio, sino que es un verdadero contrato administrativo. En primer lugar, el Reglamento preceptúa<sup>(702)</sup> que la entidad encargada será seleccionada, mediante el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el objeto y la cuantía de la comisión, conforme a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento. La decisión de encargar la contratación corresponde al Titular de la entidad, siendo además esta facultad indelegable.

Se establece que las entidades participantes deberán acreditar una experiencia de contratación pública o privada, no menor a dos (2) años en el mercado nacional o internacional, en bienes, servicios u obras, según corresponda al requerimiento de la entidad encargante. Asimismo, deberán estar inscritas en el RNP y no encontrarse impedidas para contratar con el Estado.

---

#### (700) Artículo 6. Organización de los procesos de contratación

“Los procesos de contratación son organizados por la entidad, como destinatario de los fondos públicos asignados a la contratación.

Mediante convenio una entidad puede encargar a otra entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección”.

(701) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 28 y ss.

(702) Artículo 88 del Reglamento.

Asimismo, el Reglamento dispone que la entidad encargada celebrará un convenio con la entidad encargante, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. Este convenio, como lo hemos señalado, es en realidad un contrato administrativo y debe regularse como tal, lo cual permitiría darle mayor pertinencia a esta figura y no proceder a eliminarla del ordenamiento.

Se señala además que la solución de controversias derivadas del convenio se realizará por conciliación o arbitraje, lo cual es consistente con la normativa contractual y permite resolver dichas controversias de manera más eficiente, dada la existencia de mayor celeridad y especialidad. A ello nos referiremos con mayor amplitud en el Capítulo XIII de este libro.

Por otro lado, conforme a la norma materia de análisis, los procesos de contratación que realicen las entidades encargadas se sujetarán a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento, lo cual permite asegurar que la contratación permanezca dentro de la regulación contractual vigente.

Se dispone además que, de interponerse un recurso de apelación, este será resuelto por la entidad encargante o por el Tribunal, según corresponda, manteniéndose la ineficiente regulación que establece que el titular de la entidad pueda resolver apelaciones en el contexto de procesos de selección<sup>(703)</sup>.

### **Convenio modelo**

Finalmente, el Reglamento prescribe que el OSCE establecerá mediante Directiva un Convenio Modelo, que será empleado obligatoriamente para realizar procesos por encargo a entidades privadas nacionales o internacionales; así como otros requerimientos necesarios y aspectos complementarios para la participación de las entidades privadas nacionales o internacionales en el proceso de selección por encargo.

## **4. Encargo a organismos internacionales**

Esta es la modalidad de selección por encargo que se encuentra sometida a una mayor controversia. Ello, por las dificultades que existen para su fiscalización y por el hecho de que las reglas de los procesos de selección operan de manera paralela. De hecho, dado que la Nueva Ley limita los encargos a entidades públicas, esta posibilidad quedaría

---

(703) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 021-2009-EF.

descartada en el texto del Reglamento de dicha norma. Lo antes señalado es consistente además con lo señalado en la Exposición de Motivos de la Nueva Ley<sup>(704)</sup>, documento que reconoce las dificultades antes señaladas.

### **Aprobación**

En este punto el Reglamento preceptúa<sup>(705)</sup> que los convenios de encargo se aprueban para el caso de las entidades del Gobierno Nacional y los Organismos Constitucionalmente Autónomos, mediante resolución de su Titular. La redacción original de la norma, que fuera modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, era más restrictiva puesto que requería de resolución suprema refrendada por el Ministro del Sector correspondiente.

Por otro lado, en el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, los convenios se aprueban mediante Acuerdo del Consejo Regional o Municipal, respectivamente; parámetro consignado a fin de darles una mayor legitimidad a las decisiones de los entes descentralizados.

### **Procedimiento**

El Reglamento establece que, para adoptar la decisión de encargo y para designar el organismo internacional se debe contar previamente con el informe favorable de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, sobre la disponibilidad de los recursos para el financiamiento de la contratación objeto del encargo; así como el informe de la Oficina de Administración, o la que haga sus veces, sobre las ventajas y beneficios de la concertación del convenio.

Asimismo, se establece que los organismos o instituciones internacionales con los cuales las entidades suscriban los referidos convenios deberán encontrarse acreditadas en el Perú de acuerdo con las normas sobre la materia, debiendo presentar a la entidad el documento correspondiente.

Se señala además que la entidad encargante celebrará un convenio con el organismo encargado, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. Este convenio en un contrato administrativo, el cual sin embargo no es regulado

---

(704) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 27.

(705) Artículo 89 del Reglamento.

como tal, generando los múltiples inconvenientes que genera esta modalidad de encargo.

En este punto es preciso señalar que el encargo es aplicable únicamente al proceso de selección, no estando dentro de su alcance ni las actuaciones preparatorias ni la ejecución contractual; en consecuencia, la inaplicación de la normativa contractual se aplica únicamente a proceso de selección, lo cual se encuentra corroborado por lo señalado por OSCE sobre el particular<sup>(706)</sup>.

### **Contenido de los convenios**

Se establece además que los convenios contendrán un conjunto de aspectos. En primer lugar, el compromiso por parte del organismo internacional de que los procesos se sujetarán a normas uniformes aplicables a nivel internacional y que cumplan los principios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, compromiso cuyo cumplimiento necesariamente debe verificarse.

Asimismo, el convenio debe contener el compromiso del organismo internacional de llevar a cabo procesos de capacitación en materia de compras al personal que la entidad designe, disposición que no muestra una gran utilidad práctica, dada la inaplicación de la normativa contractual y la acreditación del personal a la cual nos hemos referido anteriormente en este libro.

Además, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, se consigna la obligación por parte de la entidad de incluir las contrataciones en el Plan Anual de Contrataciones, así como de registrar en el Seace, directamente o a través del organismo internacional, la convocatoria de los procesos de contratación que realice el organismo internacional encargado, el resultado de los mismos, los proveedores adjudicados, los montos y contratos celebrados. Ello, sin embargo, no corrige las atingencias existentes respecto de esta modalidad de encargo.

Finalmente, conforme lo dispuesto por el Reglamento, los convenios deben contener la provisión de información periódica al Ministerio de Economía y Finanzas, Contraloría General de la República y al OSCE, respecto de la ejecución del encargo, sin perjuicio de aquella información que sea solicitada por estas entidades. Esto, que se muestra como un mecanismo de control, no resultaría suficiente para asegurar la eficiencia de este proceso de selección especial.

---

(706) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 789 y ss.

## IV. SUBASTA INVERSA

---

La subasta inversa es un mecanismo que, de manera similar a lo que ocurre con las compras corporativas, tiene por finalidad generar eficiencia, mostrando una mayor celeridad<sup>(707)</sup> y una mejor fiscalización. Así, la Ley establece<sup>(708)</sup> que los procesos de selección pueden ser efectuados a través de la subasta inversa, dejando al Reglamento su definición y regulación.

En este orden de ideas, conforme lo señala el Reglamento<sup>(709)</sup>, la subasta inversa es la modalidad de selección por la cual una entidad realiza la contratación de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria. Se señala además que esta modalidad de selección puede realizarse de manera presencial o electrónica.

### 1. Generalidades

En primer lugar, debemos señalar que esta modalidad especial de contratación no es una novedad del Reglamento de la Ley, puesto que aparece con el Reglamento del TUO, donde ya se había configurado como un mecanismo para comparar precios, pudiendo realizarse de manera presencial o virtual<sup>(710)</sup>; teniendo en cuenta sin embargo que el TUO no se pronunciaba sobre el particular.

Conforme al Reglamento y a la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD “Aplicación de la modalidad Especial de Selección por Subasta Inversa”<sup>(711)</sup>, se consideran bienes o servicios comunes, aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, tienen patrones de calidad y de desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan. Este concepto de bien o servicio común es el mismo que debe emplearse para efectos de las compras comparativas que hemos visto anteriormente en este capítulo.

---

(707) Lo cual es ratificado por resoluciones del Tribunal de Contrataciones. Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 739-740.

(708) Artículo 15 de la Ley.

(709) Artículo 90 del Reglamento.

(710) VALENCIA PAREDES, Luz Margarita. Ob. cit., p. 186.

(711) Aprobada por Resolución N° 290-2012-OSCE-PRE.

La norma establece además que la subasta inversa presencial se realiza en acto público por medio de propuestas de precios escritos y lances verbales. A su vez, la subasta inversa electrónica se realiza a través del Seace. Ahora bien, la Nueva Ley solamente regula la modalidad electrónica de la subasta inversa, lo cual es más eficiente, a lo cual debe agregarse que la considera un proceso de selección más y ya no una modalidad especial de contratación.

En este orden de ideas, es clave que la subasta inversa se realice de manera electrónica, únicamente, como lo establece la Nueva Ley. Como lo hemos señalado anteriormente, todos los procesos de selección deberían ser realizados de manera electrónica, siendo necesario determinar la viabilidad técnica de ello, puesto que desde el punto de vista jurídico o de la gestión pública no existe objeción alguna para el empleo de los procesos electrónicos.

## **2. Fichas técnicas**

El Reglamento prescribe<sup>(712)</sup> que el OSCE aprobará las fichas técnicas de los bienes y servicios transables que puedan contratarse bajo esta modalidad, observando las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias, así como la normativa aplicable. Dichas fichas técnicas serán incluidas en el Listado de Bienes y Servicios Comunes publicado en el Seace, debiendo ser revisadas permanentemente por el OSCE, pudiendo ser objeto de modificación o exclusión, previo sustento técnico legal.

En este punto la Directiva establece<sup>(713)</sup> que la Subdirección de Procesos Especiales de la Dirección Técnico Normativa del OSCE tiene a su cargo la elaboración de los proyectos de fichas técnicas de bienes o servicios comunes. Para tal efecto, podrá tomar en cuenta las sugerencias y/o recomendaciones que efectúen las entidades, los gremios legalmente constituidos o los proveedores inscritos en el RNP.

Asimismo se establece que dicha Subdirección publicará dichos proyectos en el Seace por un plazo no menor a ocho (8) días hábiles, plazo en el que cualquier interesado podrá presentar sugerencias y/o recomendaciones por la misma vía o por escrito. Ello permite cumplir con varios de los principios aplicables a la contratación administrativa, pero también coadyuva a la toma de decisiones eficientes en cuanto a la aprobación de las fichas técnicas por parte del OSCE.

---

(712) Artículo 90 del Reglamento.

(713) Numeral 6.2 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.



Una vez transcurrido el plazo señalado anteriormente, la Subdirección de Procesos Especiales evaluará las sugerencias y/o recomendaciones, conforme lo preceptuado por la Directiva<sup>(714)</sup>. Con o sin ellas, deberá emitir un informe técnico, a fin que la Dirección Técnico Normativa proponga a la Presidencia Ejecutiva del OSCE el contenido definitivo de la ficha técnica de un bien o servicio, para que sea incluido en el respectivo Listado de Bienes y Servicios Comunes.

Asimismo, la norma establece que el informe técnico que se emita deberá acreditar que las características técnicas de un bien o un servicio reúnen las condiciones establecidas en el Reglamento. Con tal propósito, la Subdirección de Procesos Especiales podrá solicitar, cuando lo considere pertinente, información u opinión complementaria de uno o más peritos, gremios u organismos especializados.

### **Aprobación de una ficha técnica**

Al respecto, la Directiva preceptúa<sup>(715)</sup> que sobre la base del Informe técnico recibido, la Presidencia Ejecutiva del OSCE propondrá al Consejo Directivo la aprobación de la ficha técnica de un bien o servicio, el que después de aprobarla dispondrá su inclusión en el respectivo Listado de Bienes y Servicios Comunes.

Dicha inclusión se hará efectiva, previa Resolución de la Presidencia Ejecutiva del OSCE que formaliza el acuerdo adoptado por el Consejo Directivo, con la publicación de la ficha técnica en el Seace, momento desde el cual toda entidad podrá utilizar la subasta inversa como modalidad de selección para contratar algún bien o servicio común, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.

Se señala en la Directiva que, contra la aprobación de la ficha técnica no procede la interposición de recurso administrativo alguno. La norma no señala sin embargo la posibilidad de impugnación judicial a través del proceso contencioso administrativo, lo cual no resultaría necesario dado que ello se encuentra previsto constitucionalmente.

### **Modificación y/o exclusión de una ficha técnica**

En este punto, la Directiva antes señalada prescribe<sup>(716)</sup> que cualquier entidad, gremio legalmente constituido o proveedor inscrito en el

---

(714) Numeral 6.3 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(715) Numeral 6.4 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(716) Numeral 6.5 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

RNP podrá solicitar la modificación o exclusión de una ficha técnica incluida en el Listado de Bienes y Servicios Comunes.

La norma preceptúa que la Subdirección de Procesos Especiales evaluará la solicitud y, de considerarlo procedente elabora un informe técnico, recomendando la modificación o exclusión de la citada ficha, el cual a su vez será elevado por la Dirección Técnico Normativa a la Presidencia Ejecutiva del OSCE. Seguidamente, con base en dicho informe técnico, la Presidencia Ejecutiva del OSCE propondrá su aprobación al Consejo Directivo.

No obstante lo antes señalado, la Directiva preceptúa que la modificación y/o exclusión de una ficha técnica también se podrá realizar de oficio, previo informe técnico sustentatorio elaborado por la Subdirección de Procesos Especiales. Debe entenderse que a partir de dicho informe el trámite es el mismo que el que se aplica a la modificación o exclusión, a pedido de parte.

Finalmente, la norma prescribe que la utilización de la ficha técnica modificada resulta obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el Seace. La exclusión de la ficha técnica se hará efectiva desde el momento en que tal exclusión se registre en el Seace.

### **Descripción de las fichas técnicas**

Conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(717)</sup>, las fichas técnicas contienen las características y especificaciones técnicas o términos de referencia que debe tener determinado bien o servicio al momento de su entrega o prestación a la entidad. La cantidad, lugar, fecha y forma de entrega o prestación y demás condiciones serán establecidas en las Bases del proceso.

Ahora bien, y de la misma manera como se regula en la contratación clásica, se establece que las fichas técnicas no podrán hacer referencia a marcas, tipo o modelo del bien o servicio determinado, salvo para contrataciones por entidades que han realizado previamente el respectivo proceso de estandarización, conforme a lo dispuesto en el Reglamento y demás normas complementarias. Caso contrario, nos encontraríamos ante una violación del principio de libre concurrencia y competencia.

---

(717) Numeral 6.6 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

### **3. Uso y obligatoriedad de la modalidad de subasta inversa**

Ahora bien, el Reglamento establece una importante regulación respecto a los supuestos en los cuales debe aplicarse necesariamente la subasta inversa y los supuestos en los cuales ello no es obligatorio<sup>(718)</sup>. En primer lugar, señala el Reglamento<sup>(719)</sup> que la contratación de un bien o servicio que se encuentra incluido en el Listado de Bienes y Servicios Comunes resulta obligatoria utilizando la modalidad de subasta inversa, a partir de los treinta (30) días calendario desde la publicación de las fichas técnicas respectivas en el Seace, siempre que dicho bien o servicio no se encuentre incluido en el Catálogo de Convenios Marco, en cuyo caso deberá adquirirlo empleando tal modalidad. Antes del cumplimiento de dicho plazo, la utilización de la modalidad de subasta inversa es facultativa.

En caso de que, con anterioridad a la publicación de las fichas técnicas, las entidades hayan convocado un proceso de selección sobre los mismos bienes y servicios, deberán continuar con dicho proceso. Se señala además que, en caso de que el proceso de selección convocado sea declarado desierto, la convocatoria ulterior deberá efectuarse por subasta inversa.

Por otro lado, si un proceso de selección sujeto a la modalidad de subasta inversa es declarado desierto, la siguiente convocatoria se realizará bajo dicha modalidad, salvo que se haya excluido la ficha técnica objeto del proceso, en cuyo caso la contratación ulterior deberá efectuarse por un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía no sujeto a esta modalidad.

Finalmente, en el caso de que el valor referencial de la contratación de bienes o servicios comunes corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía, será potestad de la entidad utilizar la modalidad de subasta inversa, en cuyo caso deberá realizarse de manera electrónica.

#### **Autorización para llevar a cabo un proceso de selección tradicional**

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(720)</sup>, las entidades podrán convocar un proceso de selección tradicional, en caso de la existencia de condiciones más ventajosas que sean objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad, para lo cual deberán obtener la autorización del OSCE, antes de efectuar la contratación.

---

(718) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 740 y ss.

(719) Artículo 91 del Reglamento.

(720) Ídem.

En este punto, la Directiva prescribe<sup>(721)</sup> que, solo en los casos que la entidad solicite a la Dirección Técnico Normativa, en atención a lo establecido en el artículo 91 del Reglamento, la autorización para llevar a cabo un proceso de selección tradicional, sustentando su pedido en la declaratoria de desierto del proceso convocado por la modalidad de subasta inversa, deberá adjuntar, como parte de la documentación que sustenta su pedido, el informe de evaluación del desierto a que se refiere el artículo 78 del Reglamento<sup>(722)</sup>. Lo que hace la Directiva en ese caso es considerar la declaración de desierto como un supuesto de autorización, lo cual no fluye directamente del Reglamento, siendo más bien una interpretación discutible del mismo.

Finalmente, la Directiva establece que la declaratoria de desierto no es el único supuesto que puede sustentar la autorización para realizar un proceso de selección tradicional, por lo que la solicitud de autorización que presente la entidad puede basarse en otros motivos que demuestren condiciones más ventajosas para no efectuar la modalidad de subasta inversa.

#### **4. Actos preparatorios, proceso de selección y ejecución contractual**

El Reglamento preceptúa<sup>(723)</sup> que la conformación y actuación del Comité Especial se sujetan en general a las reglas que se encuentran previstas en el Reglamento. Sin embargo, el capítulo respectivo de dicha norma establece un conjunto de particularidades sobre en este punto, a lo que debemos agregar lo dispuesto por la Directiva respectiva.

El Reglamento establece que la utilización de la modalidad de selección por Subasta Inversa no exime a la entidad del cumplimiento de las disposiciones referidas a las fases de Programación y Actos Preparatorios y de Ejecución Contractual, salvo las particularidades expresamente señaladas en la norma sobre el particular.

#### **Expediente de contratación**

Como ya lo hemos señalado anteriormente, el expediente de contratación es un elemento clave de los actos preparatorios de todo proceso

---

(721) Numeral 6.18 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(722) Dicha norma dispone que cuando un proceso de selección es declarado desierto total o parcialmente, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, deberá emitir informe al Titular de la entidad o al funcionario a quien haya delegado la facultad de aprobación del Expediente de Contratación en el que justifique y evalúe las causas que no permitieron la conclusión del proceso, debiéndose adoptar las medidas correctivas antes de convocar nuevamente.

(723) Artículo 92 del Reglamento.

de selección. El primer elemento de dicho expediente, y a su vez el primero de los actos preparatorios es el requerimiento. Por ello, en primer lugar, en el expediente de contratación debe constar la modalidad de selección de subasta inversa, precisión que no es necesaria en el Plan Anual.

En este orden de ideas, la Directiva establece<sup>(724)</sup> que el órgano encargado de contrataciones de la entidad deberá verificar si el bien o servicio requerido por el área usuaria se encuentra en el Listado de Bienes y Servicios Comunes. De ser así, adicionalmente, verificará que el requerimiento se encuentre formulado acorde a la ficha técnica de uso obligatorio en ese momento; caso contrario, solicitará al área usuaria que adecue su pedido a la ficha técnica<sup>(725)</sup>.

Por otro lado, si antes de convocar el proceso de selección, la ficha técnica sufre modificaciones, el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones deberán reformular el requerimiento y, de ser el caso, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, respectivamente, acorde a la ficha técnica modificada. En este caso, deberá procederse a aprobar nuevamente el expediente de contratación.

### **Las bases en la subasta inversa**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, las Bases deberán contener la convocatoria, la ficha técnica del bien o servicio requerido, la misma que se obtendrá del Listado de Bienes o Servicios Comunes publicado en el Seace, la proforma del contrato, los plazos, la forma, el lugar y las demás condiciones para el cumplimiento de la prestación, siguiendo lo establecido en el artículo 26 de la Ley, en lo que resulte aplicable. Dicho artículo, como ya lo hemos señalado anteriormente en este libro, contiene las condiciones mínimas de las bases.

Asimismo, conforme al Reglamento, la descripción del objeto de la contratación deberá estar acompañada del código respectivo, de acuerdo a la clasificación adoptada por el listado correspondiente, el cual hemos referido líneas arriba y que contiene los bienes y servicios comunes.

Ahora bien, en este punto la Directiva prescribe<sup>(726)</sup> que la ficha técnica de un bien o servicio deberá corresponder a la versión de uso obligatorio que se encuentre publicada en el Seace a la fecha de convocatoria del proceso, la cual no podrá incluir modificaciones durante el desarrollo del proceso de selección.

---

(724) Numeral 6.8 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(725) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 744.

(726) Numeral 6.11 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

Por otro lado, la norma antes citada preceptúa que la Dirección de Supervisión del OSCE tendrá a su cargo la supervisión y monitoreo selectivo y/o aleatorio de los procesos de subasta inversa, velando por su debida adecuación a la normativa sobre contrataciones del Estado, a la presente Directiva y a cualquier otra norma relacionada con el objeto del proceso de selección.

En caso de que se adviertan observaciones y/o deficiencias en el contenido de las Bases, el Resumen Ejecutivo o en la ficha de convocatoria del proceso, se establece que la Dirección de Supervisión podrá emitir notificaciones electrónicas y/u oficios, las que serán visualizadas, además de la Lista de Notificaciones que cada entidad tiene en el Seace, en la ficha de convocatoria del proceso.

Finalmente, los aspectos advertidos en las notificaciones electrónicas y/u oficios deberán ser considerados obligatoriamente por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, los participantes, los postores o contratistas durante el desarrollo del proceso de selección o ejecución contractual.

### **El proceso de selección**

En este punto, el Reglamento prescribe<sup>(727)</sup> que, cualquiera que sea el tipo de proceso de selección, la convocatoria será efectuada a través de su publicación en el Seace, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases y, cuando corresponda, un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad de todos los actos desarrollados con posterioridad.

Por otro lado, conforme lo dispuesto por la Ley, en las contrataciones sujetas a la modalidad de subasta inversa se adjudicará la Buena Pro a la propuesta de menor costo, no siendo aplicables puntajes, bonificaciones, promociones u otros beneficios adicionales que impliquen una evaluación distinta.

### **Presunción de cumplimiento**

Ahora bien, conforme al Reglamento, se presume que los bienes y/o servicios ofertados cumplen con las características exigidas en las fichas técnicas y con las condiciones previstas en las Bases<sup>(728)</sup>. El reglamento establece que esta presunción no admite prueba en contrario, siendo

---

(727) Artículo 92 del Reglamento.

(728) Artículo 93 del Reglamento.

entonces una presunción legal absoluta, la cual no puede enervarse, lo que antiguamente se denominada presunción *iure et de iure*.

Sin embargo, la Directiva prescribe<sup>(729)</sup> que la ficha técnica de un bien o servicio establecerá si es obligatorio, prohibido u opcional para la entidad exigir durante la ejecución contractual la entrega de un Certificado de Conformidad de Producto con Valor Oficial o Certificado de Inspección con Valor Oficial.

Dicho certificado deberá ser emitido por un organismo de evaluación de la conformidad acreditado por la autoridad competente, o documento equivalente emitido por un organismo de evaluación de la conformidad autorizado por la entidad competente, que asegure que el bien entregado o servicio prestado por el contratista reúne las características contenidas en la ficha, cuya contratación será asumida por el contratista.

En consecuencia, la Directiva establece que, cuando la ficha técnica señale como obligatoria u opcional la entrega del documento señalado en el párrafo precedente, la entidad deberá establecer dicha condición en la cláusula correspondiente de la proforma de contrato.

### **Declaración de desierto**

La Directiva preceptúa<sup>(730)</sup> que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley, el proceso de selección será declarado desierto cuando no exista, como mínimo dos (2) ofertas válidas. En este caso notamos una importancia diferencia con el procedimiento tradicional, en el cual se requiere por lo menos una propuesta válida. La razón es que con una sola propuesta válida el proceso de subasta inversa perdería su justificación, al no haber propuesta económica con la cual efectuar la respectiva comparación de precios.

De declararse desierto el proceso, se convocará a una Adjudicación de Menor Cuantía Derivada por subasta inversa, la cual puede ser realizada en forma presencial o electrónica, salvo que se haya excluido la ficha técnica objeto del proceso, tal como lo dispone el Reglamento, disposición a la cual nos hemos referido líneas arriba en este capítulo.

En este punto la Directiva preceptúa que en el supuesto que la entidad opte por llevar a cabo una subasta inversa presencial, el plazo entre la convocatoria y la presentación de propuestas no será menor a dos (2) días hábiles. En caso de que se trate de una subasta inversa electrónica,

---

(729) Numeral 6.16 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(730) Numeral 6.14 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

el plazo para la etapa de registro de participantes, registro y presentación de propuestas no podrá ser menor a dos (2) días hábiles.

Ahora bien, de haberse producido modificaciones a la ficha técnica, para la siguiente convocatoria deberá emplearse la ficha técnica modificada. En dicho caso el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones deberán reformular el requerimiento y, de ser el caso, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, respectivamente, acorde a la ficha técnica modificada.

Finalmente, cuando estamos frente a un proceso cuyo valor referencial corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía, convocado por opción de la entidad bajo la modalidad de subasta inversa, y sea declarado desierto, la Directiva prescribe que en este caso la entidad podrá optar por efectuar la siguiente convocatoria bajo esta modalidad o como un proceso de selección tradicional.

### **Recurso de apelación**

Se establece además en el Reglamento<sup>(731)</sup> que las discrepancias que surjan desde la convocatoria hasta la celebración del contrato inclusive, podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Titular de la entidad o el Tribunal, según corresponda, debiendo cumplirse los requisitos y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento. Desafortunadamente, en materia de subasta inversa se mantiene la errónea competencia para resolver recursos de apelación a favor del Titular de la entidad, que como lo hemos señalado reiteradamente no permite asegurar la neutralidad de dicho titular.

En cuanto al plazo, el Reglamento prescribe que el Titular de la entidad o el Tribunal, deberán resolver dentro del término no mayor de diez (10) días hábiles de admitido el recurso, salvo que hubiese requerido información adicional, en cuyo caso deberá pronunciarse dentro del término de quince (15) días hábiles. Es preciso señalar que dado que nos encontramos ante un proceso de selección más expeditivo el trámite del recurso de apelación debe serlo también.

### **Solución de controversias en la ejecución contractual**

En la subasta inversa las controversias que surjan durante la ejecución contractual también serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje, lo cual es enteramente consistente con lo prescrito por la Ley y el Reglamento. Ello teniendo en cuenta que, en principio, la ejecución

---

(731) Artículo 94 del Reglamento.



contractual se efectúa empleando las reglas generales de la normativa contractual.

Sin embargo, en este punto, la Directiva preceptúa<sup>(732)</sup> que, si las controversias estuvieran referidas a la adecuación que debe existir entre las características del bien entregado y/o servicio prestado por el contratista a la entidad y las especificaciones técnicas o términos de referencia contenidos en la ficha técnica respectiva, las partes podrán conciliar en función del dictamen pericial que emita el perito designado de común acuerdo por ellas.

## **5. Subasta Inversa Presencial**

La subasta inversa presencial es aquella modalidad que se realiza en acto público por medio de propuestas de precios escritos y lances verbales<sup>(733)</sup>. En este punto el Reglamento dispone<sup>(734)</sup> que, cualquiera sea el tipo de proceso de selección convocado, el registro de participantes se realizará desde el día siguiente de publicada la convocatoria en el Seace, hasta un día (1) antes de la fecha prevista para el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro.

Se señala además que, en el caso de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, el plazo entre la convocatoria y la presentación de propuestas no será menor a ocho (8) días hábiles. En las Adjudicaciones Directas, dicho plazo no será menor a cinco (5) días hábiles. En esta modalidad de selección no se considerarán las etapas de consulta ni de observaciones a las Bases.

### **Acto público**

Sobre el particular, se establece en el Reglamento que, en el día, hora y lugar indicados se realizará el acto público para la presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, en presencia de notario o juez de paz si es que en la localidad no hubiera acceso al primero. Dicho acto debe efectuarse con las garantías necesarias para asegurar que el acto se realice adecuadamente, siendo pertinente el empleo de medios técnicos<sup>(735)</sup>.

A su vez, la Directiva preceptúa<sup>(736)</sup> que el acto público es uno solo y, una vez iniciado, no puede suspenderse, salvo caso fortuito, fuerza mayor.

---

(732) Numeral 6.17 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(733) Artículo 90 del Reglamento.

(734) Artículo 95 del Reglamento.

(735) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 749.

(736) Numeral 7.1 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

Asimismo, en los procesos convocados según relación de ítems solamente podrá suspenderse el acto público cuando el horario no permita su continuación, debiendo reanudarse en el día hábil siguiente con el procedimiento que corresponda.

En cuanto a la comparecencia, el Reglamento preceptúa que las personas naturales concurren personalmente o a través de su apoderado, debidamente acreditado ante el Comité Especial mediante carta poder simple, conforme lo dispuesto por la referida norma.

A su vez, dicha norma establece que las personas jurídicas lo hacen por medio de su representante legal o apoderado. El representante legal acreditará tal condición con copia simple del documento registral vigente que consigne dicho cargo y, en el caso del apoderado, será acreditado con carta poder simple suscrita por el representante legal, a la que se adjuntará el documento registral vigente que acredite la condición de este. En ambos casos, se establece que en la carta poder debe establecerse la representación para formular propuestas, efectuar lances y para ejercer todos los demás actos inherentes a la subasta inversa durante el acto público.

Tratándose del apoderado designado por el representante legal común del consorcio o designado por uno de los integrantes del consorcio que se encuentre registrado como participante, la Directiva preceptúa<sup>(737)</sup> que la carta poder requerida por el Comité Especial deberá indicar, adicionalmente, que el apoderado cuenta con la facultad de formular propuestas, efectuar lances y ejercer todos los demás actos inherentes a la subasta inversa durante el acto público.

Ahora bien, de tratarse del representante legal de uno de los integrantes del consorcio que se encuentre registrado como participante, se entenderá que este se encuentre facultado por el consorcio para formular propuestas, efectuar lances y ejercer todos los demás actos inherentes a la subasta inversa durante el acto público.

### **Presentación de propuestas**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, el Comité Especial llamará a todos los participantes en el orden en que se hubieren inscrito, con la finalidad que presenten sus dos (2) sobres, de los cuales el primero, denominado sobre de habilitación, contendrá la documentación que acredite que el postor se encuentra habilitado para participar en el proceso de

---

(737) Numeral 7.2 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

selección y cumple con el objeto de la contratación, y el segundo su propuesta económica.

En cuanto al sobre de habilitación la Directiva preceptúa<sup>(738)</sup> que se presentará cerrado y deberá contener la declaración jurada respectiva conforme a lo establecido en el acápite i, literal a), numeral 1 del artículo 42 del Reglamento, la cual debe contener un conjunto de importantes precisiones a las cuales nos hemos referido en el capítulo correspondiente. El sobre debe contener también la promesa formal de consorcio, de ser el caso.

Dicho sobre debe contener además copia simple de aquellos documentos que acreditan el cumplimiento de los requisitos establecidos por la entidad por tener estricta relación con la habilitación de un postor para cumplir con el objeto de la contratación, incluyendo aquellos exigidos expresamente por la ficha técnica como parte del sobre de habilitación.

Asimismo, en el caso de procesos convocados según relación de ítems, el sobre de habilitación podrá ser presentado por cada ítem o podrá contener la documentación correspondiente a todos los ítems a los que se presenta el postor, siempre que dicha documentación se encuentre debidamente identificada y sea posible vincularla con el ítem al cual se presente.

Por otro lado, la propuesta económica se presentará en sobre cerrado, indicará el precio ofertado en función del valor referencial total del proceso o del ítem al cual se presenta el postor, según corresponda, y deberá expresarse hasta con dos (2) decimales<sup>(739)</sup>.

Se señala además que la propuesta económica no podrá exceder el valor referencial total del proceso o del ítem respectivo, lo cual es consistente con lo señalado por la normativa contractual sobre el particular. Asimismo, en los procesos convocados bajo el sistema de contratación a precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor deberá adjuntar el detalle de precios unitarios.

### **Apertura de propuestas**

En este punto, la Directiva preceptúa<sup>(740)</sup> que, en caso de que se haya omitido la presentación de algún documento emitido por autoridad pública nacional o un privado en ejercicio de función pública, tales como

---

(738) Numeral 7.3 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(739) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 750-751.

(740) Numeral 7.4 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

autorizaciones, permisos, títulos, constancias y/o certificados que acrediten estar inscritos o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga, el Comité Especial solicitará al postor que manifieste, en calidad de declaración jurada, si cuenta con los documentos omitidos en su sobre de habilitación los cuales deben haberse emitido con anterioridad a la fecha prevista para la realización del acto público.

Ahora bien, en el supuesto que el postor declare que cuenta con la documentación requerida, bajo las condiciones antes señaladas, el Comité Especial otorgará un plazo entre uno (1) o dos (2) días para que cumpla con la subsanación respectiva. Tales circunstancias deberán ser anotadas expresamente en el acta levantada por el notario público o juez de paz.

Se señala además que, aun cuando se encuentre pendiente la subsanación del sobre de habilitación, el acto público no se suspende, por lo que el Comité Especial abrirá cada uno de los sobres que contienen las propuestas económicas de los postores habilitados, incluyendo los de aquellos que cuentan con el plazo de subsanación respectivo, anunciando los montos ofertados, anotándolos en la pizarra, proyectándolos a través de la pantalla o por el medio elegido para tal efecto, ordenándolos de menor a mayor, garantizando así la perfecta visualización y seguimiento por parte de los asistentes.

### **Periodo de puja**

La subasta inversa se caracteriza en particular por la existencia de pujas, en donde se le otorgará la buena pro a aquel que oferte el precio más bajo<sup>(741)</sup>. En este punto, la Directiva establece el procedimiento a seguir a fin de realizar dichas pujas<sup>(742)</sup>. En primer lugar, se establece que el Comité Especial invitará al postor que haya presentado la propuesta de menor precio a dar inicio a la puja, realizando lances verbales, y luego a los demás postores siguiendo la secuencia de menor a mayor precio. Ahora bien, en caso de haberse producido un empate en el monto de las propuestas económicas, el Comité Especial realizará el sorteo respectivo entre ellos, para determinar el orden de los lances.

Asimismo, la Directiva preceptúa que los lances verbales que se efectúen durante el periodo de puja deberán contemplar necesariamente el valor monetario fijado como decremento mínimo, que es aplicado al monto más bajo ofrecido hasta dicho momento. Es preciso señalar que

---

(741) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 752 y ss.

(742) Numeral 7.5 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

dicho decremento se encuentra fijado en las bases y no se contempla un decremento máximo, lo cual puede llevar a una reducción sustancial del precio.

Por otro lado, se establece que los postores pueden realizar las coordinaciones internas que consideren pertinentes, ya sea por vía telefónica u otros medios análogos disponibles, con la finalidad de hacer propuestas serias y reales. Sin embargo, considerando que se hallan en plena competencia, cualquier comunicación o coordinación entre ellos que sea detectada por el Comité Especial y el notario público o juez de paz, será considerada como un acto de concertación prohibido por la Ley, y ocasionará la descalificación inmediata de los postores implicados, al vulnerar el principio de libre concurrencia y competencia.

Cuando un postor sea requerido para realizar un lance verbal, contará con no más de tres (3) minutos para dar una respuesta; de no hacerlo, se le tendrá por desistido. Un postor será excluido de la puja cuando, al ser requerido para realizar un lance verbal, manifieste expresamente su desistimiento. Una vez desistido, el postor no podrá volver a efectuar lances en las rondas sucesivas.

De otro lado, si el lance no respeta el decremento mínimo previsto en las Bases, el Comité Especial debe indicarle al postor que su lance no es válido y que puede efectuar otro lance, siempre que no hayan transcurrido los tres (3) minutos. Asimismo, no cabe la rectificación de un lance válido, debiendo el Comité Especial solo tomar en cuenta el primer lance realizado.

Finalmente, la Directiva preceptúa en este punto que el periodo de puja culmina cuando se ha identificado el precio más bajo, luego de que todos los demás postores que participaron en dicho periodo hayan desistido de seguir efectuando nuevos lances.

### **Otorgamiento de la Buena Pro**

Sobre el particular, la Directiva prescribe<sup>(743)</sup> que, una vez culminado el periodo de puja, se establecerá el orden de prelación de los postores en función al último precio ofrecido, incluyendo aquellos que no participaron de la puja. No se asignarán puntajes ni bonificaciones. Como resultado, se otorgará la Buena Pro al postor que haya ofrecido el precio más bajo. Asimismo, en caso de empate, el único supuesto de desempate es el sorteo en el mismo acto público.

---

(743) Numeral 7.6 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

Solo en el caso de que se haya otorgado un plazo para la subsanación del sobre de habilitación, se suspenderá el acto público hasta el día siguiente en que se venza el plazo concedido por el Comité Especial, fecha en la cual se reanuda el acto público. Si vencido el referido plazo, el postor no ha cumplido con efectuar la subsanación, el Comité Especial lo descalificará.

Se entenderá que la Buena Pro ha quedado consentida el día de su otorgamiento, si otorgada la Buena Pro del proceso o del ítem, de ser el caso, ningún postor hubiera dejado constar en el acta su intención de impugnar el proceso. Por otro lado, se establece que en caso de empate el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará a través de sorteo en el mismo acto.

### **Recurso de apelación**

Conforme lo establece el Reglamento<sup>(744)</sup>, el recurso de apelación contra los actos producidos durante el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de la Buena Pro, y contra los actos que afecten su validez, deberá ser interpuesto por los postores dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de dicho acto público, en el caso de licitaciones públicas y concursos públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes de dicho acto público en el caso de adjudicaciones directas.

En el caso de procesos de selección según relación de ítems, el Reglamento preceptúa que el plazo indicado en el párrafo anterior se contará a partir de la culminación del acto público de otorgamiento de la Buena Pro de la totalidad de los ítems.

Finalmente, se establece que, para los actos posteriores al otorgamiento de la Buena Pro, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, en el caso de licitaciones públicas y concursos públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes en el caso de adjudicaciones directas.

## **6. Subasta inversa electrónica**

La subasta inversa también puede realizarse de manera electrónica, a través del Seace<sup>(745)</sup>. El Reglamento dispone<sup>(746)</sup> en este punto que

---

(744) Artículo 95 del Reglamento.

(745) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 753 y ss.

(746) Artículo 96 del Reglamento.

la convocatoria, el registro de participantes, el registro y presentación de propuestas, la apertura de propuestas y el periodo de lances, así como el otorgamiento de la buena pro, se efectuarán y difundirán a través del Seace.

### **Registro de participantes**

Asimismo, cualquiera sea el tipo de proceso de selección convocado, el registro de participantes, registro y presentación de propuestas se realizará desde el día siguiente de publicada la convocatoria en el Seace hasta la fecha y hora señaladas en el calendario para tales efectos y se efectuará a través del Seace, de acuerdo al procedimiento establecido por el OSCE.

En los procesos de selección que correspondan a Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, la norma preceptúa que la etapa de registro de participantes, registro y presentación de propuestas no podrá tener un plazo menor a ocho (8) días hábiles. En los procesos de Adjudicaciones Directas, dicho plazo no podrá ser menor a cinco (5) días hábiles. En los procesos de selección de Adjudicaciones de Menor cuantía, el plazo no podrá ser menor a dos (2) días hábiles.

Para el registro, la Directiva prescribe<sup>(747)</sup> que el proveedor debe declarar la aceptación de las condiciones de uso del Sistema para participar en el proceso de selección por subasta inversa electrónica. Para tales efectos, y con carácter de declaración jurada, deberá aceptar el formulario que le mostrará el Sistema en el Seace, en el cual debe señalar, en primer lugar, tener conocimiento que el formulario tiene carácter de declaración jurada; conocer lo estipulado en la Ley y el Reglamento en lo referente a la participación en procesos de selección a través del Seace; conocer la normativa aplicable al proceso; así como, asumir la responsabilidad por la información y documentación remitida en formato digital a través del Seace<sup>(748)</sup>.

### **Registro de propuestas**

El Reglamento señala además que la apertura de propuestas y periodo de lances se realizará a través del Seace, de acuerdo al procedimiento establecido por el OSCE. En este orden de ideas, la Directiva preceptúa que los participantes deben registrar sus propuestas y luego presentarlas a través del sistema, según lo establecido en las bases.

---

(747) Numeral 8.3 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(748) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 754.

En primer lugar, conforme lo establecido por la Directiva<sup>(749)</sup>, el participante deberá añadir los archivos conteniendo los documentos de habilitación solicitados en las Bases. Dichos documentos deberán contar con el sello y rúbrica del postor o su representante legal o mandatario designado para dicho fin.

Ahora bien, en caso de que el postor sea una persona natural, bastará que este o su apoderado, indique debajo de la rúbrica sus nombres y apellidos completos. El participante deberá verificar antes del envío, bajo su responsabilidad y la del postor, que el archivo pueda ser descargado y su contenido sea legible.

Asimismo, la Directiva preceptúa que la propuesta económica se registrará en función del valor referencial total del proceso o del ítem al cual se presenta la propuesta, según corresponda, y será utilizada por el Sistema para dar inicio al periodo de lances en línea.

Solo en los procesos convocados bajo el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el participante deberá adjuntar obligatoriamente un archivo que contenga el detalle de precios unitarios. Dicho documento digitalizado contará con el sello y la rúbrica del postor o su representante legal o mandatario designado para dicho fin.

En caso de que el postor sea una persona natural, bastará que este o su apoderado, indique debajo de la rúbrica sus nombres y apellidos completos. El participante deberá verificar antes del envío, bajo su responsabilidad y la del postor, que el archivo pueda ser descargado y su contenido sea legible.

### **Presentación de propuestas**

En este punto, la Directiva preceptúa<sup>(750)</sup> que, una vez finalizado el registro de la propuesta, el participante podrá presentarla a través del Sistema. Para tal efecto, previamente deberá aceptar con carácter de declaración jurada que se cumple con las condiciones estipuladas en el acápite i), literal a) numeral 1 del artículo 42 del Reglamento, a lo cual ya nos hemos referido con amplitud en el capítulo correspondiente de este libro.

Asimismo, el postor debe indicar que los bienes o servicios ofrecidos cumplen con las características técnicas y de calidad indicadas en la ficha técnica, así como todas las condiciones solicitadas en las

---

(749) Numeral 8.4 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(750) Numeral 8.5 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.



Bases; que no ha sobornado ni ejercido presión sobre ningún funcionario con relación al respectivo proceso de selección; y, que se cuenta con la totalidad de documentación solicitada en las Bases para el sobre de habilitación.

### **Apertura de propuestas y lances**

Sobre el particular, la Directiva regula un mecanismo denominado mejora de precios<sup>(751)</sup>, el cual permitirá que los postores mejoren los precios de sus propuestas económicas a través de lances sucesivos a ser realizados en línea<sup>(752)</sup>. Las Bases no fijarán decremento mínimo alguno. Para ello, la norma regula un procedimiento, que consta de varias actuaciones.

En primer lugar, en la fecha y hora indicadas en el calendario del proceso, el postor accederá al Seace, ingresando su usuario y contraseña. Luego, el postor ingresará a la ficha del proceso de selección y seguidamente accederá a la opción mejora de precios. En seguida, el postor visualizará su monto ofertado y el mejor monto ofertado hasta ese momento, para hacer efectiva su participación en la mejora de precios mediante lances en línea.

La Directiva preceptúa que el postor podrá mejorar el monto de la propuesta económica de menor precio hasta ese momento y/o mejorar su propia propuesta económica durante el periodo establecido para los lances en línea, según lo previsto en el calendario del proceso.

Por otro lado, se establece que el postor no está obligado a enviar lances inferiores al menor precio vigente a ese momento, pero sus lances deberán ser siempre inferiores a su último precio ofertado. Esta es una disposición curiosa, puesto que el escenario ideal es que el postor oferte un menor precio que el menor de todos los existentes.

La norma establece que cinco (5) minutos antes de la finalización del horario indicado en el calendario del proceso para efectuar los lances en línea, el sistema enviará una alerta indicando el inicio del cierre aleatorio. La duración del cierre será determinada por el sistema en forma aleatoria, pudiendo variar entre uno (1) a treinta (30) minutos, tiempo durante el cual los postores podrán enviar sus últimos lances. Cerrado este ciclo no se admitirán más lances en el proceso.

---

(751) Numeral 8.8 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(752) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 755-756.

## **Orden de prelación y otorgamiento de la Buena Pro**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(753)</sup>, una vez culminada la etapa de apertura de propuestas y periodo de lances, el sistema registrará los resultados y el orden de prelación de los postores, generando y publicando el acta electrónica con el detalle del desarrollo de dicha etapa. Conforme lo dispone la Directiva, debe tenerse en cuenta el ítem o ítems del proceso<sup>(754)</sup>.

El Reglamento preceptúa además que el Comité Especial verificará que el postor que haya obtenido el primer lugar en el orden de prelación, haya presentado la documentación exigida por las Bases; en caso contrario procederá a descalificarlo, y evaluará la documentación del siguiente postor en estricto orden de prelación, y así de manera sucesiva.

Sin embargo, la Directiva establece en este punto<sup>(755)</sup> que el Comité Especial deberá verificar que los postores que han obtenido el primer y el segundo lugar hayan presentado la documentación exigida por las Bases como parte de los documentos de habilitación. Si la evaluación es sucesiva, y así lo establece el Reglamento y la propia Directiva, no es clara la razón por la cual esta última establece una regulación distinta.

### **Subsanación**

Ahora bien, en aplicación del principio de informalismo, pero también el de eficiencia, se establece en la norma que, si existen defectos de forma, como errores u omisiones en los documentos presentados que no alteren el alcance del sobre de habilitación, o se haya omitido la presentación de algún documento emitido por autoridad pública nacional o un privado en ejercicio de función pública, que acrediten estar inscrito o integrar un registro, y otros de naturaleza análoga, el Comité Especial notificará a través del Sistema al postor para que proceda a la subsanación respectiva, para lo cual le podrá otorgar un plazo entre uno (1) o dos (2) días, quedando suspendido el Otorgamiento de la Buena Pro. Dicho plazo se computa desde el día siguiente de notificado el requerimiento al postor a través del sistema. La presentación de los documentos a ser subsanados se realiza por el mismo medio.

Ahora bien, de corroborarse que la declaración jurada anteriormente señalada no se ajusta a la realidad, la entidad deberá comunicar dicha

---

(753) Artículo 96 del Reglamento.

(754) Numeral 8.9 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

(755) Numeral 8.10 de la Directiva N° 015-2012-OSCE-CD.

situación al Tribunal de Contrataciones del Estado para el inicio del procedimiento sancionador correspondiente. Ello, sin perjuicio de la respectiva denuncia por la comisión de delito contra la fe pública.

### **Consentimiento**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, se entenderá que la Buena Pro ha quedado consentida, si dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de la publicación en el Seace del acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el caso de licitaciones públicas y concursos públicos, o de cinco (5) días en el caso de adjudicaciones directas o adjudicaciones de menor cuantía, no se ha interpuesto recurso de apelación. En caso de empate, el otorgamiento de la Buena Pro se efectuará a través de sorteo en el mismo acto.

### **Recurso de apelación**

Sobre el particular, el Reglamento preceptúa que el recurso contra los actos que se produzcan desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la Buena Pro y contra los actos que afecten su validez, deberá ser interpuesto por los postores dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de la publicación en el Seace del acta de otorgamiento de la Buena Pro, en el caso de licitaciones públicas y concursos públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes de dicho acto público en el caso de adjudicaciones directas y adjudicaciones de menor cuantía.

En cuanto al plazo, la norma<sup>(756)</sup> establece que, para los actos posteriores al otorgamiento de la Buena Pro, el recurso de apelación deberá interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar, en el caso de licitaciones públicas y concursos públicos, y cinco (5) días hábiles siguientes en el caso de adjudicaciones directas y adjudicaciones de menor cuantía.

## **V. CONVENIO MARCO**

---

El Reglamento define<sup>(757)</sup> el Convenio Marco como la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco. Sin embargo, ya la Ley establece<sup>(758)</sup> que los procesos de selección pueden realizarse a

---

(756) Párrafos finales del artículo 96 del Reglamento.

(757) Artículo 97 del Reglamento.

(758) Artículo 15 de la Ley.

través de la modalidad de Convenio Marco. El TUO no hacía mención sobre el particular, pero si su Reglamento<sup>(759)</sup>, denominándolo convenio marco de precios.

Este mecanismo tiene por finalidad generar una contratación más eficiente, reduciendo los costos de transacción de los proveedores, así como los costos administrativos de las entidades, al centralizar gran parte del proceso de contratación en la entidad responsable. Ello explica la importante regulación que existe sobre el particular en el Reglamento, y en especial en la Directiva correspondiente, como veremos a continuación.

## 1. Generalidades

En cuanto a la competencia, el Reglamento establece que la definición de los bienes y servicios a contratar mediante esta modalidad, la conducción de los procesos de selección, la suscripción de los acuerdos correspondientes y la administración de los Convenios Marco, estarán a cargo de la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

Sin embargo, conforme lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 014-2009 los procesos de contrataciones que se encuentra sujetos a la modalidad de Convenio Marco estarán a cargo del OSCE, en tanto se implemente Perú Compras, lo cual no ocurre hasta el momento, como lo hemos señalado en el capítulo correspondiente y en este mismo capítulo, en particular al tratar las compras corporativas.

Ello se encuentra corroborado a su vez por lo dispuesto por la Disposición Final de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD "Convenio Marco"<sup>(760)</sup>, la misma que establece que el OSCE asumirá todas las funciones y responsabilidades de la Central de Compras Públicas - Perú Compras, relacionadas con la funciones de planeamiento, programación, coordinación, evaluación y conducción de los procesos de selección bajo la modalidad especial de Convenio Marco, en tanto dicha entidad se implemente, por lo que desempeñará las funciones de entidad responsable mientras se lleve a cabo dicha implementación<sup>(761)</sup>.

---

### (759) **Artículo 187.- Definición de Convenio Marco**

"El Convenio Marco, es la modalidad por la cual Consucode selecciona a aquellos proveedores con los que las entidades deberán adquirir o contratar de manera directa los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo de Convenio Marco y las correspondientes Fichas de Convenio Marco. Las adquisiciones y contrataciones bajo esta modalidad de selección no se considerarán como fraccionamiento".

(760) Aprobada mediante Resolución N° 292-2012-OSCE-PRE.

(761) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 760.

## **Catálogo electrónico**

Ahora bien, se establece en la norma que el Catálogo Electrónico de Convenios Marco está a cargo del OSCE. Es publicado y difundido a través del Seace y contiene las fichas con las características de los bienes y servicios en las que son ofertados bajo la modalidad de Convenio Marco. Dichas fichas incluyen los proveedores adjudicatarios, precios, lugares de entrega y demás condiciones de la contratación.

El Reglamento preceptúa que la contratación de un bien o servicio utilizando el Catálogo Electrónico de Convenios Marco resulta obligatoria desde el día siguiente a la publicación de las fichas respectivas en el Seace, excepto en las áreas geográficas que no cuenten con cobertura ofertada por los proveedores incorporados al Catálogo Electrónico, en cuyo caso deberá solicitar al OSCE la autorización para contratar sin sujetarse a los alcances del citado catálogo.

Ahora bien, se establece en la citada norma que las entidades domiciliadas en las áreas geográficas autorizadas a no utilizar el Catálogo Electrónico, deberán programar sus necesidades y realizar el proceso de selección que corresponda de acuerdo a la normativa general.

El Reglamento prescribe además que en las Bases se podrá establecer montos de transacción mínimos a partir de los cuales los proveedores deberán atender a las entidades. El proveedor puede rechazar la contratación cuando el monto total de la orden de compra y/o servicio, sea menor al valor mínimo de atención asociado al Catálogo Electrónico del Convenio Marco en el que se publicó dicha orden<sup>(762)</sup>.

### **La aplicación de esta modalidad**

Cuando, con anterioridad a la publicación de las fichas antes referidas, las entidades hayan convocado un proceso de selección sobre los mismos bienes y servicios, el Reglamento preceptúa que deberán continuar con dicho proceso. Es necesario distinguir esta disposición de aquella que establece la aplicación de la norma incluso a los procedimientos en trámite, puesto que el supuesto de hecho es distinto.

Por otro lado, cuando el proceso de selección convocado sea declarado nulo por vicios en los actos preparatorios, o sea declarado desierto, el Reglamento establece que la contratación ulterior deberá efectuarse por Convenio Marco. En este caso si es de aplicación el principio de aplicación inmediata de la regulación sobre esta modalidad de contratación.

---

(762) Numeral 8.4.8.5 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

## **2. Reglas para la realización y ejecución de los Convenios Marco**

La realización y ejecución de los Convenios Marco se sujetan a un conjunto de reglas establecidas en el Reglamento<sup>(763)</sup> y que tienen por finalidad que los mismos se tramiten de manera eficiente, a fin de generar el resultado que se pretende de dicha modalidad especial de contratación.

### **La competencia**

En primer lugar, se establece que los Convenios Marco para la contratación de bienes y servicios serán iniciados por la Central de Compras Públicas - Perú Compras de oficio o a sugerencia de una o más entidades, o de los gremios legalmente constituidos, previa evaluación de su factibilidad, oportunidad, utilidad y conveniencia.

La norma señala que las fases de actos preparatorios, de selección y catalogación serán conducidas por la Central de Compras Públicas - Perú Compras y la de ejecución contractual por cada entidad. Ahora bien, es necesario recordar que, conforme lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 014-2009 los procesos de contrataciones sujetos a la modalidad de Convenio Marco estarán a cargo del OSCE, en tanto se implemente Perú Compras, lo cual no ocurre hasta el momento.

### **Las particularidades del procedimiento**

Ahora bien, los Convenios Marco se desarrollarán a través de las fases de actos preparatorios, de selección, de catalogación y de ejecución contractual, rigiéndose por lo previsto en el Capítulo respectivo del Reglamento, y en la Directiva correspondiente, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley y en el propio Reglamento de la Ley. El Convenio Marco, a diferencia de otras modalidades especiales que estamos analizando en este capítulo, afecta las tres etapas de la contratación administrativa, funcionando de manera integral.

El Reglamento establece además que el desarrollo de las fases de selección y de ejecución contractual de los Convenios Marco será publicado y difundido a través del Seace. Esta disposición se dirige a tutelar dos principios que hemos tratado de manera reiterada en este libro, que son los de publicidad y transparencia.

Asimismo, conforme a lo dispuesto por el Reglamento, cada Convenio Marco se registrará en orden de prelación por las Bases Integradas, los términos del Acuerdo de Convenio Marco suscrito y la correspondiente orden de compra o de servicio, en aplicación del principio de especialidad.

---

(763) Artículo 98 del reglamento.

La norma establece que la Central de Compras Públicas - Perú Compras (por el momento, OSCE) no asumirá responsabilidad alguna en caso que un determinado bien o servicio incluido en el Catálogo no sea objeto de contratación por parte de las entidades, ni por la falta de pago al proveedor adjudicatario por parte de estas.

Los proveedores adjudicatarios deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo Acuerdo de Convenio Marco; no obstante, tienen la posibilidad de registrar o proponer mejoras a dichas condiciones, de acuerdo al procedimiento que señale la Directiva de Convenio Marco.

Finalmente, el Reglamento preceptúa que las entidades tienen la obligación de registrar en el Seace las órdenes de compra o de servicio que se hubieran generado en el empleo de esta modalidad contractual. Nos encontramos entonces ante otra manifestación del principio de publicidad, asociado claro está al principio de transparencia.

### **3. Actos preparatorios**

Sobre el particular, la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD preceptúa que la fase de actos preparatorios es aquella que tiene por objeto determinar la viabilidad de un Convenio Marco y organizar la información técnica y económica que lo sustente por parte de la entidad responsable; que es aquella que tiene a su cargo el planeamiento, programación, coordinación, evaluación y conducción de los procesos de selección bajo la modalidad de Convenio Marco<sup>(764)</sup>.

A su vez, la referida Directiva preceptúa<sup>(765)</sup> que la entidad responsable tiene a su cargo el planeamiento, programación, coordinación, evaluación y conducción de los procesos de selección para la implementación de la modalidad de Convenio Marco, no siendo necesaria la conformación de un Comité Especial para ello.

Además, dicha norma prescribe que, atendiendo a la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la entidad responsable podrá solicitar a las entidades del Gobierno Nacional, Regional y Local, su participación en cualquiera de las fases del proceso de selección. Efectuada dicha solicitud, la entidad estará obligada a atenderla.

#### **Generalidades**

En cuanto a los bienes y/o servicios materia de inclusión en el proceso de selección bajo modalidad de Convenio Marco, la Directiva preceptúa

---

(764) Numeral VI (Definiciones) de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(765) Numeral 7.3 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

que la entidad responsable previa evaluación, determinará los bienes y/o servicios que se incluirán en el proceso de selección bajo la modalidad de Convenios Marco.

El convenio marco requiere de un análisis técnico, para determinar si su empleo es pertinente<sup>(766)</sup>. En este orden de ideas, para conocer la demanda del Estado, la Directiva preceptúa que la entidad responsable recabará y analizará la estructura y condiciones de la demanda respecto de los bienes y/o servicios a ser considerados y, de considerarlo necesario, solicitará información complementaria a las entidades contratantes, proveedores, organismos especializados y/o peritos, entre otros. Si dicha demanda no es significativa, el Convenio Marco carece de viabilidad.

Por otro lado, para conocer la oferta, la entidad responsable recabará y analizará la estructura y condiciones de la oferta respecto de los bienes y/o servicios definidos en el análisis de la demanda y, de considerarlo necesario, solicitará información complementaria a las entidades contratantes, proveedores, organismos especializados y/o peritos, entre otros. De la misma manera, si dicha oferta no es la adecuada, la realización del Convenio Marco no generará los resultados esperados, siendo ineficiente.

Asimismo, para determinar la viabilidad de un Convenio Marco, la Directiva prescribe que la entidad responsable determinará, en función de los análisis de la demanda y la oferta previamente concluidos, la conveniencia técnica y económica de formular, diseñar y conducir un proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco. En dicha evaluación además se establecerá la conveniencia de determinar el valor referencial.

Ahora bien, en aquellos casos en los que se opte por determinar el valor referencial, la Directiva preceptúa que su formulación se realizará tomando en cuenta lo regulado en la Ley y en el Reglamento, lo cual hemos explicitado en el capítulo correspondiente de este libro.

### **Aprobación del Expediente de Contratación de Convenio Marco**

Conforme lo dispuesto por la Directiva, la aprobación del Expediente de Contratación de Convenio Marco será realizada por el Titular de la entidad responsable o el funcionario a quien se le hubiese delegado dicha función, lo que es consistente con la normativa general sobre el particular.

---

(766) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 763-764.



La Directiva define<sup>(767)</sup> el expediente de contratación como el conjunto de documentos emitidos por la entidad responsable, que evidencian el planeamiento, programación, coordinación, evaluación y conducción de los procesos de selección bajo la modalidad de Convenio Marco.

Se establece además en la Directiva materia de análisis que el Expediente de Contratación de Convenio Marco deberá contener las condiciones de los bienes y/o servicios a ser considerados para la implementación del Catálogo Electrónico respectivo, el informe de demanda, el informe de oferta, el informe de viabilidad y la determinación del valor referencial, de ser el caso.

### **Elaboración y aprobación de las bases**

Sobre el particular, la Directiva prescribe que la elaboración de las bases del proceso de selección bajo modalidad de Convenio Marco, estará a cargo de la dependencia u órgano especializado, que se define a su vez como el órgano de la entidad responsable, quien tendrá a cargo la conducción y desarrollo de los procesos de selección a efectos de implementar la modalidad de Convenio Marco<sup>(768)</sup>.

Culminada la elaboración del proyecto de las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, la dependencia u órgano especializado estará facultada a gestionar la publicación de estas. La entidad responsable determinará el periodo de publicación del proyecto de Bases. Se señala que dicho periodo no forma parte del proceso de selección.

En este orden de ideas, la Directiva preceptúa que, durante el periodo de publicación del proyecto de bases los interesados podrán remitir sugerencias y/o recomendaciones, de acuerdo al procedimiento indicado en el proyecto de bases. Este mecanismo, que está previsto también en el caso de los procesos de selección clásicos, es sumamente importante para generar retroalimentación con los administrados.

Asimismo, la Directiva establece que, transcurrido el plazo de publicación previsto, la dependencia u órgano especializado elaborará el proyecto final de las bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, el cual, dependiendo de la naturaleza y complejidad del objeto de la contratación, podrá incorporar la aplicación de reglas especiales, de conformidad con lo señalado en el Reglamento. No será

---

(767) Numeral VI (Definiciones) de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(768) Numeral VI (Definiciones) de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

obligatoria la adopción del modelo de bases estandarizadas aprobadas por el OSCE.

Finalmente, y de manera equivalente a como ocurre con los procesos de selección clásicos, la aprobación de las bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, estará a cargo del Titular de la entidad responsable o el funcionario a quien se le hubiese delegado dicha función.

#### **4. Reglas especiales del proceso de selección**

En este punto, el Reglamento dispone<sup>(769)</sup> que el desarrollo de la fase de selección se realice a través de una Licitación Pública o Concurso Público que contendrá un conjunto de reglas especiales. Conforme la Directiva<sup>(770)</sup>, ello opera con independencia de los montos establecidos para tales tipos de procesos, y atendiendo a las particularidades dispuestas en la Directiva.

En primer lugar, la norma materia de análisis establece que la elaboración de las bases y desarrollo del proceso de selección para la generación de un Convenio Marco estará a cargo de la dependencia u órgano especializado de la Central de Compras Públicas - Perú Compras. Sin embargo, como lo hemos señalado, dicho ente aun no ha sido constituido, con lo cual la normativa se limita a establecer las atribuciones de la denominada entidad responsable, la cual también hemos referido líneas arriba.

#### **Convocatoria y registro**

En cuanto a la convocatoria, la Directiva de la materia preceptúa<sup>(771)</sup> que dicha actuación administrativa se realizará a través del Seace, mediante la publicación de las bases y demás documentos señalados en el Reglamento. A partir de dicho momento, la documentación será de acceso público para los interesados, sin perjuicio de la publicación del proyecto al que hemos referido anteriormente.

En cuanto al registro de participantes, la Directiva preceptúa<sup>(772)</sup> que dicha actuación se realizará de acuerdo con las condiciones, procedimiento y plazo previstos en las bases. Se señala además que los participantes se adhieren al proceso de selección en el estado en el que este

---

(769) Artículo 99 del Reglamento.

(770) Numeral 8.2.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(771) Numeral 8.2.2 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(772) Numeral 8.2.3 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

se encuentre, desde que se registran como tales, lo cual es consistente con lo dispuesto por la normativa contractual en el caso de los procesos de selección clásicos.

Finalmente, como es evidente, la persona natural o jurídica que desee registrarse como participante en un proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, debe contar con inscripción vigente en el RNP correspondiente al objeto del proceso, conforme lo señala la Directiva materia de comentario.

### **Consultas y observaciones**

La normativa ha establecido que en esta modalidad contractual sean aplicables las consultas y observaciones, a fin que las bases aprobadas por la entidad responsable sean aprobadas de manera eficiente. En este punto, el Reglamento preceptúa en primer lugar que la absolución de consultas y de observaciones se efectuará en un plazo máximo de diez (10) días hábiles en cada caso, contados desde el vencimiento del plazo para su recepción.

A su vez, la Directiva define en este punto<sup>(773)</sup> que a través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y/o se plantean solicitudes respecto a ellas. Esta definición de consulta contenida en la Directiva es más amplia que la que se encuentra en la Ley, la cual únicamente consigna los pedidos de aclaración, sin que dicha norma explicita que solicitudes se puede plantear.

En cuanto a la absolución de consultas la Directiva preceptúa<sup>(774)</sup> que estará a cargo de la dependencia u órgano especializado de la entidad responsable, quien mediante un pliego absolutorio (que deberá contener la identificación de cada participante que la formuló, el texto de la consulta presentada y la respuesta a cada consulta) absolverá y efectuará la respectiva notificación a través del Seace, en un plazo máximo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo para la recepción de consultas.

Ahora bien, en cuanto a la presentación de observaciones la Directiva preceptúa que se realizará por un periodo mínimo de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de haber sido publicado en el Seace el pliego de absolución de consultas o, en caso de no haberse presentado

---

(773) Numeral 8.2.4 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(774) Numeral 8.2.5 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

consultas, de haber finalizado el plazo para su recepción, de acuerdo a lo previsto en las bases.

La norma establece que a través de las observaciones se cuestionan las disposiciones de las bases, en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas que estas deben contener, o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado o normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección, lo cual es consistente con lo establecido en la regulación de los procesos de selección clásicos.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el Reglamento, los observantes tienen la opción de que las bases y los actuados del proceso sean elevados al OSCE, siendo de aplicación lo dispuesto en el Reglamento sobre el particular. La normativa preceptúa<sup>(775)</sup> que contra el pronunciamiento del OSCE, no cabe la interposición de recurso alguno, agotando la vía administrativa. Ello no obsta para el empleo del proceso contencioso administrativo, como lo hemos señalado anteriormente.

### **Integración de las bases**

Conforme lo dispuesto por la Directiva de la materia<sup>(776)</sup>, la integración de las bases de los procesos de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, estará a cargo de la dependencia u órgano especializado de la entidad responsable, quien las integrará al día hábil siguiente de vencido el plazo previsto para la recepción de observaciones a las Bases, solo en el caso que no se hayan presentado observaciones a las mismas.

De haberse presentado observaciones a las Bases, la integración y publicación se efectuará al día siguiente de vencido el plazo para solicitar la elevación de bases al OSCE, correspondiendo integrarlas conforme a lo dispuesto en el pliego de absoluciones de consultas y observaciones. Ello es también consistente con lo prescrito por la normativa contractual en lo relativo a los procesos de selección clásicos.

Ahora bien la Directiva preceptúa en este punto que, si se hubiere solicitado la elevación de bases al OSCE, la integración y publicación se efectuará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de notificado el Pronunciamiento respectivo. El plazo perentorio tiene por finalidad asegurar la pronta integración de las bases y su conocimiento por los proveedores.

---

(775) Numeral 8.2.8 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(776) Numeral 8.2.9 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

Dada la naturaleza de los procesos de selección bajo la modalidad de Convenio Marco y en atención a la complejidad de la absolución de las consultas y observaciones o del Pronunciamiento emitido por el OSCE, el órgano especializado de la entidad responsable podrá prorrogar esta etapa hasta haber cumplido con implementarlas adecuadamente.

Finalmente, la Directiva preceptúa en este punto que las Bases integradas deberán ser publicadas en el Seace el mismo día de su integración, y se constituirán en las reglas definitivas del proceso de selección, no pudiendo ser cuestionadas en ninguna otra vía, ni modificadas por autoridad administrativa alguna. Ello ratifica que en todo proceso las bases constituyen la norma que rige la contratación de ahí en adelante.

Sin embargo, de manera análoga a lo que ocurre en los procesos de selección clásicos, el Tribunal puede pronunciarse sobre las bases, así como el tribunal arbitral que eventualmente resuelva la controversia durante la ejecución contractual. En este punto se genera una interesante controversia, puesto que como veremos más adelante, las controversias durante la ejecución contractual no involucran a la entidad responsable.

### **Propuestas**

Conforme lo establecido por el Reglamento, los proveedores están facultados a presentar más de una propuesta para cada ítem del proceso de selección, siempre que las Bases así lo hayan previsto y de acuerdo a lo señalado en la Directiva que hemos venido comentando. Sin embargo, la Directiva no se pronuncia sobre el particular dejando la regulación en el ámbito de las bases del proceso de selección.

A su vez, la Directiva establece<sup>(777)</sup> que la evaluación y calificación de propuestas de los procesos de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, estará a cargo de la dependencia u órgano especializado de la entidad responsable, quien la realizará de acuerdo con las condiciones previstas en las Bases. Es evidente que en este caso no se requiere de la constitución de un Comité Especial.

### **Otorgamiento de la Buena Pro**

Asimismo, el Reglamento preceptúa que la Buena Pro se otorgará a los proveedores que cumplan con las condiciones indicadas en las respectivas Bases. Ello no es entonces materia de evaluación, sino

---

(777) Numeral 8.2.11 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

únicamente de calificación. Conforme a la Directiva<sup>(778)</sup>, ello estará a cargo de la dependencia u órgano especializado de la entidad responsable, quien la otorgará a través del Seace, al postor o postores cuyas propuestas hayan cumplido con las condiciones previstas en las Bases.

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que, cuando no exista más de un (1) proveedor que oferten cobertura en determinada área geográfica, previo informe que así lo justifique, será necesario realizar una convocatoria adicional del proceso de selección, aplicable a las áreas geográficas comprometidas, sin afectar la continuación del proceso original, la suscripción de los acuerdos, la catalogación de los ítems adjudicados y la obligatoriedad de contratar a través del Catálogo Electrónico.

Finalmente, la Directiva preceptúa<sup>(779)</sup> que, de producirse la declaratoria de desierto del proceso de selección convocado bajo la modalidad de Convenio Marco, de alguno de sus ítems o sus componentes según lo previsto en las Bases, la entidad responsable podrá efectuar una nueva convocatoria.

### **Consentimiento de la Buena Pro**

En este orden de ideas, la Directiva dispone<sup>(780)</sup> que el consentimiento de la Buena Pro se producirá cuando, habiendo transcurrido el plazo de ocho (8) días hábiles siguientes de haberse otorgado la Buena Pro, no se haya presentado recurso de apelación alguno, en cuyo caso la entidad responsable y el o los proveedores adjudicatarios quedan obligados a suscribir el Acuerdo de Convenio Marco.

### **Acuerdo de Convenio Marco**

Una vez que quede consentida la adjudicación de la Buena Pro, la normativa preceptúa que los proveedores adjudicatarios procederán a suscribir el correspondiente Acuerdo de Convenio Marco, mediante el cual estos solo adquieren el derecho de incluir sus productos en el Catálogo Electrónico de Convenios Marco. Es realizado entre la entidad responsable y el proveedor adjudicatario, según el procedimiento, plazos y requisitos previstos en las Bases<sup>(781)</sup>.

Es aquí donde resulta necesario determinar la naturaleza jurídica del acuerdo. Dado que lo precede un proceso de selección podríamos

---

(778) Numeral 8.2.12 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(779) Numeral 8.2.16 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(780) Numeral 8.2.13 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(781) Numeral 8.2.15 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

considerar que nos encontramos ante un contrato administrativo. Sin embargo, no es posible determinar con claridad cuáles son las prestaciones, ni tampoco si estas operan de manera recíproca. Un análisis superficial podría llevarnos a pensar que dicho acuerdo no es tal, sino más bien un acto administrativo. Ello es fortalecido por la facultad de la entidad de tomar decisiones de manera unilateral respecto del Convenio, como veremos más adelante.

### **Solución de controversias**

En este punto, el Reglamento establece que las controversias que surjan en la selección darán lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Tribunal, según las disposiciones contenidas en el Reglamento. En este caso resulta especialmente evidente que otorgarle dicha facultad al Titular de la entidad, así sea en determinados supuestos, afectaría la necesaria neutralidad que debería existir en la resolución del recurso de apelación.

Por otro lado, la norma antes referida establece que las controversias que surjan durante la ejecución contractual involucran únicamente a la entidad contratante y al proveedor adjudicatario, y se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje. Ello se debe a que la competencia de la entidad responsable se limita a los actos preparatorios y al proceso de selección.

### **Catalogación**

Conforme la definición contenida en la Directiva<sup>(782)</sup>, la catalogación es el proceso mediante el cual se ingresa en el Catálogo Electrónico la información de los proveedores adjudicatarios y de las características y condiciones de los bienes y/o servicios ofertados por estos. Dicha información será sintetizada y consolidada en fichas-producto. Esta fase será realizada por la entidad responsable, luego de haberse suscrito los Acuerdos de Convenio Marco con los proveedores adjudicatarios.

Asimismo, la Directiva establece<sup>(783)</sup> que la homologación de bienes y/o servicios comprende el procedimiento a través del cual se establece la relación de igualdad y/o semejanza de diversos bienes y/o servicios, en función de las características técnicas establecidas en la estructura de catalogación prevista en las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, con la finalidad de determinar las fichas-producto a ser incluidas en los Catálogos Electrónicos. Se señala que dicho

---

(782) Numeral 8.3.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(783) Numeral 8.3.2 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

procedimiento podrá incorporarse de manera facultativa en cualquiera de las fases que componen un Convenio Marco, de acuerdo a las condiciones previstas en las Bases.

Finalmente, la Directiva preceptúa en este punto<sup>(784)</sup> que, culminada la fase de catalogación, la entidad responsable comunicará a través del Seace la entrada en vigencia del Convenio Marco, oportunidad en que las entidades deberán contratar los bienes y/o servicios a través de esta modalidad.

## **5. Contratación de bienes y servicios por Convenio Marco. La ejecución contractual**

Ahora bien, como lo hemos señalado anteriormente, el Convenio Marco afecta también la ejecución contractual, estableciéndose reglas específicas en la normativa contractual<sup>(785)</sup>. En este orden de ideas el Reglamento preceptúa<sup>(786)</sup> que cuando el área usuaria requiera la contratación de un bien o servicio deberá consultar el Catálogo Electrónico de Convenios Marco y verificar si la entidad se encuentra dentro del alcance geográfico de aplicación del Convenio Marco comprometido.

Si el Catálogo contiene el bien o servicio con las condiciones requeridas y la entidad se encuentra dentro del alcance geográfico de aplicación del Convenio Marco, el Reglamento preceptúa que el órgano encargado de las contrataciones, estará obligado a contratarlos de los proveedores adjudicatarios, previa verificación de la disponibilidad de recursos de acuerdo a lo señalado en la Directiva de Convenio Marco.

Se establece además en el Reglamento que la contratación a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco puede realizarse de acuerdo a los requerimientos periódicos de cada entidad, sin que dichas operaciones sean consideradas como fraccionamiento<sup>(787)</sup>.

### **Autorización para no emplear los catálogos electrónicos**

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que, como excepción, y previa aprobación por escrito del OSCE, las entidades que no tengan acceso a Internet en su localidad no se encuentran obligadas a contratar a través de Convenio Marco, debiendo emplear el mecanismo de contratación que corresponda.

---

(784) Numeral 8.3.3 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(785) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 769 y ss.

(786) Artículo 100 del Reglamento.

(787) Artículo 20 del Reglamento.



Se establece además en el Reglamento que las entidades podrán emplear otro mecanismo de contratación, en caso de la existencia de condiciones más ventajosas que sean objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad, para lo cual deberán obtener la autorización del OSCE antes de efectuar la contratación.

La Directiva prescribe<sup>(788)</sup> en este punto que se entiende como condición más ventajosa, aquella situación objetiva, demostrable y sustancial que permita a la entidad contratante obtener mayores ventajas en comparación con las condiciones de las fichas-producto ofrecidas en los Catálogos Electrónicos, siempre que incidan directamente en el objetivo de la contratación. Cuando existan tales condiciones, la entidad contratante podrá emplear mecanismos de contratación distintos a los Catálogos Electrónicos de Convenios Marco.

Asimismo, la Directiva establece que, a fin de determinar que existen condiciones más ventajosas en el mercado, se debe evaluar el costo total del bien o servicio, según lo definido en la Directiva. En la determinación del costo total del bien o servicio deberán tenerse en consideración otros factores de análisis, vinculados con los costos generales del proceso de contratación, desde los actos preparatorios hasta la ejecución contractual, siempre que estén relacionados con el objeto de la contratación.

Por otro lado, se establece que las entidades contratantes podrán solicitar al OSCE la autorización para no utilizar los Catálogos Electrónicos también cuando se demuestre que el lugar de entrega determinado por la entidad contratante está ubicado en un área geográfica que no cuenta con cobertura ofertada por los proveedores incluidos en los Catálogos Electrónicos

Finalmente, la autorización en mención puede ser solicitada en caso de contrataciones por paquetes, cuando uno de los bienes que conforma el paquete, no se encuentre disponible en los Catálogos Electrónicos, a fin de que la entidad pueda contratar dichos paquetes, al margen de esta modalidad.

Ahora bien, la Directiva preceptúa que la autorización que se solicite deberá realizarse mediante documento fundamentado presentado ante el OSCE. El OSCE, luego de la evaluación correspondiente deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación completa de la solicitud por parte de la entidad contratante. El resultado

---

(788) Numeral 8.4.3.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

de la evaluación de la solicitud podrá ser remitida adicionalmente por correo electrónico. En caso la entidad contratante no reciba respuesta en el plazo indicado, deberá entenderse la solicitud como rechazada, siendo de aplicación entonces el silencio administrativo negativo.

La Directiva señala además que aquellas entidades contratantes autorizadas a no utilizar los Catálogos Electrónicos, deberán programar la atención de sus necesidades y realizar el proceso de selección que corresponda de acuerdo a la normativa general de contratación pública.

Finalmente, la Directiva prescribe que, cuando las contrataciones no alcancen el valor mínimo de atención, establecido en las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco, y al cual ya nos hemos referido, no se requerirá de autorización por parte del OSCE.

### **Perfeccionamiento de la relación contractual**

En este punto, la Directiva establece<sup>(789)</sup> que el perfeccionamiento de la relación contractual en esta modalidad, se formaliza a través de la recepción de la orden de compra y/o servicio, independientemente del monto involucrado, por lo que no son aplicables los requisitos, plazos y procedimientos señalados en la Ley y el Reglamento. Las Bases deberán indicar el procedimiento para el perfeccionamiento de la relación contractual.

La citada norma preceptúa además<sup>(790)</sup> que la orden de compra o servicio publicada a través de los Catálogos Electrónicos, se constituye en un documento válido y suficiente para acreditar las obligaciones y derechos de las partes, posee la misma validez y eficacia que los actos realizados por medios manuales, siempre y cuando no existan discrepancias entre las partes respecto a las condiciones pactadas en dichos catálogos. Sin perjuicio de ello, en las reglas de negocio de cada Convenio Marco podrá establecerse que dicha validación se realice a través de otro mecanismo implementado para tal efecto.

### **Expediente de contratación**

Conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(791)</sup>, el expediente de contratación constituye el conjunto de documentos emitidos por la entidad

---

(789) Numeral 8.4.4 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(790) Numeral 8.4.8.4 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(791) Numeral 8.4.8.3 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

contratante, que evidencian el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para proceder con la contratación.

En este orden de ideas, para efectuar una compra a través del Catálogo el expediente por lo menos debe estar conformado por el requerimiento, que incluya el listado de bienes y/o servicios por contratar, el sustento de la decisión de contratar, así como la disponibilidad de recursos.

Asimismo, dicha norma preceptúa que el OSCE sustentará su decisión de contratar sobre la base del costo total del bien o servicio, definidos en la presente Directiva. Dicha decisión de contratar debe tener en cuenta los principios que rigen la contratación pública.

Por otro lado, se establece que los bienes y/o servicios incluidos en los Catálogos Electrónicos podrán ser contratados por paquete, siempre y cuando en los Catálogos Electrónicos existan proveedores con la capacidad y disponibilidad para atender dichos bienes y/o servicios. La entidad deberá incorporar en el expediente de contratación, las razones debidamente sustentadas de dicha decisión.

Finalmente, la Directiva prescribe que el expediente referido a bienes o servicios contenidos en los Catálogos Electrónicos será autorizado por el funcionario competente, quien asumirá la responsabilidad por dichas contrataciones.

### **Conformidad de la prestación**

Finalmente la Directiva dispone<sup>(792)</sup> que la conformidad de la prestación en esta modalidad, se formaliza a través del procedimiento establecido en las Bases. Dicho procedimiento no puede exceder el plazo máximo de diez (10) días calendario contados desde el día siguiente de recibidos los bienes y/o servicios. Como veremos más adelante con detalle, la finalidad de los plazos perentorios en la emisión de la conformidad y el consecuente pago tiene por finalidad evitar perjuicios al contratista, lo cual perjudica la contratación administrativa. Asimismo, la culminación pronta del proceso de contratación genera crecimiento económico.

## **6. Responsabilidad del pago**

Por otro lado, el Reglamento dispone<sup>(793)</sup> que las entidades que contraten a través de la modalidad de selección de Convenio Marco son responsables del pago al proveedor adjudicatario, el mismo que se debe

---

(792) Numeral 8.4.5 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(793) Artículo 101 del Reglamento.

hacer efectivo en el plazo máximo de veinte (20) días calendario de otorgada la conformidad de las prestaciones, no existiendo responsabilidad de la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

Un proveedor adjudicatario podrá rechazar la orden de compra o de servicio, cuando la entidad tenga retraso en el pago de deudas derivadas de cualquier tipo de obligación con dicho proveedor o retraso en el pago de las obligaciones asumidas frente a otro proveedor adjudicatario en el catálogo del Convenio Marco en el que se emite la orden de compra o servicio.

El Reglamento establece en este punto que el incumplimiento en el pago acarrea responsabilidad de acuerdo con lo señalado en la Directiva de Convenio Marco. Ello, dentro del principio de pronto pago establecido en la normativa contractual, que es clave para que el sistema de contratación administrativa genere los efectos deseados.

La Directiva preceptúa en este punto que, en caso de atraso en el pago por parte de la entidad contratante, salvo que se deba a circunstancias o hechos que se acrediten como caso fortuito o fuerza mayor, esta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la entidad contratante, en caso de que esta sea la acreedora.

### **Pago adelantado**

Finalmente, se preceptúa que en las contrataciones derivadas de la utilización del Catálogo Electrónico de Convenio Marco no es posible disponer la entrega de adelantos. Sin embargo, la Directiva preceptúa este punto<sup>(794)</sup> que todos los pagos que la entidad contratante deba realizar a favor del proveedor adjudicatario se efectuarán luego de ejecutada la prestación; salvo que por la naturaleza de esta, el pago sea condición para la entrega de los bienes o la ejecución del servicio, situaciones que deberán ser indicadas en el procedimiento respectivo de las Bases.

## **7. Vigencia, renovación y revisión del Convenio Marco**

En este punto, existe una importante regulación a fin de asegurar que la vigencia del Convenio se encuentre debidamente definida, pudiendo renovarse e incluso revisarse<sup>(795)</sup>. En este orden de ideas, con-

---

(794) Numeral 8.4.6 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(795) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 778 y ss.

forme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(796)</sup>, el plazo de vigencia de cada Convenio Marco será especificado en las Bases del proceso, y podrá ser renovado sucesivamente, previo informe del órgano técnico competente en el que se sustente la conveniencia técnica y económica de la renovación, de acuerdo con lo señalado en la Directiva de Convenio Marco<sup>(797)</sup>. Ello es medular para justificar dicha renovación, la que podría no ser conveniente. En este caso es necesaria la emisión de un informe jurídico, que determine el cumplimiento de los requisitos legales de la renovación.

El Reglamento prescribe que la facultad de disponer la renovación o la revisión del Convenio corresponde a la Central de Compras Públicas - Perú Compras, de acuerdo a lo que establezca la respectiva Directiva de Convenio Marco. En este orden de ideas, la Directiva establece que dicha competencia corresponde el Titular de la entidad responsable.

### **El procedimiento de renovación**

Conforme lo preceptuado por la Directiva<sup>(798)</sup>, la decisión de renovación del Acuerdo de Convenio Marco, así como el procedimiento de renovación respectivo, incluyendo las reglas de negocio y otras condiciones aplicables a la renovación, serán comunicados a través del Seace, antes del vencimiento del plazo de vigencia.

La citada norma preceptúa que, una vez iniciado el procedimiento de renovación del Acuerdo de Convenio Marco, los proveedores adjudicatarios deberán comunicar la decisión de continuar o no a la entidad responsable en el plazo que indique el procedimiento de renovación respectivo.

La Directiva establece en este punto que los proveedores adjudicatarios que decidan renovar la vigencia del Acuerdo de Convenio Marco podrán hacerlo siempre que no se encuentren excluidos. De no recibir comunicación alguna en dicho plazo, la entidad responsable deberá considerar a dichos proveedores como parte del Convenio Marco renovado, en cuyo caso no será necesaria la suscripción de Acuerdo o Cláusula adicional.

Ahora bien, los proveedores adjudicatarios que conforme al párrafo precedente participen en la renovación de la vigencia del Acuerdo de Convenio Marco se encuentran obligados a mantener las condiciones

---

(796) Artículo 102 del Reglamento.

(797) Disposición agregada por el D.S. N° 138-2012-EF.

(798) Numeral 8.5.3 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

y precios del Acuerdo de Convenio Marco original, sin perjuicio de las mejoras que se puedan registrar o solicitar durante la vigencia del mismo.

### **Incorporación de nuevos proveedores**

Si se decide renovar la vigencia de un Convenio Marco, el Reglamento establece que se deberá implementar un procedimiento de incorporación de nuevos proveedores al Catálogo Electrónico vigente, siendo que dicha incorporación debe hacerse efectiva antes de la entrada en vigencia de la renovación.

Para ello, la Directiva prescribe<sup>(799)</sup> que la incorporación de nuevos proveedores al Catálogo Electrónico es el procedimiento en el cual la entidad responsable efectúa el llamado a proveedores para que estos formen parte del Catálogo Electrónico, previo procedimiento de evaluación.

Ahora bien, si un procedimiento de renovación determina la inclusión de nuevos proveedores en el Catálogo Electrónico, la Directiva preceptúa que estos deberán suscribir un Acuerdo, según las condiciones que están previstas en dicho procedimiento.

### **Revisión del Convenio Marco**

El Reglamento establece que la Central de Compras Públicas - Perú Compras (entidad responsable, para la Directiva) podrá revisar los términos de un determinado Convenio con la finalidad de obtener condiciones más convenientes, pudiendo darlo por finalizado anticipadamente en caso de que las condiciones ofertadas no sean las más beneficiosas. Esta atribución está sujeta a controversia, al permitir la resolución unilateral del convenio.

Conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(800)</sup>, la entidad responsable puede solicitar al proveedor adjudicatario rebajar su precio o mejorar sus condiciones, en aquellos supuestos en los que se haya verificado la existencia de precios y/o condiciones más ventajosas en las transacciones realizadas por entidades al margen del Catálogo Electrónico o, incluso, en las efectuadas en virtud de los Catálogos Electrónicos. En caso de que el proveedor adjudicatario acepte rebajar sus precios y/o mejorar sus condiciones, se modificarán las fichas-producto correspondientes.

---

(799) Numeral 8.5.4 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(800) Numeral 8.5.7 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

Ahora bien, en caso un proveedor adjudicatario no acepte rebajar sus precios y/o mejorar sus condiciones ofertadas, la entidad responsable evaluará la pertinencia de excluir del Catálogo Electrónico respectivo el bien o servicio cuyo precio o condiciones no hubieran sido mejorados; en este último supuesto se excluirá la ficha-producto correspondiente del Catálogo Electrónico, sin responsabilidad de las partes.

### **Mejoras a los precios y/o condiciones contenidas en el Catálogo**

Conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(801)</sup>, publicadas las fichas-producto en el Catálogo Electrónico, los proveedores adjudicatarios podrán registrar automática y directamente las mejoras de precios, así como las condiciones previamente determinadas en el Acuerdo de Convenio Marco, las que podrán ser temporales o permanentes. Las condiciones respecto a las mejoras deberán estar establecidas en las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco.

El registro antes descrito en ningún caso podrá incluir condiciones que vayan en detrimento de las características y condiciones inicialmente ofertadas, por lo que el administrador del sistema eliminará de oficio los registros que resulten contrarios a dicha exigencia.

Asimismo, los proveedores tienen la facultad de solicitar a la entidad responsable el registro de una mejora en aquellos rubros que no hayan sido considerados como de registro inmediato, conforme lo dispuesto por la Directiva materia de análisis.

La Directiva prescribe en este punto que la entidad responsable evaluará la solicitud y la aprobará o rechazará en un plazo máximo de diez (10) días hábiles. En caso de que se apruebe la solicitud, la entidad responsable modificará la ficha-producto correspondiente en el Catálogo Electrónico, con lo que se entenderá notificada tal aprobación; en caso de que se rechace la solicitud, tal decisión podrá ser comunicada vía correo electrónico.

Finalmente, se establece que el plazo señalado en el párrafo precedente podrá ser ampliado, en caso de que se requiera información adicional o se sustente la necesidad de realizar un mayor análisis y/o estudios especializados. En tales supuestos, la ampliación del plazo deberá comunicarse al solicitante antes del vencimiento del plazo inicial pudiendo realizarse vía correo electrónico.

---

(801) Numeral 8.5.8 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

## **Reajuste de precios en el Catálogo Electrónico**

Conforme lo prescrito por el Reglamento<sup>(802)</sup>, los proveedores adjudicatarios podrán solicitar a la entidad responsable el reajuste de sus precios en un determinado Convenio Marco cuando tal posibilidad esté contemplada expresamente en las Bases y según los criterios establecidos en ellas.

En este orden de ideas, conforme lo prescrito por la Directiva correspondiente<sup>(803)</sup>, las Bases del proceso de selección bajo la modalidad de Convenio Marco podrán considerar el reajuste de precios, conforme al análisis que se hubiese efectuado en la fase de Actos Preparatorios, para lo cual establecerá las disposiciones correspondientes.

Por reajuste de precios se entiende a la posibilidad de indicar en las fichas-producto del Catálogo Electrónico precios mayores a los adjudicados en el proceso de selección e incorporados en los Acuerdos de Convenio Marco y el Catálogo Electrónico.

La Directiva señala en este punto que la aplicación del reajuste deberá ser requerida por el proveedor a la entidad responsable, de acuerdo con los plazos y procedimientos que se establezcan en las Bases y el Acuerdo respectivo.

Ahora bien, se establece que las modificaciones resultantes de la aplicación del reajuste serán incluidas en las fichas-producto correspondientes, con lo que se entenderá notificada tal aprobación; en caso se rechace la solicitud, tal decisión será comunicada vía correo electrónico.

### **Disposición transitoria**

Finalmente, el Reglamento preceptúa<sup>(804)</sup> que todo lo regulado respecto a la vigencia, renovación y revisión del Convenio Marco será de aplicación incluso a los catálogos electrónicos de Convenio Marco vigentes y aquellos procesos de selección sujetos a la modalidad de Convenio Marco que haya sido convocados y se encuentren en trámite a la fecha de la entrada de vigencia de aquel.

---

(802) Artículo 98 del Reglamento.

(803) Numeral 8.5.9 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(804) Décimo Primera Disposición Complementaria Transitoria, agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



## **8. Causales de exclusión de las fichas o del Proveedor del Catálogo Electrónico de Convenios Marco**

Es posible que las fichas de Convenio Marco sean excluidas del Catálogo Electrónico de Convenios Marco, conforme lo señalado por el Reglamento<sup>(805)</sup>. Ello ocurre en primer lugar ante el vencimiento del plazo de vigencia del Acuerdo de Convenio Marco. La exclusión se refiere a todas las fichas-producto del Acuerdo respectivo. Asimismo, la Directiva preceptúa<sup>(806)</sup> que esta exclusión es definitiva.

Asimismo, dicha exclusión ocurre como resultado de la solicitud justificada del proveedor adjudicatario, aprobada por la entidad responsable. Ello, cuando ocurra un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, conforme lo dispuesto por la Directiva. En caso de aceptarse la exclusión, las fichas-producto excluidas corresponderán solo a aquellas respecto de las cuales versa la solicitud.

En este caso la norma preceptúa que corresponde a la entidad responsable analizar cada caso en particular y determinar si corresponde la exclusión temporal o definitiva de la ficha-producto respecto del Convenio Marco que se encuentra vigente. Sin embargo, en este caso la exclusión debe ser temporal, puesto que el proveedor no es responsable de la exclusión.

Además, es posible excluir las fichas de Convenio Marco como efecto de la revisión del Convenio Marco, a la cual ya nos hemos referido. La Directiva preceptúa que la exclusión corresponderá a la ficha-producto o fichas-producto cuya exclusión se desprenda del estudio correspondiente. También en este caso se establece que corresponde a la entidad responsable analizar cada caso en particular y determinar si corresponde la exclusión temporal o definitiva de la ficha-producto respecto del Convenio Marco que se encuentra vigente.

Finalmente, genera dicha exclusión el incumplimiento injustificado del proveedor adjudicatario de sus obligaciones contractuales derivadas de órdenes de compra o de servicios, según corresponda, que dé lugar a la resolución del contrato de manera consentida o arbitralmente firme. Si es procedente esta exclusión, la Directiva preceptúa que corresponderá únicamente a la ficha-producto respecto de la cual se produjo el

---

(805) Artículo 103 del Reglamento.

(806) Numeral 8.5.1.1 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

incumplimiento comunicado por la entidad contratante. Asimismo, en este caso la Directiva preceptúa que esta exclusión es definitiva.

### **Exclusión del proveedor**

Por otro lado, conforme lo dispone el Reglamento, un proveedor será excluido del Catálogo Electrónico de Convenios Marco en primer lugar si está impedido para contratar con el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley el cual hemos comentado en el capítulo respectivo de este libro. En segundo lugar, el proveedor será excluido si está inhabilitado temporal o definitivamente para contratar con el Estado.

Finalmente, el proveedor será excluido del referido catálogo si no cuenta con inscripción vigente en el RNP. En este caso, la Directiva preceptúa<sup>(807)</sup> que regularización o renovación de la inscripción del proveedor adjudicatario en el RNP, será causal de reincorporación al Catálogo Electrónico, una vez transcurrido noventa (90) días calendarios contados desde el día siguiente de la nueva fecha de entrada en vigencia de la inscripción en el RNP materia de regularización o renovación.

El Reglamento establece que en todos estos casos, la exclusión del proveedor se refiere a todos los Convenios Marco vigentes con el proveedor adjudicatario. Sin embargo, esta exclusión no se considerará para futuras renovaciones de tales Convenios Marco, conforme lo establece la Directiva correspondiente.

## **9. Comportamiento ético de las partes**

A fin de tutelar principios como moralidad y conducta procedimental, la Directiva preceptúa<sup>(808)</sup> en este punto que el proveedor que resulte adjudicado, sus dependientes y en general quienes directa o indirectamente entreguen los bienes y/o servicios, no podrán ofrecer obsequios, ofertas especiales al personal que mantenga relación laboral, o que esté vinculado contractualmente o bajo alguna otra modalidad permitida con la entidad contratante, o cualquier regalía que pudiese implicar un conflicto de intereses presente o futuro entre dicho proveedor adjudicatario y la entidad contratante, debiendo observar el más alto estándar ético.

La Directiva incluye en esta regulación la reserva de la información que por uso del usuario y contraseña al catálogo este pueda proporcionar,

---

(807) Numeral 8.5.1.2 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

(808) Numeral 8.6.2 de la Directiva N° 017-2012-OSCE-CD.

estando prohibidos la entidad contratante y el Proveedor de divulgar el contenido del mismo sin la autorización del OSCE.

Finalmente, la Directiva prescribe que la entidad contratante y el proveedor están prohibidos de participar en prácticas restrictivas de la libre competencia, de evidenciarse este hecho, ambos asumirán la responsabilidad que se determine. En este caso, como ya lo hemos señalado, existe la sanción que impone el Indecopi, pero también aquella que impone el Tribunal de Contrataciones, a fin de tutelar el principio de libre competencia y competencia.

## **VI. LOS PROCESOS ELECTRÓNICOS**

---

La evolución de la normativa contractual, así como las herramientas tecnológicas existentes mostraron la necesidad y la pertinencia de implementar y regular procesos de selección electrónicos. De hecho, la Ley preceptúa<sup>(809)</sup> la obligación de establecer de manera progresiva esta modalidad para todos los procesos de selección, lo cual generaría una mayor eficiencia en la contratación administrativa, a través del empleo del Seace. Sin embargo, este mecanismo a través de cual se van a implementar los procesos electrónicos no se encuentra regulado en el Reglamento, estando ello pendiente.

### **1. Etapas de los procesos de selección electrónicos**

Conforme lo dispuesto por la normativa contractual<sup>(810)</sup>, el desarrollo de las etapas correspondientes de los procesos de selección electrónicos se llevará a cabo y difundirá íntegramente a través del Seace. En este punto la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD, "Procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la Contratación de bienes y servicios"<sup>(811)</sup>, establece que para interactuar en el Seace, las entidades y los proveedores deberán utilizar el Certificado Seace emitido de acuerdo a lo dispuesto por la Directiva N° 010-2012-OSCE-CD<sup>(812)</sup>.

A su vez, la norma establece sus principales etapas, que son la convocatoria, que contendrá obligatoriamente las Bases bajo sanción de nulidad. Asimismo, el registro de participantes, en el que una vez registrado

---

(809) Artículo 68 de la Ley.

(810) Artículo 292 del Reglamento.

(811) Aprobada mediante resolución N° 047-2013-OSCE-PRE.

(812) "Disposiciones referidas al trámite de asignación, actualización y desactivación del Certificado Seace otorgado a los usuarios del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace)".

el proveedor se presume la aceptación de las condiciones de uso del Seace, así como la etapa de consultas y observaciones, necesaria para que las bases se integren debidamente.

Por otro lado, debemos tener en cuenta la etapa de presentación de propuestas técnica y económica, que se inicia conjuntamente con la etapa de registro de participantes. Estas propuestas serán enviadas únicamente a través del Seace. Asimismo, la calificación y evaluación de propuestas, la misma que se efectúa luego de la apertura electrónica de las propuestas presentadas. Y finalmente, el otorgamiento de la Buena Pro. Es preciso señalar que estas etapas fueron agregadas por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, a fin de establecer claramente su empleo.

Asimismo, el Reglamento establece que se registrarán en el Seace todos los demás actos que correspondan al proceso de selección electrónico, disposición que también es producto de la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, la cual era necesaria para que esta disposición sea consistente con lo señalado en el párrafo precedente.

### **Convocatoria**

Conforme lo dispuesto por la Directiva antes señalada<sup>(813)</sup>, los procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de servicios deben ser convocados a través del Seace, los que serán calificados como “PROCESOS ELECTRÓNICOS” en forma automática como resultado del registro de la información por parte del funcionario - usuario de la entidad. Adicionalmente, se podrán cursar invitaciones a uno (1) o más proveedores, en atención a la oportunidad, al monto, a la complejidad, envergadura o sofisticación del objeto de la contratación. La convocatoria contendrá obligatoriamente las Bases, bajo sanción de nulidad.

Se señala además que las bases de los procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de servicios deben indicar de manera expresa que el proceso se llevará a cabo íntegramente a través del Seace. Asimismo, en la nomenclatura del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía debe agregarse la frase “PROCESO ELECTRÓNICO”.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(814)</sup> que al tipo de proceso de selección que corresponda convocar, dentro de los márgenes

---

(813) Numeral 7.2.1 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(814) Artículo 293 del Reglamento.

establecidos por la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público, deberá agregarse la frase “Proceso Electrónico”, en aplicación del principio de publicidad. Se señala en la norma sin embargo que tal precisión no será necesaria en el Plan Anual de Contrataciones.

Finalmente, la Directiva ratifica sobre el particular que la obligación de convocar procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía alcanza únicamente a las contrataciones de servicios cuyo valor referencial corresponda al de una Adjudicación de Menor Cuantía.

### **Registro de participantes**

Conforme lo dispuesto por la Directiva sobre la materia<sup>(815)</sup>, el registro de participantes es gratuito y debe llevarse a cabo desde el día siguiente de la convocatoria hasta la hora prevista en el cronograma para el cierre de la presentación de propuestas, en forma ininterrumpida.

Dicha norma establece además que cuando los proveedores no cuenten con inscripción vigente en el RNP y/o se encuentren inhabilitados para ser participantes, postores y/o contratistas, el Seace restringirá su registro, pudiendo intentar nuevamente el registro de su participación en el proceso de selección correspondiente, en cualquier otro momento, dentro del plazo establecido para dicha etapa, siempre que haya obtenido la vigencia de su inscripción o quedado sin efecto la sanción que le impuso el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Por otro lado, si es que los proveedores exceptuados de la inscripción en el RNP se encuentren inhabilitados para ser participantes, postores y/o contratistas, el Seace restringirá su registro, quedando a potestad de estos intentar nuevamente el registro de su participación en el proceso de selección correspondiente, en cualquier otro momento, dentro del plazo establecido para dicha etapa, siempre que haya quedado sin efecto la sanción que le impuso el Tribunal de Contrataciones del Estado.

## **2. Propuestas electrónicas**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(816)</sup>, los participantes registrarán sus propuestas a través del Seace de acuerdo con las características, formatos y demás condiciones establecidas en las Bases. Para ello, deberán ingresar al Seace su propuesta técnica y económica, ambas con

---

(815) Numeral 7.2.2 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(816) Artículo 294 del Reglamento.

su certificado Seace, asegurándose de haber realizado el envío y la carga de las mismas en el sistema<sup>(817)</sup>.

La Directiva antes señalada preceptúa en este punto<sup>(818)</sup> que la presentación de propuestas se formaliza cuando se produce su envío a través del Seace, en un solo acto. Para ello y, hasta antes del envío electrónico, los participantes del proceso podrán registrar sus propuestas (técnica y económica) como borrador dentro del plazo establecido para esta etapa, sin que ello genere ningún tipo de compromiso con la entidad. Así, se establece que toda la documentación que haya podido ser registrada y/o adjunta permanecerá alojada temporalmente en el Seace.

Finalmente, y con la finalidad de tutelar su contenido y su reserva, el Reglamento establece en este punto que las propuestas electrónicas de todos los participantes serán almacenadas en una bóveda segura del Seace hasta la fecha establecida en el calendario del proceso para el acto de apertura electrónica de propuestas. Una vez enviadas las propuestas, no cabe subsanación alguna.

### **3. Contenido de las propuestas electrónicas**

Conforme lo preceptuado por el Reglamento<sup>(819)</sup>, la propuesta técnica deberá contener todos los documentos solicitados en las Bases, así como aquellos que sirvan para acreditar los factores de evaluación. La propuesta económica deberá presentarse en función del valor referencial total del ítem y, en caso de procesos convocados bajo el sistema de precios unitarios, deberá adjuntarse adicionalmente el precio unitario.

La Directiva prescribe a su vez<sup>(820)</sup> que los documentos digitalizados que formen parte de la propuesta (técnica y económica) deberán contar con el sello y la rúbrica del postor o su representante legal o mandatario designado para dicho fin. Asimismo, se establece que, en el caso de que el postor sea una persona natural bastará que él, o sino su apoderado, indique debajo de la rúbrica su nombre y apellido completos.

La Directiva establece además que, al momento del envío de las propuestas, en caso de que el proveedor no cuente con inscripción vigente en el RNP y/o se encuentre inhabilitado para ser participante, postor y/o contratista, según corresponda, el Seace considerará la propuesta como

---

(817) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 793.

(818) Numeral 7.2.3 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(819) Artículo 295 del Reglamento.

(820) Numeral 7.2.3 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

no admitida y la almacenará como parte de la documentación histórica del proceso de selección. En los casos de procesos de selección convocados según relación de ítems, la propuesta será considerada no admitida para todos los ítems.

#### **4. Apertura electrónica de las propuestas técnicas**

El Reglamento dispone<sup>(821)</sup> que en la fecha y hora establecidas en el calendario del proceso y en presencia del Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, el funcionario autorizado de la entidad ingresará al Seace, utilizando su certificado Seace, a fin de proceder a la apertura electrónica de las propuestas técnicas.

Se señala asimismo que el Seace habilitará la opción de descarga de propuestas técnicas electrónicas de la bóveda segura y no permitirá la inclusión de ninguna propuesta adicional. Luego, el funcionario autorizado de la entidad imprimirá y entregará todas las propuestas técnicas al Comité especial o a quien haga sus veces.

El Reglamento dispone que, si se trata de un proceso de selección con otorgamiento de la buena pro en acto público, el notario firmará las propuestas técnicas que sean declaradas válidas por el Comité Especial o quien haga sus veces. Ello a fin de asegurar la tutela del principio de moralidad al dar fe de su validez.

Finalmente, al Directiva preceptúa en este punto<sup>(822)</sup> que podrá participar de esta actuación un representante del Sistema Nacional de Control, quien participará como veedor y deberá suscribir el acta correspondiente. Ahora bien, como ocurre en general en materia de contratación administrativa, la inasistencia del veedor no vicia el proceso.

#### **5. Evaluación de la propuesta técnica**

Por otro lado, el Reglamento dispone<sup>(823)</sup> que el Comité Especial evalúa las propuestas técnicas y emite un acta incluyendo el cuadro de la evaluación técnica, dicha acta contendrá la relación de todas las propuestas, las que cumplan con los requerimientos mínimos y las descalificadas. El acta debe ser publicada en el Seace antes de la apertura de las propuestas económicas, bajo responsabilidad del Comité Especial o de quien haga sus veces.

---

(821) Artículo 296 del Reglamento.

(822) Numeral 7.2.4 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(823) Artículo 297 del Reglamento.

En este orden de ideas, la Directiva preceptúa<sup>(824)</sup> que, culminada la evaluación técnica, el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elaborará un acta que incluya la relación de todas las propuestas presentadas, las admitidas, las no admitidas y las descalificadas, así como el cuadro de la evaluación técnica.

Asimismo, en caso de descalificación de propuestas, se deberá incluir en dicha acta el motivo de esa decisión. Dicha acta será publicada en el Seace, antes de la apertura de las propuestas económicas, bajo responsabilidad del Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

## **6. Evaluación y otorgamiento de la Buena Pro**

Conforme lo señalado por el Reglamento<sup>(825)</sup>, el funcionario autorizado por la entidad descargará del Seace las propuestas económicas electrónicas de los postores que alcanzaron el puntaje mínimo en la evaluación técnica, en presencia del Comité Especial o de quien haga sus veces y del notario, cuando la evaluación se lleve a cabo en acto público.

Se establece además que el Comité Especial o quien haga sus veces recibe y evalúa las propuestas económicas y emite el cuadro final de calificaciones otorgando la Buena Pro al postor que ocupe el primer puesto por haber alcanzado el más alto puntaje.

Asimismo, el Comité Especial entrega a los postores que lo soliciten los documentos que son claves en este procedimiento, que son el Acta del Resultado del Proceso con el cuadro de calificación y los cuadros de evaluación técnica y económica detallados. Además, se establece que el funcionario autorizado por la entidad los publica en el Seace.

El Comité Especial o quien haga sus veces elaborará el Acta de Buena Pro con el resultado de la evaluación y el sustento debido en los casos en que los postores serán descalificados; debiendo contener el cuadro comparativo en el que se consigne el orden de prelación en que han quedado calificados los postores, detallando los puntajes técnico, económico y total obtenidos por cada uno de ellos.

Finalmente, el Reglamento preceptúa que el Acta de Otorgamiento de Buena Pro deberá ser publicada en el Seace el mismo día de la Buena Pro, en cumplimiento estricto del principio de publicidad. Conforme lo

---

(824) Numeral 7.2.4 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(825) Artículo 298 del Reglamento.



dispuesto por la Directiva<sup>(826)</sup> debe incluirse el cuadro comparativo y el acta de otorgamiento de la Buena Pro, bajo responsabilidad del Comité Especial o del órgano encargado de las contrataciones, según corresponda.

## **7. Acceso y custodia del expediente**

En este punto la Directiva preceptúa<sup>(827)</sup> que el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, debe anejar al expediente de contratación todas las propuestas (técnicas y económicas) enviadas a través del Seace. Ello, dada la naturaleza del expediente, el mismo que debe contener todas las actuaciones administrativas correspondientes.

Todo postor del proceso de selección que así lo desee, solicitará por escrito el acceso al expediente. El Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, se encuentra en la obligación de permitir dicho acceso a más tardar dentro del día hábil siguiente de haber sido solicitado. Ello en aplicación del derecho al acceso al expediente que tiene todo administrado al cual nos hemos referido en el Capítulo IV de este libro.

Finalmente, en cuanto a la custodia del expediente, la Directiva prescribe<sup>(828)</sup> que, una vez que la buena pro haya quedado consentida, administrativamente firme o se produzca la cancelación del proceso de selección, el órgano que condujo el proceso entregará el expediente físico del proceso de selección al órgano encargado de las contrataciones para su custodia.

## **8. Obligatoriedad**

El Reglamento establece además<sup>(829)</sup> que se encuentran obligadas a convocar procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de servicios, las entidades comprendidas en el listado publicado por el OSCE en el portal del Seace, el que podrá ser actualizado para la incorporación gradual de otras entidades.

Se señala además que las entidades que no se encuentren incluidas en dicho listado podrán realizar procesos electrónicos de Adjudicación de

---

(826) Numeral 7.2.5 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(827) Numeral 7.2.6 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(828) Numeral 7.2.7 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

(829) Primera Disposición Complementaria Transitoria, modificada a su vez por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

Menor Cuantía para la contratación de servicios, lo cual es facultativo. Ahora bien, conforme el numeral 6.2 de la Directiva dichas entidades podrán solicitar al OSCE su incorporación al mencionado listado mediante comunicación emitida por el Titular de la entidad. Una vez autorizada la incorporación a dicho listado no habrá lugar a su exclusión.

Asimismo, se establece que el OSCE mediante Directiva señalará la oportunidad, forma y criterios en que se aplicará a las entidades la obligatoriedad de realizar procesos de selección electrónicos de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de bienes y obras, así como la aplicación progresiva y obligatoria de la contratación electrónica en otros tipos de procesos de selección.

De hecho, la Directiva materia de análisis preceptúa<sup>(830)</sup> que los procesos de selección de Adjudicación de Menor Cuantía para la contratación de bienes podrán ser convocados como procesos clásicos o procesos electrónicos, siendo facultad de la entidad decidir la opción que elegirá para llevar a cabo la convocatoria.

Sin embargo, no se pronuncia respecto a los contratos de obra, ni regula el mecanismo para la aplicación gradual de la contratación electrónica. Ello se encuentra entonces pendiente de regulación, para lo cual la próxima promulgación del Reglamento de la Nueva Ley es una importante oportunidad para realizar esta regulación.

---

(830) Numeral 7.3 de la Directiva N° 001-2013-OSCE-CD.

# **CAPÍTULO VIII**

## **LOS PROCESOS ESPECIALES REGULADOS POR LEYES ESPECIALES**

### **I. INTRODUCCIÓN**

---

En el capítulo anterior hemos analizado los procesos especiales que se encuentran señalados por la Ley y regulados por el Reglamento, así como por las Directivas respectivas emitidas por OSCE. Sin embargo, existen procesos de selección especiales que se encuentran a su vez regulados por leyes específicas, a los cuales nos vamos a referir a continuación. Varios de ellos han sido creados para finalidades definidas por dichas normas, otros se encuentran regulados para ser empleados por determinadas entidades públicas.

### **II. PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA REALIZACIÓN DE EVENTOS**

---

Conforme lo hemos señalado en el Capítulo I de este libro, la Ley N° 30154, establece el procedimiento especial que deben seguir las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú de las transmisiones de mando supremo, así como de cumbres internacionales y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, altos dignatarios y comisionados, declaradas previamente de interés nacional.

Si bien la justificación es clara, se ha regulado un proceso de contratación paralelo conforme lo dispuesto por la Ley, la cual establece que dichas contrataciones no se encuentran sometidas a la regulación de la citada norma, siempre que se encuentren debajo de los umbrales

establecidos por los tratados internacionales<sup>(831)</sup>. El procedimiento afecta todas las etapas de la contratación administrativa, estableciendo sin embargo una regulación que asemeja a la contenida en la Ley y el Reglamento, pero de una manera simplificada.

La norma señala<sup>(832)</sup> que dicho procedimiento especial se rige a su vez por los principios que hemos tratado en el primer capítulo de este libro, aplicables a su vez a las contrataciones directas que sirven también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de las normas aplicables a estos eventos; así como de parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores en virtud de la presente Ley.

Por otro lado, conforme a la norma<sup>(833)</sup>, son eventos conexos aquellos que se realizan en forma previa, paralela o posterior a las transmisiones del mando supremo, o a las cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, altos dignatarios y comisionados, de acuerdo con las exigencias o necesidades que en cada evento se determinen conforme a la política exterior del Estado peruano y sus intereses. Este concepto es clave para determinar el alcance de este proceso especial.

Asimismo, se establece<sup>(834)</sup> que las contrataciones que se realicen en el marco del presente procedimiento no deben superar los umbrales establecidos en los acuerdos comerciales vigentes suscritos por el Estado peruano que contengan disposiciones en materia de contratación pública, como por ejemplo los tratados de libre comercio. En caso de que se supere tales umbrales, dichas contrataciones se sujetarán a los procedimientos establecidos en la normativa aplicable.

## 1. Requerimiento

En este punto la norma preceptúa<sup>(835)</sup> que el funcionario o persona nombrada como responsable ante el Estado peruano de la realización de la transmisión del mando supremo o de una cumbre internacional

---

(831) Para una posición distinta: MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. “¿Proceso de contratación especial para eventos internacionales o exoneración velada?”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 243, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2014, p. 257.

(832) Artículo 2 de la Ley N° 30154.

(833) Artículo 4 de la Ley N° 30154.

(834) Artículo 3 de la Ley N° 30154.

(835) Artículo 5 de la Ley N° 30154.

previamente declarada de interés nacional, y sus eventos conexos, remitirá el requerimiento de contratación al órgano encargado de las contrataciones del Ministerio de Relaciones Exteriores. Este funcionario es designado por resolución del titular del Ministerio de Relaciones Exteriores.

En caso de que se determine, por las particularidades de la contratación, la necesidad de contratar con un determinado proveedor, su requerimiento, además de las especificaciones técnicas o términos de referencia debe contar con un informe técnico visado por la dependencia técnica de la entidad, de ser el caso, y suscrito por el funcionario o persona nombrada como responsable ante el Estado peruano de la realización de la transmisión del mandato supremo o de una cumbre internacional previamente declarada de interés nacional, y sus eventos conexos. En ese informe debe sustentarse dicha necesidad, así como la situación especial referida a que solo un determinado proveedor puede cubrir el requerimiento efectuado.

## **2. Actuaciones preparatorias**

En este punto, la norma preceptúa<sup>(836)</sup> que el órgano encargado de las contrataciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, sobre la base del requerimiento efectuado, realiza un estudio de posibilidades del mercado. Se señala que dicho estudio debe utilizar como mínimo dos fuentes. En caso de que se emplee una sola fuente, ello debe sustentarse mediante informe técnico documentado.

Por otro lado, el valor referencial es puesto en consideración del órgano competente para la certificación de disponibilidad presupuestal correspondiente. En este punto la regulación es similar al de la normativa regular, teniendo en cuenta que el valor referencial debe estar debidamente financiado. Finalmente, la norma dispone que el expediente que se conforme sea aprobado por el órgano competente del Ministerio de Relaciones Exteriores.

## **3. Selección directa**

Dada la premura de las contrataciones, la norma establece<sup>(837)</sup> que estas se realizan de manera directa, aplicando los principios respectivos, como ya se ha indicado. Sin embargo, para las contrataciones superiores a tres Unidades Impositivas Tributarias (UIT), el proveedor elegido debe

---

(836) Artículo 6 de la Ley N° 30154.

(837) Artículo 7 de la Ley N° 30154.

contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, excepto en el caso de que se trate de proveedores no domiciliados. Ello es consistente con el límite establecido en la Ley, el mismo que es elevado por la Nueva Ley, lo cual debería llevar a que también en este caso dicho parámetro cambie.

#### **4. Perfeccionamiento del contrato**

En este punto la norma materia de análisis establece<sup>(838)</sup> que, una vez realizada la selección directa, y contando con la certificación presupuestal respectiva, se gestiona, a través del órgano competente, la formalización de la respectiva contratación, para lo cual se solicita al proveedor la remisión de la documentación necesaria. La certificación, como lo hemos señalado anteriormente, parte del principio de que toda actuación administrativa debe encontrarse financiada, lo cual ocurre también en las contrataciones directas.

Ahora bien, para la formalización de los contratos de bienes o prestación de servicios que superen las diez Unidades Impositivas Tributarias (UIT), el Ministerio de Relaciones Exteriores establece las garantías que considere pertinentes, lo cual debe incluir aquella que garantice el cumplimiento de la prestación, es decir, el equivalente a la garantía de fiel cumplimiento. La importancia de las prestaciones y su monto obliga a generar un mecanismo de garantía, de manera similar a como ocurre en la contratación regulada por la Ley y el Reglamento.

Por otro lado, en caso de existir prestaciones de ejecución periódica, el contratista puede solicitar por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores la retención del monto equivalente al diez por ciento (10 %) del monto total contratado, en calidad de garantía, importe que será devuelto al contratista cuando concluya el contrato correspondiente y siempre que las dependencias competentes hayan otorgado la conformidad correspondiente y se haya producido el pago, de manera similar a como opera en la normativa contractual.

Finalmente, el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, o con la recepción de la orden de compra o de servicio, incluso el mismo día en que se ha elegido al proveedor con el cual se contrata. La norma, sin embargo, no define cuándo es que debe emplear uno u otro, situación en la cual debe entenderse que debe aplicarse la normativa regular.

---

(838) Artículo 5 de la Ley N° 30154.

## 5. Obligaciones, penalidades y otros

En este punto, la norma preceptúa<sup>(839)</sup> que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del órgano competente, establece el procedimiento y los mecanismos que deben observarse para determinar las obligaciones, penalidades, entre otros aspectos, con el fin de salvaguardar los intereses del Estado ante cualquier incumplimiento o eventualidad que surja durante los actos previos a la contratación directa, así como durante la ejecución de la misma. Es claro que seguimos ante un contrato administrativo, donde la regulación del mismo es menos rigurosa, lo cual no puede implicar que el interés general no se encuentre debidamente tutelado.

## 6. Ampliaciones o reducciones

La norma materia de análisis establece en este punto<sup>(840)</sup> que el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del órgano competente, aprueba la ampliación o reducción de las prestaciones materia de contratación, siempre que sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para el desarrollo del evento oficial y sus eventos conexos, de ser el caso.

No obstante ser un proceso de contratación especial, su regulación no debe descuidar la regulación del *ius variandi*, a lo cual vamos a referirnos nuevamente más adelante con detalle al referirnos a la ejecución contractual. En este caso, es pertinente preguntarse si se aplicaría supletoriamente lo regulado por la Ley y el Reglamento sobre el particular.

## 7. Publicación de las contrataciones y control administrativo

Conforme lo dispuesto por la norma<sup>(841)</sup>, todas las contrataciones realizadas con la finalidad de atender los requerimientos para el desarrollo de las transmisiones del mando supremo, así como de las cumbres internacionales previamente declaradas de interés nacional, y sus eventos conexos, que cuenten con la participación de jefes de Estado, jefes de Gobierno, altos dignatarios y comisionados deben ser publicadas en el portal institucional del Ministerio de Relaciones Exteriores. Los principios que se pretenden tutelar con esta disposición son los de publicidad y transparencia, enfocados no tanto en los proveedores sino en el público en general.

Asimismo, se establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores a través del órgano competente debe remitir un informe de las contrataciones efectuadas a la Contraloría General de la República y al Organismo

---

(839) Artículo 9 de la Ley N° 30154.

(840) Artículo 10 de la Ley N° 30154.

(841) Artículo 11 de la Ley N° 30154.

Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y registrarlas en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), dentro de los treinta días hábiles de concluidos los eventos. De hecho, la norma dispone que la Oficina de Control Institucional del Ministerio de Relaciones Exteriores, en el ámbito de su competencia, participa como veedor en estas contrataciones<sup>(842)</sup>.

Dichos entes desempeñan importantes atribuciones de control respecto de la contratación administrativa, lo cual no puede ser dejado de lado en el mecanismo especial que venimos describiendo, teniendo en cuenta además que en este caso se está empleando la contratación directa.

## **8. Comunicación sobre presuntas infracciones de proveedores y contratistas**

Sobre el particular, la norma establece<sup>(843)</sup> que el Ministerio de Relaciones Exteriores comunica al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) las infracciones que pudieran cometer los proveedores y contratistas, para que el Tribunal de Contrataciones del Estado conozca de tales situaciones. No obstante la naturaleza especial de la contratación se requiere que exista un mecanismo disuasivo respecto de comportamientos que generen afectaciones a bienes jurídicos, el cual no puede ser otro que el procedimiento administrativo sancionador que tramita el Tribunal.

Para ello, la norma materia de análisis establece que rigen las disposiciones sobre infracciones, sanciones, y competencias del Tribunal de Contrataciones del Estado establecidas en la normativa sobre contratación pública vigente. Como resultado, el procedimiento administrativo sancionador a emplear es eminentemente el mismo que se encuentra regulado en la Ley y el Reglamento.

## **9. Supervisión**

La Ley materia de comentario dispone además<sup>(844)</sup> que el titular de la entidad velará por el cumplimiento de los principios que resultan aplicables, así como el cumplimiento de las disposiciones de dicha Ley. Es evidente que dicha obligación opera bajo responsabilidad, aun cuando la norma no lo señale de manera expresa. Asimismo, esta obligación debe extenderse a la normativa a ser aprobada por el Ministerio a fin de regular los aspectos particulares de cada contratación, como veremos enseguida.

---

(842) Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30154.

(843) Artículo 12 de la Ley N° 30154.

(844) Artículo 13 de la Ley N° 30154.



## 10. Normativa complementaria

Finalmente, la norma establece<sup>(845)</sup> que, para la realización específica de cada evento, de acuerdo con sus propias exigencias, y en el marco del procedimiento previsto en la presente Ley, mediante resolución del titular del Ministerio de Relaciones Exteriores se aprobarán las disposiciones que resulten necesarias, con el fin de establecer las acciones técnico-operativas. Señala la norma que dicha resolución deberá ser publicada en el portal institucional del Ministerio de Relaciones Exteriores.

## III. PROCESOS ESPECIALES PARA EMPRESAS ESTATALES

---

Por otro lado, la Ley dispone<sup>(846)</sup> en este punto que 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 proveedores nacionales o internacionales mediante el proceso de adjudicación de menor cuantía, 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, incluyendo la entrega en un solo acto de los insumos, bienes o servicios.

### 1. Generalidades

Ahora bien, sobre el particular se establece que la lista de los insumos directamente vinculados en los procesos productivos, que corresponden a cada empresa, es establecida mediante Resolución Ministerial del Ministerio de Economía y Finanzas.

Se establece además que las contrataciones deben aprobarse mediante resolución del Titular de la entidad e informarse mensualmente al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - Fonafe, y a la Contraloría General de la República, bajo responsabilidad del Directorio.

En este último caso, conforme lo dispuesto por el numeral 3 de la Directiva N° 001-2009-CG/CA “Disposiciones aplicables al reporte de información sobre contrataciones estatales que las entidades públicas deben remitir a la Contraloría General de la República”, la obligación antes señalada se entenderá cumplida con el correspondiente registro en el Seace

---

(845) Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30154.

(846) Octava Disposición Complementaria Final de la Ley.

de todos los actos realizados dentro de los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía convocados en el marco de la Octava Disposición Final de la Ley, incluidos los contratos suscritos. Para ello, la Directiva establece que al cierre de cada mes las empresas del Estado deberán haber registrado en el Seace la información sobre las contrataciones efectuadas en el marco de la norma citada precedentemente.

## **2. El procedimiento**

En el proceso necesariamente se designa a un Comité Especial conforme a las reglas de contrataciones del Estado. El otorgamiento de la Buena Pro se realiza mediante acto público, no obstante el tipo de proceso de selección que se está empleando.

Asimismo, se establece que los órganos de control institucional participan como veedores en el proceso de adjudicación de menor cuantía, conforme a la normativa del Sistema Nacional de Control. Para ello se utilizan los procedimientos aprobados mediante las Directivas a las cuales nos hemos referido en capítulos anteriores de este libro.

Todos los actos realizados dentro de los procesos a que se refiere la referida disposición se comunican obligatoriamente al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) en la oportunidad y forma que señale la norma, el Reglamento y las Directivas que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

Finalmente, la norma prescribe que las contrataciones que se realicen de acuerdo a la disposición que venimos comentando no requieren de la constitución de la garantía de fiel cumplimiento, siempre que la prestación se cumpla por adelantado; puesto que en este caso dicha garantía serían innecesaria, generando mayores costos de transacción.

## **IV. EL CASO DE PROINVERSIÓN**

---

Sobre el particular, la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley establece que mediante acuerdo de su Directorio, la Agencia de la Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) podrá exceptuar de la aplicación total o parcial de la referida norma a las contrataciones vinculadas a los procesos a que se refieren el Decreto Legislativo N° 674, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Decreto Legislativo N° 1012, y sus normas modificatorias.

En este orden de ideas, el Decreto Legislativo N° 674 declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado; creando

Proinversión, precisando que dicha entidad se encargará de diseñar y concluir el proceso de promoción de la inversión privada en el ámbito de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado, centralizando la toma de decisiones a este respecto, como organismo rector máximo.

A su vez, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM es el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Dicha norma, en su artículo 1, declara de interés nacional la promoción de la inversión privada en el ámbito de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, siendo que la modalidad a ser empleada es la concesión.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1012 aprueba la ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Conforme dicha norma<sup>(847)</sup>, las Asociaciones Público - Privadas-APP son modalidades de participación de la inversión privada en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados; ello, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos y/o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

## **1. Generalidades**

En efecto, mediante el Acuerdo Proinversión N° 267-01-2009 se aprobó el Reglamento para la contratación de servicios y adquisición de bienes. Dicha norma se emitió en mérito a la disposición señalada en el párrafo precedente, pero también conforme el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 047-2008, mediante el cual se dispone que dicho ente debe publicar un reglamento de contratación de estudios de consultoría necesarios para diseñar las transacciones o procesos de promoción de la inversión privada de determinados proyectos que sean indispensables para la competitividad del país, el mismo que deberá ser aprobado por su Consejo Directivo; así como el artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 121-2009, mediante el cual se extienden los alcances de las medidas dispuestas a través del Decreto de Urgencia N° 047-2008.

---

(847) Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1012.

En este orden de ideas, se dispone<sup>(848)</sup> que las contrataciones y adquisiciones establecidas en el Reglamento materia de análisis se rigen, según sea el caso, por los principios de Libre Competencia, del Derecho Administrativo y del Derecho Común, así como por los contenidos en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1017 y los señalados en el Título Preliminar de la Ley N° 27444.

En cuanto a los requisitos del proceso se dispone<sup>(849)</sup> que todas las solicitudes de contrataciones de servicios o adquisiciones de bienes deberán estar dirigidas al Comité de Proinversión que corresponda o a la Dirección Ejecutiva, cuando se trate de un tema institucional que involucre a más de un Comité de Proinversión, en el caso de una contratación o adquisición que debido a su naturaleza no pueda circunscribir sus alcances a un Comité de Proinversión, o cuando se genere una necesidad institucional colectiva. Posteriormente, el área competente deberá requerir la certificación presupuestal y su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones.

Por otro lado, conforme a la norma<sup>(850)</sup>, para ser postor se requiere haber sido invitado por Proinversión, para el caso de los Concursos por Invitación o presentar propuestas para el caso de los Concursos Públicos. Se establece que la presentación de propuestas puede ser en forma individual o en consorcio, debiendo para el caso de los Concursos por Invitación haber sido invitado por lo menos uno de los consorciados.

## **2. Impedimentos**

Por otro lado, es necesario determinar quienes se encuentran impedidos de ser postores en estos procesos de selección. En este orden de ideas, la norma establece<sup>(851)</sup> que se encuentran impedidas, en primer lugar, las personas que se indican en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017.

Se encuentran impedidos también los miembros del Consejo Directivo de Proinversión, los miembros de los Comités de Proinversión, el Director Ejecutivo de Proinversión y en general las personas naturales que mantengan relación contractual con Proinversión bajo cualquier modalidad, siempre y cuando el servicio sea prestado en las instalaciones de Proinversión, hasta un (1) año después de haber cesado sus funciones o concluidos sus contratos y en tanto que sus labores hayan estado

---

(848) Artículo 3 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(849) Artículo 4 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(850) Artículo 5 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(851) Artículo 6 del Acuerdo N° 267-01-2009.

vinculadas al área relacionada con el proceso de promoción o proceso de selección (contratación de servicios o adquisición de bienes).

Asimismo, se encuentran impedidos el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de las personas a que se refiere los literales precedentes, de manera similar a como se definen los impedimentos en el artículo 10 de la Ley, mostrando también la misma controversia.

Por otro lado, y en el caso de iniciativas privadas (IP) se encuentran impedidos los asesores (independientemente de su condición de persona natural o jurídica), que hayan prestado algún tipo de servicios a favor del titular de la IP vinculados directamente con la referida.

En el caso de procesos de promoción de la inversión privada por iniciativa estatal, se encuentra impedidos los asesores (independientemente de su condición de persona natural o jurídica), que hayan prestado algún tipo de servicios a favor de los postores interesados en temas vinculados directamente a dicho proceso.

Se establece finalmente en la norma que las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas y los contratos celebrados son nulos sin perjuicio de las acciones legales a que hubiere lugar. Ello es consistente con la normativa contractual clásica, que regula de manera similar este tipo de situaciones.

### **3. Tipos de procesos de contratación o adquisición**

En este orden de ideas, conforme la norma materia de análisis<sup>(852)</sup>, los tipos de procesos de contratación o adquisición son: I) Adjudicación Directa, II) Concurso por Invitación, y III) Concurso Público. Dichos procedimientos son eminentemente distintos a los que se encuentran contenidos en la normativa contractual, y las diferencias se enfocan en la naturaleza de lo que se está contratando.

En este orden de ideas se establece que la Adjudicación Directa es la modalidad por la cual se contrata, previa aprobación del Comité de Proinversión que corresponda o la Dirección Ejecutiva según sea el caso, de manera directa a solicitud del Jefe de Proyecto o Área Usuaría, un determinado servicio o la adquisición de bienes, hasta por el monto correspondiente a 10 Unidades Impositivas Tributarias. Este concepto es claramente distinto al que se emplea en la normativa contractual.

---

(852) Artículo 7 del Acuerdo N° 267-01-2009.

Asimismo, el Concurso por Invitación es la modalidad por la cual Proinversión convoca a posibles interesados en función de una lista de invitados, previamente aprobada por el Comité de Proinversión que corresponda y la Dirección de Asuntos Técnicos o la Dirección Ejecutiva según sea el caso, para los procesos de contratación o adquisición, mayores a 10 Unidades Impositivas Tributarias hasta 300 Unidades Impositivas Tributarias. Dicha modalidad deberá contar con la veeduría de la Oficina de Control Institucional. Se establece que la invitación, las Bases del Concurso y demás documentación deberán ser publicadas en la página web.

Finalmente, el Acuerdo define Concurso Público como la modalidad por la cual se convoca la contratación de servicios o adquisiciones de bienes de manera abierta, por montos superiores a 300 Unidades Impositivas Tributarias. En este caso también encontramos una definición distinta a la contenida en la Ley.

No obstante lo antes señalado, la norma materia de análisis prescribe que podrá realizarse un Concurso por Invitación o un Concurso Público para montos que correspondan a una Adjudicación Directa cuando el Comité de Proinversión o la Dirección Ejecutiva, según sea el caso, lo considere pertinente. Asimismo, podrá realizarse un Concurso Público para montos que correspondan a un Concurso por Invitación cuando el Comité de Proinversión o la Dirección Ejecutiva, según sea el caso, lo considere pertinente.

#### **4. Excepción a los tipos de contratación**

Conforme al Acuerdo materia de análisis<sup>(853)</sup>, podrán solicitarse excepciones a los tipos de contratación de servicios o adquisición de bienes en el marco de un Concurso por Invitación o Concurso Público, a efectos de contratar o adquirir directamente por parte de los Comités de Proinversión, previo acuerdo del Consejo Directivo de Proinversión con el informe técnico del Área Usuaría aprobado por la Dirección de Asuntos Técnicos y el informe legal, refrendado por el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica.

Asimismo, se establece que la Dirección Ejecutiva podrá solicitar excepciones a los tipos de contratación de servicios o adquisición de bienes en el marco de un Concurso por Invitación o Concurso Público, previo acuerdo del Consejo Directivo de Proinversión con el informe técnico del Área Usuaría aprobado por la Dirección de Asuntos Técnicos y el informe legal, refrendado por el Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica.

---

(853) Artículo 8 del Acuerdo N° 267-01-2009.

Ahora bien, la norma establece la existencia de un conjunto de causales de contratación directa. En primer lugar, cuando exista uno o dos posibles oferentes, con las calificaciones requeridas, y convenga una elección directa y negociación de honorarios para lograr la máxima economía en costo y tiempo.

Asimismo, puede procederse a la contratación directa cuando la urgencia de la culminación de la tarea no permita realizar el proceso de contratación o adquisición correspondiente y exista sustento técnico del conocimiento de las calificaciones de un postor que permitan contratarlo directamente.

Además, puede emplearse este mecanismo cuando un asesor/consultor candidato hubiera prestado similares servicios al requerido, en anterior ocasión para Proinversión y por tanto tenga ventajas significativas para la realización de la tarea. En este caso será imprescindible que las ventajas debidamente sustentadas, redunden en significativos ahorros en tiempo y montos de honorarios.

Finalmente, puede procederse a la contratación directa por otras razones que a juicio del Consejo Directivo de Proinversión resulten convenientes para la contratación o adquisición a través de la modalidad de adjudicación directa, según corresponda. En este punto la norma no establece mayores parámetros para dicha determinación, lo cual puede implicar decisiones arbitrarias, debiendo las mismas estar debidamente motivadas.

## **5. Etapas del proceso de contratación o adquisición**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento materia de análisis<sup>(854)</sup>, tratándose de consultorías, cada Jefe de Proyecto se encargará de elaborar los términos de referencia, la sustentación del valor referencial, la metodología de evaluación, propondrá un cronograma y, la lista de invitados de ser el caso, los que deberán ser revisados y suscritos por la Dirección de Asuntos Técnicos y serán sometidos para su aprobación por el Comité de Proinversión que corresponda.

Asimismo, para la contratación de consultorías por parte de otras Áreas de Proinversión no comprendidas en el párrafo anterior, estas deberán encargarse de elaborar los términos de referencia, la sustentación del valor referencial, la metodología de evaluación, de proponer un

---

(854) Artículo 9 del Acuerdo N° 267-01-2009.

cronograma y, la lista de invitados, de ser el caso, los que deberán ser sometidos para su aprobación por la Dirección Ejecutiva.

Igual procedimiento se aplicará para el caso de las adquisiciones. Luego de ello, el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones procederá a realizar el proceso, el cual constará de determinadas etapas, que son copia al carbón de las que existen en la normativa contractual, que son la convocatoria, la formulación y absolución de consultas, la presentación de propuestas, apertura de sobres y evaluación de propuestas, la adjudicación de la Buena Pro, y finalmente, la firma del Contrato.

La norma preceptúa que, para el proceso de contratación o adquisición se utilizarán las Bases del Concurso, aprobadas por los Comités de Proinversión en cumplimiento con el Reglamento materia de análisis. También en este proceso de selección las bases cumplen un rol medular en su regulación.

En este orden de ideas, la norma establece<sup>(855)</sup> que el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones es el órgano colegiado que llevará a cabo los procesos de contratación y adquisición conforme a lo establecido en el presente Reglamento y en las Bases del Concurso de acuerdo a los plazos estipulados en el Cronograma respectivo.

Por otro lado, en cuanto al cómputo de plazos la norma establece<sup>(856)</sup> que los plazos de los procesos de selección se computarán en días calendario. En el caso de que la fecha de algún acto sea en día inhábil, se entenderá que se traslada al siguiente inmediato hábil. Ello, salvo para lo relativo a la suscripción del contrato.

## **6. Convocatoria**

Sobre esta etapa, que es la primera del proceso, la norma preceptúa<sup>(857)</sup> que el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones procederá a publicar la convocatoria para los Concursos Públicos en un diario de mayor circulación, en el diario oficial *El Peruano* y en la página web de Proinversión.

Asimismo, la norma materia de comentario establece que en el caso de los Concursos por Invitación se cursarán las cartas de invitación, las Bases del Concurso y otros documentos que correspondan, a los

---

(855) Artículo 10 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(856) Artículo 19 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(857) Artículo 11 del Acuerdo N° 267-01-2009.



integrantes de la Lista de Invitados, sin perjuicio de su publicación a través de la página web.

## **7. Formulación y absolución de consultas**

De manera similar a como ocurre con los procesos de selección tradicionales, existe una fase de consultas, necesario para una aplicación adecuada de las bases. Como resultado la normativa dispone<sup>(858)</sup> que, en el plazo estipulado en el Cronograma, los participantes podrán presentar consultas, las cuales tienen por objeto aclarar algún aspecto, a entender del postor, dudoso o contradictorio de las Bases del Concurso.

Respecto al procedimiento a seguir, la norma dispone que los interesados puedan realizar por escrito, vía fax o correo electrónico, las consultas sobre las Bases que estimen convenientes en las fechas previstas en el Cronograma. Esta regulación dota de flexibilidad al mecanismo para realizar las consultas.

Las respuestas que se formulen a manera de absolución de las consultas podrán modificar o ampliar las Bases, pasando a formar parte integrante de las mismas, y serán dadas a conocer mediante circulares a través de la publicación de las mismas en la web de Proinversión, o por notificaciones escritas o por correo electrónico a los postores sin revelar la identidad de quien formuló las consultas.

Finalmente, la norma señala en este punto que cualquier deficiencia o defecto en las propuestas por falta de consultas u observaciones, no podrá ser invocada como causal de impugnación. Ahora bien, la norma no establece cómo se tramitan las observaciones, que como ya hemos visto, tienen una naturaleza distinta al de las consultas.

## **8. Propuestas**

Conforme lo dispuesto por la norma<sup>(859)</sup>, la presentación de propuestas tiene una conformación particular. En este orden de ideas, las propuestas se presentarán en tres sobres: Sobre N° 1: Credenciales, Sobre N° 2: Propuesta Técnica y Sobre N° 3: Propuesta Económica, de manera simultánea en Acto Público en presencia de Notario Público, conforme lo establecido en las Bases del Concurso.

---

(858) Artículo 12 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(859) Artículo 13 del Acuerdo N° 267-01-2009.

A su vez, se dispone en la norma<sup>(860)</sup> que la apertura y la evaluación de las propuestas se realicen conforme a lo establecido en las Bases del Concurso. Ello implica que dicha tarea podrá variar de acuerdo al proceso de selección que se haya convocado, lo cual otorga a Proinversión una amplia discrecionalidad para determinar ello.

## **9. Adjudicación de la Buena Pro**

Conforme el Reglamento materia de análisis<sup>(861)</sup>, la Buena Pro será adjudicada por el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones al Postor que presente la mejor oferta, pudiendo ser esta la que contenga la menor propuesta económica (en los casos de Propuesta Técnica “Apta” o “No Apta”) o la que obtenga la mayor puntuación en la sumatoria de puntajes de las Propuestas Técnica y Económica.

De manera similar a como ocurre en los procesos de selección tradicional se prescribe que el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones elaborará el orden de méritos, siguiendo los criterios antes indicados y dicho resultado será comunicado en el Acto Público correspondiente.

Respecto al consentimiento de la Buena Pro se establece que el mismo puede ocurrir de varias maneras. En primer lugar, en aquellos procesos en los que ha existido un solo postor, dicho consentimiento ocurre en el momento en el que se comunica durante el acto público, dado que no existe posibilidad de que dicho acto sea impugnado.

Por otro lado, en los procesos en los que han existido varios postores, el consentimiento ocurre en el momento en el que se comunica durante el acto público siempre y cuando no se hubiese dejado constancia en acta la intención de impugnar por los postores.

Finalmente, en los procesos en los que han existido varios postores y se hubiese dejado constancia en acta la intención de impugnar el consentimiento ocurre si el postor o postores no lo hayan efectuado en el plazo de ocho (8) días hábiles luego de realizado el proceso.

## **10. Garantías**

En este punto, la norma establece<sup>(862)</sup> que se deberá exigir las garantías que se consideren convenientes, así como determinar su monto, el que será determinado en las Bases del Concurso. Como veremos más

---

(860) Artículo 14 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(861) Artículo 15 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(862) Artículo 16 del Acuerdo N° 267-01-2009.

adelante en el capítulo respectivo, las garantías cumplen un rol fundamental en la ejecución de los contratos administrativos.

Se establece que dichas garantías podrán ser, en primer lugar, la Garantía de Seriedad de Oferta, la que ya no existe en el proceso de selección tradicional dada las múltiples dificultades que mostraba. Tenemos asimismo la Garantía por Impugnación, que está siempre sometida a controversia. Tenemos asimismo la Garantía de Fiel Cumplimiento, que es la garantía clásica. Y finalmente, la Garantía en caso de adelanto de contrato, de ser el caso.

En este orden de ideas, se prescribe que dichas garantías consistirán necesariamente en una carta fianza emitida por una entidad bancaria autorizada para funcionar en el territorio nacional por la Superintendencia de Banca y Seguros. La carta fianza que acepte Proinversión deberá ser incondicional, irrevocable y de realización automática en el país al solo requerimiento de Proinversión, además de no contar con el beneficio de excusión.

## **11. Cancelación del proceso de selección**

En la norma se establece<sup>(863)</sup> que hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, el Comité Permanente de Contrataciones y Adquisiciones podrá cancelar el proceso de contratación o adquisición, en aplicación de un conjunto de supuestos. En primer lugar, cuando desaparezca la necesidad de contratar el servicio o adquisición del bien.

Asimismo, puede cancelarse el proceso de selección por modificaciones presupuestales debido a disposiciones del Gobierno Central y/o priorizaciones de gastos dispuestas por la Dirección Ejecutiva. Puede cancelarse también si sobrevinieran causas de fuerza mayor o caso fortuito que tornen imposible las contrataciones de servicios o adquisiciones. Además, cuando en los procesos de contratación o adquisición que hayan sido convocados con valor referencial reservado, la Propuesta Económica del postor ganador, resulte mayor a las sumas previstas presupuestalmente por Proinversión.

Finalmente, la norma preceptúa que el Comité Permanente, previa autorización del Comité de Proinversión respectivo, podrá suspender, cancelar, dejar sin efecto, anular o desistirse unilateralmente de continuar con el proceso de selección o con cualquier relación resultante del mismo,

---

(863) Artículo 17 del Acuerdo N° 267-01-2009.

en cualquier momento hasta antes de la firma del contrato, sin expresión de causa, sea esta jurídica o de otra índole, sin que pueda derivarse responsabilidad alguna frente a los postores para Proinversión. Aquí tenemos otra importante atribución discrecional, que además no requiere estar motivada y que puede llevar también a decisiones controvertidas.

## **12. Suscripción del contrato**

La norma dispone<sup>(864)</sup> que, luego de consentida la Buena Pro, Proinversión citará al postor a efectos de que se apersona a suscribir el contrato respectivo en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles acompañando la documentación que se le haya indicado en las Bases del Concurso, pudiendo establecerse un plazo mayor excepcionalmente.

En caso de no apersonarse, en dicho plazo, se procederá a revocar la Buena Pro; a ejecutar la garantía correspondiente; y a consideración del Comité correspondiente o de la Dirección Ejecutiva, según sea el caso, se podrá celebrar el contrato con el postor que quedó en el segundo lugar y así sucesivamente, siguiéndose el mismo procedimiento descrito en el párrafo precedente.

## **13. Impugnación**

La norma preceptúa<sup>(865)</sup> en este punto que solo podrán impugnar los postores cuya evaluación técnica sea calificada como apta o supere el puntaje mínimo requerido en las Bases del Concurso luego de la apertura del Sobre N° 3. Los postores descalificados entonces no podrán impugnar la buena pro, situación que se ha observado en varios casos en los cuales solo ha quedado un postor.

La impugnación se presenta ante el Comité Permanente, quien resolverá en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles, luego de lo cual, el postor dispondrá de dos (2) días hábiles para interponer recurso de apelación. Este será presentado ante el Comité Permanente, el que lo elevará a la Dirección Ejecutiva, la que contará con un plazo no mayor a tres (3) días hábiles para resolver.

## **14. Organismos multilaterales**

Finalmente, la Tercera Disposición Complementaria Final de la norma, en la misma lógica de flexibilizar los procesos de selección, dispone que se podrá contratar directamente a Organismos Multilaterales

---

(864) Artículo 18 del Acuerdo N° 267-01-2009.

(865) Artículo 20 del Acuerdo N° 267-01-2009.

Financieros en los cuales el Perú es país miembro, para que brinden servicios de consultoría y asistencia técnica en los procesos de promoción de la inversión privada a los que se refieren el Decreto Legislativo N° 674, el Decreto Supremo N° 059-96-PCM, el Decreto Legislativo N° 1012, y sus normas modificatorias y reglamentarias.

Para ello, se señala que los Comités Especiales solicitarán autorización al Consejo Directivo de Proinversión, quien deberá contar para tal efecto con el informe técnico del Área Usuaria aprobado por la Dirección de Promoción de inversiones y el Informe legal correspondiente.

Tratándose de los servicios de consultoría y asistencia técnica, a que hace referencia el párrafo precedente, que sirvan de manera transversal a dos o más procesos de promoción de la inversión privada que sean competencia de distintos Comités Especiales, la autorización de su contratación podrá ser solicitada por el Director Ejecutivo, debiendo observarse el mismo procedimiento descrito en el párrafo anterior.

Finalmente, se autoriza a Proinversión a suscribir los referidos contratos con Organismos Multilaterales Financieros en los cuales el Perú es país miembro, pudiendo utilizar para ello los modelos contractuales y términos de referencia que son utilizados por estos.

## **V. LA ADQUISICIÓN ESTATAL A TRAVÉS DE LA BOLSA DE PRODUCTOS**

---

El Decreto Legislativo N° 1063 regula adquirir bienes a través de los mecanismos de las Bolsas de Productos supervisadas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - Conasev (hoy Superintendencia del Mercado de Valores<sup>(866)</sup>), las cuales se rigen por la ley de la ma-

---

(866) **Ley de Fortalecimiento de la Supervisión del Mercado de Valores, Ley N° 29782:**

**Artículo 1. Cambio de denominación**

Sustituyese la denominación de Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (Conasev) por la de Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

Toda referencia a Conasev contenida en el Decreto Ley N° 21907, A las Empresas Administradoras de Fondos Colectivos Controlará CNSEV; en el Decreto Ley N° 26126, Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores; en el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores; en el Decreto Legislativo N° 862, Ley de Fondos de Inversión y sus Sociedades Administradoras; en la Ley N° 26361, Ley sobre Bolsa de Productos; y en las demás normas legales o reglamentarias, debe entenderse hecha a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV).

Asimismo, toda referencia en las normas antes citadas al Directorio de la Conasev debe entenderse hecha al Superintendente del Mercado de Valores. El Directorio de la SMV mantiene únicamente las atribuciones a que se refiere el artículo 5 del Texto Único

teria, sus normas complementarias y los principios que rigen toda adquisición pública, como mecanismo alternativo al establecido por la normativa aplicable a las contrataciones del Estado.

Conforme lo dispuesto por el artículo 2 de la Ley N° 26361, las Bolsas son personas jurídicas que pueden adoptar la estructura legal de las asociaciones civiles o de las sociedades anónimas, y tienen por objeto principal facilitar la negociación de productos, títulos representativos de los mismos o contratos relativos a ellos, proveyendo los servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de los mismos, de manera justa, competitiva, ordenada, continua y transparente. Asimismo, las Bolsas pueden realizar actividades complementarias a sus fines, siempre que cuenten con la debida autorización de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Por otro lado, el artículo 3 de la norma antes citada preceptúa que constituyen materia de negociación en las Bolsas en primer lugar los bienes muebles de origen o destino agropecuario, pesquero, minero e industrial, y servicios complementarios. A ello debemos agregar los títulos representativos de los bienes o servicios referidos en el literal anterior siempre que sean libremente transferibles.

Asimismo, la norma preceptúa que son susceptibles de ser negociados en la bolsa de productos los contratos sobre los bienes o servicios antes señalados, bajo cualquier modalidad. Finalmente, la norma incluye otros bienes que se autorice a propuesta de las Bolsas.

## 1. Los bienes

En este orden de ideas, la norma materia de análisis dispone<sup>(867)</sup> que las entidades puedan adquirir a través de los mecanismos de las Bolsas de Productos bienes estandarizados de origen o destino agropecuario, industrial, minero y pesquero. Para ello, la norma prescribe<sup>(868)</sup> que deberán incluir en su Plan Anual de Contrataciones, las adquisiciones que se efectuarán a través de las Bolsas de Productos.

### **Estandarización**

Ahora bien, se establece que se consideran bienes estandarizados aquellos respecto de los cuales existe más de un proveedor, se producen

---

Concordado de la Ley Orgánica de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, aprobado por Decreto Ley N° 26126.

(867) Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1063.

(868) Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1063.

en masa, y tienen patrones de calidad y desempeño objetivamente definidos por especificaciones usuales del mercado; de tal manera que el único factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan.

La norma prescribe además que los criterios de estandarización por cada bien serán establecidos por un Comité designado para tal efecto, conformado por expertos designados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi en coordinación con la Cámara Arbitral de la Bolsa de Productos. Para estos efectos, los criterios de estandarización deberán sustentarse en estándares nacionales, internacionales, o las que establezcan las propias Bolsas de Productos, en defecto de los anteriores.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el Reglamento de la norma<sup>(869)</sup>, para establecer los criterios generales de estandarización serán de obligatorio cumplimiento los reglamentos técnicos, los requisitos técnicos establecidos en reglamentos sectoriales y las normas metrológicas y/o sanitarias nacionales aprobadas por las autoridades competentes.

Asimismo, se establece en el Decreto Legislativo que los procedimientos de estandarización que se realicen a través de las Bolsas de Productos respetarán los criterios de transparencia, igualdad, libre competencia e imparcialidad, que son varios de los principios establecidos en la Ley, analizados en el Capítulo II de este libro y necesarios para una contratación eficiente.

Conforme al Reglamento<sup>(870)</sup>, el criterio de libre competencia implica que el procedimiento deberá promover la competencia entre los proveedores, evitando actos discriminatorios y barreras de acceso al mercado. Por el criterio de transparencia, el procedimiento de estandarización y su resultado deberán ser de conocimiento público. Asimismo, por el criterio de Igualdad no se podrá hacer referencia a determinadas marcas, nombres comerciales, tipo, patente o diseño. Finalmente, por el criterio de imparcialidad la estandarización deberá determinarse de manera objetiva y sin conceder privilegios a los proveedores.

Asimismo, se establece en el decreto legislativo materia de comentario, que no podrán ser objeto de un procedimiento de estandarización aquellos bienes que aludan a determinada marca, nombre comercial, tipo, patente o diseño o que, por sus características propias, no permitan tomar una decisión para su adquisición basada exclusivamente en el factor precio.

---

(869) Artículo 5 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(870) Ídem.

## Requisitos de los bienes

Por otro lado, para ser adquiridos por la entidad, se establece que los bienes deberán estar inscritos en la Bolsa de Productos, en el Registro Público del Mercado de Valores de la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - Conasev, ahora Superintendencia del Mercado de Valores.

Para ello el Reglamento establece<sup>(871)</sup> que los bienes que podrán adquirir las entidades a través de las Bolsas deberán contar previamente con una Ficha Técnica, la cual será elaborada por la Bolsa correspondiente, respetando los criterios de estandarización establecidos por el Comité de Estandarización. Las entidades podrán adquirir a través de las Bolsas bienes estandarizados de origen o destino agropecuario, industrial, minero y pesquero.

Finalmente, los bienes a ser adquiridos por la entidad deberán contar, cuando corresponda, con una certificación de calidad que será expedida por una entidad certificadora autorizada por el organismo competente. Se prescribe que los requisitos para la presentación de la certificación de calidad serán establecidos en el Reglamento de la referida norma.

## 2. Prohibición de prácticas restrictivas de la libre competencia

Como lo hemos señalado de manera reiterada en este libro, es necesario tutelar la competencia en la contratación administrativa, puesto que si la misma se ve afectada a su vez se vería perjudicada la entidad, dado que no podría contratar con la debida idoneidad; asimismo, se verían perjudicados los proveedores, al no poder contratar eficientemente con las entidades; y finalmente, se vería perjudicado el mercado en su conjunto.

En este orden de ideas, y con la finalidad de prevenir y evitar que a través de los mecanismos de negociación que brinden las Bolsas de Productos se pueda concertar o manipular los precios de los productos negociados, así como realizar cualquier otro tipo de práctica monopólica, controlista o restrictiva de la libre competencia, la norma prescribe<sup>(872)</sup> que las Bolsas de Productos deben actuar de manera coordinada con la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - Conasev (hoy Superintendencia del Mercado de Valores) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

---

(871) Artículo 7 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(872) Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1063.



- Indecopi, en el ámbito de competencia correspondiente a cada institución, a fin de acordar los métodos y procedimientos a implementarse para mitigar tales prácticas, sin perjuicio de lo dispuesto por la normativa vigente sobre represión de conductas anticompetitivas.

A fin de asegurar el cumplimiento de estas disposiciones, el Reglamento de la norma dispone<sup>(873)</sup> que las Bolsas provean servicios, sistemas y mecanismos adecuados para la intermediación de los productos estandarizados, de manera justa, competitiva, ordenada, continua y transparente. Asimismo, se establece que son de aplicación los principios de transparencia de operaciones contenidos en el Decreto Legislativo N° 861, Ley del Mercado de Valores y sus modificatorias.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa además<sup>(874)</sup> que, sin perjuicio de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, cuando las Bolsas identifiquen posibles conductas anticompetitivas cometidas por los agentes económicos en las operaciones de negociación, deberán informar tales hechos al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi para que este, a través de sus órganos competentes, de ser el caso, inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiera existir.

El Reglamento prescribe además que, una vez que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi disponga el inicio de un procedimiento sancionador, informará sobre tales hechos a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores - Conasev, en su condición de organismo supervisor de las Bolsas.

Finalmente, y como regla general aplicable en estas situaciones, se establece que únicamente en caso que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi determinara la existencia de una infracción y esta quedara firme, dicha situación será comunicada al Tribunal de Contrataciones del Estado para los fines pertinentes.

### **3. Informe de mercado**

Por otro lado, la norma preceptúa<sup>(875)</sup> que la decisión de utilizar los mecanismos que ofrecen las Bolsas de Productos deberá estar sustentada

---

(873) Artículo 9 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(874) Artículo 10 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(875) Artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1063.

en un informe basado en los resultados que arroje el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, el cual deberá formar parte del expediente de contratación.

Conforme lo señala la norma, el OSCE deberá aprobar, previa coordinación con la Superintendencia, una Directiva que regule los actos y pasos internos que las entidades deben efectuar para sustentar la decisión de utilizar los mecanismos que ofrecen las Bolsas de Productos.

Para ello, el Reglamento del Decreto Legislativo preceptúa<sup>(876)</sup> que es necesario que la entidad cuente con el Expediente de Contratación aprobado, siendo parte del mismo el Informe que sustente la conveniencia de recurrir a este mecanismo de contratación.

El Reglamento ratifica que el referido Informe deberá estar sustentado en los resultados del estudio de las posibilidades que ofrece el mercado y deberá establecer, cuando exista la información y corresponda, las ventajas y beneficios referidos al costo, volumen, calidad y oportunidad de utilizar dicho mecanismo, entre otros.

#### **4. Sociedades Agentes de Bolsa (SAB) y/o Sociedad Corredora de Productos (SCP)**

La norma prescribe<sup>(877)</sup> que la elección de la Sociedad Agente de Bolsa (SAB) y/o Sociedad Corredora de Productos (SCP) que sirva de intermediaria en las transacciones realizadas en la Bolsa de Productos se efectuará utilizando los procesos de selección establecidos en la normativa sobre contrataciones del Estado, cuidando que el intermediario no se encuentre en situación de impedimento, inhabilitación, intervención, suspensión y/o revocación.

La norma prescribe en este punto que los intermediarios no podrán realizar operaciones cruzadas en rueda ni en mesa de productos cuando intervengan las entidades del Estado como clientes. Es preciso señalar en este punto que la Rueda de Bolsa es el mecanismo centralizado en el que las sociedades agentes, de conformidad con lo dispuesto en los respectivos reglamentos internos de las Bolsas, realizan transacciones con valores inscritos en el Registro, cuando corresponda e instrumentos derivados que Conasev previamente autorice<sup>(878)</sup>.

---

(876) Artículo 11 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(877) Artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1063.

(878) Artículo 117 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores aprobado mediante Decreto Supremo N° 093-2002-EF.

## **5. Cumplimiento de obligaciones**

Por otro lado, el decreto legislativo establece que, antes de iniciar el procedimiento de adquisición a través de los mecanismos que ofrecen las Bolsas, la entidad deberá asegurar plenamente el cabal cumplimiento de las obligaciones a su cargo, con la finalidad de evitar pagos adicionales por incumplimiento o de cualquier tipo de indemnización por dicho concepto, bajo responsabilidad de los funcionarios que autorizaron la transacción.

## **6. Requisitos del proveedor**

Por otro lado, resulta necesario establecer los requisitos para contratar en el caso de los administrados. En este orden de ideas, el decreto legislativo materia de análisis preceptúa en este punto<sup>(879)</sup> que, para poder vender al Estado a través de los mecanismos de las Bolsas de Productos se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores - RNP y no estar impedido ni inhabilitado para ser postor y/o contratista del Estado. Para ello, es de aplicación lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

En este orden de ideas, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(880)</sup>, los proveedores que deseen participar en las contrataciones estatales a través de las Bolsas deberán presentar a la Sociedad Agente de Bolsa o a la Sociedad Corredora de Productos que los representen una declaración jurada de aceptación de las condiciones establecidas en las Bolsas y de no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones del Estado; así como la constancia de inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores administrado por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE.

## **7. Fiscalización, supervisión y control de las operaciones con el Estado**

Conforme lo dispone la norma materia de análisis<sup>(881)</sup>, ratificando lo preceptuado por la norma en materia de mercado de valores, las Bolsas de Productos, las Cámaras de Compensación, los Corredores de Productos, los Operadores Especiales, las Sociedades Agentes de Bolsa, así como las operaciones que se realicen en este mecanismo están

---

(879) Artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1063.

(880) Artículo 4 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(881) Artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1063.

sometidos al control y supervisión de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Asimismo, a fin de generar consistencia en la regulación, se establece que el OSCE supervisará el proceso de adquisición de las entidades públicas que se efectúe a través de las Bolsas de Productos, cautelando que este se realice conforme a la normativa pertinente que para el efecto se apruebe.

Por otro lado, se establece que la Contraloría General de la República vigila y verifica el uso correcto de los recursos del Estado destinados a la adquisición de bienes a través de las Bolsas de Productos, pudiendo efectuar labores de control sobre tales adquisiciones, conforme lo establecido en el artículo 8 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>(882)</sup>.

A fin de que pueda ejercerse el control gubernamental y con específica referencia a un proceso de control determinado, el decreto legislativo dispone que la Contraloría General de la República puede requerir a la Superintendencia, sin que sea oponible el deber de reserva, la información relacionada con las operaciones realizadas en la Bolsa de Productos en las que haya intervenido como participante alguna entidad.

Para ello es de aplicación el artículo 22 de la Ley N° 27785, el que enumera las atribuciones de la Contraloría General, entre las que destacan tener acceso en cualquier momento y sin limitación a los registros, documentos e información de las entidades, aun cuando sean secretos; así como requerir información a particulares que mantengan o hayan mantenido relaciones con las entidades; siempre y cuando no violen la libertad individual.

---

**(882) Artículo 8.- Control Externo**

Se entiende por control externo el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos técnicos, que compete aplicar a la Contraloría General u otro órgano del Sistema por encargo o designación de esta, con el objeto de supervisar, vigilar y verificar la gestión, la captación y el uso de los recursos y bienes del Estado. Se realiza fundamentalmente mediante acciones de control con carácter selectivo y posterior.

En concordancia con sus roles de supervisión y vigilancia, el control externo podrá ser preventivo o simultáneo, cuando se determine taxativamente por la presente Ley o por normativa expresa, sin que en ningún caso conlleve injerencia en los procesos de dirección y gerencia a cargo de la administración de la entidad, o interferencia en el control posterior que corresponda.

Para su ejercicio, se aplicarán sistemas de control de legalidad, de gestión, financiero, de resultados, de evaluación de control interno u otros que sean útiles en función a las características de la entidad y la materia de control, pudiendo realizarse en forma individual o combinada. Asimismo, podrá llevarse a cabo inspecciones y verificaciones, así como las diligencias, estudios e investigaciones necesarias para fines de control.

## **8. Las sanciones aplicables**

Por otro lado, es necesario establecer en el ámbito de la contratación a través de la bolsa de productos, la potestad sancionadora de la Superintendencia. En este orden de ideas, la norma preceptúa<sup>(883)</sup> que dicha entidad sancionará con amonestación, multa, intervención, suspensión o revocación de la autorización de funcionamiento a las Sociedades Agentes de Bolsa, Corredores de Productos u Operadores Especiales por las infracciones tipificadas en el Reglamento de Sanciones correspondiente.

En cuanto a la prescripción, se establece que la facultad de la Superintendencia del Mercado de Valores, para determinar la existencia de infracciones, prescribe a los tres (3) años. Como veremos más adelante en el capítulo respectivo, en este punto existe la controversia respecto a la facultad que tendría la entidad de declarar la prescripción de oficio.

Asimismo, las entidades públicas están obligadas a poner en conocimiento del tribunal de contrataciones del OSCE los hechos que puedan dar lugar a la aplicación de sanciones de inhabilitación a los proveedores, conforme a lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, la cual en este punto es enteramente aplicable.

## **9. Resolución de reclamos y el procedimiento aplicable**

Por otro lado, el Decreto Legislativo prescribe que los reclamos que se susciten como consecuencia de la realización de negociaciones a que se refiere la norma serán resueltos por la Superintendencia, en doble instancia. Ello, no obstante que el artículo 18 de la Ley N° 26361 establece la existencia de una Cámara Arbitral la que a través de un Tribunal Arbitral dirimirá las controversias que se originen en las negociaciones con productos.

Conforme la norma materia de comentario, las Sociedades Corredoras de Productos y/o Sociedades Agentes de Bolsa tienen un plazo de 10 (diez) días calendario, contados desde la negociación o cuando se haya cerrado la operación, para presentar sus reclamos. Se establece en este punto que el procedimiento de resolución de los reclamos será establecido por la Superintendencia, mediante normas reglamentarias.

## **10. Difusión a las MYPE**

Dentro de la controvertida finalidad de la contratación administrativa de tutelar a las micro y pequeñas empresas (MYPE), la norma

---

(883) Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1063.

preceptúa<sup>(884)</sup> que la propuesta de compra de las entidades estatales a través de los mecanismos de las Bolsas de Productos será difundida además del Boletín y la página Web de las Bolsas de Productos, mediante comunicación expresa al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su difusión entre las micro y pequeñas empresas, ente que se encontraba encargado de su promoción. Sin embargo, como lo hemos señalado de manera reiterada, dicha competencia le corresponde en la actualidad al Ministerio de la Producción.

Sobre el particular, el Reglamento dispone<sup>(885)</sup> que las Bolsas difunden en su portal institucional el boletín con las propuestas de compra de las entidades de conformidad con lo dispuesto en el segmento de negociaciones de las Bolsas. Asimismo, en la misma fecha y oportunidad comunicarán al Ministerio correspondiente dichas propuestas con el fin de promover la participación de las microempresas y pequeñas empresas.

## **11. Publicidad**

Finalmente, la norma prescribe que el intermediario deberá poner en conocimiento del mercado en el boletín y página Web de las Bolsas de Productos, así como un aviso publicado en el portal institucional de la entidad, antes de la fecha de la negociación, las propuestas de compra que reciban de las entidades. Se prescribe que ninguna operación se podrá realizar si previamente no se cumple con dicho requisito.

En este orden de ideas, el Reglamento de la norma materia de análisis preceptúa<sup>(886)</sup> que las entidades que adquieran bienes a través de las Bolsas, una vez cerrada la operación, deberán registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace la adquisición realizada, indicando el tipo de bien, el monto de la contratación y el número de póliza.

## **VI. RÉGIMEN APLICABLE PARA PREVENIR Y MITIGAR LOS FACTORES DE RIESGO DE DESASTRE**

---

La Ley N° 30191, Ley que establece medidas para la prevención, mitigación y adecuada preparación para la respuesta ante situaciones de desastre, establece un conjunto de disposiciones necesarias para que las entidades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos

---

(884) Artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1063.

(885) Artículo 13 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

(886) Artículo 14 del Decreto Supremo N° 159-2008-EF.

locales desarrollen acciones, durante el Año Fiscal 2014, con el fin de prevenir y mitigar los factores de riesgo de desastre, así como para la adecuada preparación para la respuesta ante situaciones de desastre a nivel nacional.

## 1. El procedimiento especial

Dicha norma establece un conjunto de situaciones en las cuales es de aplicación el procedimiento especial de contratación para ejecución de obras que figura en el Anexo N° 4 de la referida Ley<sup>(887)</sup>. En primer lugar, vamos a encontrar medidas prospectivas en relación al Fenómeno El Niño, medidas en materia de agricultura, medidas en materia de transportes, medidas en materia de educación<sup>(888)</sup>, medidas en materia de agua, saneamiento y vivienda, así como medidas en materia de protección a la población<sup>(889)</sup>.

Asimismo, la norma antes señalada establece<sup>(890)</sup> que dicho procedimiento podrá efectuarse para la ejecución de proyectos de inversión de prevención, mitigación y adecuada preparación para la respuesta ante desastres, así como proyectos de inversión en ejecución para el mejoramiento de vías, sistemas de saneamiento, centros de salud y en educación, por parte de los gobiernos locales y regionales.

Por otro lado, la norma preceptúa<sup>(891)</sup> que el referido procedimiento podrá ser empleado por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento para implementar, un Bono Familiar Habitacional de Emergencia para la Zona Baja de Belén. Ello, en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 27829, Ley que crea el Bono Familiar Habitacional.

Asimismo, el citado procedimiento será aplicable a las entidades del Gobierno Nacional para la ejecución de obras de sus sedes alternas destinadas a asegurar su continuidad operativa, así como para las acciones que se ejecuten en el marco del Programa Nacional “Tambos”, creado por el Decreto Supremo N° 016-2013-VIVIENDA, según corresponda.

---

(887) Artículo 14 de la Ley N° 30191.

(888) Se excluyen sin embargo los gastos para la ejecución de proyectos de inversión de infraestructura en instituciones educativas públicas del nivel de educación inicial y primaria de la Educación Básica Regular para la prevención y adecuada preparación para la respuesta ante desastres, para lo cual se destinan recursos al Ministerio de Educación hasta por la suma de S/. 46 000 000,00 (cuarenta y seis millones y 00/100 nuevos soles). Dichos recursos se destinan a los proyectos de infraestructura a los que se refiere el artículo 20 de la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y se sujetan a lo establecido en el mencionado artículo.

(889) Artículo 3 de la Ley N° 30191.

(890) Artículos 6 y 7 de la Ley N° 30191.

(891) Artículo 10 de la Ley N° 30191.

El procedimiento en cuestión posee las mismas etapas, pero sin embargo es más expeditivo que el proceso de selección clásico respectivo, siendo aplicable de manera supletoria la normativa contractual. Se señala que el mismo es aplicable a los proyectos que hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública y que corresponda a una licitación pública conforme a la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014, y su valor referencial no sea mayor a S/. 15 000 000,00 (quince millones y 00/100 nuevos soles).

## **2. Adjudicación de menor cuantía**

Finalmente, la norma materia de comentario dispone que las entidades del Gobierno Nacional quedan facultadas a utilizar la adjudicación de menor cuantía, con independencia del monto de la contratación, para la adquisición de terrenos, elaboración de estudios de preinversión y expediente técnico, supervisión de obra, adquisición de equipos y mobiliario para las sedes alternas destinadas a asegurar la continuidad operativa de dichas entidades.

Para el consentimiento de la buena pro y la suscripción del contrato del proceso de adjudicación de menor cuantía a la que se hace referencia, se aplica los procedimientos y plazos aplicables al proceso especial de contratación previsto en la Ley materia de comentario, los cuales, como hemos señalado, son más expeditivos que los aplicables al proceso clásico correspondiente.

## **VII. LOS RÉGIMENES ESPECIALES APLICABLES A DETERMINADAS ENTIDADES PÚBLICAS**

---

Por otro lado, existen algunas entidades públicas que por su naturaleza o por su competencia se encuentran sometidas a un régimen particular de contratación administrativa. En algunos casos ello se encuentra establecido en una norma con rango de ley, que es el escenario ideal. Sin embargo en algunos casos ello se ha determinado mediante un decreto de urgencia, el cual por definición es temporal, pero que sin embargo su aplicación se ha ido extendiendo en el tiempo.

### **1. Las beneficencias públicas**

Un primer caso de lo antes indicado es el de las beneficencias públicas que realicen actividades de producción y comercialización de bienes y servicios para obtener recursos y destinarlos a la consecución de sus fines sociales y esta sea su única fuente de ingresos. Para ello sin



embargo hay que tener en cuenta el principio de subsidiaridad establecido en el artículo 60 de la Constitución.

En estos casos, conforme lo dispuesto por el Artículo Único de la Ley N° 27638, dichas entidades pueden adquirir los insumos directamente vinculados al giro del negocio y a precios de mercado, mediante el procedimiento de adjudicación directa, con prescindencia de los límites autorizados para esta modalidad de adquisición.

La disposición antes citada establece a su vez que dichas beneficencias públicas deberán informar semestralmente y bajo responsabilidad al Ministerio de Economía y Finanzas, al Instituto Nacional de Bienestar Familiar, así como a la Contraloría General de la República, respecto a las adquisiciones realizadas al amparo de la presente Ley.

Sobre el particular, la Directiva N° 001-2009-CG/CA “Disposiciones aplicables al reporte de información sobre contrataciones estatales que las entidades públicas deben remitir a la Contraloría General de la República”<sup>(892)</sup> preceptúa que la obligación de información señalada en el párrafo precedente se entenderá efectuada con el correspondiente registro en el Seace de todos los actos de los procesos de Adjudicación Directa convocados en dicho marco, incluidos los contratos suscritos. Para ello, la Directiva antes citada establece que al cierre de cada semestre las beneficencias públicas deberán haber registrado en el Seace la información sobre las contrataciones efectuadas en el marco de la Ley N° 27638.

## **2. El caso del Decreto de Urgencia N° 024-2006**

El referido Decreto de Urgencia aprueba el denominado Proceso de Selección Abreviado (PSA), a fin de que sea empleado para la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras relacionadas con las actividades y proyectos bajo el ámbito de la Ley N° 28880, rigiendo supletoriamente la normativa contractual que estaba vigente en dicho momento, vale decir, el TUO y su Reglamento.

Como lo señalan los considerandos del Decreto de Urgencia antes señalado, la Ley N° 28880 aprobó un crédito suplementario para proveer recursos a favor de los sectores, Vivienda, Construcción y Saneamiento, Transportes y Comunicaciones, Salud, Educación, Energía y Minas, Agricultura, Interior, Mujer y Desarrollo Social, Justicia, para ser destinados a la ejecución de actividades y proyectos de inversión de índole y efecto social.

---

(892) Aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 080-2009-CG.

A su vez, la Nonagésima Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 autoriza al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento a aplicar el Proceso de Selección Abreviado aprobado por el Decreto de Urgencia N° 024-2006, para la contratación de obras, bienes y servicios necesarios, en el marco de la implementación del “Plan de Desarrollo de Ciudades Sostenibles en Zonas de Fronteras”.

Dicho proceso de selección, en efecto, posee un trámite más expeditivo que el proceso de selección clásico respectivo, no obstante ser similar en su estructura. Posee plazos más cortos, y se excluyen algunas actuaciones que sí están presentes en otros procesos de selección. Se establece además un conjunto de mecanismos de supervisión, al mando del Sistema Nacional de Control.

En este orden de ideas, la Directiva N° 001-2009-CG/CA, a la cual nos hemos referido líneas arriba, preceptúa la obligación de las entidades de remitir información a la Contraloría General de la República, sobre las contrataciones de bienes, servicios y obras relacionadas con las actividades y proyectos realizados mediante Procesos de Selección Abreviados (PSA), en el marco del Decreto de Urgencia N° 024-2006, se entenderá cumplida con el correspondiente registro en el Seace de todos los actos de los procesos de selección abreviados convocados al amparo de dicha norma, incluidos los contratos suscritos.

Para lo señalado en el párrafo anterior, la Directiva en mención prescribe que las entidades deberán haber registrado en el Seace la información sobre las contrataciones efectuadas dentro de un plazo que no deberá exceder los treinta (30) días naturales siguientes a la suscripción del contrato, no siendo necesario comunicarlo directamente a la Contraloría General de la República.

Finalmente, la Directiva establece que las entidades que por autorización legal expresa estén facultadas a emplear el Proceso de Selección Abreviado (PSA) para contratar bienes, servicios u obras, deberán observar lo dispuesto en el presente numeral, que es precisamente el caso del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

### **3. El caso del Decreto de Urgencia N° 054-2011**

El referido Decreto de Urgencia, conforme su artículo 1, dicta medidas extraordinarias y urgentes para dinamizar la ejecución de los proyectos de inversión pública con el objeto de prevenir que el mayor deterioro

del entorno internacional y la subejecución de la inversión pública de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales impliquen un riesgo para el crecimiento económico durante los próximos meses<sup>(893)</sup>.

Ahora bien, la Primera Disposición Complementaria Final del referido Decreto de Urgencia preceptúa que la contratación de la ejecución de obras a que se refiere la misma se sujeta al procedimiento previsto en el Anexo II “Proceso de selección para agilizar la ejecución de los proyectos de inversión pública”, el que forma parte de la presente norma.

A su vez, establece que la relación de obras a ser ejecutadas siguiendo el procedimiento dispuesto en el párrafo precedente será aprobada mediante Resolución del Titular de la entidad, Acuerdo de Directorio, Acuerdo del Consejo Regional o Acuerdo del Concejo Municipal, según corresponda, y se publica en el respectivo Portal Institucional al día siguiente de su aprobación.

El procedimiento en cuestión posee las mismas etapas, pero sin embargo es más expeditivo que el proceso de selección clásico respectivo, siendo aplicable de manera supletoria la normativa contractual. Se señala que el mismo es aplicable a los proyectos que hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública y que corresponda a una licitación pública conforme a la Ley 29626, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2011, y su valor referencial no sea mayor a S/. 15 000 000,00 (quince millones y 00/100 nuevos soles), siendo muy similar al proceso abreviado a ser empleado en el contexto de la Ley N° 30191, a la cual nos hemos referido con detalle líneas arriba.

## **VIII. LOS REGÍMENES ESPECIALES QUE YA NO SE ENCUENTRAN VIGENTES**

---

En los últimos años se han aprobado diversos procesos de selección especiales que han tenido finalidades diversas. Dichos procesos ha sido regulados por leyes y también por decretos de urgencia, como ha ocurrido también con los procesos que hemos tratado en el subcapítulo precedente. Ahora bien, los mismos no se encuentran actualmente vigentes, al haberse cumplido su cometido, o el plazo que se había establecido.

---

(893) La referida norma además autoriza un crédito suplementario con el objeto de financiar la ejecución de proyectos de inversión pública a cargo de Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, así como el mantenimiento de infraestructura a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

## **1. Dominio marítimo**

Tenemos en primer lugar las contrataciones y adquisiciones relacionadas con la delimitación del dominio marítimo del Perú. En este orden de ideas, el artículo 1 de la Ley N° 29056 exceptuó la contratación de consultores nacionales y extranjeros, expertos en temas jurídicos, de hidrografía, cartografía u otras especialidades, así como todo otro gasto relacionado con el tema de la delimitación del dominio marítimo del Perú, que sean realizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de la aplicación de varias importantes normas.

La excepción antes señalada incluía lo dispuesto en materia de austeridad, racionalidad y disciplina presupuestaria y disposiciones relacionadas con estas en la Ley N° 28927, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, y en otras normas presupuestarias; así como de lo preceptuado a este respecto en el TUO y su Reglamento, normas vigentes en aquel entonces.

A su vez, la Ley N° 29225 estableció la vigencia de las disposiciones contenidas en la Ley N° 29056 a las que hemos referencia hasta la culminación del proceso sobre delimitación del dominio marítimo ante la Corte Internacional de Justicia, salvo derogación expresa de dicha norma.

## **2. Obras públicas**

Asimismo, es preciso señalar lo regulado por el Decreto de Urgencia N° 041-2009, el cual aprobó medidas para agilizar la ejecución de obras públicas y otras acciones. Dicha norma, en su artículo 1, autorizó a las entidades a que la contratación de la ejecución de obras se sujete a lo dispuesto en la referida norma, la cual regulaba un procedimiento simplificado, siendo la normativa contractual de aplicación supletoria. Dicho procedimiento era muy similar a los que hemos descrito líneas arriba y que estaban regulados en sendos decretos de urgencia.

Para ello, debía cumplirse dos condiciones. En primer lugar, que los proyectos hayan sido declarados viables, en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública. En segundo lugar, que corresponda a una licitación pública conforme a la Ley N° 29289, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, y su valor referencial no sea mayor a S/. 10 000 000,00 (diez millones y 00/100 nuevos soles). Finalmente, se establecía que el proceso de selección establecido en la citada norma solo sería utilizado durante el bienio 2009-2010.

### **3. El caso del Pronaa**

Por otro lado, tenemos el caso del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - Pronaa, el cual estaba facultado a adquirir directamente productos alimenticios nacionales a los pequeños productores locales, sin los requisitos establecidos por la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para realizar sus actividades de apoyo y de seguridad alimentaria, destinadas a dar atención inmediata y directa a la población en condiciones de pobreza o extrema pobreza de las diversas zonas del país, conforme lo dispuesto por la Ley N° 27060.

### **4. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables**

Además, la Centésima Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014 autorizaba, de manera excepcional, hasta el 31 de abril de 2014, al Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a utilizar el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía previsto en la Ley y el Reglamento, en todas aquellas contrataciones que resulten necesarias para la organización del “I Foro Internacional de Mujeres Líderes de los Países ASPA en Lima y Sesión Descentralizada en Cusco” y siempre que los valores referenciales no excedan los S/. 300 000,00 (trescientos mil y 00/100 nuevos soles). La disposición establece que en las contrataciones cuyo valor referencial supere dicho monto, se utilizará el proceso de selección que corresponda conforme a la legislación de la materia.

### **5. El pliego 028**

Finalmente, la Centésima Disposición Complementaria Final de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2014 autorizaba al Pliego 028 la ejecución de proyectos para sedes legislativas o administrativas, equipamiento, mobiliario y *software*, exceptuándose de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1017, Ley N° 28296, Ley N° 27293, Ley N° 29090 y del artículo 53 del Decreto Supremo N° 035-2006-vivienda, normas reglamentarias, complementarias, modificatorias y conexas. Es preciso señalar que dicha disposición no establece plazo de vigencia de la excepción, ni tampoco un procedimiento de contratación alternativo, razón por la cual puede ser controvertida su inclusión en la categoría que estamos tratando en este acápite relativo a los regímenes especiales que ya no están vigentes.

## **IX. A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

En el presente capítulo hemos tratado diversos procesos de contratación distintos a los denominados clásicos, que se encuentran regulados por leyes especiales o por decretos de urgencia. Incluso han existido un conjunto de mecanismos o regímenes especiales, los cuales en la actualidad ya no se encuentran vigentes.

Algunos de dichos regímenes especiales se justifican por razones de eficiencia, pero otros son muy discutibles y generan un conjunto de atribuciones discrecionales a favor de la entidad a la cual se aplican, lo cual puede generar dificultades respecto del cumplimiento de los necesarios principios que son aplicables a la contratación administrativa. Es entonces donde el Sistema Nacional de Control debe actuar para asegurar al funcionamiento eficiente de las entidades.

# **CAPÍTULO IX**

## **SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN**

### **I. GENERALIDADES. LA CONTRADICCIÓN ADMINISTRATIVA**

---

A continuación, vamos a tratar exclusivamente lo referido a los recursos administrativos con los que cuenta el administrado para hacer valer sus derechos en el ámbito de las contrataciones del Estado, en el cual las entidades están obligadas a resolver las controversias que surjan durante la etapa de selección mediante un procedimiento administrativo.

Así, entonces, las solicitudes y reclamaciones que formulen los administrados (postores), durante el proceso de selección deberán ser resueltas mediante el respectivo procedimiento administrativo recursal. A diferencia de lo que ocurre en la ejecución contractual, como veremos más adelante, donde el mecanismo es la conciliación y el arbitraje.

Ahora bien, debemos indicar que el recurso administrativo es un acto del particular en el cual se formula un pedido de modificación o sustitución de un acto administrativo a la entidad que lo emitió<sup>(894)</sup>. Los recursos administrativos son, en consecuencia, mecanismos de revisión de actos administrativos a pedido de parte en los cuales se ejerce la facultad de contradicción.

En este sentido, los recursos configuran propiamente un procedimiento administrativo denominado procedimiento recursal, destinado a reformar un acto administrativo, generando la nueva revisión del mismo por parte de la propia Administración Pública. Ello implica la principal

---

(894) RETAMOZO LINARES, Alberto. "Del Juez y Parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7. CDA, Lima, 2009, p. 128.

diferencia existente entre los recursos administrativos y el proceso contencioso-administrativo, que es más bien un procedimiento judicial, y que no configura propiamente un recurso<sup>(895)</sup>.

Según lo señalado por algún sector de la doctrina extranjera y gran parte de la legislación comparada, los recursos administrativos procederían contra disposiciones o resoluciones administrativas con carácter general. Sin embargo, dada la especial definición que existe en nuestra legislación sobre el acto administrativo, en el sistema peruano no es posible establecer dicha afirmación, siendo que el mecanismo de impugnación que debe emplearse contra las normas administrativas es el proceso constitucional denominado acción popular..

### **1. El derecho de contradicción administrativa**

Los recursos administrativos se basan en el derecho de contradicción administrativa, para algunos un componente del derecho de petición, para otros un componente del derecho al debido proceso en sede administrativa. Y es que, conforme a lo señalado en el artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos que regula la Ley<sup>(896)</sup>.

Para la doctrina administrativa tradicional, la posibilidad de la interposición de recursos administrativos es una garantía que se proporciona a los administrados a fin de cautelar adecuadamente su derecho de petición administrativa. Ellos operan ante la denegatoria de lo pedido por parte de la Administración o frente al hecho de que la autoridad administrativa haya resuelto de manera distinta a lo solicitado por el particular.

Es necesario tener en cuenta, sin embargo, que la instancia plural, tan necesaria en el ámbito judicial, no resulta ser en realidad una garantía a nivel del procedimiento administrativo, máxime si existen autoridades administrativas que no se encuentran sometidas a relaciones de jerarquía, sino tan solo a relaciones de tutela o de simple colaboración o coordinación.

La pluralidad de instancias no se considera, ni debe considerarse, propiamente como una garantía del debido proceso en sede

---

(895) MORRELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 421.

(896) Artículo 206, inciso 206.1 de la Ley N° 27444.



administrativa<sup>(897)</sup>. De hecho, y como veremos a continuación, debemos incluso discutir si el procedimiento recursal cumple con las prescripciones propias del debido procedimiento administrativo.

### ¿Verdadera garantía para el administrado?

En primer lugar, la posibilidad de emplear los recursos administrativos es una garantía de alcance limitado. Ello ocurre en particular porque los recursos se interponen ante la propia administración y son resueltas por la misma, razón por la cual el ente administrativo se convierte a la vez en juez y parte<sup>(898)</sup>. Si bien es cierto existen mecanismos técnicos que pretenden asegurar una decisión imparcial de la Administración dicha decisión no resulta estar debidamente garantizada, puesto que quienes resuelven se encuentran sometidos, en la mayoría de los casos, a jerarquía funcional<sup>(899)</sup>. Esto genera que en la mayoría de los casos el recurso administrativo no resulte efectivamente una institución protectora de los derechos de los administrados y que los recursos no se resuelvan a su favor, aun cuando dichos administrados tengan la razón.

En los casos en los cuales los recursos son resueltos por entes distintos a la entidad que emitió el acto impugnado –como en el caso de los tribunales administrativos– la situación no es muy distinta. Los tribunales administrativos tienden a resolver de manera similar al de la autoridad cuya decisión se discute. A ello debemos sumar el hecho de que la autoridad administrativa, en principio, se encuentra impedida de ejercer control difuso toda vez que la facultad de inaplicar normas con rango de ley –cuando estas se oponen a la Constitución– corresponde únicamente a los jueces; no obstante los cuestionables pronunciamientos del Tribunal Constitucional a los que haremos referencia más adelante.

Por otro lado, la obligación de agotar la vía administrativa, cuando esta se encuentra regulada, resulta ser una carga para el administrado, más que un privilegio en su favor, máxime si se establece como un requisito para acceder al contencioso-administrativo<sup>(900)</sup>. Lejos de ser un derecho potestativo, la facultad de contradicción debe ejecutarse obligatoriamente, ello a diferencia de otras legislaciones<sup>(901)</sup>, en las cuales el par-

---

(897) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 444.

(898) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 511.

(899) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 601.

(900) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Ob. cit.*, p. 512.

(901) Ejemplos interesantes los podemos encontrar en el Derecho Administrativo francés o italiano, bastante más avanzados que el español –muy influido aun por principios monárquicos– o los esquemas latinoamericanos.

particular puede optar por ejercer la facultad de contradicción administrativa o no, que resulta ser la posición de gran parte de la doctrina administrativa moderna.

La necesidad de interponer un recurso administrativo supone para el particular, en la práctica, una demora en la posibilidad de acceder al proceso contencioso-administrativo<sup>(902)</sup>, máxime si, como lo hemos señalado, en la mayoría de los casos los recursos no resuelven de manera definitiva la pretensión del particular. Es aquí donde un órgano como el Tribunal de Contrataciones cumple un rol fundamental para efectos de generar una solución eficiente a esta compleja situación.

Y es que existe en la concepción administrativa moderna la necesidad de resolver la mayor cantidad de conflictos posibles en el ámbito administrativo, a fin de que llegue al Poder Judicial la menor cantidad posible de ellos. En el fondo, la tradición europeo continental del Derecho Administrativo no confía de manera plausible en las facultades controladoras del Poder Judicial, por lo cual proscriben incluso las atribuciones de control de constitucionalidad normativa –en especial el control difuso– propias de los sistemas latinoamericanos, inspirados en el modelo norteamericano.

La desconfianza a la que nos venimos refiriendo explica también la proliferación de órganos y organismos administrativos que desempeñan funciones de heterocomposición, que explicita la llamada actividad cuasi jurisdiccional de la Administración Pública, la misma que gozaba de facultades que incluía la aplicación del control difuso, como resultado de una muy discutible sentencia del Tribunal Constitucional. Acerca de dicha actividad tendremos oportunidad de tratar con detalle más adelante cuando hagamos referencia al procedimiento administrativo trilateral.

### **¿Es entonces una garantía para la Administración?**

La existencia del procedimiento recursal se justifica adicionalmente en la necesidad de la Administración de establecer la legalidad de sus propios actos, una posibilidad de control interno<sup>(903)</sup>, que opera antes que dichos actos lleguen al Poder Judicial. Permite, en tal sentido, uniformizar las decisiones que toma la Administración, en especial ante la existencia de precedentes vinculantes.

En tal sentido, los recursos administrativos operan como un mecanismo de replanteamiento adicional al de la revisión de oficio de oficio y se

---

(902) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 601.

(903) Ídem.

configuran como una especie de privilegio relacionado directamente con la autotutela administrativa<sup>(904)</sup>. Ello implica además que la autoridad que conoce del recurso posee plena competencia sobre el tema recurrido, con la única limitación derivada del principio de congruencia y la prohibición de la *reformatio in peius*.

Además, y como lo hemos señalado en los párrafos precedentes, los recursos administrativos se configuran, en nuestra legislación, más como una garantía a favor de la Administración que como una facultad a favor del administrado<sup>(905)</sup>, puesto que le permite efectuar una revisión de sus propios actos. Como resultado, el recurso administrativo es, para el administrado, una carga para el acceso a la revisión jurisdiccional<sup>(906)</sup>.

Sin embargo, señala la doctrina, aun en estos supuestos la operatividad de los recursos administrativos resulta ser muy limitada, puesto que los órganos que resuelven los medios impugnatorios no gozan de verdadera independencia funcional, lo que genera, como hemos indicado anteriormente, que en la mayoría de los casos las resoluciones se confirmen, aun cuando vulneren el interés general. Es por ello que es más eficiente que sea el Tribunal de Contrataciones el que resuelva los recursos de apelación en todos los casos, sin intervención del Titular de la entidad, lo cual su vez se encuentra respaldado por instrumentos internacionales.

Finalmente, es necesario hacer referencia a la gran cantidad de recursos administrativos que no se resuelven en el plazo previsto y respecto de los cuales es necesario aplicar la denegatoria ficta, que es propia del recurso de apelación en el ámbito del proceso de selección. Dicha mecanismo, si bien genera efectos jurídicos, no es el deseable en un ámbito tan importante como es la contratación administrativa. A ello nos vamos a referir más adelante en este capítulo.

## **II. EVOLUCIÓN DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN SEDE ADMINISTRATIVA**

---

Inicialmente, el procedimiento recursal en materia de contratación administrativa se desarrollaba en una doble instancia. Una primera Instancia, ante la propia entidad que convocó el Proceso de Selección,

---

(904) DE ASÍS ROIG, Agustín. "Los recursos administrativos de reposición y alzada". En. *Documentación Administrativa*. Nº 254-255. Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, May-Dic. 1999, p. 267.

(905) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 444.

(906) DE ASÍS ROIG, Agustín. Ob. cit., pp. 270-271.

mediante el recurso de Apelación. Pero existía además una segunda instancia, ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que constituía la última instancia administrativa.

### **1. El recurso de revisión**

El Reglamento del TUO señalaba que mediante el recurso de revisión podían impugnarse las resoluciones que declaran inadmisibles, improcedentes o infundados el recurso de apelación, la denegatoria ficta recaída sobre el recurso de apelación, así como las resoluciones del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, distintas a las derivadas de la interposición del recurso de apelación, como podría ser la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del proceso de selección.

Posteriormente, la normativa contractual establecía que procedía el recurso de revisión contra lo resuelto en el recurso de apelación en los casos de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, haya o no resolución expresa; y en los casos de adjudicaciones directas y de menor cuantía, únicamente cuando se genere denegatoria ficta. Esta reforma fue establecida por la Ley N° 28267, norma que a su vez dio lugar al TUO.

El recurso de revisión se presentaba ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del estado, órgano competente para resolverlo<sup>(907)</sup>. El plazo para interponer el recurso de revisión era de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de la notificación o publicación de la resolución respectiva, lo que ocurra primero. Para el caso de denegatoria ficta de recurso de apelación, el plazo para interponer el recurso de revisión era el mismo, computado a partir del día siguiente del vencimiento para resolver dicho recurso.

Ahora bien, la tasa para interponer el recurso de revisión era fijada en el TUPA del entonces Consucode, considerando montos escalonados de acuerdo al Proceso de Selección. Es preciso señalar, sin embargo, que la célebre sentencia Salazar Yarlenque emitida por el Tribunal Constitucional estableció la prohibición de cobrar tasas por recursos administrativos, dado que vulneraba el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

La garantía que respalda la interposición del recurso de revisión, de conformidad con el inciso c) del artículo 52 del TUO –que se encontraba

---

(907) Artículo 54 de la Ley.

referido a las sanciones económicas que resultan de la ejecución de garantías—, debía otorgarse a favor del entonces Consucode, por una suma equivalente al uno por ciento (1 %) del Valor Referencial del proceso de selección en cuyo desarrollo se produce la impugnación.

## **2. La regulación contenida en la redacción final del TUO**

Por otro lado, la redacción final del artículo 54 del TUO en esta materia establecía que el recurso de apelación será conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aboliendo el recurso de revisión, puesto que dicho recurso agotaba la vía administrativa.

La redacción antes señalada fue producto de la reforma generada por la Ley N° 28911. Vale decir, como resultado de dicha modificación la totalidad de los recursos de apelación eran competencia del Tribunal, sin que fuera relevante el tipo de proceso de selección o la cuantía. Dicha regulación generaba la mayor imparcialidad posible, pero sin embargo implicaba una elevada carga para el Tribunal.

## **III. LA REGULACIÓN ACTUAL**

---

Como lo hemos referido en el presente capítulo, la regulación de la solución de controversias en sede administrativa ha sufrido una importante evolución, siendo que actualmente únicamente existe el recurso de apelación, respecto del cual la competencia para resolverlo corresponde al Titular de la entidad o al Tribunal de Contrataciones dependiendo del tipo de proceso.

### **1. Recurso de apelación**

El recurso de apelación es el medio impugnativo por excelencia en el Derecho Administrativo, considerado como un recurso ordinario por la doctrina comparada. En primer lugar, porque es resuelto por la instancia superior a la de la autoridad que emitió la resolución impugnada, respecto de la cual podría realizarse un control de legalidad más eficiente, más aún si esa instancia superior no pertenece a la entidad.

Asimismo, el recurso de apelación resulta indispensable para el agotamiento de la vía administrativa, que en este caso si es necesaria. Finalmente, el recurso de apelación no requiere el ofrecimiento de nueva prueba, a diferencia de lo que ocurre con el recurso de reconsideración, el mismo que no es procedente para la solución de controversias en esta sede.

En este orden de ideas, el Reglamento establece<sup>(908)</sup> que mediante el recurso de apelación se impugnan los actos dictados durante el desarrollo del proceso de selección, los que son pronunciados desde la convocatoria hasta aquellos actos emitidos antes de la celebración del contrato.

## **2. Competencia**

La norma señala en cuanto a la competencia que en los procesos de selección de Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía, el recurso de apelación se presenta ante la entidad que convocó el proceso de selección que se impugna, y será conocido y resuelto por el Titular de la entidad.

La redacción original del Reglamento, de la misma manera que la redacción original de la Ley, establecía dicha competencia respecto de aquellos procesos de selección cuyo valor referencial no supere las seiscientas Unidades Impositivas Tributarias (600 UIT), lo cual implicaba que la gran mayoría de los procesos serían de competencia del titular de la entidad, lo cual generaba controversia desde el punto de vista de la imparcialidad de dicho funcionario.

Por otro lado, la Nueva Ley establece que dicho límite está en las sesenta y cinco (65) UIT, lo cual es más consistente con el principio de imparcialidad, sin resolver el cuestionamiento del todo, pues la competencia debería corresponder al Tribunal, como lo establecía la norma derogada.

Como resultado de lo anteriormente señalado, en los procesos de Licitaciones Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa Pública y Adjudicación de Menor Cuantía Derivada de los procesos antes mencionados, el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal. Se señala que en los procesos de selección según relación de ítems, el proceso principal del cual forma parte el ítem que se impugna determinará ante quién se presentará el recurso de apelación.

Finalmente, el Reglamento señala que, con independencia del tipo de proceso de selección, los actos emitidos por el Titular de la entidad que declaren la nulidad de oficio o cancelen el proceso, podrán impugnarse ante el Tribunal. Este es un mecanismo de control a fin de que la declaración de nulidad haya sido emitida correctamente, así como la cancelación.

---

(908) Artículo 104 del Reglamento.

### 3. Actos impugnables

Conforme la norma, el recurso de apelación es aplicable respecto de determinados actos. En primer lugar, los actos dictados por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, durante el desarrollo del proceso de selección. En este grupo vamos a encontrar en especial el otorgamiento de la buena pro, pero también otros actos como por ejemplo la descalificación del proceso de selección.

Asimismo, conforme lo señalado por el Reglamento, son impugnables mediante el recurso de apelación los actos que son expedidos luego de haberse otorgado la Buena Pro y hasta antes de la celebración del contrato. Dicho actos pueden vulnerar los intereses del adjudicatario pero también el interés general, como podría ser la negativa a suscribir el contrato<sup>(909)</sup>.

Finalmente, son impugnables a través de este recurso los actos emitidos por el Titular de la entidad que afecten la continuación del proceso de selección, distintos de aquellos que resuelven recursos de apelación, tales como nulidad de oficio, cancelación u otros, siendo de competencia del Tribunal de Contrataciones. Como es evidente, dichos actos pueden afectar al adjudicatario y al interés general.

### 4. Actos no impugnables

El Reglamento establece a su vez un conjunto de actos que no son impugnables en la vía administrativa<sup>(910)</sup>. En primer lugar, no son apelables las actuaciones materiales relativas a la programación de los procesos de selección en el Seace. Ello se justifica por el hecho de que dichas actuaciones no afectan a los proveedores en los procesos de selección.

En segundo lugar, no son impugnables las actuaciones y actos preparatorios de la entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procesos de selección. Ello ocurre puesto que son actos que se emiten en la esfera interna de la entidad y que no afectan a los administrados<sup>(911)</sup>. Ahora bien, el hecho de que constituyan actos de administración interna no implica necesariamente que no puedan impugnarse, sin embargo no es el recurso de apelación el mecanismo para ello.

---

(909) PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. "Consideraciones legales sobre el recurso de apelación de las contrataciones del Estado". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 185, Gaceta Jurídica, Lima, febrero 2014, p. 235.

(910) Artículo 105 del Reglamento.

(911) PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. Ob. cit., loc. cit.

No son impugnables tampoco las Bases del proceso de selección y/o su integración, puesto que el mecanismo que debe emplearse es la observación, cuyo resultado si es susceptible de impugnación a OSCE, conforme lo hemos señalado anteriormente. Por otro lado, es posible sustentar la nulidad del otorgamiento de buena pro en defectos en las bases, no obstante no haberlas observado.

Por otro lado, las actuaciones materiales referidas al registro de participantes tampoco son susceptibles de impugnación. Ello, porque la apelación en el proceso de selección está diseñada para impugnar actos administrativos y no comportamientos materiales. Sin embargo, los comportamientos materiales son susceptibles de ser impugnados a través del proceso contencioso-administrativo, como lo establece la norma sobre la materia.

Finalmente no son impugnables los actos que aprueban la exoneración del proceso de selección, así como los que se generen para la suscripción del respectivo contrato<sup>(912)</sup>. Sin embargo, dichos actos pueden afectar a los administrados, y también al interés general, si es que no se encuentran debidamente sustentados, situación en la cual cabe el empleo del proceso contencioso-administrativo. Ello se encuentra además sustentado en la Ley de la materia, en donde se establece que dicho proceso es procedente contra cualquier declaración de la entidad.

## **5. Plazos de la interposición del recurso de apelación**

El Reglamento preceptúa<sup>(913)</sup> que la apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse otorgado la Buena Pro. En el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles. Es preciso notar que el plazo es inferior al consignado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, no obstante encontrarnos ante una norma reglamentaria, situación en la cual es pertinente el empleo del principio de especialidad.

La apelación contra los actos distintos a los indicados en el párrafo anterior debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles.

---

(912) Supuesto agregado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(913) Artículo 107 del Reglamento.



Finalmente, a fin de generar uniformidad respecto de los medios impugnativos, la norma preceptúa que los plazos antes indicados resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la entidad o ante el Tribunal, según corresponda.

## **6. Efectos de la interposición del recurso de apelación**

El Reglamento preceptúa<sup>(914)</sup> que la interposición del recurso de apelación suspende el proceso de selección, convirtiéndose en una excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, sustentado en el interés general, pero también en el interés del postor impugnante. Ahora bien, si el proceso de selección fue convocado por ítems, etapas, lotes, paquetes o tramos, se señala que la suspensión afectará únicamente al ítem, etapa, lote, paquete o tramo impugnado.

El Reglamento prescribe que son nulos los actos expedidos con infracción de lo establecido en el párrafo precedente, existiendo un evidente vicio, así como una clara afectación al interés general. De hecho, también es nulo el contrato celebrado vulnerando lo antes señalado, como veremos más adelante en el capítulo respectivo.

Finalmente, se dispone que tanto la entidad como el Tribunal, según corresponda, deben informar en la ficha del proceso de selección obrante en el Seace la interposición del recurso de apelación, el mismo día de su interposición, para efectos del cumplimiento del principio de publicidad respecto del procedimiento de impugnación.

## **7. Requisitos de admisibilidad del recurso de apelación**

Ahora bien, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(915)</sup>, el recurso de apelación, sea presentado ante la entidad o ante el Tribunal, debe cumplir con un conjunto de requisitos a fin de que al mismo pueda dársele trámite<sup>(916)</sup>. Dichos requisitos son específicos, más allá de los establecidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

En primer lugar, el recurso debe ser presentado ante la Unidad de Trámite Documentario de la entidad o Mesa de Partes del Tribunal, conforme a lo indicado en el artículo 105 del reglamento. En el caso de las entidades domiciliadas fuera de Lima, el recurso de apelación dirigido al Tribunal podrá ser presentado ante las oficinas desconcentradas del OSCE,

---

(914) Artículo 108 del Reglamento.

(915) Artículo 109 del Reglamento.

(916) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 130-131.

el que lo derivará a la Mesa de Partes del Tribunal al día siguiente de su recepción.

Asimismo, el recurso de apelación debe contener la identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial de identidad, o su denominación o razón social. Se señala que, en caso de actuación mediante representante, se acompañará la documentación que acredite tal representación.

El Reglamento dispone que, tratándose de consorcios, el representante común debe interponer el recurso de apelación a nombre de todos los consorciados, acreditando sus facultades de representación mediante la presentación de copia simple de la promesa formal de consorcio. No obstante, se señala<sup>(917)</sup> que ello no impide que la representación del consorcio recaiga en la actuación conjunta de sus integrantes, ya sea a través de sus representantes legales, en el caso de que se trate de personas jurídicas, o directamente cuando se trate de personas naturales.

Asimismo, el impugnante debe señalar como domicilio procesal una dirección electrónica propia, a fin de que esta pueda emplearse para efecto de las notificaciones. No obstante ello, habría sido más propio que se estableciese en el Reglamento que dichas notificaciones se efectuarían a través del Seace.

Un requisito clave del recurso de apelación es el petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se solicita y permite determinar la pretensión del impugnante. Sobre dicho petitorio y los fundamentos de hecho y de derecho es que se van a determinar los puntos controvertidos a fin de poder resolver el recurso de apelación.

Asimismo, el recurso debe incorporar también los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su petitorio. En cuanto a los fundamentos de derecho es preciso señalar que el error en la cita legal no debería afectar la decisión a ser tomada, en aplicación de principio de *iura novit curia*, que también es aplicable a las autoridades administrativas.

El recurso debe ofrecer las pruebas instrumentales pertinentes, que sustenten los fundamentos antes señalados. Para ello debe tenerse en cuenta dos aspectos. El primero, que la carga de la prueba corresponde no a quien afirma un hecho, sino a quien se encuentra en mejor capacidad para probar dicho hecho. El segundo, que en el contexto de la apelación solo son admisibles las pruebas instrumentales, no admitiéndose por

---

(917) Numeral 6.6 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD "Participación de proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado".

ejemplo la pericia, que podría ser útil para determinar en particular la existencia de documentación falsa.

Además, es un requisito del recurso de apelación la garantía, conforme a lo señalado en el artículo 112 del Reglamento, a lo cual nos vamos a referir más adelante, y que es hasta el momento materia de controversia dada la limitación que genera para presentar el recurso, lo cual a su vez puede estar limitando el derecho a la tutela procesal efectiva.

Ahora bien, constituye un requisito de todo escrito administrativo la firma del impugnante o de su representante. Se establece además que en el caso de consorcios bastará la firma del representante común señalado como tal en la promesa formal de consorcio.

Asimismo, el recurso debe adjuntar copias simples del escrito y sus recaudos para la otra parte, si la hubiera. Este requisito, que es propio del todo el ordenamiento procesal, tiene por finalidad permitir la notificación del escrito a la otra parte, protegiendo su derecho de defensa.

Finalmente el Reglamento exige para el recurso la autorización de abogado, solo en los casos de Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas Públicas, y siempre que la defensa sea cautiva. En este punto debe señalarse que es la ley la que determina cuándo la defensa es cautiva. Es preciso señalar además que la Ley del Procedimiento Administrativo General no establece excepciones a este requisito.

## **8. Trámite de admisibilidad del recurso de apelación**

El Reglamento preceptúa<sup>(918)</sup> que, independientemente que sea interpuesto ante la entidad o ante el Tribunal, el trámite de admisibilidad del recurso de apelación se realiza a través de determinadas reglas, establecidas con la finalidad de otorgarle eficiencia a la tramitación del recurso.

En primer lugar, la norma preceptúa que 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, por la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Zonales del OSCE, según corresponda.

Se establece además que el recurso de apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella que sea presentado antes de haberse efectuado el otorgamiento de la Buena Pro, será rechazado de plano, sin mayor trámite, por la Unidad de

---

(918) Artículo 110 del Reglamento.

Trámite Documentario de la entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Zonales del OSCE, según corresponda, con la simple verificación en el Seace de la fecha programada para el otorgamiento de la Buena Pro.

### **Cumplimiento de los requisitos y subsanación**

En este punto, el Reglamento preceptúa que el requisito de admisibilidad consistente en la firma del impugnante o de su representante debe ser consignado obligatoriamente en el primer escrito que se presente; de lo contrario, el recurso será rechazado de plano, sin mayor trámite, por la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, por la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Zonales del OSCE, según corresponda.

La omisión de los demás requisitos señalados por el Reglamento, salvo como es evidente la presentación en la mesa de partes respectiva, deberá ser subsanada por el apelante dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles contado desde el día siguiente de la presentación del recurso de apelación. El plazo otorgado para la subsanación suspende todos los plazos del procedimiento de impugnación.

El Reglamento preceptúa que, transcurrido el plazo señalado en el párrafo anterior sin que se hubiese subsanado la omisión, el recurso de apelación se considerará automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno, y los recaudos se pondrán a disposición del apelante para que los recabe en la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, en la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Zonales del OSCE, según corresponda.

### **Subsanación posterior**

Finalmente, se establece que, si la entidad o el tribunal, según sea el caso, advierte que el recurso de apelación no contiene alguno de los requisitos de admisibilidad señalados anteriormente y que esta omisión no fue advertida oportunamente por la Unidad de Trámite Documentario de la entidad, la Mesa de Partes del Tribunal o las Oficinas Zonales del OSCE, según sea el caso, el Presidente del Tribunal o la autoridad competente para resolver en la entidad, bajo apercibimiento de declarar el recurso como no presentado, concede un plazo máximo de dos (2) días hábiles contados 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<sup>(919)</sup>.

---

(919) Disposición modificada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF. El texto anterior era el siguiente:

## 9. Improcedencia del recurso de apelación

El Reglamento establece a su vez un conjunto de causales por las cuales el recurso de apelación presentado ante la entidad o ante el tribunal será declarado improcedente<sup>(920)</sup>. Estas causales no están referidas propiamente a los requisitos de admisibilidad, los cuales como ya hemos señalado son susceptibles de ser subsanados, salvo la firma de impugnante. Sin embargo, varias de dichas causales son susceptibles de ser subsanadas.

En primer lugar, el recurso será declarado improcedente cuando la entidad o el tribunal, según corresponda, carezca de competencia para resolverlo. Ello, porque el proceso de selección no es el que corresponde a dicha competencia conforme lo señalado por la norma, lo cual llevaría a la nulidad del acto administrativo respectivo.

Asimismo, la norma preceptúa que el recurso será improcedente cuando sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables, conforme a lo señalado en el Reglamento y a los cuales nos hemos referido anteriormente, siendo evidente que este supuesto no puede ser subsanado; constituyendo incluso una infracción administrativa, como veremos en el capítulo correspondiente.

Por otro lado, al igual que ocurre en la generalidad de la regulación procedimental, el Reglamento establece que el recurso será declarado improcedente cuando sea interpuesto fuera del plazo indicado en la norma. Dicho plazo, como lo hemos indicado, es inferior al de la normativa procedimental general, dada la perentoriedad de los procedimientos en materia contractual.

También será declarado improcedente el recurso cuando el que lo suscriba no sea el impugnante o su representante. Como hemos señalado, este requisito debería ser susceptible de subsanación, puesto que nos encontramos ante una omisión formal que debería constituir más bien un requisito de inadmisibilidad.

---

6. Si la entidad advirtiera, dentro de los tres (3) días hábiles de admitido el recurso de apelación, que el impugnante omitió alguno de los requisitos de admisibilidad detallados en el inciso 4) del presente artículo, y ello no fue advertido por su Unidad de Trámite Documentario, deberá emplazarlo inmediatamente a fin de que realice la subsanación correspondiente, otorgándole un plazo máximo de dos (2) días hábiles, sin que el mismo suspenda el plazo para la resolución del recurso. Transcurrido el plazo señalado sin que se realice la subsanación, el recurso se tendrá por no presentado.

(920) Artículo 111 del Reglamento.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que el recurso es improcedente si el impugnante se encuentre impedido para participar en los procesos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley, a lo que debemos agregar aquellos impedimentos establecidos por leyes especiales o por el propio Reglamento<sup>(921)</sup>.

El recurso de apelación será improcedente también cuando el impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles. Para ello debe recurrirse a la normativa civil. En este caso el impugnante puede haber sido declarado incapaz como resultado de un proceso de interdicción civil.

Por otro lado, será improcedente el recurso si el impugnante carezca de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento. Ello ocurre respecto del otorgamiento de la buena pro si es que el impugnante no es postor, por ejemplo si hubiera sido descalificado. Ello no obsta para que pueda impugnar el acto que lo descalifica.

Además, se declarará improcedente el recurso que sea interpuesto por el postor ganador de la Buena Pro. En este caso no existe agravio alguno, con lo cual el adjudicatario no tendría razón para impugnar dicho otorgamiento, careciendo de interés para obrar.

Finalmente, constituye una causal de improcedencia del recurso que no exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo. Si bien esta es una típica causal de improcedencia, establecida como tal por ejemplo en el Código Procesal Civil, es susceptible de ser subsanada, razón por la cual más propiamente constituye una causal de inadmisibilidad.

## **10. Garantía por interposición del recurso de apelación**

El reglamento, al igual que sus predecesores, establece la existencia de la garantía por interposición del recurso de apelación<sup>(922)</sup>. La garantía es una figura controvertida, puesto que equivale a una tasa, la misma que no puede emplearse para recursos administrativos<sup>(923)</sup>, conforme

---

(921) Resolución N° 2541-2013-TC-S3.

(922) Artículo 112 del Reglamento.

(923) BACA ONETO, Víctor Sebastián. "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7. CDA, Lima, 2009, p. 81.

lo establecido por un célebre precedente emitido por el Tribunal Constitucional<sup>(924)</sup>, al generar una indebida limitación al derecho a la tutela procesal efectiva.

La norma establece en este punto que la garantía, de conformidad con el artículo 53 de la Ley, deberá otorgarse a favor de la entidad o del OSCE, según corresponda, por una suma equivalente al tres por ciento (3 %) del valor referencial del proceso de selección impugnado.

Se señala además que en los procesos de selección según relación de ítems, etapas, tramos, lotes y paquetes el monto de la garantía será equivalente al tres por ciento (3 %) del valor referencial del respectivo ítem, etapa, tramo, lote o paquete. En ningún caso, la garantía será menor al cincuenta por ciento (50 %) de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) vigente.

La norma preceptúa que la garantía deberá ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país al solo requerimiento de la entidad o del OSCE, según corresponda, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y contar con autorización para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Sin embargo, el Reglamento dispone que la garantía pueda consistir también en un depósito en la cuenta bancaria de la entidad o del OSCE, según corresponda, y recibirá el mismo tratamiento, de acuerdo a lo establecido en el artículo 125 del Reglamento.

En caso el recurso de apelación se presente ante la entidad, la garantía deberá tener un plazo mínimo de vigencia de veinte días (20) calendario; de presentarse ante el Tribunal, la garantía deberá tener un plazo mínimo de vigencia de treinta (30) días calendario; 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.

Finalmente, el Reglamento establece que, en el supuesto que la garantía no fuese renovada hasta la fecha consignada como vencimiento de la misma, será ejecutada para constituir un depósito en la cuenta bancaria

---

(924) STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, que además establece erróneamente el control difuso a favor de la Administración Pública, como veremos más adelante.

de la entidad o del OSCE, según corresponda, el cual se mantendrá hasta el agotamiento de la vía administrativa.

### **Ejecución de la garantía**

Conforme lo establece el Reglamento<sup>(925)</sup>, independientemente de que se haya presentado el recurso de apelación ante la entidad o ante el Tribunal, según corresponda, cuando el recurso sea declarado fundado en todo o en parte, o se declare la nulidad sin haberse emitido pronunciamiento sobre el fondo del asunto, u opere la denegatoria ficta por no resolver y notificar la resolución dentro del plazo legal, se procederá a devolver la garantía al impugnante, en un plazo de quince (15) días hábiles de solicitado.

Por otro lado, cuando el recurso de apelación sea declarado infundado o improcedente o el impugnante se desista, se procederá a ejecutar la garantía. Por ello es que hemos señalado que la garantía puede generar un incentivo perverso, en especial para el Titular de la entidad, puesto que la perspectiva de ejecutar la garantía puede generar que decisiones que no se encuentren debidamente sustentadas.

## **11. Recurso de apelación ante la entidad**

En cuanto al recurso tramita ante la entidad, el Reglamento dispone<sup>(926)</sup>, en primer lugar, que el Titular de la entidad podrá delegar, mediante resolución, la facultad de resolver los recursos de apelación, sin que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del Comité Especial o en el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, según corresponda.

Asimismo, la tramitación del recurso de apelación presentado ante la entidad posee un procedimiento específico sometido a determinadas reglas, conforme lo señala el Reglamento<sup>(927)</sup>. En primer lugar, y como ya lo hemos señalado, la presentación de los recursos de apelación deberá registrarse en el Seace el mismo día de haber sido interpuestos.

En el caso de la interposición de dos (2) o más recursos de apelación respecto de un mismo proceso o ítem, el Reglamento preceptúa que la entidad podrá acumularlos a fin de resolverlos de manera conjunta, siempre que los mismos guarden conexión. El plazo de resolución de dichos recursos acumulados será el plazo del último recurso interpuesto o subsanado.

---

(925) Artículo 125 del Reglamento.

(926) Artículo 113 del Reglamento.

(927) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 132-133.



### **Traslado del recurso**

La norma preceptúa que la entidad correrá traslado de la apelación a los postores que pudiesen resultar afectados con la resolución del recurso, dentro del plazo de dos (2) días hábiles contados desde la presentación del recurso o desde la subsanación de las omisiones advertidas en la presentación del mismo, según corresponda.

El Reglamento preceptúa que el postor o postores emplazados podrán absolver el traslado del recurso interpuesto en un plazo no mayor a tres (3) días hábiles. Como es una regla general en estos casos, la entidad deberá resolver con la absolución del traslado o sin ella.

### **Uso de la palabra**

Ahora bien, la norma dispone que al interponer el recurso o al absolverlo, el impugnante o los postores podrán solicitar el uso de la palabra, lo cual deberá efectuarse dentro de los tres (3) días hábiles siguientes de culminado el plazo para la absolución del traslado del recurso de apelación. Nos encontramos ante una figura clave para el ejercicio de defensa de las partes, la cual debe concederse de manera obligatoria.

### **Resolución**

En este punto, el Reglamento establece que la entidad resolverá la apelación y notificará su decisión a través del Seace, en un plazo no mayor de doce (12) días hábiles, contados desde la presentación del recurso o desde la subsanación de las omisiones y/o defectos advertidos en la presentación del mismo. El plazo es de especial importancia para efectos de la denegatoria ficta, como veremos más adelante.

A efectos de resolver el recurso de apelación, el Titular de la entidad, o en quien se haya delegado dicha facultad, deberá contar con un informe técnico legal sobre la impugnación, emitido por las áreas correspondientes de la entidad, que serían la Oficina de Asesoría Jurídica y la Oficina General de Administración, de la cual depende el órgano encargado de las contrataciones. La norma establece que dicho informe no podrá ser emitido por el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, según sea el caso, lo cual tiene por finalidad tutelar la neutralidad del informe.

### **La denegatoria ficta**

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(928)</sup>, en el caso de que la entidad o cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado según corresponda, no

---

(928) Artículo 55 de la Ley.

resuelvan y notifiquen sus resoluciones dentro del plazo que fija el Reglamento, los interesados considerarán denegados sus recursos de apelación, pudiendo iniciar el proceso contencioso-administrativo contra la denegatoria ficta dentro del plazo legal correspondiente. Se señala que en estos casos, la entidad devolverá lo pagado por los interesados como garantía al momento de interponer su recurso de apelación.

La denegatoria ficta es un caso de acto administrativo presunto, donde la autoridad administrativa no se pronuncia dentro del plazo y el administrado debe asumir que se le ha denegado lo pedido. Por ello debe distinguirse claramente a aquella del silencio administrativo negativo, el cual no constituye un acto ficto sino más bien una ficción procesal, otorgando al administrado el derecho a optar entre asumir que se le ha denegado o esperar el pronunciamiento expreso de la autoridad administrativa. Como resultado, la denegatoria ficta es un supuesto excepcional, que solo existe en nuestra normativa contractual.

El Reglamento establece en este punto que el impugnante deberá asumir que su recurso de apelación ha sido desestimado, operando la denegatoria ficta, cuando la entidad no resuelva y notifique su resolución dentro del plazo de doce (12) días hábiles siguientes a la presentación o subsanación del recurso de apelación, para de la interposición de la demanda contencioso-administrativa.

### **Desistimiento**

El Reglamento establece que es procedente el desistimiento del recurso de apelación mediante escrito con firma legalizada ante el fedatario de la entidad, notario o juez de paz, según sea el caso<sup>(929)</sup>. El desistimiento es aceptado mediante resolución y pone fin al procedimiento administrativo, salvo cuando comprometa el interés general, situación en la cual el procedimiento continuará hasta su culminación.

Además, en este punto el Reglamento dispone que, en caso de desistimiento, se ejecutará el cien por ciento (100 %) de la garantía, de conformidad con lo dispuesto por la Ley sobre el particular. A la controversia que genera la existencia de la garantía, que ya hemos señalado, se suma que el desistimiento genere la ejecución de la misma, puesto que dicho acto del administrado opera de manera independiente al sustento de su impugnación.

---

(929) Resolución N° 441-2014-TC-S3.

## 12. Contenido de la resolución de la entidad

El Reglamento preceptúa<sup>(930)</sup> que el acto expedido por la entidad que resuelve el recurso de apelación deberá consignar, por lo menos, un conjunto de elementos. En primer lugar los antecedentes del proceso en que se desarrolla la impugnación; asimismo, la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento al absolver el traslado del recurso de apelación; el análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos; así como, la decisión 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

Por otro lado, conforme lo dispuesto por el Reglamento, la entidad, al ejercer su potestad resolutoria, deberá resolver de una forma determinada, dependiendo del resultado de la labor instructiva realizada. En primer lugar, de considerar que el acto impugnado se ajusta a la Ley, al presente Reglamento, a las Bases y demás normas conexas o complementarias, declarará infundado el recurso de apelación.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, del Reglamento, de las Bases o demás normas conexas o complementarias, declarará fundado el recurso de apelación y revocará el acto objeto de impugnación.

Además, conforme lo dispuesto por el Reglamento, si el acto o actos impugnados están directamente vinculados a la evaluación de las propuestas y/o otorgamiento de la Buena Pro, deberá contar con la información suficiente, efectuar el análisis pertinente sobre el fondo del asunto y otorgar la Buena Pro a quien corresponda.

Finalmente, el Reglamento preceptúa que, cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el artículo 111 del Reglamento, la entidad lo declarará improcedente. Debe tenerse en cuenta sin embargo que existen ciertas causales que son susceptibles de ser subsanadas, como lo hemos señalado anteriormente.

### **Nulidad de oficio**

El Reglamento prescribe que el Titular de la entidad declarará de oficio la nulidad de aquellos actos que han sido dictados por órganos

---

(930) Artículo 114 del Reglamento.

incompetentes, que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable. El titular debe precisar la etapa hasta la que se retrotraerá el proceso de selección, en cuyo caso podrá declarar que resulta irrelevante pronunciarse sobre el petitorio del recurso.

### **El Acuerdo de Sala Plena sobre el particular**

Ahora bien, en este punto existe un importante Acuerdo de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones<sup>(931)</sup>, el mismo que establece que 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.

Como resultado, señala el Acuerdo que 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.

### **Agotamiento de la vía administrativa**

El Reglamento preceptúa<sup>(932)</sup> que la resolución de la entidad que resuelve el recurso de apelación o la denegatoria ficta, de no emitir y notificar su decisión dentro del plazo respectivo, agotan la vía administrativa; a diferencia de lo que ocurría cuando existía el recurso de revisión.

Dado que la autoridad administrativa está sometida a la obligación de resolver, la omisión de resolver y notificar el recurso de apelación dentro del plazo establecido genera la responsabilidad funcional del Titular de la entidad y del funcionario a quien se hubiese delegado la función de resolver, no obstante la generación de la denegatoria ficta.

### **13. Recurso de apelación ante el Tribunal. El procedimiento administrativo trilateral**

Como lo hemos indicado, el Tribunal es competente para resolver el recurso de apelación en el caso de las licitaciones públicas, los concursos públicos y las adjudicaciones directas públicas. En este supuesto nos encontramos propiamente ante un procedimiento administrativo trilateral,

---

(931) Acuerdo N° 002/2012, de fecha 5 de junio de 2012.

(932) Artículo 115 del Reglamento.

dado que dicho órgano resolverá una controversia de la que no forma parte, a diferencia de lo que ocurre cuando el Titular de la entidad es quien resuelve el recurso.

En este orden de ideas, el procedimiento administrativo trilateral –que en la doctrina y la jurisprudencia admite términos como triangular, cuasi jurisdiccional o contencioso– es el procedimiento administrativo, de naturaleza eminentemente contenciosa, seguido entre dos o más administrados ante las entidades de la Administración, destinado a resolver los conflictos entre los mismos.

El procedimiento trilateral es empleado especialmente, para resolver las controversias que tienen relación con las entidades descritas en el inciso 8) del artículo I del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley), es decir, aquellas personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa, en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado<sup>(933)</sup>. En tal sentido, es enteramente posible tramitar procedimientos trilaterales en los cuales una de las partes es una entidad administrativa, la que posee las mismas prerrogativas que las de un administrado.

El procedimiento trilateral se rige por lo dispuesto en el Capítulo I del Título IV de la Ley y en lo demás por lo previsto en dicha norma en cuanto al procedimiento administrativo general. Sin embargo, respecto de los procedimientos administrativos trilaterales regidos por leyes especiales, la Ley tiene únicamente carácter supletorio y regula aquello que la norma especial no refiera expresamente<sup>(934)</sup>.

Ahora bien, debe quedar claro que el elemento diferencial más importante entre la función jurisdiccional y la función cuasijurisdiccional de la Administración estriba en la inexistencia de la cosa juzgada en el ámbito administrativo. Y es que, en principio todo acto administrativo es susceptible de ser impugnado a través del proceso contencioso-administrativo, aun incluyendo las excepciones señaladas por la Constitución en su artículo 142.

Con ello queremos dejar claro, en consonancia con la norma constitucional, que la existencia de procedimientos trilaterales no implica la asignación de facultades jurisdiccionales a favor de la Administración Pública; caso contrario se estaría vulnerando los principios de unidad y

---

(933) Artículo 219, inciso 219.1 de la Ley N° 27444.

(934) Artículo 220 de la Ley N° 27444.

exclusividad de la función jurisdiccional. La Constitución establece una lista cerrada de entes que desempeñan dicha función.

Por otro lado, no debemos confundir actividad cuasi jurisdiccional de la Administración con actividad arbitral<sup>(935)</sup>. De hecho, a la actividad cuasi-jurisdiccional implica la inexistencia de jurisdicción y por ende la calidad de cosa decidida de la resolución que se emita y no de cosa juzgada. La tramitación del procedimiento administrativo trilateral sigue siendo ejercicio de función administrativa.

Como resultado, el Poder Judicial, está siempre en capacidad de conocer los hechos materia de controversia. La actividad arbitral es jurisdicción –con las discusiones que dicha afirmación genera, como veremos más adelante en el capítulo respectivo– y lo que se resuelva en mérito a dicha actividad constituye, en principio, cosa juzgada, requiriéndose de la actuación judicial únicamente para su ejecución forzosa.

### **Funciones del procedimiento trilateral**

El procedimiento trilateral es lo más cercano que existe en el ámbito administrativo a la función típicamente jurisdiccional. De hecho, el procedimiento trilateral tiene como una de sus funciones descongestionar la labor del Poder Judicial de resolver conflictos, lo que la teoría general del proceso denomina heterocomposición.

La actividad administrativa sirve de filtro para que, en la medida de lo posible, solo llegue al Poder Judicial aquello que no puede resolverse de manera definitiva en el ámbito administrativo. De hecho, en algunos sectores resulta ser relativamente reducida la cantidad de procesos contencioso-administrativos iniciados en contra de resoluciones emitidas por el respectivo tribunal administrativo.

Por otro lado, mediante el ejercicio de la actividad cuasi jurisdiccional de la administración pública se pretende crear una instancia especializada en la resolución de conflictos, mediante el empleo adicional de criterios técnicos. Es decir, la actividad cuasi jurisdiccional es realizada por entes, en general colegiados, cuyos miembros poseen conocimientos importantes de la materia a resolver, la misma que no necesariamente es de conocimiento pleno de las diversas instancias del Poder Judicial.

---

(935) Sobre el particular: MARTÍN TIRADO, Richard. "El Procedimiento Administrativo Trilateral y su aplicación en la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444*. ARA, Lima, 2003, p. 489 y ss.

Sin embargo, esta constatación queda desvirtuada por el hecho de que la controversia siempre se encuentra en condiciones de ser conocidas por el Poder Judicial. Tal situación permite a ciertos juristas a proponer que los tribunales administrativos entren a formar parte del Poder Judicial, como órganos jurisdiccionales especializados, lo cual reduce las instancias a las cuales debe recurrir el particular con el consecuente beneficio al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Finalmente, y en el fondo, la existencia de procedimientos administrativos trilaterales implica una evidente falta de confianza del ordenamiento en el Poder Judicial como ente de resolución de conflictos. Esta falta de confianza es más bien propia de la tradición europeo continental del Derecho Administrativo, muy influida por la necesidad de asignar facultades a la Administración Pública como rezago de principios monárquicos que aún subsisten. La tradición anglosajona, en cambio, se caracteriza por una mayor competencia del Poder Judicial frente a la Administración Pública. El concepto de tribunal administrativo proviene más bien de dicha tradición europeo continental.

Esta consideración invade todo el Derecho Público, lo cual se muestra, por ejemplo, en el hecho de que los jueces europeos en general carecen de la facultad de aplicar el control difuso en caso de que una ley entre en conflicto con la Constitución, así como en la generalización de la autotutela y la ejecutoriedad en el Derecho Administrativo europeo. Esto no ocurre en el ámbito nacional, en donde existen ambos sistemas de control de constitucionalidad, lo cual es cuestionable, y en el cual el principio de ejecutoriedad del acto administrativo se cumple de manera incompleta.

### **Principios que rigen el procedimiento trilateral**

El procedimiento trilateral se caracteriza por mostrar cierta atenuación o mediatización de importantes principios del procedimiento administrativo general, situación derivada de la naturaleza del mismo, en gran medida intermedia entre el procedimiento administrativo clásico o bilateral y el proceso judicial. En primer lugar, notamos una mayor rigidez y formalidad a nivel del procedimiento trilateral que el que encontramos en el procedimiento administrativo general, mientras que el procedimiento administrativo bilateral es eminentemente informal. Ello, dada la aplicación de plazos y momentos específicos para determinadas actuaciones.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, observamos una importante atenuación del principio de unidad de vista ya antes descrito, existiendo cierta aplicación del principio de preclusión, propio más bien de proceso judicial. Ello se nota en la existencia de etapas definidas, en el marco de la presentación de la reclamación y su contestación, y la existencia de la declaración de rebeldía, no obstante que en el caso de

que el reclamado no cumpla con presentar la contestación dentro del plazo establecido, la Administración podrá permitir, si lo considera apropiado y razonable, la entrega de la contestación fuera del vencimiento del plazo<sup>(936)</sup>, sin señalar que valor en la toma de decisión se le otorga a dicha contestación.

Por otro lado, observamos una importante atenuación del principio de verdad material, y en consecuencia, el de oficialidad de la prueba, puesto que la Administración se conforma, en principio, con las pruebas aportadas por las partes, las mismas que poseen la obligación de probar los hechos que alegan<sup>(937)</sup>. Sin embargo, como ya lo hemos señalado, la asignación de la carga de la prueba pasa por determinar quién se encuentra en mejor capacidad para probar algo, con lo cual la carga de la prueba no necesariamente corresponde a quien afirma un hecho.

Finalmente, existe una importante atenuación a los principios de *no resolutio* y *no reformatio in peius*, puesto que es posible que en una instancia superior, e incluso en la misma instancia, la situación del reclamante pueda empeorar en relación con la que lo afectaba en la primera instancia administrativa.

Ello se debe a la existencia de una controversia entre las partes, la cual genera la necesidad de establecer beneficios para uno, que se convierten en perjuicios o gravámenes para el otro. Los principios antes señalados son aplicables a procedimientos administrativos bilaterales, en los cuales se reconoce el mayor poder de la Administración Pública frente al administrado.

Por otro lado, es preciso indicar que en el procedimiento trilateral la imparcialidad y neutralidad de la Administración debe acentuarse notablemente, dada la existencia de un conflicto de intereses entre varios administrados<sup>(938)</sup>. La autoridad administrativa debe cuidar entonces de resolver la tensión entre la obligación de la entidad de tutelar el interés público y la necesidad de resolver la controversia. De hecho, la resolución del

---

(936) Artículo 223, inciso 223.3 de la Ley N° 27444.

(937) La Ley del Procedimiento Administrativo General señala en el inciso 1.11 del artículo IV del Título Preliminar que, en el caso de procedimientos trilaterales, la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, se señala que la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

(938) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 467.



conflicto de intereses que se presenta a la autoridad administrativa entraña un componente de interés general que resulta ineludible.

### **El problema del control difuso en sede administrativa**

Una encendida polémica existe respecto a la posibilidad de que la Administración Pública pueda aplicar el control difuso en aplicación del principio de supremacía de la Constitución. De hecho, interesante doctrina extranjera y nacional ha defendido la posibilidad de inaplicación por parte de la Administración de normas con rango de ley que puedan ser inconstitucionales<sup>(939)</sup>.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional señaló en su momento a través de un importante precedente que todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública –como el Tribunal de Contrataciones– tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución y dejar de aplicar una disposición inferior a la Constitución que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

Para ello, el Tribunal señaló que se deben observar un conjunto de presupuestos. En primer lugar, que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; así como que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución<sup>(940)</sup>, lo cual es un requisito de todo mecanismo de control de constitucionalidad.

La extrema amplitud de este precedente –en el cual podía incluirse a consejos directivos de entidades públicas, comités especiales encargados de contratación pública, los consejos consultivos–, obligó al Tribunal a emitir una aclaración, en la cual precisa que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con **carácter nacional**, adscritos

---

(939) Sobre el particular: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 155, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001; DEL POZO GOICOCHEA, Claudia Rosanna. *Control difuso y procedimiento administrativo*. Palestra, Lima, 2005; BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Control difuso y administración: ¿es viable que la administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?” En: *Revista jurídica del Perú*. N° 41. Normas Legales, Trujillo, 2002. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. “Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas”. En: *Themis*. N° 51, PUCP, Lima, 2005.

(940) STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f. j. 50-A.

al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados<sup>(941)</sup>.

El precedente antes señalado resultaba ser en extremo discutible, aun después de la aclaración efectuada. En primer lugar, porque no se comprende claramente cuál es su alcance. Lo que ocurre es que el Tribunal señalaba dos posibles aplicaciones de dicho control difuso, a pedido de parte y de oficio. El primero, como indica el Tribunal, faculta a los órganos antes referidos para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados<sup>(942)</sup>.

Estos parámetros resultaban ser tan subjetivos que podrían permitir una decisión arbitraria en cualquiera de dichos órganos definidos por el Tribunal. Asimismo, el concepto de “justicia administrativa” es incorrecto, puesto que nos llevaría a confundir la actividad de heterocomposición de la Administración –vale decir, los procedimientos administrativos trilaterales– con la jurisdicción, lo cual evidentemente vulnera el principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, el mismo que se encuentra consignado constitucionalmente<sup>(943)</sup>. La falta de claridad del precedente ha permitido incluso que el Tribunal Registral, que no tramita procedimientos administrativos trilaterales y en consecuencia no realiza actividad cuasijurisdiccional, aplique dicha facultad<sup>(944)</sup>, lo cual es evidentemente erróneo.

El Tribunal Constitucional señalaba además que el control difuso procede de oficio de manera excepcional cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente

---

(941) Aclaración de la STC Exp. N° 3741-2004-AA/TC, f. j. 4.

(942) Se señala incluso que, en aquellos casos en los que se advierta que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse las sanciones que correspondan de acuerdo a ley.

(943) **Constitución de 1993:**

**Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:**

1 La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...).

(944) VASQUEZ TORRES, Elena Rosa. “El Tribunal Registral y la aplicación del control difuso”. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2014, pp. 52-54.

vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>(945)</sup>. En estos casos nos encontramos propiamente ante la aplicación de los conceptos de interpretación vinculante y de precedente vinculante señalados en el Código Procesal Constitucional y no ante el empleo de control difuso por parte de la Administración Pública.

### **Los discutibles fundamentos del Tribunal Constitucional**

Los fundamentos del Tribunal hacen referencia, en primer término, a que una interpretación positivista y formal del artículo 138 de la Constitución no solo supondría el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución.

El Tribunal señalaba en el referido precedente que, una interpretación en ese sentido del artículo 138 de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal.

Lo que el Tribunal no ha tenido en cuenta es que el principio de libertad negativa es aplicable únicamente a los particulares, nunca al Estado. Ello ocurre precisamente como una garantía ante comportamientos arbitrarios de la Administración Pública, puesto que esta solo debe hacer lo que la Constitución y la Ley le han autorizado a realizar expresamente. La sola vinculación de la Administración Pública a la Constitución no la convierte en un controlador de la constitucionalidad de las normas con rango de ley<sup>(946)</sup>.

Tanto es así que en varios países europeos el control difuso por parte de la judicatura ordinaria se encuentra proscrito. De hecho, si es que un juez en un proceso determinado se encuentra con una

---

(945) **Código Procesal Constitucional:**

**Artículo VII.- Precedente**

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

(946) Sobre el particular: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional". En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2014, p. 32 y ss.

norma que él considera inconstitucional debe dirigirse al Tribunal Constitucional a través de un mecanismo llamado en general cuestión de constitucionalidad<sup>(947)</sup>.

Pero además el Tribunal Constitucional también refería a los derechos fundamentales como sustento para justificar esta atribución. En este orden de ideas, el Tribunal ha señalado que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos, puesto que el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado como de los propios particulares<sup>(948)</sup>.

Lo señalado por el Tribunal es muy discutible, no solamente porque el empleo del control difuso por parte de la Administración Pública en realidad viola la Constitución, lo cual a su vez vulnera el derecho al debido proceso; sino además porque los Tribunales Administrativos no necesariamente resuelven conflictos que enfrentan a la Administración Pública con los particulares, sino también a aquellos que enfrentan a dichos particulares entre sí. Ello significa en buena cuenta que la inaplicación de una norma legal a un caso concreto basada en la protección del derecho fundamental de una de las partes puede estar violando el de otra de las partes, máxime si dicha inaplicación es indebida.

Ejemplos de ello podemos encontrar en muchos procedimientos administrativos trilaterales, desde aquellos que se tramitan ante las comisiones de Indecopi hasta los que se tramitan ante el Tribunal Registral. A ello debemos agregar el hecho de que la inaplicación de la norma en un tribunal determinado no necesariamente genera precedente ni asegura que dicha inaplicación ocurra en procedimientos que se efectúan ante otros tribunales, en especial ante la existencia de normas legales que son comunes a todo el ordenamiento administrativo.

---

(947) **Constitución Española:**

**Artículo 163**

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

(948) Para una posición favorable a esta postura del Tribunal Constitucional: OCHOA CARDICH, César. "El control difuso en sede administrativa. El fin de un precedente". En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2014, p. 37 y ss.

La protección de los derechos fundamentales es una necesidad ineludible, sobre todo si la misma se encuentra en manos de la Administración Pública. A fin de asegurar dicha protección, sin afectar el principio de legalidad, que es también una garantía del debido proceso, debería optarse por una concepción intermedia, que impida comportamientos arbitrarios de la Administración Pública y a la vez permita resolver esta aparente paradoja en el que nos ha sumido el citado principio de legalidad, que se nos muestra contrario al principio de jerarquía normativa.

Esta concepción no puede ser otra que autorizar a los Tribunales Administrativos a consultar al Tribunal Constitucional respecto a la validez de una norma con rango de Ley en caso dichos organismos encuentren que la misma vulnera de manera clara la Constitución, a manera de la cuestión de inconstitucionalidad europea<sup>(949)</sup>, teniendo en cuenta sin embargo que esta es aplicable en dichos países solo a los órganos judiciales, lo cual sin embargo no descarta su empleo por entes que realicen actividad cuasi jurisdiccional<sup>(950)</sup>.

Las ventajas que genera esta figura son evidentes. Por un lado, permite tutelar adecuadamente los derechos de los ciudadanos al consultar toda inaplicación que la Administración quiera efectuar, sin tener que emplear el proceso contencioso-administrativo, que resulta ser más largo; pero, por otro lado, dicho mecanismo permitiría la generalización del precedente, evitando serias contradicciones entre los tribunales administrativos.

### **El precedente que se encuentra actualmente vigente**

Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en una decisión de particular importancia, deja sin efecto el precedente que venimos describiendo<sup>(951)</sup>. De hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado, en el reciente precedente materia de comentario, que cuando la Constitución regula la atribución de ejercer control difuso, no solo establece que la misma la ejerce el Poder Judicial sino que en la redacción del mismo se expone, luego de afirmar que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial, la forma en que deban proceder los jueces y no cualquier otro funcionario público, lo cual es consistente con lo que hemos señalado líneas arriba respecto a la estabilidad de

---

(949) Para una propuesta similar: BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Ob. cit., loc. cit.

(950) Sobre el particular: PÉREZ TREMPES, Pablo. "La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español". En: *Estudios Constitucionales*. Año 3, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales, Talca, 2005, p. 133.

(951) STC Exp. N° 04293-2012-PA/TC, de fecha 18 de marzo de 2014.

la competencia establecida por la Constitución, que en vía de una discutible interpretación no puede extenderse a otros detentadores de poder dentro del Estado<sup>(952)</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que en caso de no ser impugnadas las resoluciones expedidas por los tribunales administrativos en los que se ha aplicado el control difuso, las mismas adquirirían la calidad de cosa decidida, independientemente de si el ejercicio de tal potestad es conforme o no a la Constitución. Ello no ocurre en el ámbito del Poder Judicial, donde la sentencia en la cual se aplica control difuso es elevada en consulta a fin de controlar dicha actividad.

En este precedente, el Tribunal señala incluso que se afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa. Es preciso recordar que la división o separación de poderes es uno de los principios básicos del Estado de Derecho, conjuntamente con la preferencia por los derechos fundamentales y el principio de legalidad, este último que también tiene una importancia capital en el análisis de estos precedentes, en especial en lo que concierne a la competencia<sup>(953)</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional señala que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso quiebra el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso de que no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

---

(952) Para una posición distinta sobre el particular: TÁVARA ESPINOZA, Susana. "El control difuso administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano". En: *Administración Pública & Control*. N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2014, p. 7 y ss.

(953) 34 Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

#### **14. Tramitación del recurso de apelación por parte del Tribunal de Contrataciones**

El Reglamento establece en este punto<sup>(954)</sup> un conjunto de reglas necesarias para una tramitación eficiente del recurso por parte del Tribunal, a fin de asegurar que la decisión sea la más pertinente posible. Dicho procedimiento posee algunas diferencias con el que se tramita ante el Titular de la entidad<sup>(955)</sup>.

En primer lugar, se establece en la norma que, de haberse interpuesto dos (2) o más recursos de apelación respecto de un mismo proceso o ítem, independientemente del acto impugnado, el Tribunal procederá a acumularlos a fin de resolverlos de manera conjunta, salvo que por razones debidamente fundamentadas decida lo contrario. La acumulación es un mecanismo clave para generar consistencia en las decisiones, así como economía y celeridad procesales.

Se establece asimismo que, admitido el recurso el Tribunal correrá traslado, en el plazo no mayor de tres (3) días hábiles, a la entidad que emitió el acto que se impugna, requiriéndole la remisión del Expediente de Contratación completo. La entidad deberá notificar con el decreto que admite a trámite el recurso de apelación al postor y/o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal.

##### **Remisión de la documentación**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, dentro del plazo de tres (3) días hábiles de notificada, la entidad está obligada a remitir al Tribunal, además de los requisitos fijados en el TUPA del OSCE, el Expediente de Contratación completo correspondiente al proceso de selección, que deberá incluir las propuestas de todos los postores, incluyendo, además, como recaudo del mismo, un informe técnico legal sobre la impugnación, en el cual se indique expresamente la posición de la entidad respecto de los fundamentos del recurso interpuesto.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que, simultáneamente, la entidad deberá remitir al Tribunal la documentación que acredite la notificación del decreto que admite a trámite el recurso de apelación al postor y/o postores distintos al impugnante que pudieran verse afectados con la resolución del Tribunal. El Reglamento prescribe que el incumplimiento de dichas obligaciones por parte de la entidad será comunicada al Órgano de

---

(954) Artículo 116 del Reglamento.

(955) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 134.



Control Institucional de esta y/o a la Contraloría General de la República y generará responsabilidad funcional en el Titular de la entidad.

### **Absolución del traslado del recurso**

La norma establece en este punto que el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados con el recurso de apelación por parte de la entidad. Se señala que la absolución del traslado será presentada a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Zonales del OSCE, según corresponda.

Asimismo, el Reglamento prescribe que, dentro del plazo máximo de dos (2) días hábiles siguientes de recibida la información remitida por la entidad a la cual nos hemos referido en el acápite precedente; o vencido el plazo y sin ella en caso de incumplimiento por parte de la entidad, el expediente será remitido a la Sala correspondiente del Tribunal. Ello, a fin de continuar con la tramitación del recurso.

### **Solicitud de información**

La Sala correspondiente del Tribunal, de considerarlo pertinente puede, por única vez, y en una sola oportunidad solicitar información adicional a la entidad, al impugnante y a terceros a fin de recaudar la documentación necesaria para mejor resolver, quedando prorrogado el plazo total de evaluación al que se alude en el párrafo precedente por el término necesario, el que no podrá exceder de quince (15) días hábiles contados desde que el expediente es recibido en Sala. La Sala del Tribunal podrá formular requerimiento de información a todas las entidades y las personas naturales o jurídicas, bajo responsabilidad.

El Reglamento prescribe que la oposición, omisión o demora en el cumplimiento del mandato requerido supondrá, sin excepción alguna, una infracción al deber de colaboración con la Administración que, en el caso de las entidades, se pondrá en conocimiento de su Órgano de Control Institucional para la adopción de las medidas respectivas. Tratándose de las demás personas naturales o jurídicas, o del postor adjudicatario de la Buena Pro, el incumplimiento del mandato será apreciado por el Tribunal al momento de resolver, valorándose conjuntamente con los demás actuados que obren en el expediente.

En concordancia con lo estipulado en el artículo 117 del Reglamento, en caso de haberse concedido, de oficio o a pedido de parte, el uso de la palabra en audiencia pública para los informes orales, estos deberán realizarse dentro del periodo mencionado anteriormente. El pedido de parte deberá hacerse con la interposición del recurso o con la absolución.



El requerimiento de información adicional podrá efectuarse luego de realizada la respectiva audiencia pública siempre que la evaluación total no exceda del periodo mencionado en el numeral 6 del artículo materia de comentario. La normativa dispone en este punto que, al día siguiente de recibida la información adicional y/o realizada la audiencia pública, se declarará el expediente listo para resolver a través del decreto correspondiente.

Ahora bien, recibido el expediente en la Sala correspondiente del Tribunal, con o sin la absolució del postor o postores que resulten afectados, esta tiene un plazo de cinco (5) días hábiles para evaluar la documentación obrante en el expediente y, de ser el caso, para declarar mediante decreto que está listo para resolver.

### **Uso de la palabra**

A fin de tutelar el derecho de defensa de las partes, el Reglamento establece que Tribunal podrá concederles el uso de la palabra a efectos de sustentar su derecho, cuando sea solicitada por ellas, solo hasta antes que el Tribunal declare que el expediente está listo para resolver, sin perjuicio que ello sea requerido de oficio a consideración del Tribunal. La redacción de la norma permite interpretar que la concesión del uso de la palabra es discrecional, lo cual desvirtúa la justificación del mecanismo, que es sumamente importante para el ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Se señala que, para tal efecto el Tribunal señalará día y hora para la realización de la respectiva audiencia pública. En este caso, la norma establece que el plazo de evaluación del expediente y emisión de la resolución queda prorrogado hasta el día en que se realice la correspondiente audiencia.

### **Notificación**

El Tribunal resolverá y notificará su resolución a través del Seace dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, contados desde la fecha de emisión del decreto que declare que el expediente está listo para resolver. Es preciso señalar que la determinación del plazo es de particular importancia para efectos de la generación de la denegatoria ficta.

El Reglamento dispone en este punto que todos los actos que emita el Tribunal en el trámite del recurso de apelación serán notificados a las partes través del Seace, que como hemos señalado en el capítulo respectivo es el sistema empleado para interactuar con los administrados en los procesos de selección, en mérito al principio de publicidad.

### **Desistimiento**

El Reglamento establece en este punto que el apelante podrá desistirse del recurso de apelación mediante escrito con firma legalizada ante notario o ante la Secretaría del Tribunal, 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.

La norma establece que el desistimiento es aceptado mediante resolución y pone fin al procedimiento administrativo. En caso de desistimiento, se ejecutará el cien por ciento (100 %) de la garantía, de conformidad con lo dispuesto por la Ley sobre el particular. A ello nos hemos referido líneas arriba al tratar lo relativo a la apelación a ser resuelta por la entidad.

### **Denegatoria ficta**

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(956)</sup> que, vencido el plazo para que el Tribunal resuelva y notifique la resolución que se pronuncia sobre el recurso de apelación, el impugnante deberá asumir que aquel fue desestimado; operando entonces la denegatoria ficta a la cual nos hemos referido líneas arriba, a efectos de la interposición de la demanda contencioso-administrativa.

## **15. Contenido y alcances de la resolución del Tribunal**

De manera similar a lo regulado respecto a la resolución de la entidad, la resolución expedida por el Tribunal que se pronuncia sobre el recurso de apelación deberá consignar un conjunto de elementos. En primer lugar, los antecedentes del proceso en que se desarrolla la impugnación; además, la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación.

La redacción previa de la norma señalaba que los hechos controvertidos eran los planteados por el impugnante y los demás postores, lo cual desde el punto de vista procesal no era correcto, puesto que, en efecto, los puntos controvertidos son determinados por quien resuelve, como ya lo hemos señalado.

Por otro lado, la resolución debe contener el análisis respecto de cada uno de los puntos controvertidos propuestos. Finalmente, debe

---

(956) Artículo 121 del Reglamento.

consignarse 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.

### **Alcances de la resolución del Tribunal**

Conforme lo prescrito por el Reglamento, al ejercer su potestad resolutoria, el Tribunal deberá resolver de una de las siguientes formas, conforme lo dispone el Reglamento<sup>(957)</sup>. En caso de que el Tribunal considere que el acto impugnado se ajusta a la Ley, al presente Reglamento, a las Bases del proceso de selección y demás normas conexas o complementarias, declarará infundado el recurso de apelación y confirmará el acto objeto del mismo.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que, cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de la Ley, del Reglamento, de las Bases del proceso de selección o demás normas conexas o complementarias, el Tribunal declarará fundado el recurso de apelación y revocará el acto impugnado.

En este orden de ideas, el Reglamento establece que, si el impugnante ha cuestionado actos directamente vinculados a la evaluación de las propuestas y/o otorgamiento de la Buena Pro, el Tribunal, además, evaluará si cuenta con la información suficiente para efectuar el análisis sobre el fondo del asunto. Ahora bien, de contar con dicha información, el Tribunal otorgará la Buena Pro a quien corresponda, siendo improcedente cualquier impugnación administrativa contra dicha decisión.

Asimismo, el Reglamento dispone que, cuando el recurso de apelación incurra en alguna de las causales establecidas en el Reglamento, a las cuales ya nos hemos referido, el Tribunal lo declarará improcedente. Ello implica que la declaración de improcedencia debe ser efectuada una vez que la tramitación del recurso concluye, siendo controvertido afirmar que dicha declaración pueda ser efectuada antes de la tramitación del recurso.

### **La nulidad del acto administrativo**

En este punto, el Reglamento prescribe que, cuando, en virtud del recurso interpuesto o de oficio, se verifique la existencia de actos dictados por órganos incompetentes, que contravengan normas legales, que contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, declarará

---

(957) Artículo 119 del Reglamento.

la nulidad de los mismos, debiendo precisar la etapa hasta la que se retrotraerá el proceso de selección, en cuyo caso podrá declarar que resulta irrelevante pronunciarse sobre el petitorio del recurso.

En primer término, como lo hemos señalado anteriormente, la declaración de nulidad tiene efectos retroactivos a la fecha de emisión del acto que se anula, dado que este se reputa inexistente, una vez declarada la nulidad, desde la fecha de su emisión<sup>(958)</sup>. Esta previsión legal busca matizar la rigidez de la presunción de validez a la que hemos hecho referencia líneas arriba.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que dicho acto administrativo haya generado efectos a favor de administrados que han obrado de buena fe, desconociendo la existencia de causales de nulidad del citado acto. En este último supuesto, la nulidad produce efectos hacia delante y en cuanto a dichos administrados.

Asimismo, si un acto administrativo es declarado nulo, los administrados no están obligados a su cumplimiento y los servidores públicos deberán oponerse a la ejecución del acto, fundando y motivando su negativa<sup>(959)</sup>. El acto administrativo nulo es inexigible para los administrados, y a la vez, debe ser inaplicado por los funcionarios de las entidades.

### **Responsabilidad administrativa ante la nulidad**

La emisión de actos nulos genera responsabilidades administrativas, cuya imputación resulta indispensable para desincentivar dichas conductas. En consecuencia, la resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido<sup>(960)</sup>. Dicha responsabilidad es de índole administrativa y genera las sanciones establecidas en la Ley. Inclusive, no obstante se genere la conservación del acto cuando ello procede, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emitió el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de la ejecución del citado acto<sup>(961)</sup>.

En caso de que el acto viciado se hubiera consumado, o bien sea imposible retrotraer sus efectos, solo dará lugar a la responsabilidad de quien dictó el acto y en su caso, a la indemnización para el afectado<sup>(962)</sup>. En principio, sin embargo, la nulidad de un acto no genera necesariamente

---

(958) Artículo 12, inciso 12.1 de la Ley N° 27444.

(959) Artículo 12, inciso 12.2 de la Ley N° 27444.

(960) Artículo 11, inciso 11.3 de la Ley N° 27444.

(961) Artículo 14, inciso 14.3 de la Ley N° 27444.

(962) Artículo 12, inciso 12.3 de la Ley N° 27444.

la obligación de indemnizar, a menos que exista un daño efecto e individualizado que haya sido generado por dicha nulidad, como lo hemos señalado en el capítulo respectivo de este trabajo.

### **Los alcances de la nulidad**

La Ley del Procedimiento Administrativo General señala además los alcances de la declaración de nulidad de un acto administrativo y hasta donde llega la misma. En primer lugar, la nulidad de un acto administrativo afecta a los demás actos que dependen directamente de este<sup>(963)</sup>. Es decir, a los sucesivos en el procedimiento, cuando se encuentren vinculados a aquel<sup>(964)</sup>.

Asimismo, la ley contempla la posibilidad de la nulidad parcial del acto y la posibilidad de validez de parte del mismo. Ello más bien nos pone en un supuesto del denominado acto administrativo complejo –de discutida existencia en la doctrina–, en el cual, en un solo acto, la Administración emite diversas declaraciones, las cuales generan distintos efectos jurídicos. Ahora bien, la nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario<sup>(965)</sup>.

Finalmente, la declaración de nulidad del acto no alcanza la de los actos, actuaciones o trámites que no hubiesen sido alcanzados por el vicio en cuestión. Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio<sup>(966)</sup>. Esto último tiene sentido a nivel del procedimiento administrativo, pues permite reconstruir el mismo a partir de la eliminación del vicio que condujo a la nulidad del acto que puso fin a dicho procedimiento.

Ahora bien, existen diversas situaciones que pueden generar nulidades en el contexto de proceso de selección. Una figura interesante es la nulidad generada por deficiencias en las bases<sup>(967)</sup>, en donde se discute además la pertinencia de la aplicación del principio de conservación del

---

(963) GONZALES PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 264.

(964) Artículo 13, inciso 13.1 de la Ley.

(965) Artículo 13, inciso 13.2 de la Ley.

(966) Artículo 13, inciso 13.3 de la Ley.

(967) Resolución N° 228-2014-TC-S4.

acto administrativo<sup>(968)</sup>, al cual nos hemos referido en el capítulo VI de este libro, a propósito de los procesos de selección.

### **Agotamiento de la vía administrativa**

El reglamento preceptúa<sup>(969)</sup> que la resolución del Tribunal que resuelve el recurso de apelación o la denegatoria ficta, de no emitir y notificar su decisión dentro del plazo respectivo, agotan la vía administrativa, por lo que no cabe interponer recurso administrativo alguno. Es preciso señalar que este último énfasis proviene de la modificación generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que en puridad contiene una tautología, quedando claro que no proceden los recursos de reconsideración o apelación.

Ahora bien, la generación de denegatoria ficta no es el escenario ideal, por lo cual el Reglamento establece que la omisión de resolver y notificar el recurso de apelación dentro del plazo establecido genera la responsabilidad funcional de la Sala del Tribunal, la cual debe hacerse efectiva a través del respectivo procedimiento disciplinario.

### **Cumplimiento de las resoluciones del Tribunal**

El Reglamento prescribe<sup>(970)</sup> que la resolución dictada por el Tribunal debe ser cumplida por las partes sin calificarla y bajo sus términos. Esta disposición tiene por finalidad otorgarle el efecto jurídico necesario para que la misma sea obligatoria, impidiendo que vía la interpretación pueda ser inaplicada parcial o totalmente por la entidad o por los postores.

Asimismo, se establece que, cuando la entidad no cumpla con lo dispuesto en una resolución del Tribunal, este dictará las medidas pertinentes para su debida ejecución, comunicando tal hecho al Órgano de Control Institucional de aquella y/o a la Contraloría General de la República, sin perjuicio del requerimiento al Titular de la entidad para que se imponga a los responsables las sanciones previstas en el artículo 46 de la Ley. De ser el caso, se denunciará a los infractores según lo tipificado en el Código Penal.

Es preciso señalar que en este caso resulta de aplicación del principio de autonomía de responsabilidades, por el cual la responsabilidad penal y la responsabilidad administrativa del servidor público pueden

---

(968) Sobre el particular: MARTÍN CORONADO, José-Manuel. "Límites para declarar la nulidad de un proceso de selección por deficiencias en las bases". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 187, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2014, p. 225 y ss.

(969) Artículo 122 del Reglamento.

(970) Artículo 123 del Reglamento.

hacerse efectivas de manera independiente, sin que en dicho caso exista una vulneración del principio de non bis in idem.

## 16. Precedentes de observancia obligatoria

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(971)</sup>, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y el Reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria. Dichos acuerdos deberán ser publicados en el diario oficial *El Peruano* y en el portal institucional del OSCE.

El precedente es un mecanismo clave para cumplir con dos principios de particular importancia, el principio de predictibilidad y el de uniformidad. Por el primero, la autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

A su vez, el principio de uniformidad implica que la autoridad administrativa deberá establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidas en regla general. El principio implica entonces que toda diferenciación deberá basarse en criterios objetivos debidamente sustentados

La concepción del precedente administrativo pretende uniformizar la emisión de actos administrativos por parte de la entidad, a fin de permitir a los administrados una mayor facilidad para predecir el resultado de los procedimientos que inicien. Ello redundará en un mayor respeto a los derechos del administrado y reduce al mínimo el actuar arbitrario de la Administración Pública. Por ello, los tribunales administrativos, en ejercicio de su actividad cuasi jurisdiccional y en el marco del procedimiento trilateral emiten decisiones que generan precedente administrativo, y en consecuencia, de carácter vinculante.

Finalmente, el Reglamento establece que los precedentes de observancia obligatoria conservarán su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal. Incluso, dichos acuerdos deben ser observados por las Salas del Tribunal y las entidades, incluso al resolver las apelaciones que conozcan.

---

(971) Artículo 124 del Reglamento.

#### IV. EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO<sup>(972)</sup>

---

La norma dispone que la interposición de la demanda contencioso-administrativo cabe únicamente contra la resolución o denegatoria ficta que agotan la vía administrativa, y no suspende lo resuelto por la entidad o por el Tribunal, según corresponda, a menos que en el proceso se obtenga una medida cautelar en dicho sentido. Siendo en este caso de aplicación el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, que se encuentra corroborado por el Texto Único Ordenado de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Dicha demanda se interpondrá dentro del plazo previsto en la ley de la materia (que en la actualidad son seis meses), contado a partir del día siguiente de la notificación de la resolución respectiva o del vencimiento del plazo para resolver el recurso de apelación, según corresponda, situación en la cual se genera la denegatoria ficta, como ya lo hemos señalado.

Es necesario señalar que la Ley que regula el proceso contencioso-administrativo ha establecido un importante conjunto de garantías a favor de los administrados, a diferencia de las normas que la han antecedido. Esto no termina de resolver el problema generado por aquellos procesos en los cuales el Poder Judicial resuelve a favor del demandante y donde no se ha concedido medida cautelar, siendo muy difícil retrotraer la situación, dado que la prestación propia del contrato y se ha ejecutado.

En este orden de ideas, el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584 prescribe que el proceso contencioso-administrativo tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Es por ello que se considera que el proceso contencioso-administrativo posee una doble naturaleza<sup>(973)</sup>. Es objetivo, en tanto se dirige a tutelar la legalidad de las actuaciones administrativas, pero también es subjetivo, en tanto protege a los administrados ante el comportamiento arbitrario de la autoridad administrativa.

Es necesario resaltar que el actual proceso contencioso-administrativo, a diferencia de la regulación precedente, hace posible impugnar incluso actuaciones materiales y omisiones de la Administración Pública, las que difícilmente podían ser discutidas con la normativa derogada por la ley vigente,

---

(972) Artículo 54 de la Ley.

(973) DIEZ SÁNCHEZ, Juan José. "Comentarios en torno a la Ley del Proceso Contencioso-Administrativo del Perú". En: *Revista de Administración Pública*. N° 165. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004, p. 329.



contenida en el Código Procesal Civil. El actual proceso contencioso-administrativo es entonces un mecanismo de plena jurisdicción, que permite una defensa más eficiente de los intereses de los administrados.

Asimismo, el artículo 3 de la norma contiene el llamado principio de exclusividad, por el cual las actuaciones de la Administración Pública solo pueden ser impugnadas a través el proceso contencioso-administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales. Debe tenerse en cuenta asimismo que esa posibilidad de recurrir a los procesos constitucionales se encuentra fuertemente limitada por la existencia de un discutible principio de residualidad contenido en el Código Procesal Constitucional.

## **V. LO ESTABLECIDO POR LA NORMATIVA INTERNACIONAL**

---

En este punto, el Acuerdo de Promoción Comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica establece una importante regulación<sup>(974)</sup>. Preceptúa en primer lugar que cada parte establecerá o designará al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial que sea independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores presenten con respecto a la aplicación por una entidad contratante de las medidas de una parte que implementan dicho acuerdo y para emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes<sup>(975)</sup>.

Se establece además que, cuando una autoridad que no sea dicha autoridad revise inicialmente una impugnación presentada por un proveedor, la Parte garantizará que los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial, independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación.

Se señala además en el Tratado antes señalado que cada parte garantizará que un proveedor pueda invocar el procedimiento de revisión sin poner en riesgo su participación en contrataciones en curso o en futuras actividades de contratación llevadas a cabo por las entidades contratantes de la parte.

Una disposición muy interesante que contiene el Tratado es que cada parte dispondrá que la autoridad antes señalada pueda adoptar medidas provisionales oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor

---

(974) Artículo 9.11 del referido tratado, aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28766.

(975) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 116.

de participar en la contratación pública y garantizar que las entidades contratantes de la parte cumplan con sus medidas en la implementación de este Capítulo. Tales medidas precautorias pueden incluir la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

Finalmente, el acuerdo prescribe que cada parte asegurará que sus procesos de revisión se realicen de acuerdo a un conjunto de preceptos. En primer lugar se señala que se le otorgará al proveedor un plazo suficiente para preparar y presentar una impugnación por escrito, que en ningún caso será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por este.

Asimismo, una entidad contratante responderá por escrito la reclamación del proveedor y dará a conocer todos los documentos relevantes a la autoridad de revisión; el proveedor que inicie una reclamación tendrá la oportunidad de contestar la respuesta de la entidad contratante antes que la autoridad de revisión tome una decisión con respecto a la reclamación; y la autoridad de revisión dará a conocer sin demora y por escrito su decisión con respecto a la impugnación, junto con una explicación de los fundamentos utilizados para tal decisión.

Finalmente, la redacción original de la Ley contenía una Décimo Tercera Disposición Final, la que fuera posteriormente derogada. Dicha disposición establecía que, para definir la instancia que resolverá los recursos administrativos que se interpongan en los procesos de selección en los que participen proveedores provenientes de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, se aplicarán, de ser el caso, los criterios establecidos en las mismas, lo cual implicaría que solo podrá resolverse por el Titular de la entidad los recursos presentados por postores nacionales<sup>(976)</sup>.

---

(976) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 129.

# CAPÍTULO X

## EXONERACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN

### I. GENERALIDADES

---

Existe un conjunto de situaciones en las cuales la normativa contractual establece que no resulta pertinente efectuar un proceso de selección, conforme lo señalado por la Ley<sup>(977)</sup> y el Reglamento, siendo pertinente en estos casos efectuar el respectivo procedimiento de exoneración<sup>(978)</sup>. Es preciso señalar en este punto que la Nueva Ley hace referencia a lo que denomina contratación directa, incorporando un conjunto de supuestos adicionales, como veremos más adelante en este capítulo.

### II. SUPUESTOS DE EXONERACIÓN

---

Las normas aplicables establecen un conjunto de supuestos de exoneración<sup>(979)</sup>, los que han ido variando conforme ha evolucionado la normativa sobre la materia. Algunos de ellos han sido materia de controversia, puesto que en determinados casos sí resulta pertinente la realización de un proceso de selección y en otros la causal, no obstante su pertinencia, no se encuentra debidamente perfilada en la norma.

#### 1. Entre entidades del Sector Público

Conforme lo dispuesto por la Ley, esta exoneración es posible siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, que como

---

(977) Artículo 20 de la Ley.

(978) RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 573 y ss.

(979) Artículo 20 de la Ley.

lo hemos señalado regula el principio de subsidiaridad empresarial del Estado<sup>(980)</sup>.

Lo antes señalado implica que no en todos los casos esta exoneración es factible, debiendo estar sustentada en un informe técnico-económico elaborado por la entidad que demuestre las ventajas, eficiencia e idoneidad de dicha contratación, así como el hecho de que la entidad postora no pone en desventaja, por el hecho de ser pública, a otros proveedores de los mismos bienes o servicios.

El Reglamento dispone<sup>(981)</sup> que dicha exoneración no resultará aplicable a las contrataciones en las que actúe como proveedor una empresa del Estado organizada bajo la forma que establezca la legislación vigente, ya sea de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local, o entidades del Estado que realizan actividades empresariales de manera habitual en el rubro de la contratación<sup>(982)</sup>. Como lo ha señalado el Indecopi en el precedente sobre la subsidiaridad estatal esta es aplicable incluso a las entidades que realicen cualquier actividad económica.

Finalmente, lo antes señalado no resuelve el problema de las empresas del Estado que puedan estar vulnerando el principio de subsidiaridad al contratar con las entidades. Si bien estas no se encuentran exoneradas de realizar el proceso de selección, la normativa contractual no establece limitaciones a su accionar, más allá del principio establecido constitucionalmente y la normativa contenida en el Decreto Legislativo N° 1044.

## 2. En situación de emergencia

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(983)</sup>, se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, o de acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional, o de situaciones que supongan el grave peligro de que alguno de los supuestos anteriores ocurra. Es preciso distinguir entonces la situación de emergencia del estado de emergencia que se encuentra consagrada en la Constitución y constituye un caso de Régimen de Excepción<sup>(984)</sup>.

---

(980) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., pp. 582-583.

(981) Artículo 127 del Reglamento.

(982) Opinión N° 027-2009/DTN.

(983) Artículo 23 de la Ley.

(984) ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. "Exoneración de procesos de selección por las causas de emergencia y desabastecimiento inminente". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 151. Gaceta Jurídica, Lima, abril 2011, p. 316. RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 585.

En los supuestos antes indicados, el Reglamento preceptúa<sup>(985)</sup> que la entidad deberá contratar en forma inmediata lo estrictamente necesario para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, así como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido. Esta contratación entonces opera de manera más perentoria que aquella que es aplicable para el resto de las causales establecidas en la norma, existiendo supuestos de regularización, como veremos más adelante.

### **Los supuestos aplicables**

El Reglamento señala en este punto que los acontecimientos catastróficos son aquellos de carácter extraordinario, ocasionados por la naturaleza o por la acción u omisión del obrar humano, que generan daños afectando a una determinada comunidad<sup>(986)</sup>. En estos casos existe una identificación con el caso fortuito, el cual ya hemos definido anteriormente.

Asimismo, el Reglamento señala que las situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional están dirigidas a enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscabe la consecución de los fines del Estado, precisión que es consistente con lo señalado por el resto del ordenamiento.

Por otro lado, conforme la definición del Reglamento, las situaciones que supongan grave peligro son aquellas en las que exista la posibilidad debidamente comprobada de que cualquiera de los acontecimientos o situaciones anteriores ocurra de manera inminente.

Finalmente, las emergencias sanitarias son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud mediante Decreto Supremo, en el cual se indica las entidades que deben actuar para atender la emergencia sanitaria, la vigencia de la declaratoria de dicha emergencia, así como la relación de bienes y servicios que se requiera contratar para enfrentarla<sup>(987)</sup>.

### **Acciones posteriores**

Una vez realizada la contratación por situación de emergencia, la entidad deberá convocar los respectivos procesos de selección para atender las necesidades que no estén directamente relacionados con la situación que sustentó la exoneración. Cuando no corresponda realizar un

---

(985) Artículo 128 del Reglamento.

(986) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 584.

(987) Definición agregada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

proceso de selección posterior, las razones que motivan la contratación definitiva deben encontrarse fundamentadas en el informe al que se refiere el artículo 133 del Reglamento.

Se establece además en la norma que toda contratación realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o la primera entrega en el caso de suministros, o del inicio de la prestación del servicio o del inicio de la ejecución de la obra.

Para tal efecto, la entidad debe incluir el proceso en su Plan Anual de Contrataciones, así como elaborar y publicar en el Seace la resolución o acuerdo correspondiente y el informe a que se refiere el mencionado artículo 133. Adicionalmente, debe cumplir con formalizar las actuaciones de la fase de actos preparatorios y del perfeccionamiento del contrato que resulten aplicables.

### **Responsabilidad**

Se establece finalmente en la Ley que los funcionarios públicos que aprovechando de las disposiciones de dicha norma dispusieran las adquisiciones de bienes, servicios y obras, sin que se haya dado una real situación de emergencia y/o adquirieran los mismos más allá de lo estrictamente necesario, serán pasibles de las sanciones penales y administrativas que correspondan.

Debemos precisar que dicha responsabilidad será efectiva mediante los mecanismos establecidos legalmente. La norma además no establece la existencia de responsabilidad en el caso en que la causal no se emplee ante la existencia de un supuesto de emergencia que se encuentre acreditado. Finalmente, lo dispuesto por la norma no excluye la responsabilidad civil que corresponda, si es que existe daño patrimonial.

### **3. Situación de desabastecimiento**

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(988)</sup> y el Reglamento<sup>(989)</sup>, la situación de desabastecimiento se configura ante la ausencia inminente de determinado bien o servicio, debido a la ocurrencia de una situación extraordinaria e imprevisible, que compromete la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la entidad tiene a su cargo<sup>(990)</sup>.

---

(988) Artículo 22 de la Ley.

(989) Artículo 129 del Reglamento.

(990) ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. Ob. cit. p. 318 y ss.

Esta causal, con la denominación de desabastecimiento inminente, aparece con el Reglamento del TUO reemplazando a la antigua situación de urgencia<sup>(991)</sup>, siendo ello consistente con la reforma a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado generada a su vez por la Ley N° 28267. La situación de urgencia se definía como la situación en la cual la ausencia de un bien o servicio compromete en forma directa e inminente la continuidad de un servicio esencial o de operaciones productivas; o cuando la utilización de licitación o concurso no cumpla función alguna debido a que los bienes no admiten sustitutos, o existiendo sustitutos, estos pueden afectar negativamente el servicio o proceso productivo.

Se establece en la normativa, en cuanto a la situación de desabastecimiento, que la necesidad de los bienes o servicios debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos, facultándose a la contratación de los bienes y servicios solo por el tiempo y/o cantidad, según sea el caso, necesario para resolver la situación y llevar a cabo el proceso de selección que corresponda.

La Ley señala sin embargo que, cuando no corresponda realizar un proceso de selección posterior, en los informes técnico y legal previos que sustentan la Resolución o el Acuerdo que autoriza la exoneración, se debe fundamentar las razones que motivan la contratación definitiva materia de la exoneración. Esta disposición también es de aplicación, de ser el caso, para la situación de emergencia.

### **Supuestos de improcedencia**

Ahora bien, no puede invocarse la existencia de una situación de desabastecimiento en determinados supuestos, conforme lo señalado por el Reglamento. En primer lugar, en contrataciones que están bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, cuando el desabastecimiento se hubiese originado por negligencia, dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la entidad.

En este punto, la Ley establece que tratándose de contrataciones bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas, la exoneración solo procede si la situación de desabastecimiento reúne las condiciones señaladas anteriormente.

---

(991) VALENCIA PAREDES, Luz Margarita. "El nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Principales Innovaciones". En: *Actualidad Jurídica*. N° 133. Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004, p. 186.

Por otro lado, el Reglamento dispone que no es procedente esta causal por periodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para paliar la situación, salvo que ocurra una situación diferente a la que motivó la exoneración original, en cuyo caso la entidad es responsable de su verificación y sustento conforme lo establecido en los artículos 20 y 21 de la Ley y en el Reglamento.

Asimismo, no puede invocarse la causal de desabastecimiento inminente para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración al proceso de selección. La justificación estriba en evitar que la causal sea desvirtuada, dada su excepcionalidad.

Además, la norma establece en este punto que dicha causal de exoneración tampoco es procedente por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento. Ello, dado que nos encontramos ante una situación excepcional, en la cual debe contratarse lo estrictamente indispensable para corregir la situación de desabastecimiento generada.

Finalmente, no procede el empleo de la causal de desabastecimiento inminente en vía de regularización. Este supuesto parecería ser bastante obvio, sin embargo ha sido muy usado en nuestra Administración Pública, razón por la cual se ha considerado necesario efectuar este énfasis.

### **Responsabilidad**

Ahora bien, conforme lo dispone la Ley, la aprobación de la exoneración en virtud de la causal de situación de desabastecimiento no constituye dispensa, exención o liberación de las responsabilidades de los funcionarios o servidores de la entidad cuya conducta hubiese originado la presencia o configuración de dicha causal.

Asimismo, constituye agravante de responsabilidad si la situación fue generada por dolo o culpa inexcusable del funcionario o servidor de la entidad. En estos casos, se establece que la autoridad competente para autorizar la exoneración debe ordenar, en el acto aprobatorio de la misma, el inicio de las acciones que correspondan, de acuerdo al artículo 46 de la Ley.

Como resultado de lo anteriormente señalado, el Reglamento prescribe que, cuando del sustento de la exoneración se desprenda que la conducta de los funcionarios o servidores de la entidad hubiese originado la presencia o configuración de la causal, en la resolución o acuerdo que aprueba la exoneración debe disponerse el inicio de las medidas conducentes al deslinde de las responsabilidades administrativas, civiles y/o



penales de los funcionarios o servidores públicos involucrados. Se señala sin embargo que dicha exigencia no es aplicable al primero de los supuestos de improcedencia que hemos señalado, que es el referido a las contrataciones que están bajo la cobertura de un tratado o compromiso internacional, puesto que en dicho caso la exoneración no es procedente al provenir de la responsabilidad de los servidores de la entidad.

#### **4. Secreto militar o policial**

Se encuentran también exoneradas las contrataciones a ser realizadas por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley, previa opinión favorable de la Contraloría General de la República.

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(992)</sup>, el objeto de dichas contrataciones debe estar incluido en la lista que, mediante Decreto Supremo, haya aprobado el Consejo de Ministros para que sea procedente la exoneración.

Por otro lado, se establece que la opinión favorable de la Contraloría General de la República deberá sustentarse en la comprobación de la inclusión del objeto de la contratación en la lista a que se refiere el párrafo anterior y deberá emitirse dentro del plazo de quince (15) días hábiles a partir de presentada la solicitud.

Finalmente, el Reglamento dispone que los bienes, servicios o ejecución de obras de carácter administrativo y operativo, a que se refiere la última parte del inciso d) del artículo 20 de la Ley, son aquellos necesarios para el normal funcionamiento de las unidades del Sistema de Inteligencia Nacional, de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

#### **Los supuestos aplicables**

En este orden de ideas, el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM establece una importante regulación a fin de determinar las materias susceptibles de exoneración<sup>(993)</sup>. La norma preceptúa en su artículo 1 que tienen el carácter de secreto, secreto militar o de orden interno la contratación de bienes, servicios u obras que directa o indirectamente revelen: (1) los cuadros de organización del personal; (2) la naturaleza, ubicación,

---

(992) Artículo 130 del Reglamento.

(993) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 591 y ss.

cantidad y operatividad del material bélico, equipamiento e infraestructura militar o policial disponible; o (3) 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 señala además que, en cualquier caso, la necesidad de contratación de dichos bienes, servicios y obras es resultado del planeamiento estratégico, operativo y administrativo de la Seguridad y Defensa Nacional aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional.

Asimismo, el Decreto Supremo establece que, 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 su aprobación.

En este orden de idea, el artículo 2 de la referida norma establece las contrataciones referidas a los bienes, servicios y obras a la cuales les resulta aplicable esta exoneración, donde podemos encontrar algunos supuestos controvertidos. Asimismo, el artículo 3 de la norma establece aquellos supuestos en que la exoneración no es aplicable.

En los supuestos antes señalados vamos a encontrar 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 artículo 3 de la norma; 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 3 de la norma; así como 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 artículo 3 de la norma.

Finalmente, conforme el artículo 5 del Decreto Supremo materia de comentario, 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 que hubieren sido efectuadas empleando este supuesto de exoneración del proceso de selección.

### **La opinión de la Contraloría**

En este orden de ideas, la Directiva N° 007-2001-CG/B140<sup>(994)</sup> establece el procedimiento a seguir en estos casos. Dicho procedimiento implica la presentación de la respectiva solicitud por parte de la entidad, en este caso las Fuerzas Armadas y Policía Nacional. La referida solicitud contendrá un conjunto de informes necesarios a fin de que dicha solicitud pueda tramitarse al interior de la Contraloría<sup>(995)</sup>. En este punto la norma prescribe que la documentación e informes que se remitan están sujetos al principio de presunción de veracidad.

En primer lugar, se requiere el respectivo informe técnico del bien, servicio u obra a ser adquiridos. La Directiva establece que este informe contendrá la descripción del bien, servicio u obra, así como las especificaciones técnicas, características, cantidades, calidades y valor referencial de la futura adquisición. Será formulado por la dependencia encargada de las adquisiciones de cada Instituto Armado o de la Policía Nacional, justificando técnicamente la necesidad de la adquisición y contratación respectiva; así como su exoneración del requisito de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa, contemplando criterios de economía, tales como los costos y la oportunidad.

En segundo lugar, es necesario el informe financiero formulado por la dependencia responsable de la programación y evaluación presupuestal de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional, que debe detallar la fuente de financiamiento (Tesoro Público, Endeudamiento Externo u otro) de la adquisición, precisando que se cuenta con la correspondiente disponibilidad presupuestaria y partida autorizada a la cual se afectará el gasto.

Finalmente, se requiere el informe legal elaborado por la dependencia responsable del asesoramiento legal de la entidad solicitante, por el cual se fundamenta la adquisición y contratación materia de la solicitud, así como su trámite de exoneración; debiendo señalar la base legal aplicable al efecto, si el bien, servicio u obra está expresamente considerado como secreto militar o de orden interno con indicación de la disposición que lo sustenta, y si por la entidad se han cumplido las normas vigentes para gestionar la autorización de dicha adquisición y determinar el tipo de bien, servicio o ejecución de obras, que ella comprende. Se señala que este informe incluirá copia certificada de las normas referenciadas, cuando no hayan sido publicadas en el diario oficial *El Peruano*.

---

(994) Aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 105-2001-CG.

(995) Numeral 6 de la Directiva N° 007-2001-CG/B140.

### **Tramitación administrativa en la Contraloría General de la República para emitir la opinión previa solicitada**

En cuanto a la tramitación del procedimiento a fin de generar la opinión respectiva, la Directiva establece<sup>(996)</sup> que la unidad orgánica de la Contraloría General de la República llevará a cabo la evaluación de la solicitud de opinión previa acompañada de la documentación respectiva a través del personal responsable que designe para el efecto, el mismo que oportunamente evacuará el informe que sustentará la aprobación o desaprobación total o parcial del pedido, así como elaborará el proyecto de Oficio donde se pronuncia respecto a la solicitud presentada.

El proceso de evaluación de la solicitud de opinión previa formulada, se inicia a partir de la fecha de la conformidad otorgada al pedido de la entidad solicitante, presentado con la documentación sustentatoria completa y finaliza cuando la unidad orgánica de la Contraloría General de la República se encuentra expedita para someter a consideración del Despacho Contralor el proyecto de oficio conteniendo el respectivo pronunciamiento.

Dentro del plazo de evaluación, la unidad orgánica de la Contraloría General de la República podrá acreditar ante la entidad solicitante, previa autorización del Despacho, al personal evaluador a fin de que practique en las instalaciones de esta las verificaciones, inspecciones y levantamiento de Actas, según corresponda, que resulten necesarios.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por la Directiva, la formulación del Informe emitido por el personal de la unidad orgánica de la Contraloría General de la República tendrá determinadas características. En primer lugar, el personal profesional designado de la unidad orgánica de la Contraloría General de la República emitirá directamente su opinión motivándola en la documentación actuada, las verificaciones realizadas y la normativa aplicable para el caso; sin poder trasladar en consulta o coordinación a otra dependencia la documentación presentada.

El contenido del Informe debe responder a los criterios de objetividad, pertinencia, oportunidad y exclusividad sobre la materia pedida, debiendo omitir cualquier reproducción de actuados existentes en el expediente, bastando su referencia precisa. Asimismo se basará fundamentalmente en la legalidad vigente sin que ello limite al evaluador, para comprender dentro de su análisis otros aspectos que emerjan de la solicitud y

---

(996) Numeral 10 de la Directiva N° 007-2001-CG/B140.

documentación sustentatoria, hayan sido o no planteados por la entidad solicitante y tengan incidencia en el asunto bajo examen.

Asimismo, la Directiva prescribe que el informe que constituye el sustento para la opinión previa de la Contraloría General de la República, se pronunciará sobre la procedencia o improcedencia de la exoneración solicitada, recomendando la emisión de la opinión respectiva por el Titular del Organismo Superior de Control.

Por otro lado, la opinión previa que emita la Contraloría General de la República, señalará la procedencia o improcedencia total o parcial de la exoneración a Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa; el detalle genérico de los bienes o servicios a adquirirse indicando la cantidad y monto referencial en su caso; así como la precisión respecto a que la opinión es emitida, sin perjuicio del control posterior que compete al Sistema Nacional de Control.

Asimismo, efectuado el referido trámite, la unidad orgánica de la Contraloría General de la República elevará al Despacho Contralor dentro del plazo respectivo, el informe emitido por el personal de la unidad orgánica de la Contraloría General de la República, conjuntamente con el proyecto de oficio para su correspondiente aprobación, de estimarlo procedente.

En cuanto al plazo, la Directiva establece que la Contraloría General de la República evacuará la opinión solicitada por la entidad dentro de los quince (15) días hábiles de recibida la documentación completa indicada en la norma, a la cual nos hemos referido líneas arriba.

Adicionalmente, la norma materia de comentario prescribe que la unidad orgánica de la Contraloría General de la República podrá coordinar con la entidad solicitante, a efecto que disponga que el personal acreditado se apersona al Organismo Superior de Control y recoja directamente el Oficio con la respuesta a su solicitud de opinión previa, firmando el cargo de recepción respectivo.

Ahora bien, vencido el plazo señalado en líneas arriba sin que se haya emitido una respuesta expresa de la Contraloría General de la República, la Directiva establece<sup>(997)</sup> que el solicitante podrá entender emitida la opinión favorable; sin perjuicio del control posterior. Nos encontramos entonces ante un supuesto de silencio administrativo positivo, que como se sabe constituye un acto administrativo ficto o presunto.

---

(997) Numeral 12 de la Directiva N° 007-2001-CG/B140.

Finalmente la Directiva prescribe que la opinión previa para la adquisición y contratación de bienes, servicios u obras con carácter de secreto militar u orden interno que se encuentran exonerados del respectivo proceso de selección, se emite a través de oficio. La norma establece que este pronunciamiento constituye un acto de administración y por ende no susceptible de impugnarse en la vía administrativa, lo cual no obstaría para que pueda emplearse el proceso contencioso-administrativo contra dicho acto.

### **Rendición de cuentas**

Por otro lado, la Directiva materia de comentario dispone en este punto<sup>(998)</sup> que las entidades solicitantes de la opinión previa de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de cumplir estrictamente con lo establecido en la Ley, remitirán la documentación que acredite la participación de al menos tres (3) postores salvo casos sustentados de proveedor único, copia de la Resolución Ministerial que aprueba el otorgamiento de la buena pro y copia del contrato u orden de compra o servicio, según corresponda, al Organismo Superior de Control dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de celebrado el contrato, a efectos del control posterior de la ejecución de los gastos operativos reservados.

Para fines del cumplimiento adecuado de la disposición antes señalada, la norma establece que el contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora. Los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido señalados en el contrato, también forman parte de este.

### **Control posterior interno a cargo de las Inspectorías Generales**

Las Inspectorías Generales o los órganos de Auditoría Interna que hagan sus veces en los Ministerios de Defensa e Interior, así como en la Policía Nacional e Instituciones de las Fuerzas Armadas, como integrantes del Sistema Nacional de Control mantienen su responsabilidad de control sobre los procesos adquisitivos llevados a cabo, particularmente los referidos en la presente Directiva, de acuerdo a ley.

Para ello, la Directiva preceptúa que la Contraloría General de la República remitirá copia de su pronunciamiento a las Inspectorías Generales correspondientes para el respectivo control posterior, en cuyo ejercicio de establecerse observaciones deberán proceder a su comunicación

---

(998) Numeral 14 de la Directiva N° 007-2001-CG/B140.

al Titular de la entidad para la adopción oportuna de las medidas correctivas pertinentes, dando cuenta a la Contraloría General de la República de la implementación y resultados, conforme a la normativa de control.

### **La Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas**

Mediante el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1128 se creó la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, como organismo público ejecutor adscrito al Ministerio de Defensa, encargada de 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<sup>(999)</sup>.

A su vez, dicho organismo se encarga de 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 Ley de Contrataciones del Estado o la normativa que resulte aplicable, para el cabal cumplimiento de la misión constitucional de las Fuerzas Armadas<sup>(1000)</sup>.

Entre sus funciones señaladas en la norma<sup>(1001)</sup> se encuentra elaborar el Plan Estratégico de Compras del Sector Defensa, con base en la determinación de las necesidades de bienes, servicios, obras y consultorías que presenten las unidades ejecutoras y órganos del Sector Defensa dentro de su ámbito de competencia<sup>(1002)</sup>.

Asimismo, es competencia de esta entidad 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, de acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 20 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Le corresponde además proponer, para su aprobación mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Defensa, la lista general de contrataciones consideradas estratégicas en materia de Seguridad y Defensa Nacional, que sean efectuadas a través de contratos internacionales o de Gobierno a Gobierno.

---

(999) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 594.

(1000) Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1128.

(1001) Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1128.

(1002) La norma preceptúa que dicho documento de gestión establece, entre otros aspectos, la visión, objetivos y estrategias de las contrataciones, alcance de las contrataciones y etapas de los procesos de contratación a ser ejecutados por la Agencia y será aprobado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Defensa.

Debe además ejecutar los Procesos de Selección por Encargo, en sus diversas modalidades, para la Dirección Nacional de Inteligencia y las entidades adscritas al Sector Interior, mediante la celebración de convenios con dichas instituciones, o para otras entidades públicas del Estado, siempre y cuando el objeto de las contrataciones estén vinculados a la Defensa, Orden Interno y Seguridad Nacional.

Le corresponde además resolver los recursos de apelación que se presenten en los procesos de selección correspondientes a Adjudicaciones de Menor Cuantía o Adjudicaciones Directas Selectivas, convocados por cualquiera de las entidades o Unidades Ejecutoras dentro de su ámbito de competencia. Esta es una importante atribución que corrige la falta de imparcialidad que notamos en otros casos cuando es el Titular de la entidad el que resuelve los recursos de apelación.

Ahora bien, en el supuesto que se convoquen procesos de selección para contrataciones en el mercado extranjero, fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, la norma establece<sup>(1003)</sup> que los actos administrativos derivados de dichos procesos solo podrán ser impugnados mediante recursos de apelación que serán resueltos por el Jefe de la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, dándose por agotada la vía administrativa. El reglamento del referido decreto legislativo es el que establece el procedimiento, requisitos y plazos para la presentación y resolución de dichos recursos.

## **5. Proveedor único de un bien que no admite sustitutos**

La Ley preceptúa<sup>(1004)</sup> que procede la exoneración cuando exista proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos, o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se haya establecido la exclusividad del proveedor<sup>(1005)</sup>. Para ello se requiere que no existan bienes o servicios sustitutos a los requeridos por el área usuaria, y siempre que exista un solo proveedor en el mercado nacional<sup>(1006)</sup>.

La regulación de esta causal de exoneración ha ido evolucionando conjuntamente con la normativa, puesto que inicialmente bastaba que nos encontráramos ante un bien o servicio que no admitía sustitutos. El requisito de proveedor único es incorporado por la Ley N° 28267, la cual modifica el TUO que fuera 532

---

(1003) Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1128.

(1004) Literal e) del artículo 20 de la Ley.

(1005) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 594 y ss.

(1006) Artículo 131 del Reglamento.



aprobado a su vez mediante el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, habiéndose determinado la necesidad de dicho requisito para que se configure la causal en cuestión, lo cual había estado corroborado por sendos pronunciamientos del entonces Consucode.

Como lo hemos señalado antes, cuando estamos ante el supuesto de un bien o servicio que debe contratarse necesariamente el mecanismo es la estandarización, siendo necesario no solo que el bien o servicio sea indispensable, sino además que este no pueda ser reemplazado por otro y que se pruebe que en el mercado solo existe un proveedor del mismo<sup>(1007)</sup>.

El Reglamento establece además que también se considerará que existe proveedor único en los casos que por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos de propiedad intelectual se haya establecido la exclusividad del proveedor. En estos casos es imposible efectuar un proceso de selección, puesto que existe un solo proveedor del bien o servicio.

### **Lo dispuesto por la Nueva Ley**

En este punto, la Nueva Ley establece que procederá la contratación directa cuando los bienes y servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o un determinado proveedor posea derechos exclusivos respecto de ellos. La redacción de esta norma pareciera ser menos rígida que la contenida en la Ley, puesto que no se indica que el bien o servicio no admita sustitutos para que se configure la causal<sup>(1008)</sup>. Es de esperar que el Reglamento de la Nueva efectúe necesarias precisiones en este punto, a fin de evitar interpretaciones que permitan un empleo indebido de la causal que estamos analizando.

### **Servicios de publicidad**

Adicionalmente, se encuentran incluidos en esta causal los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación<sup>(1009)</sup>. Este supuesto inicialmente se encontraba ligado a los servicios personalísimos, causal con la que a veces se confunde la que estamos analizando,

---

(1007) DÍAZ GUEVARA, Juan José. “La exoneración de proceso de selección por causal de servicios de no admiten sustitutos y existencia de proveedor único”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 153, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2011, pp. 374-375.

(1008) PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. “Las contrataciones directas en el marco de la nueva Ley de Contratación del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, pp. 40-41.

(1009) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

considerándose ahora como un supuesto de proveedor único, lo cual también se encuentra sometido a controversia. A su vez, la Nueva Ley lo regula este supuesto como un causal independiente a efectos de realizar la contratación directa, como veremos más adelante.

### **La regulación de la publicidad estatal**

Ahora bien, es preciso señalar que no obstante la existencia de esta exoneración, la publicidad estatal se encuentra sometida a una regulación específica, proveniente de la Ley N° 28874, la cual tiene como objetivos, en primer lugar, establecer los criterios generales para el uso de los recursos que las instancias del Gobierno Nacional, gobierno regional y gobierno local, destinarán al rubro de publicidad, en prensa escrita, radio y televisión. Pero además, la norma tiene por finalidad fiscalizar la transparencia y racionalidad en el uso de los recursos públicos para la contratación de servicios de publicidad en prensa escrita, radio y televisión.

A su vez, para que dicha publicidad se autorice se requiere un conjunto de requisitos<sup>(1010)</sup>. En primer lugar, es necesario un plan de estrategia publicitaria que sea acorde con las funciones y atribuciones de las entidades o dependencias; las mismas que deberán adecuarse a su vez a los objetivos y prioridades establecidos en los programas sectoriales.

Se requiere además la descripción y justificación de las campañas institucionales y comerciales que se pretendan llevar a cabo, lo cual debe estar contenido en el plan antes señalado. Ello implica determinar de manera clara los medios de comunicación a ser empleados, así como la justificación en términos de cobertura y *rating*.

Por otro lado, la norma establece como requisito la propuesta y justificación técnica de la selección de medios de difusión de acuerdo con el público objetivo y la finalidad que se quiere lograr, la cobertura, duración de la campaña, equilibrio informativo e impacto de los mismos. Ello implica que deberá sustentarse técnicamente la razón por la que una determinada entidad o dependencia eligió a determinados medios de manera preferente, para no dar lugar a situaciones que privilegien injustificadamente a empresas periodísticas determinadas.

Finalmente, se requiere el proyecto de presupuesto para llevar a cabo las acciones comprendidas en las campañas, en aplicación del importante principio de la normativa presupuestal por la cual son nulas las actuaciones administrativas que carezcan de financiamiento.

---

(1010) Artículo 3 de la Ley N° 28874.

Asimismo, existen un conjunto de prohibiciones<sup>(1011)</sup>. En primer lugar, las entidades y dependencias no podrán erogar recursos presupuestarios en beneficio de un candidato a cargo de elección popular o partido político alguno. La finalidad es evitar que un candidato sea favorecido a través de empleo de los recursos públicos, evitando afectar la equidad en la contienda electoral.

Por otro lado, se establece que ningún funcionario de la entidad o dependencia que realice determinada campaña publicitaria podrá aparecer en las inserciones que se paguen en medios impresos, *spots* televisivos y radiofónicos que se difundan. La finalidad es similar a la referida en la prohibición anteriormente citada, que es impedir el uso de recursos públicos para generar réditos políticos.

Finalmente, la entidad o dependencia que adquiera los servicios de empresas privadas de publicidad o medio de comunicación social, buscará no privilegiar a una sola empresa, a menos que las erogaciones que se hagan estén sustentadas por las tarifas, el prestigio, la cartera y la eficacia de las prestadoras de dichos servicios. En estos casos deben tomarse en cuenta un conjunto de factores, siendo muchas veces más eficiente emplear varios medios de comunicación para una mayor cobertura.

Por otro lado, existen determinadas obligaciones en términos de transparencia en la contratación<sup>(1012)</sup>. En primer lugar, las entidades o dependencias del Gobierno Nacional, regional y local, deberán publicar los contratos de publicidad en su respectivo portal y presentar dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento de cada trimestre, los programas o campañas de publicidad que han llevado a cabo en el periodo correspondiente, definiendo los medios de prensa escrita, radial o televisiva propuestos para difundir las campañas y los criterios que orientaron la propuesta.

En segundo lugar, la norma preceptúa que las entidades o dependencias deberán informar al órgano del Sistema Nacional de Control, en el periodo correspondiente, las razones por las que contrató los servicios de determinada empresa de publicidad, para la elaboración de una campaña institucional o comercial específica. También se acompañará una evaluación de los resultados de la publicidad estatal vía indicadores de desempeño.

---

(1011) Artículo 5 de la Ley N° 28874.

(1012) Artículo 6 de la Ley N° 28874.

## 6. Servicios personalísimos

Esta causal de exoneración siempre ha estado sometida a controversia. De hecho, la redacción que contenía el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM no era la más feliz, permitiendo interpretaciones aventuradas de esta causal. Como resultado, el Reglamento del TUO pretendió mejorar dicha regulación, tratando de incorporar elementos más objetivos a la misma<sup>(1013)</sup>.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que cuando exista un requerimiento de contratar servicios especializados profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos, procede la exoneración por servicios personalísimos para contratar con personas naturales. Este causal era aplicable también a personas jurídicas, pero la reforma proveniente del Decreto Supremo N° 138-2012-EF la ha restringido solo a personas naturales, lo cual es más consistente con el supuesto de la causal.

Ahora bien, esta causal requiere un conjunto de requisitos, debidamente sustentados objetivamente<sup>(1014)</sup>. En primer lugar, debe verificarse la especialidad del proveedor, relacionada con sus conocimientos profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos que permitan sustentar de modo razonable e indiscutible su adecuación para satisfacer la complejidad del objeto contractual.

Asimismo, es necesaria la experiencia reconocida en la prestación objeto de la contratación, requisito que sin embargo requiere probanza, lo cual solo se obtendría a través de un proceso de selección, lo cual genera aún más dudas respecto de la pertinencia de esta causal.

Finalmente, constituye un requisito para que se configure esta causal la comparación favorable de dicho proveedor frente a otros potenciales proveedores que estén en la capacidad de brindar el servicio. Dicha comparación constituiría una especie de proceso de selección interno, que muestra también sus claras dificultades.

### Limitaciones

El Reglamento establece además que las prestaciones que se deriven de los contratos celebrados al amparo de esta causal no serán materia de subcontratación ni de cesión de posición contractual, situación en la cual se perderían los requisitos establecidos anteriormente, que

---

(1013) MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Requisitos para la contratación directa de servicios personalísimos. Pautas para su correcta aplicación". En: *Actualidad Jurídica*. N° 135, Gaceta jurídica, Lima, febrero 2005, p. 155.

(1014) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 598.

distinguen claramente al proveedor del servicio; generando que la causal de exoneración se desvirtúe.

### **El caso de la asesoría a servidores públicos**

Finalmente, el Reglamento preceptúa que se encuentran expresamente comprendidos en esta causal los servicios a los que se refiere el Decreto Supremo N° 018-2002-PCM y Decreto Supremo N° 022-2008-DE/SG o normas que lo sustituyan<sup>(1015)</sup>. Dichas normas están dirigidas a asegurar la asesoría a funcionarios públicos ante procesos generados por el ejercicio de sus cargos.

El primero de dichos decretos supremos preceptúa que las entidades, instituciones y organismos del Poder Ejecutivo podrán contratar servicios especializados en asesoría legal, en el caso de que sus funcionarios o servidores sean demandados administrativamente, civilmente o penalmente por actos, omisiones o decisiones adoptadas en el ejercicio regular de sus funciones.

El segundo de los referidos decretos provee defensa legal a los miembros de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, disponibilidad o retiro y personal de tropa licenciada, así como al personal de la Policía Nacional en situación de actividad, disponibilidad o retiro, que se encuentren comprendidos o involucrados en investigaciones y/o denuncias ante el Ministerio Público, o procesos judiciales ante el fuero común por presunta comisión de delitos contra los derechos humanos, en el ejercicio regular de sus funciones.

A ello se agregó los servicios a los que se refiere el literal I) del artículo 35 de la Ley N° 30057, los que inicialmente se encontraban considerados en la causal anterior<sup>(1016)</sup> y que provienen de la Ley del Servicio Civil, que regulan la misma materia, es decir la asesoría a los servidores públicos. Sin embargo, en este último caso existe una importante ampliación, puesto que la Ley antes señalada incluye no solo asesoría legal, sino además asesoría contable, económica o afín.

### **III. LAS CAUSALES INCORPORADAS POR LA NUEVA LEY**

---

Ahora bien, la Nueva Ley ha incorporado un conjunto de nuevas causales de lo que ella denomina contratación directa. Varias de ellas han sido propuestas en diversos momentos desde la vigencia de la Ley y varios supuestos se encuentran incluso contenidos en diversas normas.

---

(1015) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

(1016) Supuesto incorporado por el Decreto Supremo N° 261-2014-EF.

En primer lugar, para los servicios de consultoría, distintos a las consultorías de obra, que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual a conformidad de la entidad, siempre que este haya sido seleccionado conforme al procedimiento de selección individual de consultores. Esto sigue en la lógica que hemos señalado en el capítulo correspondiente respecto a facilitar la contratación de proveedores de servicios de consultoría, lo cual muestra además diversas dificultades que esperamos se resuelvan con el Nuevo Reglamento.

Otros supuesto de contratación directa establecido en la Nueva Ley es la contratación de bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico, cuyo resultado pertenezca exclusivamente a la entidad para su utilización en el ejercicio de sus funciones. La finalidad de esta causal es permitir la contratación directa para corregir una de las desventajas competitivas que tiene el Perú, que es la ausencia de innovación. Lo que debe quedar claro es si dichas contrataciones puedan ser efectuadas únicamente por entidades que realicen investigaciones dentro de la competencia asignada por la Ley<sup>(1017)</sup>.

Asimismo, la Nueva Ley prescribe que se puede contratar de manera directa para el arrendamiento de bienes inmuebles y la adquisición de bienes inmuebles existentes. En el primer caso, existen dificultades para que las entidades puedan arrendar inmuebles. En el segundo caso, la situación es similar, debiendo permitirles a las entidades poder contratar con mayor celeridad, siendo pertinente sin embargo determinar si dicha adquisición estaría sometida a la regulación propia del Sistema Nacional de Inversión Pública.

Por otro lado, se empleará la contratación directa para los servicios especializados de asesoría legal para la defensa de funcionarios, servidores o miembros de las fuerzas armadas y policiales, a los que se refieren el Decreto Supremo 018-2002-PCM, el Decreto Supremo 022-2008-DE/SG y otras normas sobre defensa de funcionarios, o normas que los sustituyan. Estas normas regulan la asesoría a dichas personas que se encuentren incursas en un proceso como resultado del ejercicio de su cargo, siendo necesario contratar con celeridad.

Como lo hemos señalado líneas arriba, para este tema se estaba empleando la causal de servicio personalísimo, de aplicación muy discutible, no obstante que lo señala expresamente el Reglamento conforme su redacción actual. Preciso es señalar que el derecho contenido en la Ley del Servicio Civil no se agota en la asesoría legal, sino que incluye la

---

(1017) PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. Ob. cit., p. 41.

económica, contable y afines, con lo cual existiría un ámbito al cual no se le aplica la contratación directa.

Se empleará la contratación directa también cuando exista la necesidad urgente de la entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación.

Dicha situación ocurre únicamente ante la verificación de dos de las causales de nulidad del contrato. Por un lado, cuando se ha verificado que quien ha contratado se encontraba impedido conforme las causales establecidas en la Ley. Por otro lado, cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.

Finalmente la Nueva Ley prevé la contratación directa para contratar servicios educativos de capacitación que cuenten con un procedimiento de admisión o selección para determinar el ingreso o aceptación de las personas interesadas, por parte de las entidades educativas que los brindan. Esta causal se estaba empleando como resultado de un informe emitido por OSCE en el cual se establecía que en dichos casos no se requería el empleo de un proceso de selección, pues el mismo lo realizaba la propia entidad educativa.

#### **IV. TRÁMITE DE LAS EXONERACIONES**

---

La Ley y el Reglamento establecen una regulación integral a fin de que el procedimiento de exoneración sea tramitado de manera eficiente. Como se ha señalado, el efectuar contrataciones sin el empleo del proceso de selección que corresponda es excepcional y debe estar plenamente justificado. Caso contrario se genera una importante vulneración de los principios de la contratación administrativa que hemos descrito en el Capítulo II de este libro.

##### **1. Informes previos en caso de exoneraciones**

La resolución o acuerdo que apruebe la exoneración del proceso de selección requiere obligatoriamente del respectivo sustento técnico y legal, en el informe o informes previos, que contengan la justificación de la necesidad y procedencia de la exoneración, conforme lo dispuesto por el

Reglamento<sup>(1018)</sup>. En el caso de las empresas públicas, la aprobación de las exoneraciones le corresponde al Directorio.

## **2. Formalidades de las contrataciones exoneradas**

La Ley establece<sup>(1019)</sup> que las contrataciones derivadas de exoneración de procesos de selección se aprueban mediante Resolución del Titular de la entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Consejo Municipal, según corresponda, en función de los informes técnico y legal previos que obligatoriamente deberán emitirse.

Asimismo, se establece que copia de dichas Resoluciones o Acuerdos y los informes que los sustentan deben remitirse a la Contraloría General de la República dentro de los diez (10) días hábiles de su aprobación, bajo responsabilidad del Titular de la entidad. Se establece que están exonerados de las publicaciones los casos de secreto militar o policial a los que hemos aludido anteriormente. La redacción original del Reglamento obligaba también a remitir copia a los Órganos de Control Institucional de las entidades que cuenten con dicho Órgano.

Sin embargo, el numeral 2 de la Directiva N° 001-2009-CG/CA “Disposiciones aplicables al reporte de información sobre contrataciones estatales que las entidades públicas deben remitir a la Contraloría General de la República” preceptúa que en el caso de los procedimientos de exoneración de procesos de selección, la remisión de las Resoluciones o Acuerdos que aprueban exoneraciones y de los informes que los sustentan a la Contraloría General de la República se entenderá producida con el correspondiente registro en el Seace de dicha documentación, dentro del plazo establecido en el párrafo precedente.

## **3. Publicación de las resoluciones o acuerdos que aprueban las exoneraciones**

La normativa contractual<sup>(1020)</sup> dispone en este punto que las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones y los informes que los sustentan, salvo los que provengan de la causal de secreto militar o policial, serán publicadas a través del Seace dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su emisión o adopción, según corresponda. El TEO establecía más bien la publicación en el diario oficial *El Peruano*, salvo en los supuestos de secreto militar o policial, siendo la publicación en el Seace más garantista.

---

(1018) Artículo 133 del Reglamento.

(1019) Artículo 21 de la Ley.

(1020) Artículo 21 de la Ley y 134 del Reglamento



Ahora bien, debemos señalar que la publicación de los instrumentos relativos a las exoneraciones es crucial para la tutela del principio homónimo, y además los principios de moralidad y transparencia. Más aún si dichas decisiones pueden afectar el interés general, y además, el interés de los potenciales postores, pudiendo estos impugnar judicialmente dichas resoluciones o acuerdos.

#### **4. Procedimiento para las contrataciones exoneradas**

La norma preceptúa<sup>(1021)</sup> en este punto que la entidad efectuará las contrataciones en forma directa mediante acciones inmediatas, requiriéndose invitar a un solo proveedor, cuya propuesta cumpla con las características y condiciones establecidas en las llamadas Bases Exoneradas. Se señala además que la propuesta podrá ser obtenida, por cualquier medio de comunicación, incluyendo el facsímil y el correo electrónico.

##### **Las bases exoneradas**

Ahora bien, las bases exoneradas solo deben contener parte de los elementos que la Ley señala, que son aquellos relacionados con los actos preparatorios o la ejecución contractual. En primer lugar dichas bases deben contener el detalle de las características técnicas de los bienes, servicios u obras a contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, así como el plazo de ejecución, según el caso.

Dichas bases deben contener también las garantías así como la definición del sistema y/o modalidad a seguir, conforme a lo dispuesto por la normativa contractual. Asimismo, las bases exoneradas deben contener la proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación, salvo que corresponda solo la emisión de una orden de compra o de servicios. Y finalmente, debe consignarse el Valor Referencial y las fórmulas de reajuste, cuando ello corresponda.

##### **Ejecución contractual**

La exoneración es aplicable únicamente al proceso de selección; es por ello que la norma prescribe que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.

---

(1021) Artículo 135 del Reglamento.

Se señala además que la contratación del bien, servicio u obra objeto de la exoneración, será realizada por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad o el órgano que haya sido designado para el efecto. No establece la norma cuál podría ser el órgano designado para el efecto, puesto que la atribución de contratar le corresponde al órgano encargado de ello.

### **Responsabilidad**

Finalmente, la norma prescribe que el cumplimiento de los requisitos previstos para las exoneraciones, en la Ley y el Reglamento, es responsabilidad del Titular de la entidad y de los funcionarios que intervengan en la decisión y ejecución. La vulneración de ello constituye entonces responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que corresponda.

## **5. Limitaciones a las contrataciones exoneradas**

En el caso de las contrataciones exoneradas por causales de situación de desabastecimiento y situación de emergencia, el Reglamento establece<sup>(1022)</sup> que no serán aplicables las contrataciones complementarias, a las cuales vamos a referirnos con detalle en el siguiente capítulo de este libro. Asimismo, bajo dichos supuestos, de ser necesario prestaciones adicionales se requerirá previamente la emisión de un nuevo acuerdo o resolución de exoneración.

## **6. Lo dispuesto por la Nueva Ley en cuanto al procedimiento de exoneración**

Dicha norma señala de manera escueta que las contrataciones directas se aprueban mediante Resolución del Titular de la entidad, Acuerdo del Directorio, del Consejo Regional o del Concejo Municipal, según corresponda. Se señala que esta disposición no alcanza a aquellos supuestos de contratación directa que el reglamento califica como delegable.

Finalmente, la Nueva Ley prescribe que el reglamento establece las condiciones para la configuración de cada uno de los supuestos que se establecen, así como los requisitos y formalidades para su aprobación y el procedimiento de contratación directa. Hubiera sido deseable que la Nueva Ley hubiera regulado estos aspectos con una mayor amplitud, cuando más bien la Ley posee una regulación más precisa respecto del procedimiento a emplear, e incluso respecto a varias de las causales.

---

(1022) Artículo 136 del Reglamento.

# CAPÍTULO XI

## LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

### I. INTRODUCCIÓN

---

Como lo hemos señalado de manera reiterada, la contratación administrativa tiene por finalidad primaria y fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública a través de la celebración del respectivo acuerdo, definido como un contrato administrativo. Ello implica que la Administración Pública al interior del Estado deba contratar eficientemente, obteniendo la mejor calidad posible al precio más razonable, considerando que lo que se está empleando son recursos públicos.

Ello justifica determinadas regulaciones establecidas constitucional y legalmente, que implican la existencia de un proceso de contratación, que se encuentra conformada por etapas. La primera, los llamados actos preparatorios, que se inician con la aprobación de un plan anual de contrataciones y que culminan con la aprobación de las bases. Los actos preparatorios son indispensables a fin de que pueda efectuarse un proceso de selección válido<sup>(1023)</sup>.

---

(1023) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 12.- Requisitos para convocar a un proceso**

Es requisito para convocar a proceso de selección, bajo sanción de nulidad, que el mismo esté incluido en el Plan Anual de Contrataciones y cuente con el Expediente de Contratación debidamente aprobado conforme a lo que disponga el Reglamento, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento, así como las Bases debidamente aprobadas, salvo las excepciones establecidas en el Reglamento.

Se podrán efectuar procesos cuya ejecución contractual se prolongue por más de un (1) ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberá adoptarse la debida reserva

En segundo lugar, el proceso de contratación administrativa se encuentra conformado por un procedimiento administrativo denominado proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, adjudicación directa (pública o selectiva) o adjudicación de menor cuantía; que es indispensable para determinar la persona natural o jurídica con la cual la entidad va a contratar. A dicha decisión se le denomina otorgamiento de la buena pro y constituye evidentemente un acto administrativo.

Finalmente, el proceso de contratación administrativa se encuentra conformado por una etapa final que es la de ejecución contractual, que se inicia con la celebración del contrato y que consiste en el cumplimiento de las prestaciones respectivas por ambas partes.

Esta etapa implica, a diferencia de lo que ocurre con los contratos civiles, una ejecución reglada de dicho contrato, sometida incluso a reglas especiales de resolución de conflictos, en particular a través de la conciliación, y especialmente, el arbitraje, lo cual es ineludible. Asimismo, la ejecución contractual puede terminar de manera normal con la conformidad o liquidación dependiendo del caso, seguidos del pago respectivo<sup>(1024)</sup>, y de manera anormal con la resolución del contrato, como veremos más adelante.

## 1. Interés general

A diferencia de los contratos regidos por el Derecho Privado, en los contratos administrativos la Administración procura la satisfacción del interés general<sup>(1025)</sup>. La finalidad de interés general del contrato administrativo se hace patente, como lo hemos señalado, cuando el acuerdo es celebrado por una entidad del Estado en ejercicio de la porción de función administrativa que le corresponde.

---

presupuestaria en los ejercicios correspondientes, para garantizar el pago de las obligaciones.

(1024) **Decreto Legislativo N° 1017:**

### **Artículo 42.- Culminación del contrato**

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.

(1025) CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 15.

Las peculiaridades de la contratación administrativa derivadas de la salvaguarda del interés general a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración –que no obstante cada vez se encuentra más reducida– se manifiestan de una manera plausible durante la ejecución contractual, en particular en fenómenos como las garantías, los adicionales y las reducciones, así como las sanciones administrativas aplicables contra los contratistas que comentan las infracciones administrativas que se encuentran consignadas en la Ley.

## 2. La normativa aplicable

Por otro lado, los requisitos para la celebración de contratos administrativos deben ser regulados por el Derecho Administrativo y no por el derecho común. En el caso peruano, la contratación administrativa se encuentra regulada por una ley especial y el reglamento de la misma y no por el Código Civil. Incluso, dentro de la normativa aplicable, las normas de contratación administrativa prevalecen sobre las normas de procedimiento general<sup>(1026)</sup>.

De hecho, actualmente nos encontramos ante la contenida en el Decreto Legislativo N° 1017, así como en el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que constituye el reglamento de este último; los mismos que reemplazaron en particular al Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como su Reglamento, el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Finalmente, en la actualidad tenemos una nueva Ley de Contrataciones, a la cual nos hemos referido de manera reiterada, pero que no se encuentra vigente sino hasta que se publique su reglamento.

Como resultado, el Derecho Privado es entonces incompatible para regular los derechos y garantías de los particulares en el contrato administrativo. Sin embargo, existen determinados contratos de la Administración susceptibles de ser regulados, en gran medida, por el Derecho Privado, sin que ello perjudique el contenido público de los mismos.

---

(1026) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación**

“El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de Derecho Público y sobre aquellas de Derecho Privado que le sean aplicables.

(...)”.

Dichos contratos están determinados por el propio Decreto Legislativo N° 1017, el que en su artículo 3 excluye determinados actos jurídicos y actuaciones administrativas de la regulación proveniente de la contratación administrativa, como por ejemplo los contratos con entidades financieras o aquellos cuyos montos sean iguales o inferiores a tres (3) UIT, como lo hemos explicado en el capítulo respectivo de este libro.

### 3. El rol de la ejecución contractual

En mérito a lo que venimos señalando, la etapa de la ejecución contractual cumple un rol medular, puesto que permite satisfacer el interés general a través de una ejecución reglada del contrato, a diferencia de la ejecución de un contrato civil, el cual se regula fundamentalmente por la voluntad de las partes y supletoriamente por el Código Civil.

Si ello no fuera así, el interés general se vería perjudicado, pero además también podría afectarse el interés del contratista, lo cual no es deseable porque el mismo se comporta como un colaborador de la Administración Pública y no como un antagonista con intereses contrapuestos. Como lo hemos señalado de manera reiterada en este libro, es indispensable que la normativa contractual genere una plausible promoción de la contratación administrativa, incentivando al particular a contratar con el Estado.

Es por ello que las normas pertinentes contienen un conjunto de regulaciones sobre el particular, que pasaremos que analizar de manera amplia. En particular, respecto a la celebración del contrato, la vigencia contractual, la existencia de cláusulas obligatorias, las garantías aplicables, las penalidades, el ejercicio del llamado *ius variandi*, las responsabilidades de las partes, entre otros importantes elementos.

## II. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

---

La ejecución contractual, como bien se sabe, se inicia con la celebración del contrato, no existiendo este sino hasta que se formaliza<sup>(1027)</sup>; siendo la responsabilidad del adjudicatario responsabilidad precontractual, mas no contractual<sup>(1028)</sup>.

---

(1027) Sobre el particular: ABALOS GOROSTIAGA, Raúl F. "El perfeccionamiento de los contratos administrativos". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 84, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 122-123. RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 837 y ss.

(1028) Para una opinión en contrario: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I, Civitas, Madrid, 1999, p. 702.

## 1. Generalidades

En principio el contrato se celebra por escrito conforme a la proforma contenida en las bases. Ahora bien, es posible que el contrato se perfeccione con una orden de compra o de servicio en los casos determinados por el Reglamento, como veremos a continuación. Pero en todos los casos, el contrato administrativo requiere la respectiva constancia documental, situación que lo distingue claramente del contrato civil, en el cual el contrato se entiende celebrado cuando la aceptación es conocida por el oferente<sup>(1029)</sup>.

Esta regla general se mantiene entre una norma y otra. Sin embargo, existen ciertos matices que es preciso relevar. En primer lugar, el TUO establecía en su artículo 36 que cuando el contrato se formalice con una orden de compra o servicio, a la misma que no se le aplicará lo dispuesto en el artículo 41 de la referida Ley, que es la que regulaba las cláusulas obligatorias de los contratos; lo cual nos llevaría a interpretar que las mismas no son aplicables en sus efectos jurídicos, lo cual era evidentemente incorrecto.

La Ley contiene en su artículo 35 una redacción más adecuada, estableciendo que en dichos casos no deben necesariamente incorporarse las cláusulas a que se hace referencia en el artículo 40 de la norma, pero sin perjuicio de su aplicación legal. Ello implica que no puede desconocerse, por ejemplo, las reglas de resolución contractual –que se manifiestan en la excepción de incumplimiento–, ni tampoco lo relativo a la resolución de controversias, vía conciliación y arbitraje. En el caso de las garantías la situación se encuentra clara, puesto que en los contratos resultantes de procesos de adjudicación de menor cuantía no se requiere de las mismas.

Por otro lado, mientras que en el Reglamento del TUO las órdenes de compra o de servicio son aplicables a las adjudicaciones de menor cuantía<sup>(1030)</sup>; en el Reglamento de la Ley las mismas son aplicables además a los procesos por relación de ítems<sup>(1031)</sup>, en tanto el valor referencial del ítem respectivo; lo cual es razonable puesto que puede ocurrir que el monto de un ítem determinado corresponda a una menor cuantía, con lo cual por razones de simplicidad resulta inconveniente celebrar un contrato por escrito.

---

(1029) **Código Civil:**

**“Artículo 1373.- Perfeccionamiento del Contrato**

El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”.

(1030) Artículo 197 del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

(1031) Artículo 138 del Reglamento.

Asimismo, el Reglamento preceptúa que la contratación a través de la modalidad de Convenio Marco se formaliza a través de la recepción de la orden de compra o de servicio, independientemente del monto involucrado, por lo que no son aplicables los plazos y el procedimiento que se encuentran señalados en el artículo 148 y los requisitos del artículo 141 del Reglamento, a los cuales nos vamos a referir más adelante<sup>(1032)</sup>.

Teniendo en cuenta además que se mantiene la disposición que ordena que en las órdenes de compra o de servicios que se remitan a los postores ganadores de la Buena Pro, figurará como condición que el contratista se obliga a cumplir las obligaciones que le corresponden, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento.

Finalmente, el Reglamento dispone que los contratos y, en su caso, las órdenes de compra o de servicio, así como la información referida a su ejecución, deberán ser registrados en el Seace en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles siguientes a su perfeccionamiento, ocurrencia o aprobación, según corresponda. Ello, para efectos de satisfacer el principio de publicidad, como ya lo hemos señalado de manera reiterada.

### **Suscripción del contrato**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1033)</sup>, el contrato será suscrito por la entidad, a través del funcionario competente o debidamente autorizado, y por el contratista, ya sea directamente o por medio de su apoderado, tratándose de persona natural, y tratándose de persona jurídica, a través de su representante legal.

Si bien es cierto que resulta evidente la nulidad del contrato que vulnera esta disposición, al haberse presentado el vicio de incompetencia, la Ley no establece de manera expresa que ello pueda generar que el contrato pueda anularse de oficio, situación en la cual deberá recurrirse a la jurisdicción arbitral.

### **Sujetos de la relación contractual**

Asimismo, se establece en el Reglamento<sup>(1034)</sup> que son sujetos de la relación contractual la entidad y el contratista, conforme lo hemos señalado en capítulos previos de este libro. El Reglamento establece además que en aquellos casos en los que se haya distribuido o prorrateado

---

(1032) Disposición incorporada por el Decreto Supremo N° 154-2010-EF.

(1033) Artículo 139 del Reglamento.

(1034) Artículo 140 del Reglamento.



la Buena Pro entre dos (2) o más postores se formalizará un contrato con cada postor. Ello ocurre por ejemplo en los casos de empate.

### **Contenido del contrato**

Como lo dispone el Reglamento<sup>(1035)</sup>, el contrato no solo está conformado por el documento que lo contiene, sino también por las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato. Una finalidad de esta regulación es reducir los costos de transacción en los que pueden incurrir las partes, pero también es reducir antinomias entre dichos instrumentos.

### **Regulación del contrato**

El Reglamento preceptúa<sup>(1036)</sup> además que el contrato se regula por las normas contenidas por la referida norma, existiendo una regulación particular de los contratos de obras como veremos en el capítulo siguiente de este libro. El Reglamento establece además que son de aplicación supletoria las normas de Derecho Público, como por ejemplo, la Ley del Procedimiento Administrativo general o las normas de control. Solo en ausencia de estas, son aplicables las normas de Derecho Privado.

Este orden de prelación, denominado principio de especialidad, es de particular importancia puesto que impide el empleo de la normativa civil cuando ello no corresponde en tanto el contrato administrativo es eminentemente distinto al contrato civil. Sin embargo, muchas veces ha sido vulnerado por los árbitros al momento de laudar, constituyendo ello una infracción, como veremos más adelante.

## **2. Requisitos para suscribir el contrato**

Para suscribir el contrato, el postor ganador de la Buena Pro deberá presentar, además de los previstos en las Bases, un conjunto de documentos necesarios para que pueda perfeccionarse el contrato<sup>(1037)</sup>. Nos encontramos entonces ante un supuesto de cargo o modo, que es una de las modalidades a las que puede someterse el acto administrativo.

### **La constancia de no inhabilitación**

En primer lugar, se requiere la constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, ello salvo en los contratos derivados

---

(1035) Artículo 142 del Reglamento.

(1036) Ídem.

(1037) Artículo 141 del Reglamento.

de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía y de procesos de selección según relación de ítems, en los que el monto del valor referencial del ítem o sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no superen lo establecido en la normativa vigente para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía, en los que la entidad deberá efectuar la verificación correspondiente en el portal del RNP.

Este requisito está sometido a controversia. Existen elevados costos de transacción en los que incurren los adjudicatarios en los procesos de selección y la ejecución contractual, siendo este uno de los casos en que dichos costos pueden evitarse. De hecho, nada obsta para que en todos los casos la entidad verifique en el portal del RNP, lo cual no genera un costo administrativo elevado.

### **Las garantías**

Un requisito ineludible es el de las garantías, salvo los casos de excepción señalados en el reglamento, conforme lo vamos a señalar más adelante. Las garantías tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de la prestación. La normativa consigna la de fiel cumplimiento, la de monto diferencial de propuesta y la de adelantos. Es preciso señalar que la Nueva Ley elimina la segunda de ellas, de manera inexplicable.

### **El contrato de consorcio**

Por otro lado, la suscripción del contrato requiere a su vez del Contrato de consorcio. Ahora bien, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1038)</sup>, el contrato de consorcio se formaliza mediante documento privado con firmas legalizadas ante notario por cada uno de los integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda, designándose en dicho documento al representante o apoderado común. No tendrán eficacia legal frente a la entidad los actos realizados por personas distintas al representante o apoderado común.

Por otro lado, la redacción original de la norma disponía que si la promesa formal de consorcio no lo establece, se presume que la participación de cada integrante del consorcio es en proporciones iguales, condición que se mantendrá al suscribirse el contrato de consorcio.

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF modifica dicha disposición, estableciendo más bien que al suscribirse el contrato de consorcio se mantendrá la información referida al porcentaje de obligaciones de cada uno de sus integrantes, conforme a lo indicado en la promesa

---

(1038) Artículo 145 del Reglamento.

formal del consorcio; lo cual es eminentemente más consistente con la tramitación del proceso de selección.

Finalmente, la Directiva sobre la materia preceptúa<sup>(1039)</sup> que en ningún caso, podrá aceptarse que en lugar del contrato de consorcio se presente nuevamente la promesa formal de consorcio, que fue parte de la propuesta técnica, aun cuando contenga las firmas legalizadas ante notario de cada uno de sus integrantes, de sus apoderados o de sus representantes legales, según corresponda.

### **Código de cuenta interbancaria**

Finalmente, es necesario señalar el Código de cuenta interbancaria (CCI), para lo cual las entidades establecen un formato especial. Este requisito proviene de las normas de tesorería, que ordenan el empleo del sistema financiero, lo cual a su vez está relacionado con las normas sobre inteligencia financiera.

### **Traducción oficial**

La traducción oficial efectuada por traductor público juramentado de todos los documentos de la propuesta presentados en idioma extranjero que fueron acompañados de traducción certificada era un requisito consignado en la norma, hasta que el Decreto Supremo N° 080-2014-EF lo eliminó acertadamente, en aplicación del principio de simplicidad.

### **Entidades públicas**

El Reglamento establece además que los requisitos antes señalados no serán exigibles cuando el contratista sea otra entidad, cualquiera sea el proceso de selección, con excepción de las empresas del Estado que deberán cumplirlos. Esta distinción es controvertida, en tanto podría requerirse a una entidad que garantice el cumplimiento de la prestación, más aún si las entidades tienen problemas para cumplir con sus obligaciones de pago.

### **Ejemplar del contrato**

Finalmente, siendo necesaria la existencia de sustento documental de dicho acto, se establece que luego de la suscripción del contrato y, en el mismo acto, la entidad entregará un ejemplar del mismo al contratista; el cual a su vez será necesario para el cumplimiento de sus obligaciones y como medio de prueba respecto de la celebración del contrato.

---

(1039) Numeral 6.7 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.

Ahora bien, muchas veces ocurre que los contratos administrativos se suscriben por triplicado, a fin de que la entidad posea dos ejemplares del mismo, que en general se quedan en manos del órgano encargado de las contrataciones y de la Oficina General de Administración, o la que haga sus veces, lo cual puede resultar ser innecesario.

### 3. Subcontratación

La subcontratación consiste en la celebración de contratos del contratista con otras personas naturales o jurídicas a fin que realicen actividades correspondientes a su prestación. En este orden de ideas la Ley<sup>(1040)</sup> establece que el contratista podrá subcontratar, previa aprobación de la entidad, parte de sus prestaciones en el contrato, salvo prohibición expresa contenida en las Bases.

Sin embargo, el Reglamento preceptúa<sup>(1041)</sup> que el contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases; con lo cual existe una clara antinomia entre una norma y otra puesto que para la Ley basta la inexistencia de la prohibición. A su vez, la autorización de la entidad se encuentra corroborada por decisiones emitidas por el Tribunal de Contrataciones<sup>(1042)</sup>.

Lo antes señalado, a su vez requiere el cumplimiento de un conjunto de requisitos, conforme lo dispuesto por el Reglamento. En primer lugar, se requiere que la entidad lo apruebe por escrito y de manera previa, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el Reglamento, se requiere que las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan del cuarenta por ciento (40 %) del monto del contrato original. Esta es una disposición que puede resultar arbitraria, cuando la determinación del límite de la subcontratación debería enfocarse más bien en la importancia de las prestaciones y no en su monto.

Como es evidente, para efectos de la subcontratación se requiere que el subcontratista se encuentre inscrito en el RNP y no esté suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado. La finalidad es impedir el

---

(1040) Artículo 37 de la Ley.

(1041) Artículo 146 del Reglamento.

(1042) Resolución N° 105-2012-TC-S1, N° 2809-2013-TC-S3.

empleo de la subcontratación para eludir, sea la falta de inscripción o las consecuencias de la suspensión o inhabilitación.

Por otro lado, en el caso de contratistas extranjeros, la norma prescribe que se requiere que estos se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los nacionales, a fin de que pueda efectuarse la subcontratación. La controversia nuevamente se centra en la igualdad de trato entre los contratistas nacionales y extranjeros.

### **Responsabilidad del contratista**

El Reglamento preceptúa también que, aun cuando el contratista haya subcontratado, conforme a lo indicado líneas arriba, es el único responsable de la ejecución total del contrato frente a la entidad. Como resultado, se establece que las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas a la entidad.

### **Microempresas y pequeñas empresas**

Por otro lado, la norma preceptúa que las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las microempresas y pequeñas empresas. Es necesario establecer cómo se define esta preferencia, caso contrario nos encontraríamos nuevamente ante una disposición nominal<sup>(1043)</sup> contenida en la normativa contractual, retomando además la polémica respecto al rol de la contratación administrativa y si la misma puede emplearse como mecanismo de fomento.

### **El caso de los consorcios**

Finalmente, en el caso de los consorcios, la normativa preceptúa<sup>(1044)</sup> que pueden subcontratar las obligaciones asumidas por sus integrantes en el contrato de consorcio, siempre que se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 37 de la Ley y el artículo 146 del Reglamento; y además, que todos los integrantes de dicho consorcio manifiesten de forma indubitable su conformidad.

Asimismo, se establece que no es posible que el consorcio subcontrate con algunos de sus integrantes, o con otro consorcio conformado por alguno de ellos, siendo que los integrantes del consorcio tampoco pueden subcontratar entre sí. La finalidad es generar objetividad en la elección del subcontratista.

---

(1043) Una disposición nominal es aquella que no es consistente con la realidad, es decir, que no es susceptible de ser cumplida. En el ordenamiento jurídico podemos encontrar reiterados ejemplos de este fenómeno.

(1044) Numeral 6.8. de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.

### **Lo señalado por la Nueva Ley**

En este punto, la Nueva Ley preceptúa<sup>(1045)</sup> que ningún contratista puede subcontratar la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato. Seguidamente, establece que no se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista, situación en la cual debe determinarse cuales son dichas prestaciones esenciales.

#### **4. Cesión de derechos y de posición contractual**

La normativa contractual<sup>(1046)</sup> preceptúa que, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario, el contratista puede ceder sus derechos a favor de terceros, caso en el cual la entidad abonará a estos la prestación a su cargo dentro de los límites establecidos en la cesión.

En el ámbito de las normas sobre contrataciones del Estado no procede la cesión de posición contractual del contratista, salvo en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las entidades, cuando se produzcan fusiones o escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.

#### **5. La obligación de contratar**

Es evidente que las partes se encuentran obligadas a contratar una vez que la buena pro ha quedado consentida o ejecutoriada, sin que quepa recurso administrativo alguno contra ella; dado que como lo hemos señalado el otorgamiento de la buena pro constituye un acto administrativo, cuyo cumplimiento es obligatorio tanto para el contratista como para la entidad. Esta regla se encuentra contenida tanto en el artículo 137 del Reglamento de la Ley, como en el artículo 196 del reglamento del TUO.

La entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo las causales establecidas en el Reglamento de la Ley, que son recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La segunda y la tercera de estas causales constituyen una novedad del Reglamento de la Ley, puesto que no se encontraban contenidas en el Reglamento del TUO. No queda claro cuál sería el contenido de la norma expresa que pueda generar impedimento para celebrar el contrato por parte de la entidad.

---

(1045) Artículo 35 de la Nueva Ley.

(1046) Artículo 147 del Reglamento.

Probablemente una norma que genere la desaparición de la entidad, por fusión o absorción por ejemplo, o que prohíba la adquisición de determinados bienes; encontrándonos ante el llamado hecho del príncipe, que genera obligación de indemnizar si se ha generado perjuicio al adjudicatario.

Por otro lado, teniendo en cuenta que la desaparición de la necesidad constituye más bien causal de cancelación del proceso de selección, conforme el artículo 34 del TUO y de la Ley<sup>(1047)</sup>, una vez emitida la buena pro es evidente que no cabría aducir la desaparición de la necesidad que generó la contratación; situación en la cual cabría también indemnizar al ganador de la Buena Pro.

Además, el artículo 137 del Reglamento de la Ley preceptúa que la negativa a suscribir el contrato basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda. Esta previsión es equivalente a la contenida en la segunda parte del segundo párrafo del artículo 196 del Reglamento del TUO.

Ello implicaba además la obligación de indemnizar al adjudicatario o ganador de la buena pro por el lucro cesante, conforme lo dispuesto por la redacción original del numeral 4 del artículo 148 del Reglamento de la Ley, que era equivalente al numeral 4 del artículo 203 del reglamento del TUO. Ello, dado que el postor ganador de la buena pro no tiene por qué ser perjudicado por la falta de diligencia de la entidad en la suscripción del contrato.

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF eliminó dicha referencia, señalando más bien que, cuando la entidad no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1, el postor ganador de la Buena Pro puede requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Así,

---

(1047) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 34.- Cancelación del proceso**

"En cualquier estado del proceso de selección, hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, la entidad que lo convoca puede cancelarlo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar, o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad. En ese caso, la entidad deberá reintegrar el costo de las Bases a quienes las hayan adquirido.

La formalización de la cancelación del proceso deberá realizarse mediante Resolución o Acuerdo debidamente sustentado, del mismo o superior nivel de aquel que dio inicio al expediente de contratación, debiéndose publicar conforme lo disponga el Reglamento".

si la entidad no ha suscrito el contrato vencido el plazo, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, tiene la facultad de dejar sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro<sup>(1048)</sup>.

Ahora bien, en cuanto a la orden de compra o de servicios, si la misma no es notificada al contratista en el plazo establecido, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido dicho plazo, el contratista puede requerirla para que cumpla con efectuar la notificación en el plazo de tres (3) días hábiles; vencido este plazo, el contratista puede solicitar a la entidad que deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro.

### **El caso de los postores. Los plazos y el procedimiento aplicables**

Sobre el particular existe una importante regulación contenida en la normativa contractual<sup>(1049)</sup>. En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa en primer lugar que el contrato debe suscribirse dentro del plazo de doce (12) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro o cuando esta haya quedado administrativamente firme.

Así, se establece que dentro de dicho plazo el postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las Bases; seguidamente, la entidad, de corresponder, solicita la subsanación de la documentación presentada; siendo que el postor ganador debe subsanar las observaciones formuladas por la entidad. Esta disposición ha sufrido varios cambios durante la vigencia de la norma, siendo esta la redacción producto de la reforma generada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

Así, la redacción original de la norma prescribía que la entidad debía citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro. Dicho plazo no podía ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida.

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF modificó esta redacción, estableciendo que el postor ganador debía presentar a la entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las Bases, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, sin mediar citación alguna.

Asimismo, se establecía que dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de dicha documentación, dicho postor debía

---

(1048) Numeral 2 del artículo 148 del Reglamento.

(1049) Artículo 148 del Reglamento.



concurrir ante la entidad para suscribir el contrato. Dicha redacción no solo eliminaba la citación, al cual carecía de sentido, sino que además limitaba el plazo para presentar la documentación, y establecía un plazo para que la entidad pudiera revisarla.

Ahora bien, el Reglamento dispone que, cuando el postor ganador de la Buena Pro no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1 por razones justificadas y ajenas a su voluntad, a solicitud de aquel, la entidad puede otorgarle por única vez, un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. Esta disposición es una novedad del Decreto Supremo N° 080-2014-EF y permite otorgarle mayor flexibilidad a esta obligación del postor ganador.

Ahora bien, en los casos que el contrato se perfeccione mediante orden de compra o de servicios, dentro del plazo de siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro o cuando esta haya quedado administrativamente firme, debe notificarse la orden de compra o de servicios. Dentro del referido plazo: a) El postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las Bases; b) la entidad, de corresponder, solicita la subsanación de la documentación presentada; y c) el postor ganador subsana las observaciones formuladas por la entidad.

De manera similar a como ocurre en el caso de la suscripción del contrato, cuando el postor ganador de la Buena Pro no cumpla con presentar la documentación completa para proceder con la notificación de la orden de compra o de servicios dentro del plazo establecido por razones justificadas y ajenas a su voluntad, a solicitud de aquel, la entidad puede otorgarle por única vez, un plazo de entre dos (2) a cinco (5) días hábiles. Esta disposición es también una novedad del Decreto Supremo N° 080-2014-EF, puesto que no existía en la redacción original de la norma ni en las posteriores reformas.

### **Pérdida del otorgamiento de la Buena Pro**

El Reglamento prescribe que, cuando el postor ganador no presente la documentación y/o no concurra a suscribir el contrato injustificadamente, según corresponda, en los plazos antes indicados, pierde automáticamente la Buena Pro. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones cita al postor que ocupó el segundo lugar en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles en el orden de prelación a fin de que concurra a suscribir el contrato en el plazo previsto en la norma.

Asimismo, en el caso de que el contrato se perfeccione con la notificación de la orden de compra o de servicios, el Reglamento preceptúa

que la entidad cita al postor que ocupó el segundo lugar en un plazo no mayor de 3 días hábiles en el orden de prelación a fin de que se le notifique dicha orden en el plazo previsto en la norma.

Finalmente, el Reglamento establece que, si el postor no perfecciona el contrato, el Comité especial o quien haga sus veces declarará desierto el proceso de selección. Esta declaratoria obliga a realizar un nuevo proceso de selección, como lo hemos señalado anteriormente.

### **Responsabilidad administrativa**

Cuando ocurre lo señalado anteriormente, el adjudicatario incurre en responsabilidad administrativa. La tipificación de dicha infracción se encuentra contenida en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley<sup>(1050)</sup>, y es una constante en la normativa contractual.

A ello debemos agregar que las sanciones en estos casos son más severas, pudiendo llegar la inhabilitación temporal hasta los tres años, a diferencia de lo prescrito por el artículo 294 del Reglamento del TUO, que permitía la extensión de dicha sanción hasta los dos años, lo cual era más benigno.

### **El caso de los consorcios**

Finalmente, el Reglamento preceptúa<sup>(1051)</sup> que los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo, estando facultada la entidad, en dichos casos, para demandar a cualquiera de ellos por los daños y perjuicios causados.

Asimismo, la norma dispone que el incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se hayan individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno.

---

(1050) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

**51.1 Infracciones**

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor;

(...).

(1051) Artículo 145 del Reglamento.

En este punto, la normativa prescribe<sup>(1052)</sup> que los integrantes de un consorcio se encuentran obligados solidariamente a responder frente a la entidad por los efectos patrimoniales que esta sufra como consecuencia de la actuación de dichos integrantes, ya sea individual o conjunta, durante el proceso de selección y la ejecución contractual.

## 6. La nulidad del contrato

La nulidad de un contrato administrativo es una situación que, en principio, solo debería ser declarada por un ente imparcial, vale decir, distinto al contratista y a la entidad. Se entendió que dicho ente era el Tribunal Arbitral respectivo, puesto que sería absurdo que una parte de un contrato pudiera declarar unilateralmente la nulidad del mismo, por más Administración Pública que sea.

Es preciso recordar en este punto que el hecho que la Administración Pública deba tutelar el interés general no implica desconocer los derechos e intereses de los administrados, conforme el principio general contenido en el artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>(1053)</sup>, al cual nos hemos referido de manera reiterada en este libro.

Sin embargo, el TUO establecía dos causales de declaración unilateral de nulidad del contrato<sup>(1054)</sup>, que se mostraban más o menos obvias. La primera de ellas, que el contrato se haya celebrado violando las causales de impedimento consignadas en el artículo 9 de dicha norma, lo cual puede determinarse de manera objetiva, en especial si una persona evidentemente impedida celebra un contrato administrativo.

La segunda, en caso se genere una trasgresión al principio de presunción de veracidad, vale decir, el contratista haya presentado documentación falsa o inexacta, lo cual no necesariamente es tan obvio como la causal referida en el párrafo precedente; razón por la cual en este caso en particular el mecanismo para obtener la nulidad contractual debería ser el arbitraje.

Sin embargo, la Ley, en su artículo 56 incorpora otras causales de nulidad. En primer lugar, cuando se haya suscrito el contrato, no obstante

---

(1052) Numeral 6.9 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD.

(1053) **Ley N° 27444, Título Preliminar:**

**Artículo III.- Finalidad**

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

(1054) Artículo 57 del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

encontrarse en trámite un recurso de apelación; y cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente. En el primer caso, es evidente que el contrato no puede celebrarse mientras el otorgamiento de la buena pro no quede consentido o ejecutoriado, puesto que la apelación suspende el proceso de contratación<sup>(1055)</sup>, convirtiéndose en una excepción más al principio de ejecutoriedad del acto administrativo.

El problema se genera cuando la ejecución contractual ya se ha iniciado, situación en la cual solo cabría determinar las responsabilidades respectivas de quien suscribió el contrato sin que el otorgamiento de la buena pro se encuentre consentido, en general el director de Administración o el que haga sus veces.

En el segundo caso, es evidente que el proceso de selección realiza es nulo, siéndolo también el otorgamiento de la buena pro. Sin embargo, ello debió haber sido determinado por el titular de la entidad en aplicación del propio artículo 56 de la Ley antes de la celebración del contrato, no después de ella. El mecanismo adecuado para obtener la nulidad requerida debería ser en todo caso el arbitraje.

A su vez, en cuanto a esta causal, la Ley N° 29873 la generaliza, estableciendo que la entidad puede declarar la nulidad del contrato cuando no se haya empleado los procedimientos previstos en la Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación. La Ley establece que cuando ello ocurre asumirán responsabilidad los funcionarios y servidores de la entidad contratante, pero también los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

Finalmente, la Ley antes señalada agrega una nueva causal, cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguna de las causales de exoneración. Esta causal es de particular importancia, dada la excepcionalidad de las exoneraciones conforme lo dispuesto por la Ley y el Reglamento.

Sin embargo, el contratista no se encuentra desprotegido ante esta situación. El artículo 144 del Reglamento de la Ley establece la entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del

---

(1055) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 54.- Suspensión del proceso de selección**

La presentación de los recursos interpuestos de conformidad con lo establecido en el artículo precedente dejará en suspenso el proceso de selección hasta que el recurso sea resuelto por la instancia competente, conforme a lo establecido en el Reglamento, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución.

documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje, único mecanismo de impugnación que se reconoce en la etapa de ejecución contractual<sup>(1056)</sup>. Esta disposición es equivalente a la contenida en el artículo 202 del Reglamento del TUO.

### **Las causales establecidas por la Nueva Ley**

En esta materia la Nueva Ley básicamente conserva las causales de nulidad, que venimos analizando. Sin embargo, reincorpora la causal de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera, la misma que podía considerarse incorporada en la causal de la falta de empleo de los procedimientos previstos en la Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito de aplicación.

Asimismo, en cuanto al supuesto de no haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. La Nueva Ley establece que los contratos que se declaren nulos con base en esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

## **7. Vigencia contractual**

Tradicionalmente se habían entendido que la ejecución contractual culmina, de manera normal, con la conformidad respectiva, en el caso de bienes y servicios, y con la liquidación, en el caso de obras, conforme lo dispuesto por el artículo 204 del Reglamento del TUO. Sin embargo, en dicho momento aún no ha culminado la ejecución contractual, puesto que no se ha cumplido con ambas prestaciones en una actuación administrativa configurada en términos de prestaciones recíprocas. Es por ello que el artículo 149 define la vigencia del contrato administrativo de una manera más adecuada, estableciendo que el mismo culmina con el pago correspondiente.

Los casos especiales de vigencia contractual requieren una especial atención. Los tres primeros supuestos, contenidos en los numerales 1, 2

---

(1056) Sin embargo es preciso tener en cuenta que conforme lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje; siendo que tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la citada entidad.

y 3 del artículo 150 del Reglamento de la Ley son idénticos a los contenidos en los numerales respectivos del artículo 205 del Reglamento del TUO<sup>(1057)</sup>. Y ello tiene sentido, puesto que, en el primer caso, no necesariamente el plazo contractual va a corresponder con el ejercicio presupuestal. Asimismo, la ejecución y consultoría de obras poseen un plazo que se encuentra relacionado con lo que objetivamente va a demorar concluir las mismas. Finalmente, en el caso de servicios de asesoría legal el plazo se encuentra relacionado con el encargo formulado, cuya duración es en gran medida incierta.

El cuarto supuesto, que es el referido a los contratos de arrendamiento, a primera vista pareciera equivalente al contenido en el Reglamento del TUO. Sin embargo ello no es así. Una interpretación bastante común del numeral 4 del artículo 205 de dicho reglamento, que consideramos equivocada, era que los contratos de arrendamiento podrían ser renovados hasta que se cumplan los tres años, momento tras el cual es necesario volver a realizar el respectivo proceso de selección. La interpretación correcta es que dichos contratos pueden ser celebrados hasta por tres años y pueden ser renovados por igual o menor plazo de manera sucesiva.

La razón de ser de esta disposición es muy clara. Un inmueble, una vez que es usado por una entidad, ha sido adaptado a las necesidades de la misma, razón por la cual cualquier comparación con otro inmueble, así sea de similares características resultaría ser innecesaria, máxime si el costo de la mudanza excedería los beneficios esperables de la misma.

Es por ello que la Ley N° 27330 modificó el artículo 19 de la Ley N° 26850 –la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su

---

(1057) **Decreto Supremo N° 184-2008-EF:**

**Artículo 150.- Casos especiales de vigencia contractual**

1. Las Bases pueden establecer que el plazo del contrato sea por más de un ejercicio presupuestal, hasta un máximo de tres (3), salvo que por leyes especiales o por la naturaleza de la prestación se requieran plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones.
2. En el caso de la ejecución y consultoría de obras, el plazo contractual corresponderá al previsto para su culminación.
3. Tratándose de servicios de asesoría legal, como el patrocinio judicial, arbitral u otros similares, el plazo podrá vincularse con la duración del encargo a contratarse.
4. Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo podrá ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.

texto original– disponiendo que la prórroga de contratos de arrendamientos se encontraba exonerada del proceso de selección respectivo siempre y cuando la renta no se incrementa en una tasa mayor al crecimiento del índice general de precios al por mayor. El TUO no contiene dicha exoneración, puesto que ya el reglamento establecía la posibilidad de efectuar la renovación antes señalada.

Como resultado, el artículo 150 del Reglamento de la Ley no habla de renovación sino de prórroga, dejando clara la interpretación correcta del precepto que venimos comentando. Sin embargo, este reglamento ha desperdiciado la oportunidad de regular de una manera más equitativa el régimen de los contratos de arrendamiento con el Estado, puesto que sigue reservando a favor de la entidad el derecho –que es en realidad una facultad– de resolver el contrato antes de su vencimiento, con el consiguiente perjuicio para el contratista. Es interesante anotar que esta disposición genera dificultades para las propias entidades, pues hace más difícil la obtención de inmuebles por el incentivo negativo que genera en los administrados para arrendar sus inmuebles al Estado.

### **El caso de los contratos de locación de servicios y los contratos de consultoría**

Finalmente, el artículo 205 del Reglamento del TUO preceptuaba que los contratos de locación de servicios con personas naturales y los contratos de consultoría distintos a los de obras podrán ser prorrogados por uno o más periodos menores o iguales, hasta por un máximo de un (1) año, siempre que los honorarios sean los mismos o se encuentren sujetos a reajuste con base en el Índice de Precios al Por Mayor a Nivel Nacional, publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, y que contengan una cláusula de resolución unilateral a favor de la entidad sin pago de indemnización por ningún concepto; siendo que después del plazo indicado se procederá a convocar un nuevo proceso de selección.

La norma descrita en el párrafo precedente ya no se encuentra contenida en el Reglamento, lo cual puede a primera vista entenderse en tanto la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057, Ley de Contrato Administrativo de Servicios. Sin embargo, suponer eso resulta ser erróneo. No todo contrato de locación de servicios es un CAS, ni lo es tampoco el contrato de consultoría.

En este orden de ideas, el contrato administrativo de servicios se caracteriza por su ejecución en el local de la entidad, empleando bienes y materiales de la misma y bajo supervisión, lo cual no ocurre en aquellos contratos de locación de servicio cuya ejecución ocurre fuera del local de la entidad, ni en los contratos de consultoría que por definición se

caracterizan por la generación de productos específicos. Como resultado, todo parece indicar que estos contratos no podrían ser prorrogados, sino a través de un nuevo proceso de selección.

## 8. Cómputo de los plazos

El Reglamento establece<sup>(1058)</sup> que, durante la vigencia del contrato, los plazos se computarán en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario a ello, a diferencia de lo que ocurre en la normativa propia del procedimiento administrativo, donde el plazo se computa en días hábiles..

Asimismo, la norma prescribe que el plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. Además, en el caso de contrataciones perfeccionadas mediante orden de compra o de servicio, el plazo de ejecución se computa desde el día siguiente de recibida.

Finalmente, el Reglamento establece que en ambos casos se aplicará supletoriamente lo dispuesto por los artículos 183 y 184 del Código Civil. El primero establece cómo se computa el plazo<sup>(1059)</sup>, mientras que el segundo prescribe que dichas reglas son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

## 9. Fallas o defectos percibidos por el contratista luego del perfeccionamiento del contrato

El Reglamento señala en este punto<sup>(1060)</sup> que el contratista debe comunicar a la entidad las fallas o defectos que advierta en las especificaciones técnicas o términos de referencia de los bienes o servicios a ser adquiridos o contratados, a más tardar a los siete (7) días siguientes del perfeccionamiento del contrato.

---

(1058) Artículo 151 del Reglamento.

(1059) **Artículo 183.**- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

- 1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
- 2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de este correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- 3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
- 4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
- 5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

(1060) Artículo 152 del Reglamento.



Se señala además que esta disposición es solo aplicable a las contrataciones cuyo monto correspondan a la Adjudicación de Menor Cuantía y en ningún caso será aplicable a la Adjudicación de Menor Cuantía Derivada.

La entidad evaluará las observaciones formuladas por el contratista y se pronunciará en el plazo de siete (7) días hábiles. Si acoge las observaciones, la entidad deberá entregar las correcciones o efectuar los cambios correspondientes, y si, además, las fallas o defectos afectan el plazo de ejecución del contrato, este empezará a correr nuevamente a partir de dicha entrega o del momento en que se efectúen los cambios.

En caso de que las observaciones no fuesen admitidas, la norma preceptúa que la entidad hará la correspondiente comunicación para que el contratista continúe la prestación objeto del contrato, bajo responsabilidad de aquella respecto a las mencionadas observaciones.

## **10. Responsabilidad de la entidad**

La norma prescribe que la entidad es responsable frente al contratista de las modificaciones que ordene y apruebe en los proyectos, estudios, informes o similares o de aquellos cambios que se generen debido a la necesidad de la ejecución de los mismos, sin perjuicio de la responsabilidad que les corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares.

La entidad es responsable de la obtención de las licencias, autorizaciones, permisos, servidumbre y similares para la ejecución y consultoría de obras, salvo que en las Bases se estipule que la tramitación de estas correrá a cargo del contratista. Esta disposición es muy importante por ejemplo en los contratos de obra. Hay interesante jurisprudencia arbitral donde se ha ordenado el pago de gastos generales en mérito a esta situación.

Asimismo, conforme lo señala la Ley<sup>(1061)</sup>, en caso de atraso en el pago por parte de la entidad, salvo que se deba a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, que constituyen supuestos de fractura del nexo causal, esta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. La norma dispone que igual derecho corresponde a la entidad en caso sea la acreedora. La Nueva Ley establece además que la entidad deberá repetir contra los responsables de la demora injustificada.

---

(1061) Artículo 48 de la Ley.

En este orden de ideas, el artículo 15 de la Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial, preceptúa que las entidades deben pagar las contraprestaciones pactadas a favor de las microempresas y pequeñas empresas en los plazos dispuestos por el Reglamento. Esta disposición solo ratifica lo establecido en el Reglamento, debiendo haber incluido a la totalidad de las empresas si lo que se pretende es reactivar el crecimiento económico.

La norma establece además que, de no procederse con el pago en la oportunidad establecida, los funcionarios y servidores de la entidad son pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 46 de la Ley. Para ello, se señala que la Contraloría General de la República, a través de las Oficinas de Control Institucional, y en el marco del Sistema Nacional de Control, verifica la correcta aplicación de lo antes señalado. Como lo señalábamos en el párrafo precedente, si bien esta disposición es enteramente pertinente, debería ser aplicable a todos los proveedores y no solamente a las micro y pequeñas empresas.

## **11. Responsabilidad del contratista**

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(1062)</sup>, los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil. Estamos frente a uno de los limitados casos en que la normativa contractual se remite a la normativa civil, siendo ello una aparente excepción al principio de especialidad, al cual nos hemos referido anteriormente en este libro.

### **Lo dispuesto por el Código Civil**

En este orden de ideas, el Código Civil preceptúa, en primer lugar, el contratista está obligado a dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por este, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular. Esta disposición es medular en el contexto de la ejecución contractual, en especial en el caso del contrato de obra pública. Si bien la responsabilidad es de la entidad, la falta de aviso puede generar perjuicios a la ejecución de la obra.

---

(1062) Artículo 49 de la Ley.

Por otro lado, el Código Civil establece que el contratista se encuentra obligado a pagar los materiales que reciba, si estos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra. Esto ocurre en supuestos en los cuales el contratista reciba bienes de la entidad, conforme lo establezca el contrato, no obstante que en general lo que se establece es la entrega de adelantos, conforme veremos en el Capítulo siguiente de este libro.

### **Las penalidades**

La Ley prescribe además<sup>(1063)</sup> que el contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento. Sobre esto vamos a volver más adelante al tratar respecto del incumplimiento contractual, siendo las penalidades un instrumento clave para asegurar el cumplimiento cabal de la prestación por parte del contratista.

### **Calidad y vicios ocultos**

Asimismo, la Ley dispone<sup>(1064)</sup> el contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad. Respecto a la calidad, la misma está determinada en la propuesta técnica presentada por el contratista cuando aún era postor.

Por otro lado, conforme lo dispuesto por el Código Civil, debe entenderse que el vicio oculto ocurre cuando el bien no posee las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición, situación en la cual debería procederse al respectivo saneamiento, no obstante que la normativa contractual no regla ello expresamente, procediendo más bien a sancionar directamente la existencia de dichos vicios ocultos.

Ahora bien, la Ley prescribe en este punto que en el contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue a este plazo. Es preciso señalar sin embargo que hablamos de bienes distintos. Los bienes fungibles son aquellos que se agotan con su uso, y que admiten para reemplazarlos bienes de la misma calidad. Los bienes perecibles, en cambio, son aquellos que tienen un plazo limitado de duración.

---

(1063) Artículo 48 de la Ley.

(1064) Artículo 50 de la Ley.

En el caso de obras, se establece en la Ley que el plazo de responsabilidad del contratista no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda, lo cual constituye un plazo elevado. Finalmente, se establece que las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista.

### **Tributos y otras responsabilidades**

Por otro lado, el Reglamento establece<sup>(1065)</sup> que los tributos y gravámenes que correspondan al contratista, así como las responsabilidades de carácter laboral y por el pago de las aportaciones sociales de su personal, se regularán por las normas sobre la materia.

Existen varios ejemplos de ello en normas sectoriales, por ejemplo la obligación de las empresas que prestan servicios complementarios de estar inscritos en el registro respectivo, lo cual debería ser un requisito mínimo incorporado en las bases del proceso de selección, como lo hemos señalado en el capítulo correspondiente.

De hecho, la Primera Disposición Final del Decreto Supremo N° 003-2002-TR es causal de resolución del contrato celebrado entre el organismo público y la entidad<sup>(1066)</sup>, la verificación por parte del organismo público de algún incumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de la entidad.

Se señala además que los organismos públicos deben incluir en sus contratos con las entidades una cláusula resolutoria por la causal mencionada. Dichos organismos están obligados a verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales que tiene la entidad con los trabajadores destacados; para tal obligación podrán solicitar la inspección de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Asimismo, la norma preceptúa que la entidad cuyo contrato se resuelva por la verificación del supuesto regulado en los párrafos precedentes, quedará inhabilitada para contratar con el Estado. El organismo público correspondiente remite al OSCE copia del acto de resolución, a fin de que se inicie el procedimiento administrativo correspondiente, conforme las normas de la Ley, su reglamento, y normas modificatorias.

---

(1065) Artículo 154 del Reglamento.

(1066) Aquella que tiene por objeto exclusivo destacar a su personal a una empresa usuaria, para prestar servicios temporales, complementarios o de alta especialización, que cumple con los requisitos de la Ley y está registrada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Finalmente, el Reglamento establece que corresponde al contratista la contratación de todos los seguros necesarios para resguardar la integridad de los bienes, los recursos que se utilizan y los terceros eventualmente afectados, de acuerdo con lo que establezcan las Bases.

### **III. LAS GARANTÍAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

---

Las garantías son mecanismos de protección a favor de la Administración a fin de tutelar el interés general, asegurando no solo la ejecución contractual conforme, sino incluso su celebración. En este orden de ideas es válido preguntarse si constituyen una manifestación del régimen exorbitante tradicionalmente aplicado a la contratación administrativa.

Sin embargo, también existen múltiples garantías en la contratación civil, a lo que debemos agregar que el postor al momento de presentar su propuesta se somete a las garantías establecidas, toda vez que se encuentran contenidas en las bases. Con lo cual es discutible afirmar que las garantías implican falta de equidad entre la entidad y el contratista y que las mismas son una manifestación del régimen exorbitante empleado tradicionalmente por la doctrina para definir el contrato administrativo, como lo hemos señalado en el Capítulo I de este libro.

La Ley, en su artículo 39, contiene una regulación más específica que la contenida en el TUO, no obstante mantenerla en su gran mayoría. La redacción original incluía la garantía de seriedad de oferta, la cual fue derogada posteriormente, como veremos más adelante.

#### **1. Características de las garantías**

La Ley establece que las garantías que acepten las entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país<sup>(1067)</sup>, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

---

(1067) GÓMEZ NESTARES, José Rodolfo. "Las garantías en las contrataciones públicas de conformidad con las modificaciones incorporadas por la Ley N° 29873". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 245, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2014, pp. 256-257.

A su vez, la Ley preceptúa que, a realización automática implica que, a primera solicitud, las empresas emisoras no pueden oponer excusión alguna a la ejecución de las garantías debiendo limitarse a honrarlas de inmediato dentro del plazo máximo de tres (3) días. La exclusión implica que el pago se produce sin que sea necesario verificar previamente la capacidad de pago del contratista. En consecuencia, la Ley preceptúa que toda demora genera responsabilidad solidaria para el emisor de la garantía y para el postor o contratista, y da lugar al pago de intereses en favor de la entidad.

## **2. Garantías que deben ser empleadas**

A su vez, el Reglamento de la Ley, en su artículo 155, originalmente limitaba los medios de garantía a las cartas fianza, al igual que lo establecido en el Reglamento del TUO. Esta previsión legal también había sufrido una interesante evolución, puesto que durante gran parte de la vigencia del Reglamento del TUO no solo se permitía la carta fianza sino también la póliza de caución. Ello, hasta la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 107-2007-EF, el mismo que limitó los medios de garantía a la carta fianza.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 021-2009-EF modificó dicha norma, estableciendo que en las bases del proceso de selección, la entidad establece el tipo de garantía que le otorgará el postor y/o contratista, según corresponda, de conformidad con lo dispuesto en las normas de contrataciones del Estado; lo cual implicaría el retorno de la póliza de caución a la contratación administrativa peruana. Ello se encuentra corroborado a su vez por la reforma generada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que estableció la redacción vigente del artículo materia de comentario.

## **3. El beneficio para las microempresas y pequeñas empresas**

En este punto, la Ley preceptúa que en los contratos periódicos de suministro de bienes o de prestación de servicios, así como en los contratos de ejecución y consultoría de obras que celebren las entidades con las micro y pequeñas empresas, estas últimas pueden otorgar como garantía de fiel cumplimiento el diez por ciento (10 %) del monto total a contratar, porcentaje que será retenido por la entidad.

Asimismo, La Ley establece limitaciones para el beneficio aplicable a las pequeñas y microempresas en el caso de contratos para la ejecución de obras. En primer lugar, que por el monto, el contrato a suscribirse corresponda a un proceso de selección de adjudicación de menor cuantía, a una adjudicación directa selectiva o a una adjudicación directa pública;

que el plazo de ejecución de la obra sea igual o mayor a sesenta (60) días calendario; y, que el pago a favor del contratista considere, al menos, dos (2) valorizaciones periódicas en función del avance de la obra.

Finalmente, la Ley establece que, sin perjuicio de la conservación definitiva de los montos retenidos, el incumplimiento injustificado de lo dispuesto por parte de los contratistas beneficiados, que motive la resolución del contrato, da lugar a la inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor a dos (2) años.

Ahora bien, el Reglamento establece en este punto que, en los casos que resulte aplicable la retención del diez por ciento (10 %) del monto del contrato original como garantía de fiel cumplimiento, dicha retención se efectuará durante la primera mitad del número total de pagos a realizarse, de forma prorrateada, con cargo a ser devuelto a la finalización del mismo.

#### **4. El caso de los consorcios**

En cuanto a los consorcios, se establece<sup>(1068)</sup> que las garantías que presenten para la firma del contrato, durante la ejecución contractual y para la interposición de los recursos administrativos, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 39 de la Ley, deberán consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio, en calidad de garantizados, de lo contrario no podrán ser aceptadas por las entidades. No se cumple el requisito antes indicado si se consigna únicamente la denominación del consorcio.

Asimismo, la Directiva preceptúa<sup>(1069)</sup> que para solicitar la retención del 10 % del monto del contrato original, en calidad de garantía de fiel cumplimiento, todos los integrantes del consorcio deberán acreditar en la propuesta técnica su condición de micro o pequeña empresa, conforme lo hemos señalado líneas arriba sobre el particular.

#### **5. Lo establecido por la Nueva Ley**

Finalmente, la Nueva Ley establece únicamente dos garantías, las de fiel cumplimiento del contrato y por los adelantos. La norma no contiene

---

(1068) Numeral 6.5.3 de la Directiva N° 016-2012-OSCE-CD "Participación de proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado", a la cual nos hemos referido de manera reiterada en este libro.

(1069) Numeral 6.5.4 de la Directiva antes señalada.

la garantía de seriedad de oferta, que ya había sido derogada, ni tampoco la garantía de monto diferencial de propuesta, garantía que es necesaria ante la presentación de una propuesta que sea sustancialmente menor que el valor referencial, lo que ha generado problemas en muchos contratos administrativos durante la ejecución contractual.

## 6. La fenecida garantía de seriedad de oferta

Como lo hemos señalado, la nueva regulación nos devolvió la garantía de seriedad de oferta, que en realidad no era una novedad, puesto que la misma se encontraba contenida en normas anteriores como el RULCOP o el RUA, así como en el texto original de la Ley N° 26850. Dicha garantía había sido eliminada de dicho texto por la Ley N° 27330. La razón de su eliminación se basó en reducir los costos que debía asumir el postor, empleando un mecanismo de simplificación administrativa denominado declaración jurada, en aplicación del principio de presunción de veracidad, así como en aplicación del principio de libre competencia<sup>(1070)</sup>.

Sin embargo, dicha garantía –que además se encuentra en otros ordenamientos como el español<sup>(1071)</sup>– apareció nuevamente en el artículo 39 de la Ley. Su reincorporación pretende otorgar seguridad a la contratación administrativa, reduciendo el riesgo de la entidad, a cambio de un mayor costo para el postor. Ello nos genera dudas respecto a la pertinencia de esta reforma, toda vez que la autorización a favor del Poder Ejecutivo implicaba generar mecanismos de simplificación.

La garantía de seriedad de oferta se encontraba a su vez regulada por el artículo 157 del Reglamento de la Ley, el mismo que fue modificado por el Decreto Supremo N° 021-2009-EF. La referida garantía tenía como finalidad garantizar la vigencia de la oferta y opera en los procesos de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa.

La norma disponía que el monto de la garantía de seriedad de oferta será establecido en las Bases, en ningún caso será menor al uno por ciento (1%) ni mayor al dos por ciento (2 %) del valor referencial; siendo que en el caso de proceso de selección con valor referencial reservado, dicho monto se efectuará en función de la oferta económica.

En el caso de las Adjudicaciones de Menor Cuantía o en los procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem corresponda a una Adjudicación de Menor Cuantía, bastará que el

---

(1070) MARTÍNEZ ZAMORA, Marco. "Constitución de garantías en el régimen de contratación pública". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 147, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 177.

(1071) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., p. 703.



postor presente en su propuesta técnica una declaración jurada donde se comprometa a mantener vigente su oferta hasta la suscripción del contrato. En estos casos el concepto de declaración jurada para simplificar el procedimiento se mantiene claramente. Asimismo, esto es coherente con la concepción del Reglamento de simplificar los procesos de selección según relación de ítems.

Por otro lado, la reforma del Decreto Supremo N° 021-2009-EF en este tema consistió en que si, una vez otorgada la Buena Pro, el postor adjudicado no cumple con renovar su garantía esta se ejecutará en su totalidad. Una vez suscrito el contrato el monto de la garantía será devuelto al postor, sin dar lugar al pago de intereses.

Ello es más favorable al postor adjudicado, puesto que la redacción original de dicho artículo establecía que el monto de la garantía correspondería a la entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado. Asimismo esta norma incorpora una importante precisión legal, que es que en los procesos electrónicos, cuando corresponda, la garantía de seriedad de oferta se presentará conforme a la Directiva que para el efecto emita el OSCE.

Finalmente, la norma establecía que en el caso de la no suscripción del contrato, por causas imputables al adjudicatario de la Buena Pro, se ejecutará la garantía una vez que quede consentida la decisión de dejar sin efecto dicho acto administrativo. La garantía de seriedad de oferta funcionaba entonces como un mecanismo para indemnizar a la entidad ante la falta de suscripción del contrato por parte del adjudicatario, que funciona aparte de la sanción administrativa aplicable, como ya lo hemos señalado anteriormente.

En este caso sería pertinente analizar si no nos encontraríamos ante una vulneración a principio del non bis in ídem, el mismo que impide sancionar dos veces por la misma infracción, siempre que se cumpla la denominada triple identidad, vale decir, que se verifique que nos encontramos ante el mismo sujeto, hecho y fundamento. Pero en realidad nos encontramos ante situaciones distintas, mientras la ejecución de la garantía opera como un mecanismo indemnizatorio, la sanción administrativa tiene por finalidad desincentivar conductas dañosas.

La pregunta que habría que hacerse es cuál sería el perjuicio originado a la entidad si es que la misma procederá a llamar al postor que quedó en segundo lugar. En consecuencia, la ejecución de la garantía debería ocurrir una vez que el segundo postor no cumpliera con suscribir el contrato.

Como resultado de todas estas atingencias, la Ley N° 29873 –que modifica el Decreto Legislativo N° 1017– eliminó acertadamente la garantía de seriedad de oferta, la misma que también fuera eliminada del Reglamento como resultado de la reforma implementada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, a la cual nos hemos referido repetidas veces en este libro. Finalmente, la Nueva Ley no la consigna, como ya lo hemos señalado.

## **7. La regulación de las demás garantías**

En el caso de la garantía de fiel cumplimiento el Reglamento de la Ley establece en su artículo 158 que, de manera excepcional, respecto de aquellos contratos que tengan una vigencia superior a un (1) año, previamente a la suscripción del contrato, las entidades podrán aceptar que el ganador de la Buena Pro presente la garantía de fiel cumplimiento y de ser el caso, la garantía por el monto diferencial de la propuesta, con una vigencia de un (1) año, con el compromiso de renovar su vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación o el consentimiento de la liquidación del contrato, según el caso.

Esta previsión legal resuelve el problema que se generaba en el caso de aquellos contratos cuya vigencia excedía el periodo presupuestal y le permite al contratista evitar el costo financiero de una garantía respecto a un contrato cuya duración podría ser incierta.

### **La garantía de monto diferencial de propuesta**

En el caso de la garantía por monto diferencial de propuesta, que opera en el caso en el que la propuesta económica fuese inferior al valor referencial en más del diez por ciento (10 %) en el caso de servicios, o en más del veinte por ciento (20 %) en el caso de adquisición o suministro de bienes, el artículo 160 del Reglamento de la Ley dispone que dicha garantía deberá tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios; lo cual es bastante obvio teniendo en cuenta que esta garantía tiene por finalidad asegurar el cumplimiento conforme de la prestación cuando la propuesta económica es reducida respecto al valor referencial, que supone muestra la situación del mercado en un momento dado y que implica entonces la necesidad de proteger a la entidad ante un mayor riesgo de incumplimiento<sup>(1072)</sup>.

---

(1072) MARTÍNEZ ZAMORA, Marco. Ob. cit., p. 180

De hecho, el artículo 33 de la Ley no establece los límites inferiores de la propuesta económica, lo cual sí ocurría con el artículo 33 del TUO<sup>(1073)</sup>, señalando únicamente que el Reglamento establecerá los mismos en el caso de la ejecución y consultoría de obras. La ausencia de límite inferior para la propuesta económica es consistente con la existencia de la garantía de seriedad de oferta, la misma que aseguraría el mantenimiento de la oferta hasta la suscripción del contrato. Una vez que la misma es derogada deberíamos tener nuevamente dicho límite inferior, más aun si la Nueva Ley elimina la garantía de monto diferencial de propuesta.

### **La garantía por adelantos**

En cuanto a la garantía por adelantos, el Reglamento preceptúa<sup>(1074)</sup> que la entidad solo puede entregar los adelantos previstos en las Bases y solicitados por el contratista, contra la presentación de una garantía emitida por idéntico monto y un plazo mínimo de vigencia de tres (3) meses, renovable trimestralmente por el monto pendiente de amortizar, hasta la amortización total del adelanto otorgado. La presentación de esta garantía no puede ser exceptuada en ningún caso. Los adelantos poseen una regulación específica, que vamos a analizar más adelante.

Se establece además que, cuando el plazo de ejecución contractual sea menor a tres (3) meses, las garantías podrán ser emitidas con una vigencia menor, siempre que cubra la fecha prevista para la amortización total del adelanto otorgado. Finalmente, tratándose de los adelantos de materiales, la garantía se mantendrá vigente hasta la utilización de los materiales o insumos a satisfacción de la entidad, pudiendo reducirse de manera proporcional de acuerdo con el desarrollo respectivo.

---

(1073) **Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.**

#### **Artículo 33.- Sobre el valor referencial.-**

Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas.

Las propuestas inferiores al setenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios y al noventa por ciento en los casos de servicios, ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.

En los casos de modalidades de contratación realizadas a través del Seace, los márgenes serán establecidos en el Reglamento.

(1074) Artículo 162 del Reglamento.

## 8. Excepciones<sup>(1075)</sup>

En el caso de las excepciones a la constitución de garantías existen un conjunto de supuestos que es preciso relevar<sup>(1076)</sup>. En primer lugar, si bien se mantiene la excepción en el caso de contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios, respecto de la legislación anterior, el requisito establecido en la norma es que los mismos no provengan de procesos declarados desiertos.

Se establece asimismo que la excepción también será aplicable en los contratos derivados de procesos de selección según relación de ítems, cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía. Como ya lo hemos señalado, esto último resulta ser coherente con la concepción del Reglamento de simplificar los procesos de selección según relación de ítems.

En segundo lugar, la excepción en el caso de contratos de servicios derivados de procesos de adjudicación directa selectiva se ha ampliado. La misma procede en todos los casos de dicho proceso de selección –y no únicamente cuando el pago sea periódico y/o contra prestaciones ejecutadas, o sea condición necesaria para la ejecución de la prestación como lo señalaba el artículo 217 del Reglamento del TUO– y además en el caso de procesos de selección según relación de ítems cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación Directa Selectiva.

Lo que ocurre, en primer lugar, es que carece de sentido limitar la excepción que venimos analizando, puesto que en general el pago correspondiente es periódico o contra prestaciones ejecutadas, y si se concede un adelanto el mismo requiere ser garantizado, conforme lo dispuesto por el artículo 162 del Reglamento de la Ley.

En segundo lugar, seguimos en la lógica de simplificación de los procesos por relación de ítems, razón por la cual además la excepción que se encontraba contenida en el numeral 6 del artículo 217 del reglamento del TUO, referida a los contratos derivados de procesos de selección

---

(1075) Artículo 161 del Reglamento.

(1076) Supuestos que son también aplicables a las prestaciones accesorias, como resultado de la reforma del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, lo cual es consistente con la aplicación de las garantías a dichas prestaciones.

según relación de ítems, cuando el monto del ítem no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía, carece de pertinencia.

Finalmente, la redacción original del artículo 161 del Reglamento de la Ley establecía que la garantía por el monto diferencial de la propuesta no se presentará en el caso de contratos derivados del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía para bienes y servicios, debiéndose interpretar que en todos los demás casos dicha garantía era requerida, lo cual carece de sentido, elevando los costos financieros en los que debe incurrir el contratista.

El Decreto Supremo N° 021-2009-EF modifica dicho artículo y amplía esta excepción a todos los supuestos, salvo en los casos de adjudicación directa selectiva contenidos en el numeral 2 del referido artículo. Es preciso señalar que el Reglamento del TUO aplicaba todas las excepciones a ambas garantías, tanto a la de fiel cumplimiento, así como a la de monto diferencial de propuesta, lo cual generaba mayor flexibilidad a favor del contratista.

Por otro lado, no requiere garantía la adquisición de bienes inmuebles. En este caso requerir garantía carece de sentido, puesto que conforme a las bases el pago se efectuaría contra la inscripción del inmueble. La norma, sin embargo, no contiene la misma disposición en el caso de bienes muebles, no obstante que existen también bienes muebles inscribibles.

Asimismo, no requiere de la constitución de garantía la contratación ocasional de servicios de transporte cuando la entidad recibe los boletos respectivos contra el pago de los pasajes. En estos casos mientras no se cumple la prestación no existe pago alguno, razón por la cual no cabe la constitución de garantía.

Por otro lado, no es necesario constituir garantía en el caso de los contratos de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. En estos casos el posible incumplimiento contractual es conjurado a través de mecanismos civiles, no siendo pertinente constituir garantía alguna, lo cual complicaría indebidamente la contratación.

Finalmente, no se encuentran sometidas a la constitución de garantías las contrataciones complementarias, en el caso de que sus montos se encuentren en los supuestos previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 161 del Reglamento, a los cuales ya nos hemos referido.

## **Garantía de monto diferencial de propuesta**

Ahora bien, el Reglamento establece que las excepciones antes señaladas son aplicables también a esta garantía, salvo en el caso de los contratos de servicios derivados de procesos de Adjudicación Directa Selectiva o de procesos de selección según relación de ítems cuando el valor referencial del ítem o la sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no supere el monto establecido para convocar a una Adjudicación Directa Selectiva; casos en los cuales es posible que el postor presente una propuesta económica que sea sustancialmente reducida, ante la ausencia de límites inferiores, como ya lo hemos señalado.

Asimismo, se establece que tampoco se presentará esta garantía para la celebración de las contrataciones complementarias. Ello ocurre por la naturaleza de estas contrataciones, que se encuentran limitadas al treinta por ciento (30 %) del monto del contrato original, preservándose las condiciones del contrato original. En este contexto no resulta pertinente la garantía de monto diferencial de propuesta.

## **9. Ejecución de garantías**

El Reglamento establece<sup>(1077)</sup> los supuestos en que las garantías se ejecutarán a simple requerimiento de la entidad. En primer lugar, cuando el contratista no la hubiere renovado antes de la fecha de su vencimiento. Es importante señalar que contra esta ejecución, el contratista no tiene derecho a interponer reclamo alguno.

Se establece que una vez culminado el contrato, y siempre que no existan deudas a cargo del contratista, el monto ejecutado le será devuelto a este sin dar lugar al pago de intereses. Tratándose de las garantías por adelantos, no corresponde devolución alguna por entenderse amortizado el adelanto otorgado.

Por otro lado, la garantía de fiel cumplimiento y la garantía adicional por el monto diferencial de propuesta se ejecutarán, en su totalidad, solo cuando la resolución por la cual la entidad resuelve el contrato por causa imputable al contratista, haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. El monto de las garantías corresponderá íntegramente a la entidad, independientemente de la cuantificación del daño efectivamente irrogado.

---

(1077) Artículo 164 del Reglamento.

Finalmente, el Reglamento dispone que la garantía de fiel cumplimiento y, de ser necesario, la garantía por el monto diferencial de propuesta, se ejecutarán cuando transcurridos tres (3) días de haber sido requerido por la entidad, el contratista no hubiera cumplido con pagar el saldo a su cargo establecido en el acta de conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o en la liquidación final del contrato debidamente consentida o ejecutoriada, en el caso de ejecución de obras. Esta ejecución será solicitada por un monto equivalente al citado saldo a cargo del contratista.

#### **IV. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**

---

En primer lugar, en el ámbito de la contratación administrativa son de aplicación las penalidades. Estas funcionan en los supuestos de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones, constituyendo un mecanismo que desincentiva dicho retraso y que opera al margen de que dicho retraso le haya originado un perjuicio efectivo a la entidad<sup>(1078)</sup>.

El Reglamento establece<sup>(1079)</sup> que en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Ahora bien, en dicha fórmula la variable F tendrá los diferentes valores según el plazo. Así, para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: F = 0.40. Ahora bien, para plazos mayores a sesenta (60) días: Para bienes y servicios: F = 0.25. Para obras: F = 0.15.

El Reglamento preceptúa que, tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

---

(1078) ARTEAGA ZEGARRA, Mario F. "El incumplimiento en materia de contratación pública". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 34.

(1079) Artículo 165 del Reglamento.

Finalmente, se establece en la norma que, cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, que es equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse, la entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento. Esta disposición ha sido siempre regla general y genera un límite para el cobro de la penalidad, tras el cual debería sobrevenir la resolución del contrato.

Ahora bien, el Reglamento de la Ley en este ámbito incorpora una novedad interesante en su artículo 165, respecto a la normativa previa, al señalar que la penalidad opera respecto al monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Mientras que el artículo 222 del Reglamento del TUO aplicaba la penalidad sobre el monto contractual o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse o de la prestación parcial en el caso de ejecución periódica, con lo cual es evidente que la actual regulación resulta ser más severa.

En el caso de las penalidades distintas a las establecidas en el párrafo anterior el Reglamento establece<sup>(1080)</sup> que las mismas deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse; siendo que dichas penalidades deberán calcularse de forma independiente a la penalidad por mora.

Lo que ocurre es que existen incumplimientos contractuales que no se encuentran referidos necesariamente a retrasos en la ejecución de prestaciones, sino más bien en incumplimientos específicos en relación con el objeto contractual. Ejemplos de ello los encontramos en contratos de servicios complejos, como seguridad y vigilancia, limpieza o mensajería.

## **1. La resolución contractual**

La resolución contractual es una manera anormal de terminación del contrato administrativo, el cual puede ocurrir por diversas causales, que pueden ser imputables a la entidad, al contratista o a ninguna de ellas. En este orden de ideas, el artículo 44 de la Ley preceptúa que cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato<sup>(1081)</sup>.

---

(1080) Artículo 166 del Reglamento.

(1081) Sobre el particular: SANTY CABRERA, Luiggi V. "La resolución del contrato y la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 72 y ss.



Esta regulación es más restrictiva que la que se encontraba contenida en el artículo 45 del TUO<sup>(1082)</sup>, la misma que permitía en general resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a las partes, que podrían no ser necesariamente el caso fortuito o la fuerza mayor.

En consonancia con lo antes señalado, el artículo 167 del Reglamento de la Ley preceptúa que cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la Ley. La norma sin embargo no define que ocurre con lo efectivamente ejecutado, debiéndose entender en todo caso, como lo señalaba el TUO, que en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada.

De hecho, en la Administración Pública peruana se han dado casos de rescisiones unilaterales declaradas sobre la base de causales tan extrañas como la lesión<sup>(1083)</sup>. Aparte de ser una causal proveniente del Derecho Civil –cuyo traslado al Derecho Administrativo debe ser por lo menos cuidadoso–, aquella no puede aplicarse a la Administración Pública puesto que no hay forma de afirmar válidamente que la misma pueda encontrarse ante un estado de necesidad, requisito ineludible de la lesión<sup>(1084)</sup>; máxime si es la entidad la que define las condiciones de la contratación a través de las bases respectivas.

---

(1082) **Decreto Supremo N° 083-2004-PCM:**

**Artículo 45.- Resolución de los contratos.-**

Las partes podrán resolver el contrato de mutuo acuerdo por causas no atribuibles a estas o por caso fortuito o fuerza mayor, estableciendo los términos de la resolución.

Cuando se ponga término al contrato, por causas imputables a la entidad, esta deberá liquidarle al contratista la parte que haya sido efectivamente ejecutada y resarcirle los daños y perjuicios ocasionados.

En los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, se liquidará en forma exclusiva la parte efectivamente ejecutada.

La entidad deberá reconocer en el acto administrativo resolutorio los conceptos indicados en los párrafos precedentes. Para hacer efectiva la resolución deberá contar con la aprobación del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la entidad, bajo responsabilidad.

La resolución del contrato por causas imputables al contratista le originará las sanciones que le imponga el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

(1083) Sobre el particular: PANDO VÍLCHEZ, Jorge. "La Rescisión Administrativa por Lesión en la Contratación Pública de Bienes y Servicios: Un Acto Administrativo Nulo". En: *Derecho & Sociedad*. N° 29, D & S, Lima, 2007, p. 132 y ss.

(1084) **Código Civil:**

**Artículo 1447.- Acción por lesión**

La acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y

## 2. Resolución por incumplimiento

En un contrato administrativo resulta plenamente aplicable la llamada excepción de incumplimiento, por la cual cualquiera de las partes puede suspender el cumplimiento de las prestaciones a su cargo ante el incumplimiento de la otra, previa observación o emplazamiento, dependiendo del caso<sup>(1085)</sup>. Inicialmente, esta se consideró únicamente como una prerrogativa de la entidad, pero hoy en día, cuando la contratación administrativa ha evolucionado hacia regulaciones más equitativas, la excepción de incumplimiento se debe considerar un derecho de ambas partes<sup>(1086)</sup>.

Sin embargo, ello no se encuentra regulado expresamente en la normativa peruana. Lo que se encuentra regulado es la posibilidad de que cualquiera de las partes pueda resolver el contrato por el incumplimiento de la otra, lo cual no es por completo protector del derecho del contratista<sup>(1087)</sup>. Ello se encuentra regulado tanto en el literal c) de artículo 40 de la Ley, como en el artículo 168 de su Reglamento; siendo necesario seguir el procedimiento establecido en el artículo 169 del mismo.

En este orden de ideas, el Reglamento dispone que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Es evidente que dicho plazo debe contarse en días calendario. Sin embargo, existe jurisprudencia arbitral que ha establecido que este plazo es en días hábiles, lo cual es ilegal, más aún cuando existen entidades que por razón de sus competencias realizan múltiples labores en días inhábiles.

Sin embargo, dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el Reglamento preceptúa que la entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará

---

siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

Procede también en los contratos aleatorios, cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

(1085) Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos. "El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pp. 14-15.

(1086) Sobre el particular: COMADIRA, Julio Pablo. "La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo argentino". En: *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz Responsabilidad, contratos y servicios públicos*. UNAM, México, 2005, p. 125 y ss.

(1087) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 17.

necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Dicho procedimiento nos trae una novedad respecto a la regulación previa, disponiéndose que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades –lo cual es por completo pertinente, por ser objetivo–, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, lo cual no es tan evidente, y que depende de la consideración de la parte afectada, que en este caso parece ser la entidad; dado que además la norma establece que en dicho supuesto, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

Se establece asimismo en el Reglamento que en el caso de las contrataciones efectuadas a través de la modalidad de Convenio Marco, las comunicaciones antes indicadas se deberán realizar a través del *Seace*<sup>(1088)</sup>. Ello se debe a la especial regulación de este proceso especial, como lo hemos señalado en el capítulo respectivo.

El Reglamento establece la posibilidad de la resolución parcial del contrato, la cual solo involucrará a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, y que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe deberá precisar con claridad qué parte del contrato quedaría resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entenderá que la resolución será total en caso de persistir el incumplimiento.

Finalmente, el Tribunal de Contrataciones se ha pronunciado sobre el particular a través de un Acuerdo<sup>(1089)</sup>, señalando de manera categórica que en los casos de resolución de contratos, las entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual previsto en la norma. Como resultado, el Tribunal establece 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.

---

(1088) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1089) Acuerdo N° 006/2012, de fecha 20 de setiembre de 2012.

### 3. El caso de los contratos de obra

El artículo 44 de la Ley establece un precepto específico en el caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento. De no proceder ninguno de los mecanismos señalados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el valor referencial respectivo.

Este mecanismo tiene por finalidad impedir la afectación al interés general resultante de la paralización de la obra. Es preciso señalar que similar disposición se encontraba contenida en el artículo 267 del Reglamento del TUO, en el cual no se señalaba sin embargo la posibilidad de invitar a los postores participantes del proceso de selección original.

A su vez, el Reglamento de la Ley establece el mecanismo a seguir en caso de resolución del contrato de obra en su artículo 209 señalándose que, en caso de que la entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerará los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal.

## V. LAS MODIFICACIONES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. ADICIONALES, REDUCCIONES Y AMPLIACIONES

---

Una de las más importantes facultades otorgadas a la entidad en la contratación administrativa es la de modificar de manera unilateral determinados ámbitos del contrato, que es a lo que la doctrina denomina *ius variandi*<sup>(1090)</sup>. Ahora bien, dicha facultad se encuentra limitada, a fin de evitar que la Administración afecte al contratista impidiéndole obtener el resultado debido, desincentivando a su vez la participación de postores en los procesos de selección.

---

(1090) Sobre el particular: DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. "El régimen de los contratos estatales en el Perú". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 2, CDA, Lima, 2006, p. 36.

En este orden de ideas, el Reglamento establece<sup>(1091)</sup> que, durante la ejecución del contrato, si el contratista ofrece bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. La norma preceptúa que dichas modificaciones no deberán variar las condiciones originales que motivaron la selección del contratista.

En este punto, la Nueva Ley prescribe<sup>(1092)</sup> que el contrato puede modificarse en los supuestos contemplados en la Ley y el reglamento, por orden de la entidad o a solicitud del contratista, para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente. La norma señala que la modificación debe ser aprobada por la entidad si es que dicha modificación es solicitada por el contratista. Nos encontramos entonces ante una mayor flexibilidad de la norma, pero cuyos parámetros deben ser establecidos por el Reglamento, en especial en los casos en los cuales dichas modificaciones pueden ser ordenadas por la entidad.

Asimismo, la Nueva Ley preceptúa que dichas modificaciones no deben afectar el equilibrio económico financiero del contrato, concepto clave en la contratación administrativa. Así, la Nueva Ley señala que, si ocurre dicha afectación, la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, conforme el principio de equidad, el que se encuentra presente en la Nueva Ley y en la que se aún se encuentra vigente.

## **1. Adicionales y reducciones**

Ahora bien, una manifestación muy interesante del *ius variandi* son las prestaciones adicionales y las reducciones. En este orden de ideas, el artículo 41 de la Ley preceptúa que la entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25 %) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato; pudiendo reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. Ello opera excepcionalmente y previa sustentación del área usuaria.

El TUO en su artículo 42 establecía un porcentaje menor (quince por ciento) y no establecía mayor requerimiento. Sin embargo, el artículo 231 del Reglamento del TUO establecía el requisito de resolución del titular o de la máxima autoridad administrativa de la entidad. En el artículo 174 del

---

(1091) Artículo 143 del Reglamento.

(1092) Artículo 34 de la Nueva Ley.

Reglamento de la Ley se mantiene el requerimiento de la resolución administrativa, pero emitida necesariamente por el titular de la entidad. Finalmente, se deja claro que el contratista aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado, dependiendo del caso.

Una disposición importante contenida en la norma es que los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública<sup>(1093)</sup>, lo cual constituye un mecanismo de coordinación entre ambos sistemas, a lo cual nos hemos referido varias veces en este libro.

## 2. El caso de los contratos de obra

Ahora bien, en el caso de obras, la Ley establece<sup>(1094)</sup> que las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la entidad.

Similar regulación se encontraba contenida en el artículo 265 del Reglamento del TUO, el mismo que además definía lo que ocurría en determinados supuestos específicos. Dichos supuestos se encuentran consignados en el artículo 207 de Reglamento de la Ley –situaciones de emergencia, y los supuestos de contratos de obra a suma alzada y por precios unitarios–, el que además establece el procedimiento para que la entidad pueda aprobar la prestación adicional de obra<sup>(1095)</sup>.

Distinto es el supuesto señalado en el tercer párrafo del artículo 41 de la Ley, por el cual resultará indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas anteriormente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50 %) del monto originalmente contratado, situación en la cual, sin

---

(1093) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1094) Numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley.

(1095) La prestación adicional de obra es aquella no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional. A ello nos vamos a referir con mayor detalle en el capítulo siguiente de este libro.

perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista<sup>(1096)</sup>, el Titular de la entidad podrá decidir autorizarlas. Disposición equivalente a la contenida en el artículo 42 del TUO, el mismo que sin embargo no establecía limitación porcentual alguna, la cual es necesaria para impedir un uso indebido de dicha autorización.

Para ello, ambas normas señalan que se requerirá contar con la autorización del Titular de la entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios.

Ahora bien, en el caso de adicionales con carácter de emergencia la norma preceptúa que dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento.

Dicho procedimiento se encuentra sometido a silencio administrativo positivo, conforme lo dispuesto por el artículo 208 del Reglamento de la Ley y su resultado no es susceptible de ser sometido a arbitraje. Finalmente, dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la entidad.

## **VI. LA CULMINACIÓN DEL CONTRATO. EL PAGO. LAS CONTRATACIONES COMPLEMENTARIAS**

---

Como lo hemos señalado líneas arriba, el contrato administrativo no culmina con la conformidad, en el caso de bienes y servicios, o la liquidación, en el caso de obras, sino con el pago. Y en ese sentido se encuentra redactado el artículo 42 de la Ley.

Ahora bien, como veremos en el siguiente capítulo de este libro, en el caso de los contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquella pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.

---

(1096) Conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento el proyectista es el consultor que ha elaborado los estudios o la información técnica del objeto del proceso de selección.

La Ley señala que, de no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales, generándose silencio administrativo positivo, lo cual obliga a la entidad a ser diligente en la tramitación de este procedimiento.

## **1. El procedimiento a seguir**

Y para ello existe un procedimiento, el que se encuentra regulado en el artículo 176 del Reglamento de la Ley, que es muy similar al que se encontraba contenido en el artículo 233 del Reglamento del TUO, salvo por la previsión contenida en el primero de ellos que dicho procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, situación en la que la entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan. Dicho supuesto es verificado de manera unilateral por la entidad, lo cual no necesariamente es por completo objetivo.

### **Emisión de la conformidad**

En este orden de ideas, se establece en primer lugar que la recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la entidad. Muchas veces las bases del proceso de selección establecen que la conformidad es emitida por el área usuaria a fin de simplificar el procedimiento y liberar de carga a la oficina de administración.

Asimismo, la conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Este informe se requiere aun cuando dicha área sea la encargada de emitir la conformidad.

Ahora bien, en el caso de la emisión de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento. Esta disposición se dirige a simplificar la ejecución contractual proveniente de dichos procesos de selección, en donde dicha relación surge de la respectiva orden.



## **Observaciones**

Por otro lado, se señala que, de existir observaciones, se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función de la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

## **Solución de controversias**

Finalmente, la norma establece que las discrepancias con relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda<sup>(1097)</sup>.

## **2. Liquidación del contrato de consultoría de obra**

Una interesante novedad, respecto a la regulación previa se encuentra contenida en el artículo 179 del Reglamento de la Ley, el mismo que regula un procedimiento específico para la liquidación del contrato de consultoría de obra, el que por su especificidad no puede ser el mismo que es empleado para la conformidad que se otorga en el caso de bienes y servicios.

El procedimiento se encuentra definido de manera similar al caso de la liquidación del contrato de obra, vale decir, con base en el supuesto de que el contratista presente la liquidación respectiva, o que ello no ocurra, situación en la cual corresponde la entidad efectuar dicha liquidación. A la liquidación del contrato de obra nos vamos a referir en el siguiente capítulo de este libro.

Así, el contratista presentará a la entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista. En este caso resulta aplicable también el silencio administrativo positivo, lo cual

---

(1097) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

asegura que el contratista pueda cobrar oportunamente, forzando a la entidad a ser diligente en este procedimiento.

### **Observación de la liquidación**

En este punto el Reglamento establece que, si la entidad observa la liquidación presentada por el contratista, este deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la entidad. Esta disposición opera de manera equivalente al silencio administrativo y permite continuar con la tramitación del procedimiento.

Ahora bien, en el caso que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, conforme lo señalado por el Reglamento sobre el particular, como veremos en el capítulo correspondiente.

Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la entidad deberá efectuarla y notificarla dentro de los quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si este no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.

Ahora bien, si el contratista observa la liquidación practicada por la entidad, esta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista, situación en la cual tenemos una manifestación del silencio administrativo positivo cada vez más común en el contexto de la contratación administrativa.

En el caso de que la entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, conforme lo señalado por el Reglamento.

### **Solución de controversias**

El Reglamento establece además que toda discrepancia respecto de la liquidación, incluso las controversias relativas a su consentimiento o al incumplimiento de los pagos que resulten de la misma, se resuelve

mediante conciliación y/o arbitraje, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Las controversias en relación a los pagos que la entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago de acuerdo a lo previsto en el contrato<sup>(1098)</sup>.

Finalmente, el Reglamento establece que una vez que la liquidación haya quedado consentida, no procede ninguna impugnación, salvo las referidas a defectos o vicios ocultos, las que serán resueltas mediante conciliación y arbitraje, de acuerdo con el plazo que se encuentra señalado en el artículo 177 del Reglamento.

### **3. El pago**

Sobre el particular, el Reglamento establece<sup>(1099)</sup> que todos los pagos que la entidad deba realizar a favor del contratista por concepto de los bienes o servicios objeto del contrato, se efectuarán después de ejecutada la respectiva prestación; salvo que, por razones de mercado, el pago del precio sea condición para la entrega de los bienes o la realización del servicio. De hecho, existen situaciones en las cuales los pagos deben ser efectuados por adelantado, o durante la ejecución contractual.

Se señala además que la entidad podrá realizar pagos periódicos al contratista por el valor de los bienes y servicios contratados en cumplimiento del objeto del contrato, siempre que estén fijados en las Bases y que el contratista los solicite presentando la documentación que justifique el pago y acredite la existencia de los bienes o la prestación de los servicios. Lo antes señalado ocurre por ejemplo en los contratos de consultoría.

La norma señala que las Bases podrán especificar otras formas de acreditación de la obligación. Finalmente, se señala que los montos entregados tendrán el carácter de pagos a cuenta, lo cual es importante para efectos de la eventualidad de que el contrato se resuelva por incumplimiento del contratista.

Ahora bien, en el caso de que se haya suscrito contrato con un consorcio, el Reglamento preceptúa que el pago se realizará de acuerdo a lo que se indique en el contrato de consorcio. Ello dado que en dicho contrato se debe identificar al integrante del consorcio a quien se efectuará el

---

(1098) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1099) Artículo 180 del Reglamento.

pago y emitirá la respectiva factura<sup>(1100)</sup>, teniendo en cuenta que el consorcio no constituye una persona jurídica distinta a aquellas que lo componen.

### **Plazos para los pagos. El pronto pago**

Sobre el particular el Reglamento preceptúa<sup>(1101)</sup> que la entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.

Ello ocurre a fin de que la entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato<sup>(1102)</sup>. En este orden de ideas, como lo hemos señalado anteriormente en este mismo capítulo, el artículo 15 de la Ley N° 30056<sup>(1103)</sup> preceptúa que las entidades deben pagar las contraprestaciones pactadas a favor de las micro y pequeñas empresas en los plazos dispuestos por el artículo 181 del Reglamento, bajo responsabilidad.

Esta obligación de pronto pago, tal como se encuentra redactada en la ley antes citada, podría llevarnos a concluir que dicha obligación solo es aplicable a dichas empresas, lo cual es claramente erróneo. De hecho, el pago oportuno por parte del Estado, que es el principal contratante en el mercado, genera que el mercado se dinamice, lo cual debe ser aplicable a todas las empresas.

Dicha Ley prescribe que de no procederse con el pago en la oportunidad establecida, los funcionarios y servidores de la entidad son pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 46 de la Ley, a las cuales nos vamos a referir en el capítulo respectivo. Para tal efecto, se señala que la Contraloría General de la República, a través de las Oficinas de Control Institucional, y en el marco del Sistema Nacional de Control, verifica la correcta aplicación de lo dispuesto en dicha norma.

Se señala además que el Ministerio de Economía y Finanzas, en un plazo de sesenta (60) días hábiles, establece un plan de medidas, en los sistemas administrativos bajo su rectoría, que incentiven el pronto pago a los proveedores de bienes y servicios. Esta disposición favorece a todas

---

(1100) Numeral 6.7 de la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD.

(1101) Artículo 181 del Reglamento.

(1102) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1103) Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

las empresas, pero se encuentra pendiente de ser implementada y que es necesaria dentro de las medidas de reactivación de la economía.

Asimismo, la Ley antes señalada establece que el Ministerio de Economía y Finanzas, en coordinación con los demás sectores, debe publicar de manera gradual las listas de entidades que a nivel de gobierno nacional, gobierno regional y gobierno local realicen el pago en el menor plazo, así como otras políticas que incentiven las buenas prácticas en la contratación pública. La implementación de esta disposición también se encuentra pendiente, no obstante que es clave para una contratación administrativa eficiente y para dinamizar el funcionamiento del mercado.

Ahora bien, en caso de retraso en el pago, el Reglamento establece que el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48 de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. Dicho retraso además genera responsabilidad administrativa, la cual no debe ser aplicable únicamente en los casos en los cuales el contratista sea una microempresa o pequeña empresa.

Finalmente, y a fin de dejar en claro el mecanismo de resolución de controversias y el plazo aplicable, el Reglamento establece en este punto que las controversias en relación a los pagos que la entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago<sup>(1104)</sup>.

#### **4. Contrataciones complementarias**

El artículo 182 del Reglamento de la Ley preceptúa que dentro de los tres meses posteriores a la culminación de un contrato administrativo determinado, la entidad podrá contratar complementariamente bienes y servicios con el mismo contratista, por única vez y en tanto culmine el proceso de selección convocado, hasta por un máximo del treinta por ciento del monto del contrato original, siempre que se trate del mismo bien o servicio y que el contratista preserve las condiciones que dieron lugar a la adquisición o contratación.

Esta norma es muy similar a la contenida en el artículo 236 del reglamento del TUO y permite celebrar un nuevo contrato una vez concluido el contrato principal, a fin de culminar con el objeto contractual, lo cual lo distingue claramente de los adicionales, a los cuales nos hemos referido anteriormente. Pero esta última no hacía referencia a proceso de

---

(1104) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

selección alguno, debiéndose entender entonces que nos encontramos ante una limitación diseñada para evitar el abuso de esta facultad a favor de la entidad.

Esto significaría que, para que pueda ser posible contratar complementariamente, se requiere haber convocado al proceso de selección respectivo. Sin embargo, una vez que se cumpla con el contrato complementario puede haberse cumplido con el objeto de la convocatoria, con lo cual dicho proceso de selección tendría que cancelarse, por haber desaparecido la necesidad<sup>(1105)</sup>. Esta confusa previsión legal podría estar generando más perjuicios que beneficios, al no conjurar el posible empleo inadecuado de esta facultad.

Ahora bien, se establece que no será condición de la contratación complementaria la convocatoria del proceso de selección, en aquellos casos en los que con dicha contratación complementaria se agote la necesidad de la entidad, lo que debe ser sustentado por el área usuaria al formular su requerimiento<sup>(1106)</sup>, lo cual aparentemente resolvería la atingencia antes señalada.

Finalmente, el Reglamento establece que no caben contrataciones complementarias a los contratos de consultoría de obra<sup>(1107)</sup>. La justificación estriba en que este mecanismo es aplicable únicamente a bienes y servicios, siendo que la consultoría de obra, conforme la normativa contractual se regula de manera equivalente al contrato de ejecución de obra.

## VII. LOS MECANISMOS DE CONTROL EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

---

La normativa contractual establece un conjunto de mecanismos de control aplicables a la ejecución contractual en la contratación

---

(1105) **Decreto Legislativo N° 1017:**

**Artículo 34.- Cancelación del proceso**

En cualquier estado del proceso de selección, hasta antes del otorgamiento de la Buena Pro, la entidad que lo convoca puede cancelarlo por razones de fuerza mayor o caso fortuito, cuando desaparezca la necesidad de contratar, o cuando persistiendo la necesidad, el presupuesto asignado tenga que destinarse a otros propósitos de emergencia declarados expresamente, bajo su exclusiva responsabilidad. En ese caso, la entidad deberá reintegrar el costo de las Bases a quienes las hayan adquirido.

La formalización de la cancelación del proceso deberá realizarse mediante Resolución o Acuerdo debidamente sustentado, del mismo o superior nivel de aquel que dio inicio al expediente de contratación, debiéndose publicar conforme lo disponga el Reglamento.

(1106) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1107) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

administrativa, de manera similar a lo que ocurre en el caso de los procesos de selección. En primer lugar tenemos la nulidad de oficio, a la cual ya nos hemos referido en este capítulo. Por otro lado, tenemos la solución de controversias, que vamos a tratar más adelante en el capítulo correspondiente.

Adicionalmente, tenemos los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra los proveedores o contra los servidores públicos, a los cuales podemos agregar los procedimientos disciplinarios respectivos. A ello debemos sumar las importantes atribuciones de OSCE en este contexto, como lo hemos señalado en el Capítulo III de este libro.

Finalmente, el Sistema Nacional de Control posee importantes atribuciones en este contexto. Tenemos así la Directiva N° 002-2009-CG/CA “Ejercicio del Control Preventivo por la Contraloría General de la República - CGR y los Órganos de Control Institucional - OCI”, la cual establece que la veeduría respectiva se enmarca en el control preventivo, mostrando a su vez una regulación diferenciada dependiendo del objeto del contrato.

Sin embargo, dicha Directiva ha sido derogada por Directiva N° 006-2014-CG-APROD “Ejercicio del Control Simultáneo”, la misma que contiene una regulación más escueta sobre el particular, que hemos referido con detalle en el capítulo relativo al proceso de selección. En dicha Directiva vamos a encontrar dos modalidades de control simultáneo que son aplicables, la Acción Simultánea y la Visita de Control, ambas manifestaciones de control simultáneo, que se caracteriza por ocurrir en un proceso en curso, siendo que por ello se llama también control concurrente. Debe tenerse en cuenta que dicha modalidad de control no debe interferir en la gestión de la entidad, como lo hemos señalado de manera reiterada en este trabajo.

## VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

---

En materia de ejecución contractual el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento muestran una importante regulación que hemos analizado ampliamente en el presente capítulo. Algunas de ellas se encuentran dirigidas a simplificar los procedimientos que forman parte de dicha etapa contractual, pero otras más bien buscar otorgarle mayores seguridades a la entidad contratante, como por ejemplo causales adicionales que habiliten la declaración unilateral de nulidad del contrato o una regulación más flexible del *ius variandi*.

En algunos casos incluso se han incorporado facultades exorbitantes de la Administración cuando estas estaban siendo superadas por la doctrina y por la legislación comparada. Por ello es que consideramos necesario esperar la vigencia de la Nueva Ley y su reglamento para determinar su eficiencia y si en efecto les van a otorgar flexibilidad y eficacia a las contrataciones del Estado.



# CAPÍTULO XII

## LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

### I. INTRODUCCIÓN

---

El contrato de obra pública, dada su importancia y su complejidad, tiene una regulación especial en el Reglamento<sup>(1108)</sup>. La importancia radica en que dicho contrato no solo genera inversión privada, sino que además permite generar infraestructura pública, en el contexto de un serio déficit de esta, la que afecta el crecimiento económico.

Conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, una obra consiste en la construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

#### 1. Requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra

Conforme lo preceptuado por el Reglamento<sup>(1109)</sup>, para la suscripción del contrato de ejecución de obra, adicionalmente a lo previsto en el artículo 141 de la referida norma a lo cual nos hemos referido en el capítulo anterior, el postor ganador deberá cumplir con un conjunto de requisitos.

En primer lugar, el adjudicatario deberá presentar la constancia de Capacidad Libre de Contratación expedida por el RNP, que como lo hemos señalado anteriormente es el monto no comprometido de la capacidad

---

(1108) RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 945 y ss.

(1109) Artículo 183 del Reglamento.

máxima de contratación y se obtiene deduciendo de esta las obras públicas adjudicadas que a su vez cuenten con constancia de capacidad libre de contratación expedida por el Registro Nacional de Proveedores.

En segundo lugar, el Reglamento prescribe que el postor ganador debe designar al residente de la obra, cuando no haya formado parte de la propuesta técnica. Como veremos más adelante, el residente de obra es el profesional que representa al contratista en la obra a ser realizada, gozando de atribuciones específicas.

Asimismo, el adjudicatario de la obra debe entregar el calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (PERT-CPM). El método PERT (*Program Evaluation and Review Technique*) y CPM (*Critical Path Method*) son métodos de planificación de proyectos, que involucran redes y tiempos, así como rutas críticas.

Por otro lado, el postor ganador debe entregar el calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualizará con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente<sup>(1110)</sup>.

Finalmente, el adjudicatario debe entregar el desagregado por partidas que dio origen a su propuesta, en el caso de obras que se encuentran sujetas al sistema de suma alzada. Dicho sistema es aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas.

## **2. Inicio del plazo de ejecución de obra**

Conforme lo establecido por el Reglamento<sup>(1111)</sup>, el inicio del plazo de ejecución de obra comienza a regir desde el día siguiente de que se cumpla un conjunto de condiciones. En primer lugar, que se designe al inspector o al supervisor de la obra, según corresponda. Asimismo, se requiere que la entidad haya hecho entrega del expediente técnico de obra completo. Por otro lado, es necesario que la entidad haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará la obra.

Asimismo, se requiere que la entidad provea el calendario de entrega de los materiales e insumos que, de acuerdo con las bases, hubiera

---

(1110) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1111) Artículo 184 del Reglamento.

asumido como obligación. Finalmente, que se haya entregado el adelanto directo al contratista, en las condiciones y oportunidad establecidas en el artículo 187, cuando ello corresponda.

El Reglamento preceptúa que las condiciones antes señaladas deberán ser cumplidas dentro de los quince (15) días contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones.

### **Incumplimiento de la entidad. El resarcimiento**

Sobre el particular, el Reglamento establece que, si la entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a esta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de quince (15) días de vencido el plazo previsto en el párrafo anterior, de acuerdo a lo señalado por el Reglamento sobre el particular.

Asimismo, se señala que en el mismo plazo el contratista tendrá derecho a solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados, hasta por un monto equivalente al cinco por diez mil (5/10 000) del monto del contrato por día y hasta por un tope de setenta y cinco por diez mil (75/10 000). Si bien esto es producto del principio general que los daños que la entidad ocasione deben ser indemnizados, el tope superior puede generar perjuicios al contratista y un inadecuado incentivo para las entidades.

Ahora bien, el Reglamento establece en este punto que la entidad debe pronunciarse sobre dicha solicitud en el plazo de diez (10) días hábiles de presentada<sup>(1112)</sup>, sin que se establezca lo que ocurre en el caso en el cual dicho pronunciamiento no se emita dentro del plazo establecido, debiendo haberse establecido el silencio administrativo que resultaría aplicable.

Respecto al derecho de resarcimiento, se establece que el contratista podrá iniciar un procedimiento de conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de vencido el plazo con el que cuenta la entidad para pronunciarse sobre la solicitud<sup>(1113)</sup>. Esta disposición tiene por finalidad establecer con claridad el mecanismo de solución de controversias, así como el plazo aplicable.

---

(1112) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1113) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

### **El caso de la estacionalidad climática**

En este punto el Reglamento preceptúa que, si no obstante haberse cumplido las condiciones antes indicadas, la estacionalidad climática no permitiera el inicio de la ejecución de la obra, la entidad podrá acordar con el contratista la fecha para el inicio de la ejecución. Se señala que dicha decisión deberá ser sustentada en un informe técnico que formará parte del expediente de contratación<sup>(1114)</sup>, a fin de que exista una debida motivación.

### **3. Residente de obra**

El residente de obra es una pieza clave de la ejecución del contrato de obra, encargado de representar y asistir al contratista<sup>(1115)</sup>. En este orden de ideas, conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1116)</sup>, en toda obra se contará de modo permanente y directo con un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la entidad, como residente de la obra, el cual podrá ser ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, con no menos de dos (2) años de experiencia en la especialidad.

Ahora bien, el Reglamento prescribe que las Bases pueden establecer calificaciones y experiencias adicionales que deberá cumplir el residente, en función de la naturaleza, envergadura y complejidad de la obra. La redacción original de la norma se limitaba a definir ello sobre la base de la naturaleza de la obra, pero el Decreto Supremo N° 138-2012-EF incorporó el resto de características, a fin de darle mayor precisión al contenido de las bases. Ello implica además la necesidad de que dichas calificaciones y experiencias sean objetivas y razonables, lo cual se encuentra corroborado por pronunciamientos de OSCE.

La norma establece que por su sola designación, el residente representa al contratista para los efectos ordinarios de la obra. Sin embargo, dicha representación muestra importantes límites, puesto que el residente no se encuentra facultado a pactar modificaciones al contrato, lo cual se justifica en la necesidad de asegurar la validez de la decisión de modificar el contrato.

La sustitución del residente solo procederá previa autorización escrita del funcionario de la entidad que cuente con facultades suficientes para

---

(1114) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1115) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 947.

(1116) Artículo 185 del Reglamento.

ello, dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de presentada la solicitud a la entidad. Transcurrido dicho plazo sin que la entidad emita pronunciamiento se considerará aprobada la sustitución. El reemplazante deberá reunir calificaciones profesionales iguales o superiores a las del profesional reemplazado.

## **II. ADELANTOS**

---

A efectos del pago en el contrato de obra, la regulación de los adelantos es de la mayor importancia<sup>(1117)</sup>. En este orden de ideas, la norma preceptúa<sup>(1118)</sup> que las bases pueden establecer dos tipos de adelantos. En primer lugar, aquellos directos al contratista, los que en ningún caso excederán en conjunto del veinte por ciento (20 %) del monto del contrato original. Estos adelantos se imputan fundamentalmente a gastos administrativos y debe establecerse en las bases.

En segundo lugar, puede establecerse adelantos para materiales o insumos a utilizarse en el objeto del contrato, los que en conjunto no deberán superar el cuarenta por ciento (40 %) del monto del contrato original. Estos adelantos tienen por finalidad permitirle al contratista la adquisición de los materiales e insumos sin que se le afecte en términos financieros, lo cual a su vez permite la ejecución de la obra.

### **1. Entrega del adelanto directo**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1119)</sup>, en el caso de que en las bases se haya establecido el otorgamiento de este adelanto, el contratista dentro de los ocho (8) días siguientes a la suscripción del contrato, podrá solicitar formalmente la entrega del adelanto, adjuntando a su solicitud la garantía y el comprobante de pago correspondiente, vencido dicho plazo no procederá la solicitud.

A su vez, el Reglamento prescribe que la entidad debe entregar el monto solicitado dentro de los siete (7) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada documentación. Ahora bien, en el caso de que las bases hubieran previsto entregas parciales del adelanto directo, se considerará que la condición establecida en el inciso 5) del artículo 184 se dará por cumplida con la entrega del primer desembolso.

---

(1117) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 971 y ss.

(1118) Artículo 186 del Reglamento.

(1119) Artículo 187 del Reglamento.

## 2. Entrega del adelanto para materiales e insumos

Por otro lado, sobre el particular el Reglamento prescribe<sup>(1120)</sup> que la entidad debe establecer en las bases el plazo en el cual el contratista solicitará el adelanto, así como el plazo en el cual lo entregará, con la finalidad de que el contratista pueda disponer de los materiales o insumos en la oportunidad prevista en el calendario de adquisición de estos<sup>(1121)</sup>.

Ahora bien, conforme lo prescrito por el Reglamento, las solicitudes de otorgamiento de adelantos para materiales o insumos deberán ser realizadas una vez iniciada la ejecución contractual, teniendo en consideración el calendario de adquisición de materiales o insumos presentado por el contratista y los plazos establecidos en las bases para solicitar y entregar dichos adelantos.

La norma establece además que no procederá el otorgamiento del adelanto de materiales o insumos en los casos en que las solicitudes correspondientes sean realizadas con posterioridad a las fechas señaladas en el calendario de adquisición de materiales e insumos. Para el otorgamiento del adelanto para materiales o insumos, se deberá tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus modificatorias, ampliatorias y complementarias.

El referido decreto supremo es el que regula las llamadas fórmulas polinómicas, que son empleadas para el reajuste de precios. Dichas fórmulas tienen por finalidad mantener el equilibrio del contrato, o ecuación económica-financiera a la cual tanto nos hemos referido en este libro<sup>(1122)</sup>, y siguen siendo aplicadas no obstante la antigüedad de la norma.

## 3. Amortización de adelantos

La opción de la normativa contractual se dirige a que los adelantos deban ser amortizados. En este orden de ideas, el Reglamento dispone sobre el particular<sup>(1123)</sup> que la amortización del adelanto directo se hará mediante descuentos proporcionales en cada una de las valorizaciones de obra.

Por otro lado, en este caso se establece que, al igual que en el caso del otorgamiento del adelanto, la amortización del adelanto para materiales e insumos se realizará de acuerdo con lo dispuesto en el

---

(1120) Artículo 188 del Reglamento.

(1121) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1122) Sobre el particular es relevante la Opinión N° 006-2009/DOP.

(1123) Artículo 189 del Reglamento.

Decreto Supremo N° 011-79-VC y sus normas modificatorias, ampliatorias y complementarias, que también resulta aplicable al regular el empleo de las fórmulas polinómicas para reajustar precios en los contratos de obras.

Finalmente, la norma preceptúa que cualquier diferencia que se produzca respecto de la amortización de los adelantos se tomará en cuenta al momento de efectuar el pago siguiente que le corresponda al contratista y/o en la liquidación.

### III. INSPECTOR O SUPERVISOR DE OBRA

---

La importancia del contrato de obra pública nos lleva a la necesidad de que existan mecanismos de control durante su ejecución. En este orden de ideas, el Reglamento dispone<sup>(1124)</sup> que toda obra cuente de modo permanente y directo con un inspector o con un supervisor, quedando prohibida la existencia de ambos en una misma obra<sup>(1125)</sup>.

El inspector será un profesional, funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor será una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designará a una persona natural como supervisor permanente en la obra.

En este orden de ideas, se dispone que el inspector o supervisor, según corresponda, debe cumplir por lo menos con las mismas calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra. La finalidad no solo es equiparar las condiciones de ambos, sino asegurar la eficiencia de la ejecución de la obra.

Ahora bien, se señala que será obligatorio contratar un supervisor cuando el valor de la obra a ejecutarse sea igual o mayor al monto que se encuentra establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal respectivo. En este orden de ideas, el artículo 13 de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015 prescribe que, cuando el monto del valor referencial de una obra pública sea igual o mayor a S/. 4 300 000,00 (cuatro millones trescientos mil y 00/100 nuevos soles), el organismo ejecutor debe contratar, obligatoriamente, la supervisión y control de obras.

---

(1124) Artículo 190 del Reglamento.

(1125) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 951 y ss.

## 1. Costo de la supervisión o inspección

En este punto el Reglamento prescribe<sup>(1126)</sup> que el costo de la supervisión no excederá del diez por ciento (10 %) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor, con excepción de los casos señalados en los párrafos siguientes. Los gastos que genere la inspección no deben superar el cinco por ciento (5 %) del valor referencial de la obra o del monto vigente del contrato de obra, el que resulte mayor.

### Prestaciones adicionales

Se señala además que, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obra, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la entidad, y siempre que impliquen mayores prestaciones en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el titular de la entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un máximo del quince por ciento (15 %) del monto del contrato original de supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente autorizadas por este mismo supuesto, así como aquella que se requiere aprobar<sup>(1127)</sup>.

Ahora bien, cuando dichas prestaciones superen el quince por ciento (15 %), se requiere aprobación previa al pago de la Contraloría General de la República, la que deberá pronunciarse en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles, el que se computará desde que la entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente, transcurrido el cual sin haberse emitido pronunciamiento, las prestaciones adicionales se considerarán aprobadas, sin perjuicio del control posterior.

En los casos en que se generen prestaciones adicionales en la ejecución de la obra, el Reglamento establece que se aplicará para la supervisión lo dispuesto en la referida norma, en cuanto a los adicionales o a la ampliación del plazo, según corresponda.

El Reglamento establece además que a estos supuestos no les será aplicable el límite que se encuentra establecido en la Ley<sup>(1128)</sup>. Ello es consistente con lo establecido por la Ley sobre el particular, luego de la reforma producida por la Ley N° 29873.

---

(1126) Artículo 191 del Reglamento.

(1127) Artículo 41 de la Ley.

(1128) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



## **El caso de los atrasos en la ejecución de obra**

Por otro lado, en caso de atrasos en la ejecución de la obra por causas imputables al contratista, el Reglamento dispone<sup>(1129)</sup> que con respecto a la fecha consignada en el calendario de avance de obra vigente, y considerando que dicho atraso producirá una extensión de los servicios de inspección o supervisión, lo que genera un mayor costo, el contratista de la ejecución de obra asumirá el pago del monto equivalente al de los servicios indicados, lo que se hará efectivo deduciendo dicho monto de la liquidación del contrato de ejecución de obra. Durante la ejecución de la obra dicho costo será asumido por la entidad.

## **2. Funciones del inspector o supervisor**

Sobre el particular, el Reglamento preceptúa<sup>(1130)</sup> que la entidad controlará los trabajos efectuados por el contratista a través del inspector o supervisor, según corresponda, quien será el responsable de velar directa y permanentemente por la correcta ejecución de la obra y del cumplimiento del contrato. Esta es la función principal de dicho profesional, que es necesaria para que la obra sea realizada de manera eficiente.

Ahora bien, ello implica la determinación de atribuciones específicas<sup>(1131)</sup>. En primer lugar, el inspector o el supervisor, según corresponda, tiene como función controlar la ejecución de la obra y absolver las consultas que le formule el contratista según lo previsto en el Reglamento respecto al cuaderno de obra.

Asimismo, el referido profesional está facultado para ordenar el retiro de cualquier subcontratista o trabajador por incapacidad o incorrecciones que, a su juicio, perjudiquen la buena marcha de la obra; para rechazar y ordenar el retiro de materiales o equipos por mala calidad o por el incumplimiento de las especificaciones técnicas; y para disponer cualquier medida generada por una emergencia.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, el Reglamento establece que la actuación del supervisor o inspector debe ajustarse al contrato, no teniendo autoridad para modificarlo. La atribución para modificar el contrato le corresponde a la entidad y en todo caso a ambas partes.

Finalmente, se establece en la normativa contractual que el contratista deberá brindar al inspector o supervisor las facilidades necesarias

---

(1129) Artículo 192 del Reglamento.

(1130) Artículo 193 del Reglamento.

(1131) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 951 y ss.

para el cumplimiento de su función, las cuales estarán estrictamente relacionadas con esta. La norma no establece si el incumplimiento de esta previsión legal constituye infracción. En todo caso, debe considerarse que constituye una obligación esencial, que puede acarrear la resolución del contrato.

#### **IV. CUADERNO DE OBRA**

---

Conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, el cuaderno de obra es el documento que, debidamente foliado, se abre al inicio de toda obra y en el que el inspector o supervisor y el residente anotan las ocurrencias, órdenes, consultas y las respuestas a las consultas. El cuaderno de obra funciona como un mecanismo de control y seguimiento de la ejecución de la obra, en el cual interactúan el residente de obra y el inspector o supervisor, según corresponda, lo cual explica la detallada regulación contenida en el Reglamento.

El Reglamento dispone sobre el particular<sup>(1132)</sup> que el cuaderno de obra se abre en la fecha de entrega del terreno, debiendo ser firmado en todas sus páginas por el inspector o supervisor, según corresponda, y por el residente, a fin de evitar su adulteración. Como resultado los referidos profesionales son los únicos autorizados para hacer anotaciones en el cuaderno de obra.

Asimismo, la norma preceptúa que el cuaderno de obra debe constar de una hoja original con tres (3) copias desglosables, correspondiendo una de estas a la entidad, otra al contratista y la tercera al inspector o supervisor. El original de dicho cuaderno debe permanecer en la obra, bajo custodia del residente, no pudiendo impedirse el acceso a este.

Por otro lado, el Reglamento prescribe que, si el contratista no permite el acceso al cuaderno de obra al inspector o supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias, incurre en responsabilidad administrativa, imponiéndosele una multa del cinco por mil (5/1 000) del monto de la valorización por cada día de dicho impedimento. La norma no establece el procedimiento que debe seguirse en este caso, debiendo entenderse que resulta aplicable el procedimiento administrativo sancionador regulado por la Ley y el Reglamento.

El Reglamento establece finalmente que, concluida la ejecución de la obra, el original del cuaderno de obra quedará en poder de la entidad. Esta disposición tiene por finalidad asegurar que la entidad tenga

---

(1132) Artículo 194 del Reglamento.

constancia de lo que ha ocurrido durante la ejecución de la obra. Sin embargo, no establece el procedimiento para que el contratista pueda acceder a una copia que posea la misma validez del original, a fin de tutelar su derecho en situaciones posteriores.

### **1. Anotación de ocurrencias**

La normativa contractual debe reglar el contenido del cuaderno de obra. Así, el Reglamento prescribe en este punto<sup>(1133)</sup> que en dicho documento se anotarán los hechos relevantes que ocurran durante la ejecución de esta, firmando al pie de cada anotación el inspector o supervisor o el residente, según sea el que efectuó la anotación.

Por otro lado, conforme lo dispuesto por el Reglamento, las solicitudes que se realicen como consecuencia de las ocurrencias anotadas en el cuaderno de obra, se harán directamente a la entidad por el contratista o su representante, por medio de comunicación escrita.

Se establece, asimismo, en el Reglamento que el cuaderno de obra será cerrado por el inspector o supervisor cuando la obra haya sido recibida definitivamente por la entidad. Ello, puesto que a partir de dicho momento ya no existe ocurrencia alguna que anotar.

### **2. Consultas sobre ocurrencias en la obra**

El Reglamento dispone sobre el particular<sup>(1134)</sup> que las consultas sobre ocurrencias en la obra se formulan en el cuaderno de obra y se dirigen al inspector o supervisor, según corresponda. Las consultas constituyen un elemento de gran importancia para la realización de la obra puesto que permiten su continuación de manera eficiente.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, las consultas no requieran de la opinión del proyectista<sup>(1135)</sup>, serán absueltas por estos dentro del plazo máximo de cinco (5) días siguientes de anotadas estas. Vencido el plazo anterior y de no ser absueltas, el contratista dentro de los dos (2) días siguientes acudirá a la entidad, la cual deberá resolverlas en un plazo máximo de cinco (5) días, contados desde el día siguiente de la recepción de la comunicación del contratista.

---

(1133) Artículo 195 del Reglamento.

(1134) Artículo 196 del Reglamento.

(1135) Es necesario reiterar que, conforme al Anexo de Definiciones del Reglamento, el proyectista es el consultor que ha elaborado los estudios o la información técnica del objeto del proceso de selección.

### **La opinión del proyectista**

Ahora bien, las consultas cuando por su naturaleza, en opinión del inspector o supervisor, requieran de la opinión del proyectista serán elevadas por estos a la entidad dentro del plazo máximo de cuatro (4) días siguientes de anotadas, correspondiendo a esta en coordinación con el proyectista absolver la consulta dentro del plazo máximo de quince (15) días siguientes de la comunicación del inspector o supervisor.

Para que lo antes señalado sea posible, conforme lo dispuesto por el Reglamento, los proyectistas establecerán en sus respectivas propuestas para los contratos de diseño de la obra original, el compromiso de atender consultas en el plazo que establezcan las bases.

En caso no hubiese respuesta del proyectista en el plazo máximo fijado en el párrafo anterior, la entidad deberá dar instrucciones al contratista a través del inspector o supervisor, sin perjuicio de las acciones que se adopten contra el proyectista, por la falta de absolución de esta.

### **Efecto de la falta de absolución de la consulta**

Si, en ambos casos, vencidos los plazos, no se absuelve la consulta, el contratista tendrá derecho a solicitar ampliación de plazo contractual por el tiempo correspondiente a la demora. Esta demora se computará solo a partir de la fecha en que la no ejecución de los trabajos materia de la consulta empiece a afectar la ruta crítica del programa de ejecución de la obra. En estos casos es preciso determinar la generación de los respectivos gastos generales, como veremos más adelante.

## **V. VALORIZACIÓN DE LA OBRA. LOS METRADOS**

---

Conforme el Anexo de Definiciones del Reglamento, la valorización es la cuantificación económica de un avance físico en la ejecución de la obra, realizada en un periodo determinado. Este es un tema de una gran importancia, que genera importantes controversias que son resueltas a través de tribunales arbitrales<sup>(1136)</sup>. Ahora bien, conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1137)</sup>, las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y serán elaboradas el último día de cada periodo previsto en las bases, por el inspector o supervisor y el contratista.

---

(1136) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 994 y ss.

(1137) Artículo 197 del Reglamento.

## **1. El sistema de contratación empleado**

Ahora bien, en el caso de las obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, el Reglamento preceptúa que las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados con los precios unitarios ofertados, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad ofertados por el contratista; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas.

Por otro lado, en el caso de las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada, durante la ejecución de la obra, las valorizaciones se formularán en función de los metrados ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial, agregando separadamente los montos proporcionales de gastos generales y utilidad del valor referencial. El subtotal así obtenido se multiplicará por el factor de relación, calculado hasta la quinta cifra decimal; a este monto se agregará, de ser el caso, el porcentaje correspondiente al Impuesto General a las Ventas. Es necesario señalar que el factor de relación es el cociente resultante de dividir el monto del contrato de la obra entre el monto del Valor Referencial, al cual nos vamos a referir de manera reiterada más adelante.

En las obras contratadas bajo el sistema a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados, mientras que en el caso de las obras bajo el sistema de suma alzada se valorizará hasta el total de los metrados del presupuesto de obra.

## **2. El procedimiento aplicable. El plazo**

El Reglamento establece en este punto que los metrados de obra ejecutados serán formulados y valorizados conjuntamente por el contratista y el inspector o supervisor, y presentados a la entidad dentro de los plazos que establezca el contrato. Si el inspector o supervisor no se presenta para la valorización conjunta con el contratista, este la efectuará. El inspector o supervisor deberá revisar los metrados durante el periodo de aprobación de la valorización.

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que el plazo máximo de aprobación por el inspector o el supervisor de las valorizaciones y su remisión a la entidad para periodos mensuales es de cinco (5) días, contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valorización respectiva, y será cancelada por la entidad en fecha no posterior al último día de tal mes. Cuando las valorizaciones se refieran a periodos distintos a los previstos en este párrafo, las bases establecerán el tratamiento correspondiente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo materia de comentario.

Ahora bien, se señala en la norma que, a partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de estas valorizaciones, por razones imputables a la entidad, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para el pago de los intereses se formulará una valorización de intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

### **3. Reajustes**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1138)</sup>, en el caso de obras, los reajustes se calcularán con base en el coeficiente de reajuste “K” conocido a ese momento. La explicación del Reglamento es que los Índices Unificados de Precios de la Construcción son publicados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI con un mes de atraso, siendo extraño que la norma señale en su texto el sustento de la regulación.

El Reglamento dispone que, cuando se conozcan los Índices Unificados de Precios que se deben aplicar, se calculará el monto definitivo de los reajustes que le corresponden y se pagarán con la valorización más cercana posterior o en la liquidación final sin reconocimiento de intereses.

### **4. Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados**

En el caso de que surjan discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor o la entidad, según sea el caso, el Reglamento prescribe<sup>(1139)</sup> que se resolverán en la liquidación del contrato, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Ahora bien, si la valorización de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5 %) del contrato actualizado, el Reglamento establece que la parte interesada podrá someter dicha controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de presentada<sup>(1140)</sup>.

Finalmente, el Reglamento preceptúa que la iniciación del procedimiento antes señalado no implica la suspensión del contrato ni el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

---

(1138) Artículo 198 del Reglamento.

(1139) Artículo 199 del Reglamento.

(1140) Disposición modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

## VI. AMPLIACIÓN DE PLAZO. GASTOS GENERALES

---

De conformidad con el artículo 41 de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las causales ajenas a la voluntad del contratista, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación<sup>(1141)</sup>. Si bien es un supuesto de modificación de términos contractuales, no implica el ejercicio de *ius variandi* por parte de la entidad, puesto que ocurre a solicitud del contratista.

La ampliación de plazo ocurre<sup>(1142)</sup> en el caso de atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista, atrasos y/o paralizaciones en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la entidad; caso fortuito o fuerza mayor<sup>(1143)</sup> debidamente comprobado; y cuando se aprueba la prestación adicional de obra<sup>(1144)</sup>, siendo que en este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

### 1. Procedimiento de ampliación de plazo

En este punto, el Reglamento dispone<sup>(1145)</sup> que, para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en la norma, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo.

#### Solicitud de ampliación de plazo

La norma preceptúa que, dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra.

---

(1141) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 986 y ss.

(1142) Artículo 200 del Reglamento.

(1143) El caso fortuito implica un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, proveniente de la naturaleza. La fuerza mayor, en cambio, proviene de la autoridad, constituyendo lo que se denominada "hecho del príncipe".

(1144) Como ya lo hemos señalado anteriormente es aquella prestación no considerada en el expediente técnico, ni en el contrato, cuya realización resulta indispensable y/o necesaria para dar cumplimiento a la meta prevista de la obra principal y que da lugar a un presupuesto adicional.

(1145) Artículo 201 del Reglamento.

Conforme lo dispuesto por el Reglamento, en caso de que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento de este. Aunque en realidad esta disposición es redundante, puesto que toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá dicha solicitud. Ello es consistente con las causales existentes en la normativa para conceder las ampliaciones de plazo.

El Reglamento establece en este punto que el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. Debe entenderse que este informe no es vinculante.

Seguidamente, la entidad resolverá sobre dicha ampliación y notificará su decisión al contratista en un plazo máximo de catorce (14) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe<sup>(1146)</sup>. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la entidad, generándose silencio administrativo positivo.

### **Tramitación independiente de las solicitudes**

Ahora bien, conforme lo dispone el Reglamento, cuando las ampliaciones se sustenten en causales diferentes o de distintas fechas, cada solicitud de ampliación de plazo deberá tramitarse y ser resuelta independientemente; ello, siempre que las causales diferentes no correspondan a un mismo periodo de tiempo, sea este parcial o total.

### **Ampliaciones de plazo parciales**

El Reglamento preceptúa que, cuando se trata de causales que no tengan fecha prevista de conclusión, lo que deberá ser debidamente acreditado y sustentado por el contratista de obra, la entidad podrá otorgar ampliaciones de plazo parciales, a fin de permitir que los contratistas valoricen los gastos generales por dicha ampliación parcial. Se señala en la norma que para ello se seguirá el procedimiento antes señalado.

### **Actualización del calendario de avance de obra**

Por otro lado, el Reglamento prescribe que la ampliación de plazo obligará al contratista a presentar al inspector o supervisor un calendario

---

(1146) Dicho plazo fue ampliado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERTCPM correspondiente, considerando para ello solo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con la ampliación de plazo concedida, en un plazo que no excederá de diez (10) días contados a partir del día siguiente de la fecha de notificación al contratista de la Resolución que aprueba la ampliación de plazo.

El inspector o supervisor deberá elevarlos a la entidad, con los reajustes concordados con el residente, en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista. En un plazo no mayor de siete (7) días, contados a partir del día siguiente de la recepción del informe del inspector o supervisor, la entidad deberá pronunciarse sobre dicho calendario, el que, una vez aprobado, reemplazará en todos sus efectos al anterior.

De no pronunciarse la entidad en el plazo señalado, el Reglamento establece que se tendrá por aprobado el calendario elevado por el inspector o supervisor, constituyendo un supuesto de silencio administrativo positivo, el cual como lo hemos señalado genera un acto administrativo ficto.

### **Solución de controversias**

Finalmente, se establece en el Reglamento que cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.

A nivel arbitral existen algunos pronunciamientos interesantes respecto a las ampliaciones de plazo, en particular aquellos que discuten el silencio administrativo positivo generado como resultado de la falta de pronunciamiento de la entidad. Existen laudos en los cuales dicho acto administrativo ficto ha sido dejado sin efecto y el tribunal arbitral ha procedido a resolver respecto de la pertinencia de la ampliación de plazo.

## **2. Efectos de la modificación del plazo contractual**

Uno de los efectos fundamentales de las ampliaciones de plazo en los contratos de obra es el pago de mayores gastos generales variables. El Anexo de Definiciones del Reglamento los define como aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de ejecución de la obra y, por lo tanto, pueden incurrirse a lo largo del todo el plazo de ejecución de la prestación a cargo del contratista

Ahora bien, conforme al Reglamento<sup>(1147)</sup>, el cálculo de dichos gastos generales se efectúa a partir del número de días correspondientes a la ampliación, multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra.

Solo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.

Finalmente, el Reglamento establece que, en virtud de la ampliación otorgada, la entidad ampliará el plazo de los otros contratos celebrados por esta y vinculados directamente al contrato principal. El ejemplo más plausible de lo antes señalado son los contratos de supervisión.

Por otro lado, el Reglamento establece que, en el supuesto que las reducciones de prestaciones afecten el plazo contractual, los menores gastos generales variables se calcularán siguiendo el procedimiento establecido anteriormente. Esta situación es la contraria, vale decir, en la cual el plazo contractual va a reducirse.

### **3. Cálculo del gasto general diario**

En primer término, en los contratos de obra a precios unitarios, el Reglamento establece<sup>(1148)</sup> que el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables ofertados entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el coeficiente “Ip/Io”, en donde “Ip” es el índice General de Precios al Consumidor (Código 39) aprobado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI, correspondiente al mes calendario en que ocurre la causal de ampliación del plazo contractual, e “Io” es el mismo índice de precios correspondiente al mes del valor referencial.

Asimismo, en los contratos de obra a suma alzada, el Reglamento prescribe que el gasto general diario se calcula dividiendo los gastos generales variables del presupuesto que sustenta el valor referencial entre el número de días del plazo contractual, ajustado por el factor de relación y por el coeficiente “Ip/Io”, al cual nos hemos referido en el párrafo precedente.

---

(1147) Artículo 202 del Reglamento.

(1148) Artículo 203 del Reglamento.

Finalmente, el Reglamento preceptúa que, en el caso de obras adicionales y prestaciones adicionales de servicios de supervisión de obras, los gastos generales se determinarán considerando lo necesario para su ejecución. Esta disposición permite determinar de manera objetiva dichos gastos en supuestos en los cuales se requieran prestaciones adicionales, como ya se ha señalado.

#### **4. Pago de gastos generales**

Para el pago de los mayores gastos generales el Reglamento preceptúa<sup>(1149)</sup> que se formulará la valorización correspondiente, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; quien en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor<sup>(1150)</sup>.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil<sup>(1151)</sup>. Para el pago de intereses se formulará una valorización de intereses y se efectuará en las valorizaciones siguientes.

### **VII. DEMORAS INJUSTIFICADAS EN LA EJECUCIÓN DE LA OBRA**

---

Una obligación fundamental del contratista es cumplir los avances parciales establecidos en el calendario de avance de obra vigente<sup>(1152)</sup>.

---

(1149) Artículo 204 del Reglamento.

(1150) Respecto a los criterios sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 999 y ss.

(1151) **Código Civil:**

**Tasa de interés legal**

**Artículo 1244.-** La tasa del interés legal es fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

**Pago de interés legal a falta de pacto**

**Artículo 1245.-** Cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal.

**Pago del interés por mora**

**Artículo 1246.-** Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor solo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

(1152) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 980.

Como resultado, el Reglamento preceptúa<sup>(1153)</sup> que, en caso de retraso injustificado, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada a una fecha determinada sea menor al ochenta por ciento (80 %) del monto de la valorización acumulada programada a dicha fecha, el inspector o supervisor ordenará al contratista que presente, dentro de los siete (7) días siguientes, un nuevo calendario que contemple la aceleración de los trabajos, de modo que se garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto, anotando ello en el cuaderno de obra.

La norma prescribe que la falta de presentación de este calendario dentro del plazo señalado podrá ser causal para que opere la intervención económica de la obra o la resolución del contrato, como veremos a continuación. Asimismo, el nuevo calendario no exime al contratista de la responsabilidad por demoras injustificadas, ni es aplicable para el cálculo y control de reajustes.

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que, cuando el monto de la valorización acumulada ejecutada sea menor al ochenta por ciento (80 %) del monto acumulado programado del nuevo calendario, el inspector o el supervisor anotará el hecho en el cuaderno de obra e informará a la entidad. Dicho retraso podrá ser considerado como causal de resolución del contrato o de intervención económica de la obra, no siendo necesario apercibimiento alguno al contratista de obra.

## **VIII. INTERVENCIÓN ECONÓMICA DE LA OBRA**

---

El Reglamento establece<sup>(1154)</sup> lo que puede considerarse una facultad exorbitante de la entidad, la cual podrá, de oficio o a solicitud de parte, intervenir económicamente la obra en caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a su juicio no permitan la terminación de los trabajos.

Se establece además en la norma que la intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato. Es aquí que se realiza un análisis costo beneficio para determinar si aquello es lo más conveniente.

---

(1153) Artículo 205 del Reglamento.

(1154) Artículo 206 del Reglamento.

## 1. El procedimiento a seguir

En este orden de ideas, la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE<sup>(1155)</sup> preceptúa que en el supuesto de que la intervención económica se configure debido a que el contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales, la entidad deberá requerir al contratista el cumplimiento de sus obligaciones mediante carta notarial otorgándole un plazo no menor de dos días ni mayor de quince días, vencido el cual podrá decidir intervenir económicamente la obra. Ahora bien, tratándose de obligaciones no esenciales, procederá a intervenir económicamente la obra solo si habiéndole requerido dos veces, el contratista no ha verificado su cumplimiento.

La Directiva señala además que, de comprobarse que el contratista ha reincidido, aun habiendo implementado el primer o segundo requerimiento para el caso de obligaciones esenciales y no esenciales, respectivamente, no será necesario requerirlo nuevamente pudiendo la entidad intervenir económicamente la obra de manera directa.

### **Resolución de intervención económica**

Conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(1156)</sup>, la decisión de la entidad de intervenir económicamente la obra se formaliza mediante Resolución emitida por la autoridad del mismo o mayor nivel jerárquico de aquella que suscribió el contrato, debiendo indicarse el nombre del interventor, cuya designación recaerá en un funcionario de la entidad, quien será el que suscriba en forma mancomunada con el contratista o el residente de obra, los cheques de pago de la cuenta corriente abierta para tal efecto.

Además, la Directiva materia de comentario prescribe en este punto que la Resolución de Intervención Económica deberá contener además el saldo de obra a ejecutar, así como el monto de las valorizaciones aprobadas que se encuentran pendientes de pago.

### **Cuenta corriente**

Conforme lo preceptuado por la Directiva<sup>(1157)</sup>, una vez ordenada la intervención económica, la entidad contratante dispondrá la apertura de una cuenta corriente mancomunada con el contratista dentro del día siguiente de haberse vencido el plazo con el que este cuenta para manifestar su disconformidad.

---

(1155) Aprobada mediante Resolución N° 010-2003-Consucode-PRE.

(1156) Numeral 5 de la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE.

(1157) Numeral 4 de la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE.

Los fondos de la mencionada cuenta estarán constituidos por los pagos adeudados por la entidad a favor del contratista; aquellos que provengan de las valorizaciones de avance de obra y de cualquier otro concepto que se genere posteriormente a la intervención económica de la obra, así como los aportes en efectivo por parte del contratista que permitan hacer viable la intervención económica; debiendo suscribirse la cláusula adicional correspondiente al contrato principal.

La Directiva preceptúa que en dicha cláusula adicional se establecerá un cronograma y se incluirá expresamente que en caso el contratista no aporte cualquier monto a la cuenta corriente mancomunada, cuando este le haya sido solicitado por la entidad a través de simple requerimiento escrito en un plazo máximo de tres (3) días calendario de recibido este, será causal para la cancelación de la intervención y la resolución de pleno derecho del contrato.

Ahora bien, del fondo de intervención constituido en la cuenta corriente mancomunada la entidad pagará los siguientes conceptos: mano de obra, proveedores de materiales, subcontratistas, locadores de servicios, transportistas, arrendadores de equipos, suministradores e impuestos, gastos generales variables, siempre que estén directamente relacionados con la ejecución de la obra, asimismo, la amortización de los adelantos que hubiera percibido el contratista, quedando a favor de este el saldo resultante luego de la liquidación, el que incluirá la utilidad que pudiese corresponderle.

Finalmente, y a fin de evitar un perjuicio indebido al contratista, la Directiva preceptúa que la demora en la constitución del fondo de intervención o del pago de las valorizaciones por parte de la entidad, y cualquier otra causa no atribuible al contratista, deberán ser consideradas causales de ampliación del plazo de ejecución de la obra.

### **Finalización de la intervención**

En este punto, la Directiva establece cuándo concluye la intervención económica, generando la resolución del contrato. En primer lugar, si el contratista incumple con sus obligaciones técnicas. Asimismo, si el contratista deja de aportar el dinero en efectivo que le corresponde según cronograma establecido en la cláusula adicional del contrato principal. Finalmente, se produce la finalización de la intervención si el contratista retira de la obra: personal, equipo o materiales sin autorización del Inspector o Supervisor de Obra.

## 2. Cumplimiento de obligaciones

Se señala en el Reglamento que la intervención económica no deja al contratista al margen de su participación contractual, y sus obligaciones correspondientes, perdiendo el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales, indemnización o cualquier otro reclamo, cuando la intervención sea consecuencia del incumplimiento del contratista.

La Directiva establece en este punto<sup>(1158)</sup> que, considerando que el contratista mantiene el manejo técnico de la obra, en el caso en que esta no se concluyera dentro del plazo contractual por razones de carácter técnico imputable al contratista, se aplicarán las penalidades respectivas, incluida la resolución del contrato, si ello correspondiera conforme lo dispuesto por la Ley y el Reglamento.

Asimismo, conforme lo dispuesto por la Directiva materia de comentario<sup>(1159)</sup>, es obligación del contratista mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento y por los adelantos, por el plazo que dure la intervención hasta la liquidación del contrato, las que garantizan el cumplimiento de las obligaciones del contratista.

## 3. Resolución del contrato

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que, si el contratista rechaza la intervención económica, el contrato será resuelto por incumplimiento. Esto refuerza la concepción de la que dicha intervención es obligatoria, manifestándose como una prerrogativa de la entidad, proveniente del interés general.

La Directiva preceptúa en este punto<sup>(1160)</sup> que la entidad puede optar por culminar lo que falte de la obra mediante las modalidades de administración directa o por encargo, o por la convocatoria al proceso de selección que corresponda de acuerdo con el valor referencial del saldo estimado a ejecutar.

## IX. PRESTACIONES ADICIONALES

---

Como lo hemos señalado anteriormente, la entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales, lo cual es una típica manifestación de lo que se denomina *ius variandi* y que

---

(1158) Numeral 6 de la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE.

(1159) Numeral 8 de la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE.

(1160) Numeral 7 de la Directiva N° 001-2003-Consucode/PRE.

distingue claramente los contratos civiles de los contratos administrativos, puesto que en los contratos civiles ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos contractuales<sup>(1161)</sup>. En el caso de obras la regulación de las prestaciones adicionales es de singular importancia para el cumplimiento del objeto contractual, dada la complejidad de este tipo de contrato.

Ahora bien, en el caso de obras la Ley dispone<sup>(1162)</sup> que las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el titular de la entidad.

Sin embargo, si es indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50 %) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el titular de la entidad puede decidir autorizarlas.

### **1. Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15 %)**

Ahora bien, conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1163)</sup>, solo procederá la ejecución de prestaciones adicionales de obra cuando previamente se cuente con la certificación de crédito presupuestario y la resolución del titular de la entidad y en los casos en que sus montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, sean iguales o no superen el quince por ciento (15 %) del monto del contrato original.

Asimismo, dado el papel que dicho documento cumple en la ejecución de obra, se establece que la necesidad de tramitar la autorización de la ejecución de prestaciones adicionales de obra debe ser anotada en el cuaderno de obra, ya sea por el inspector o supervisor o por el contratista. En este último caso, es el residente de obra el que cumple con dicha labor.

---

(1161) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 1008 y ss.

(1162) Artículo 41, numeral 41.1 de la Ley.

(1163) Artículo 207 del Reglamento.



El pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales, conforme la regulación de ellas que hemos analizado anteriormente y que está contenida en el Reglamento. Ahora bien, según el Anexo de Definiciones del Reglamento el presupuesto adicional de obra es la valoración económica de la prestación adicional de una obra.

### **Situación de emergencia**

Excepcionalmente, en el caso de prestaciones adicionales de obra que por su carácter de emergencia, cuya no ejecución pueda afectar el ambiente o poner en peligro a la población, los trabajadores o a la integridad de la misma obra, la autorización previa de la entidad podrá realizarse mediante comunicación escrita a fin de que el inspector o supervisor pueda autorizar la ejecución de tales prestaciones adicionales, sin perjuicio de la verificación que realizará la entidad previo a la emisión de la resolución correspondiente, sin la cual no podrá efectuarse pago alguno.

### **Modalidades de contratación**

En los contratos de obra a precios unitarios, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del contrato y/o precios pactados y los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los análisis de los gastos generales del presupuesto original contratado. Asimismo, debe incluirse la utilidad del presupuesto ofertado y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

En los contratos de obra a suma alzada, los presupuestos adicionales de obra serán formulados con los precios del presupuesto referencial ajustados por el factor de relación y/o los precios pactados, con los gastos generales fijos y variables propios de la prestación adicional para lo cual deberá realizarse el análisis correspondiente teniendo como base o referencia los montos asignados en el valor referencial multiplicado por el factor de relación. Asimismo, debe incluirse la utilidad del valor referencial multiplicado por el factor de relación y el Impuesto General a las Ventas correspondiente.

### **Expediente técnico<sup>(1164)</sup>**

El inspector o supervisor debe comunicar a la entidad sobre la necesidad de elaborar el expediente técnico de la prestación adicional de obra.

---

(1164) Regulación incorporada y modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

La entidad debe definir si la elaboración del expediente técnico de la prestación adicional de obra estará a su cargo, a cargo de un consultor externo o a cargo del contratista ejecutor de la obra principal, en calidad de prestación adicional de obra, aprobada conforme al procedimiento previsto en el artículo 174 del Reglamento.

Para dicha definición, la entidad debe tener en consideración la naturaleza, magnitud, complejidad, entre otros aspectos relevantes de la obra principal, así como la capacidad técnica y/o especialización del contratista que la ejecuta, cuando considere encargarle a este la elaboración del expediente técnico.

Cuando el expediente técnico es elaborado por la entidad o por un consultor externo, será necesario verificar con el contratista ejecutor de la obra principal, que la solución técnica de diseño se ajusta a la prestación principal; asimismo, independientemente de quién elabore el expediente técnico, deberá tenerse en consideración lo señalado en los párrafos tercero y cuarto del artículo materia de comentario, respecto a los sistemas de contratación, sea suma alzada o precios unitarios..

El Reglamento preceptúa en este punto que, concluida la elaboración del expediente técnico, el inspector o supervisor cuenta con un plazo de catorce (14) días para remitir a la entidad el informe pronunciándose sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional.

Recibido dicho informe, la entidad cuenta con catorce (14) días para emitir y notificar al contratista la resolución mediante la que se pronuncia sobre la procedencia de la ejecución de la prestación adicional de obra. Se señala que la demora de la entidad en emitir y notificar esta resolución, podrá ser causal de ampliación de plazo.

Finalmente, el Reglamento prescribe que, cuando la entidad decida autorizar la ejecución de la prestación adicional de obra, al momento de notificar la respectiva resolución al contratista, también debe entregarle el expediente técnico de dicha prestación, debidamente aprobado.

### **Ampliación de la garantía de fiel cumplimiento**

Cuando se apruebe la prestación adicional de obra, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento. Igualmente, cuando se apruebe la reducción de prestaciones, el contratista podrá reducir el monto de dicha garantía.

## **Efectos respecto del Sistema Nacional de Inversión Pública**

Finalmente, y en la medida en que ambos sistemas deben encontrarse coordinados, el Reglamento establece que los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

### **2. Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15 %)**

Conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1165)</sup>, las prestaciones adicionales de obras cuyos montos, restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por ciento (15 %) del monto del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la entidad, requieren previamente, para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

Sin embargo, en el caso de adicionales con carácter de emergencia la autorización de la Contraloría General de la República se emitirá previa al pago<sup>(1166)</sup>. En estos casos, la Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la entidad<sup>(1167)</sup>.

Ahora bien, el pago de los presupuestos adicionales aprobados se realiza mediante valorizaciones adicionales, como se ha señalado en el acápite relativo a las prestaciones adicionales de obra inferiores al 15 %. De manera análoga también se establece en este caso que, cuando se apruebe la prestación adicional de obras, el contratista estará obligado a ampliar el monto de la garantía de fiel cumplimiento.

### **La participación de la Contraloría General de la República**

El Reglamento establece que la Contraloría General de la República contará con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento, el cual deberá ser motivado en todos los casos. El referido plazo se computará a partir del día siguiente que la entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente.

---

(1165) Artículo 208 del Reglamento.

(1166) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 1013.

(1167) Artículo 41 de la Ley.

Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría General de la República, la entidad está autorizada para disponer la ejecución y/o pago de prestaciones adicionales de obra por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. Nos encontramos entonces ante otro caso de aplicación del silencio administrativo positivo.

De requerirse información complementaria, la Contraloría General de la República hará conocer a la entidad este requerimiento, en una sola oportunidad, a más tardar al quinto día hábil contado desde que se inició el plazo a que se refiere el párrafo precedente, más el término de la distancia. La entidad cuenta con cinco (5) días hábiles para cumplir con el requerimiento.

En estos casos el plazo se interrumpe y se reinicia al día siguiente de la fecha de presentación de la documentación complementaria por parte de la entidad a la Contraloría General de la República.

### **Límite de los adicionales de obra**

El Reglamento preceptúa que las prestaciones adicionales de obra no podrán superar el cincuenta por ciento (50 %) del monto del contrato original. En caso de que superen este límite se procederá a la resolución del contrato, no siendo aplicable el último párrafo del artículo 209 de la referida norma, debiéndose convocar a un nuevo proceso por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al proyectista.

### **Efectos respecto del Sistema Nacional de Inversión Pública**

Finalmente, y en la medida en que ambos sistemas deben encontrarse coordinados, el Reglamento establece, de la misma manera como ocurre en el caso de las prestaciones adicionales menores al 15 % que los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deberán ser comunicados por la entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

### **Limitaciones al arbitraje. Lo dispuesto por la Nueva Ley**

La normativa contractual establece<sup>(1168)</sup> que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución

---

(1168) Numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley.

de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. Es preciso señalar que dichas limitaciones se encuentran corroboradas por el artículo 23 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República<sup>(1169)</sup>.

Esta disposición está sometida a controversia, puesto que no existe sustento jurídico real para excluir las atribuciones de la Contraloría General de la República de aquello que es considerado arbitrable, teniendo en cuenta además que la regulación contenida en la norma general sobre arbitraje actualmente vigente es más permisiva sobre el particular. A ello nos vamos a referir en el capítulo siguiente de este libro.

## **X. RECEPCIÓN DE LA OBRA**

---

La recepción de la obra es un elemento clave de la culminación de la ejecución del contrato de obra, puesto que define la liquidación de esta y el pago. Sobre el particular, el Reglamento prescribe<sup>(1170)</sup> que, en la fecha de la culminación de la obra, el residente anotará tal hecho en el cuaderno de obras y solicitará la recepción de esta. El inspector o supervisor, en un plazo no mayor de cinco (5) días posteriores a la anotación señalada, lo informará a la entidad, ratificando o no lo indicado por el residente.

### **1. Comité de recepción**

En caso de que el inspector o supervisor verifique la culminación de la obra, la entidad procederá a designar un Comité de Recepción dentro de los siete (7) días siguientes a la recepción de la comunicación del inspector o supervisor. Dicho comité estará integrado, cuando menos, por un representante de la entidad, necesariamente ingeniero o arquitecto, según corresponda a la naturaleza de los trabajos, y por el inspector o supervisor.

---

#### **(1169) Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje**

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.

(1170) Artículo 210 del Reglamento.

En un plazo no mayor de veinte (20) días siguientes de realizada su designación, el Comité de Recepción, junto con el contratista, procederá a verificar el fiel cumplimiento de lo establecido en los planos y especificaciones técnicas y efectuará las pruebas que sean necesarias para comprobar el funcionamiento de las instalaciones y equipos.

Culminada la verificación, y de no existir observaciones, se procederá a la recepción de la obra, teniéndose por concluida la misma, en la fecha indicada por el contratista. El Acta de Recepción deberá ser suscrita por los miembros del comité y el contratista.

## **2. Observaciones**

De existir observaciones, estas se consignarán en un Acta o Pliego de Observaciones y no se recibirá la obra. A partir del día siguiente, el contratista dispondrá de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente de la obra para subsanar las observaciones, plazo que se computará a partir del quinto día de suscrito el Acta o Pliego. Las obras que se ejecuten como consecuencia de observaciones no darán derecho al pago de ningún concepto a favor del contratista ni a la aplicación de penalidad alguna.

Subsanadas las observaciones, el contratista solicitará nuevamente la recepción de la obra en el cuaderno de obras, lo cual será verificado por el inspector o supervisor e informado a la entidad, según corresponda, en el plazo de tres (3) días siguientes de la anotación.

El comité de recepción junto con el contratista se constituirán en la obra dentro de los siete (7) días siguientes de recibido el informe del inspector o supervisor. La comprobación que realizará se sujetará a verificar la subsanación de las observaciones formuladas en el Acta o Pliego, no pudiendo formular nuevas observaciones.

En Reglamento establece que, de haberse subsanado las observaciones a conformidad del comité de recepción, se suscribirá el Acta de Recepción de Obra, con lo cual concluye el procedimiento en este punto, debiendo procederse a la liquidación al pago, como veremos más adelante.

## **3. Existencia de controversia**

Sin embargo, en caso de que el contratista o el comité de recepción, no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de

recepción elevará al titular de la entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. La norma no establece sin embargo qué ocurre ante la falta de pronunciamiento en el plazo antes señalado.

Asimismo, el Reglamento preceptúa en este punto que, de persistir la discrepancia, esta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la entidad. A ello nos referiremos con detalle en el siguiente capítulo de este libro.

#### **4. Intervención de la obra**

Si vencido el cincuenta por ciento (50 %) del plazo establecido para la subsanación, la entidad comprueba que no se ha dado inicio a los trabajos correspondientes, salvo circunstancias justificadas debidamente acreditadas por el contratista, dará por vencido dicho plazo, esta intervendrá y subsanará las observaciones con cargo a las valorizaciones pendientes de pago o de acuerdo al procedimiento establecido en la directiva que se apruebe conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 206 del Reglamento, a la cual nos hemos referido anteriormente.

#### **5. Retraso en la subsanación**

Todo retraso en la subsanación de las observaciones que exceda del plazo otorgado, se considerará como demora a efectos de las penalidades que correspondan y podrá dar lugar a que la entidad resuelva el contrato por incumplimiento. Las penalidades a que se refiere el artículo materia de comentario podrán ser aplicadas hasta el tope señalado en la Ley, el Reglamento o el contrato, según corresponda.

#### **6. La recepción parcial**

Está permitida la recepción parcial de secciones terminadas de las obras, cuando ello se hubiera previsto expresamente en las bases, en el contrato o las partes expresamente lo convengan. La normativa establece en este punto además de la recepción parcial, no exige al contratista del cumplimiento del plazo de ejecución; en caso contrario, se le aplicarán las penalidades correspondientes.

#### **7. Retraso en la recepción sin responsabilidad del contratista**

Si por causas ajenas al contratista la recepción de la obra se retardara, superando los plazos establecidos para tal acto en el artículo que

venimos reseñando, el lapso de la demora se adicionará al plazo de ejecución de esta y se reconocerá al contratista los gastos generales debidamente acreditados, en que se hubiese incurrido durante la demora.

## **8. Vicios ocultos**

Finalmente, en este punto el reglamento preceptúa que, si en el proceso de verificación de la subsanación de las observaciones, el comité de recepción constata la existencia de vicios o defectos distintos a las observaciones antes formuladas, sin perjuicio de suscribir el Acta de Recepción de Obra, informará a la entidad para que esta solicite por escrito al contratista las subsanaciones del caso, siempre que constituyan vicios ocultos.

## **XI. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRAS**

---

La resolución del contrato, como lo hemos señalado anteriormente, es una forma anormal de terminación del proceso de contratación, con lo cual requiere de una regulación particular. Asimismo, en el contexto de contrato de obra pública, dada su complejidad, dicha regulación es de especial importancia.

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(1171)</sup> que la resolución del contrato de obra determina la inmediata paralización de esta, salvo los casos en que, estrictamente por razones de seguridad o disposiciones reglamentarias de construcción, no sea posible<sup>(1172)</sup>. Ello puede ocurrir en situaciones en las cuales existe una parte de la labor de construcción que tiene que concluirse de manera imperativa.

### **1. El procedimiento a seguir**

Asimismo, se establece que la parte que resuelve deberá indicar en su carta de resolución, la fecha y hora para efectuar la constatación física e inventario en el lugar de la obra, con una anticipación no menor de dos (2) días. En esta fecha, las partes se reunirán en presencia de notario o juez de paz, de conformidad con lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 64 del Reglamento, y se levantará un acta.

El Reglamento prescribe que, si alguna de las partes no se presenta, la otra levantará el acta, documento que tendrá pleno efecto legal,

---

(1171) Artículo 209 del Reglamento.

(1172) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 1041.



debiéndose realizar el inventario respectivo en los almacenes de la obra en presencia del notario o juez de paz, dejándose constancia del hecho en el acta correspondiente, debiendo la entidad disponer el reinicio de la obras según las alternativas previstas en el artículo 44 de la Ley.

El Reglamento preceptúa además que, culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211 del Reglamento, como veremos en el siguiente acápite de este capítulo.

## **2. Responsabilidad del contratista**

Ahora bien, en caso de que la resolución sea por incumplimiento del contratista, en la liquidación se consignarán las penalidades que correspondan, las que se harán efectivas conforme a lo dispuesto en los artículos 164 y 165 del Reglamento, los cuales ya hemos analizado anteriormente en este libro y que se encuentran referidos a la ejecución de garantías y a la aplicación de penalidades, respectivamente.

## **3. Responsabilidad de la entidad**

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que, en caso de que la resolución sea por causa atribuible a la entidad, esta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50 %) de la utilidad prevista, calculada sobre el saldo de obra que se deja de ejecutar, actualizado mediante las fórmulas de reajustes hasta la fecha en que se efectuó la resolución del contrato.

## **4. Responsabilidad sobre los gastos generados**

La norma materia de comentario establece que los gastos incurridos en la tramitación de la resolución del contrato, como los notariales, de inventario y otros, son de cargo de la parte que incurrió en la causal de resolución, salvo disposición distinta del laudo arbitral.

## **5. Solución de controversias**

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida. Sobre esto vamos a tratar con mayor amplitud en el siguiente capítulo de este libro.

## 6. Culminación de la obra

En caso de que, conforme con lo establecido en el tercer párrafo del artículo 44 de la Ley<sup>(1173)</sup>, la entidad opte por invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra, teniendo en cuenta el orden de prelación, se considerarán los precios de la oferta de aquel que acepte la invitación, incorporándose todos los costos necesarios para su terminación, debidamente sustentados, siempre que se cuente con la disponibilidad presupuestal. La finalidad, como ya lo hemos señalado en el capítulo anterior de este libro, se dirige a evitar el perjuicio al interés general, generando que la entidad pueda continuar con la ejecución de la obra.

## XII. LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO DE OBRA

---

La Ley preceptúa<sup>(1174)</sup> que, en el caso de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la que será elaborada y presentada a la entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento<sup>(1175)</sup>. Como resultado, la entidad debe pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente.

### 1. Procedimiento de liquidación del contrato de obra

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(1176)</sup> que el contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente

---

#### (1173) Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En caso de resolución de contrato de obra y de existir saldo de obra por ejecutar, la entidad contratante podrá optar por culminar la obra mediante administración directa, convenio con otra entidad o, teniendo en cuenta el orden de prelación, podrá invitar a los postores que participaron en el proceso de selección que dio origen a la ejecución de la obra para que manifiesten su intención de realizar el saldo de la misma. El procedimiento será establecido en el Reglamento del presente Decreto Legislativo.

De no proceder ninguno de los mecanismos antes mencionados, se deberá convocar el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el Valor Referencial respectivo.

(1174) Artículo 42 de la Ley.

(1175) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 1038 y ss.

(1176) Artículo 211 del Reglamento.

a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La entidad notificará la liquidación al contratista para que este se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

### **Observación de la liquidación**

Se establece en el Reglamento que la liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido. Con ello se presume que ambas partes están de acuerdo con esta, sin que exista discusión posterior sobre el particular.

Ahora bien, cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, la norma preceptúa que esta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

Finalmente, en el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

### **Los sistemas de contratación**

En este punto, el Reglamento establece que en el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

### **Resolución de controversias**

La norma establece en este punto que toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Un principio clave en esta materia es que no se procederá a la liquidación del contrato de obra mientras existan controversias pendientes de resolver. Ello implica que el sometimiento a arbitraje de dichas controversias impide la realización de liquidación, hasta que concluyan los procesos.

## **2. Efectos de la liquidación**

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(1177)</sup> que, luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo. En esta disposición entonces el Reglamento ratifica el momento en el cual concluye el proceso de contratación, sin perjuicio de las responsabilidades que subsisten, a las cuales nos hemos referido anteriormente.

La norma preceptúa que las discrepancias en relación con defectos o vicios ocultos, deberán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computará a partir de la recepción de la obra por la entidad hasta quince (15) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato. Esta disposición fue aclarada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, a fin de generar el plazo aplicable a las controversias en caso de defectos o vicios ocultos.

Por otro lado, la norma prescribe que las controversias en relación con los pagos que la entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguiente de vencido el plazo para hacer efectivo el pago de acuerdo a lo previsto en el contrato. Esta disposición fue un agregado del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, a fin de establecer el plazo aplicable a esta controversia.

## **3. Declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada**

Finalmente, en este punto el Reglamento preceptúa<sup>(1178)</sup> que, con la liquidación, el contratista entregará a la entidad los planos posconstrucción y la minuta de declaratoria de fábrica o la memoria descriptiva valorizada, según sea el caso, obligación cuyo cumplimiento será condición para el pago del monto de la liquidación a favor del contratista.

Asimismo, se establece en la normativa contractual que la Declaratoria de Fábrica se otorgará conforme a lo dispuesto en la Ley de la materia. Se señala además que la presentación de la Declaratoria de Fábrica mediante escritura pública es opcional.

---

(1177) Artículo 212 del Reglamento.

(1178) Artículo 213 del Reglamento.

# CAPÍTULO XIII

## SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

### I. INTRODUCCIÓN

---

Conforme lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato –una vez celebrado este–, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes. De hecho, los conflictos que no puedan resolverse a través de la conciliación, si esta se encuentra establecida en el contrato, deben ser resueltos a través de la jurisdicción arbitral.

Asimismo, las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de estas, también serán resueltas mediante arbitraje<sup>(1179)</sup>. Demás está señalar que dicho sometimiento es obligatorio, figura que es por demás atípica en el contexto del arbitraje, incluso en materia contractual pública<sup>(1180)</sup>, y que para algunos podría resultar cuestionable en tanto el convenio arbitral es por definición voluntario.

Las razones de esta previsión se enmarcan en dos prioridades aplicadas a la contratación administrativa como mecanismo empleado por la Administración Pública para satisfacer necesidades públicas. En primer

---

(1179) Cuarto párrafo del artículo 215 del Reglamento.

(1180) Sobre el particular: KUNDMULLER CAMINITI, Franz. “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento”. En: *Themis*. N° 39, PUCP, Lima, 1999, p. 217.

lugar, la celeridad del arbitraje es mucho mayor que la que muestra el Poder Judicial, lo cual permite resolver los posibles conflictos generados por la ejecución contractual de una manera más rápida. Una controversia que demande varios años en ser resuelta puede dejar una carretera sin construir o suministros necesarios sin despachar.

En segundo lugar, los mecanismos establecidos para la designación de los árbitros y la tramitación del arbitraje en la contratación administrativa permiten que sea una jurisdicción –consideramos que es tal– más especializada que la que corresponde al Poder Judicial. Normalmente, los árbitros son designados a partir de registros que establecen un procedimiento para incorporarse a ellos, lo cual otorga una importante garantía de probidad y especialización. De hecho, la revisión del laudo por parte del Poder Judicial es eminentemente excepcional, como veremos más adelante, siendo este definitivo.

## 1. La aparente antinomia entre el arbitraje y la contratación pública

Parecen evidentes las ventajas del arbitraje para resolver controversias en el ámbito de la ejecución de los contratos administrativos. Sin embargo, inicialmente es posible percibir cierto conflicto entre la naturaleza esencialmente privada del arbitraje<sup>(1181)</sup> –que no lo es tanto, como veremos luego– y la esencia pública de la contratación administrativa, basada en la satisfacción de necesidades de la colectividad<sup>(1182)</sup>.

En primer lugar, es discutible afirmar que el arbitraje sea una institución esencialmente privada. Si bien es cierto, el arbitraje surge como resultado de un acuerdo entre privados, ello no impide que exista un fuerte componente de interés general en este, derivado de la necesidad de emplearlo para resolver conflictos. Ello proviene evidentemente de la aplicación del artículo 139 de la Constitución<sup>(1183)</sup>, que establece con claridad

---

(1181) HUERGO LORA, Alejandro. “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009, p. 106 y ss.

(1182) Sobre el particular: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2, Grijley, Lima, 2006, p. 155 y ss.

(1183) **Constitución de 1993:**

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...).

que el arbitraje constituye jurisdicción, no siendo –como algunos creen– un medio alternativo a esta.

Lo antes señalado es consecuente con lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre el particular, el que ha señalado en un importante precedente que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las que le permiten concluir que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional<sup>(1184)</sup>.

En ese sentido, continúa señalando el Tribunal que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución, sino se origina, como lo hemos señalado, en el artículo 139 de la propia Constitución. Nótese entonces que el Tribunal, a través de este precedente, no discute que el arbitraje constituya jurisdicción, tópico este último que ha generado no poca controversia en la doctrina, controversia que hoy en día carece de sentido.

Ello nos permite afirmar que el arbitraje no es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, sino que más bien constituye una jurisdicción paralela, que goza de las prerrogativas de tal, las que impiden cualquier afectación a la competencia que corresponde sea por voluntad de las partes o, como ocurre en el ámbito de la contratación administrativa, sea por mandato de la ley.

De allí que el Tribunal Constitucional señale que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes –resolviendo controversias–, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuestas por el artículo 51 de la Carta Magna; siendo que ambas dimensiones son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y en la jurisprudencia.

Lo señalado en el párrafo anterior permite, como consecuencia lógica, que dicha jurisdicción arbitral se encuentre protegida, en primer lugar, por el principio de no interferencia, consignado en dicho artículo 139<sup>(1185)</sup>,

---

(1184) STC Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, f. j. 11.

(1185) **Constitución de 1993:**

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones

así como por el principio de la *kompetenz-kompetenz*, que consiste en la facultad de los árbitros de decidir respecto a su propia competencia y que se encuentra consignada con meridiana claridad en el artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071.

En segundo lugar, el arbitraje se ha convertido en un mecanismo para reemplazar al ineficaz Poder Judicial por un modelo que permita los mismos resultados con una mayor eficiencia, a fin de asegurar que este pueda servir como un adecuado instrumento para que la ejecución en materia de contratación administrativa pueda llegar a un buen término, con un evidente beneficio para ambas partes. Y es que, el arbitraje goza de cierto prestigio al interior de las Administración Pública y respecto de los propios contratistas, a lo que hay que sumar el hecho de que permite resolver los conflictos con mayor celeridad y especialización.

El Estado ha recurrido al arbitraje como resultado de la constatación de que su propio Poder Judicial no brinda las garantías necesarias para que el sistema funcione<sup>(1186)</sup>. De hecho, la normativa vigente hasta la promulgación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado regulaba un mecanismo de resolución de controversias por completo distinto, que consistía en la solución de las controversias por parte de un tribunal administrativo, para que luego sea revisado a través del proceso contencioso-administrativo vigente en aquel entonces; mecanismo que resultaba ser por completo ineficiente. El empleo del arbitraje en este caso es la constatación de que no todo puede someterse al control judicial, por evidentes razones de eficiencia<sup>(1187)</sup>.

## 2. Las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje

Conforme lo establecido por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071 pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Es en este caso la Ley la que establece la competencia arbitral para resolver conflictos en materia de ejecución contractual.

---

que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno. (...)."

(1186) Sobre el particular: BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Ob. cit., p. 161 y ss.

(1187) Sobre el particular: PAREJO ALFONSO, Luciano. "Estudio sobre Arbitraje". En: *Control de la Administración Pública*. UNAM, México, 2007, p. 309 y ss.



Sin embargo, existen materias que no pueden someterse a arbitraje administrativo, previsión legal que siempre ha sido motivo de controversia. La Ley establece que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. La norma preceptúa que tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

### **Lo establecido por la Nueva Ley**

En este punto, la Nueva Ley amplía esta regulación. En primer lugar, se establece que la decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas; lo cual afecta la continuación del contrato, pudiendo forzar al contratista a resolver el contrato, con la consiguiente afectación al interés general<sup>(1188)</sup>.

Asimismo, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo.

La incorporación del enriquecimiento sin causa, que es una institución proveniente del Derecho Civil, se debe a su reiterado uso en los procesos arbitrales. La Nueva Ley, erróneamente, lleva esta controversia al Poder Judicial asumiendo que ahí el análisis de esta figura podría realizarse de manera más eficiente, lo cual consideramos muy discutible<sup>(1189)</sup>.

## **II. INICIO DEL ARBITRAJE**

---

De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral

---

(1188) MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Luces, sombras y claroscuros de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 34.

(1189) PORTOCARRERO DENEGRI, Silvana María. "Enriquecimiento sin causa ¿Cuál es la vía?". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, pp. 23-24.

en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje correspondiente.

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, este deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial. Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de estas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando este designe a los árbitros<sup>(1190)</sup>.

## **1. Convenio arbitral**

La normativa señala que en el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. El OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Ahora bien, si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc. La norma dispone que el arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

Por otro lado, en el caso de que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se aplicará lo dispuesto en el numeral 52.10 del artículo 52

---

(1190) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

de la Ley<sup>(1191)</sup>. Vale decir, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su reglamento.

Se establece que además que, si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es: “Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento”.

La norma preceptúa además que, cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encuentre a cargo del SNA-OSCE, se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su Reglamento y a las decisiones de sus órganos<sup>(1192)</sup>.

Asimismo, se establece en la norma que, en caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de cualquiera de los órganos funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE<sup>(1193)</sup>.

### **Estipulaciones adicionales al convenio arbitral**

Por otro lado, el Reglamento dispone<sup>(1194)</sup> que las partes podrán establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida en que no contravengan las disposiciones de la normativa de contrataciones, las disposiciones de la Ley General de Arbitraje que resulten aplicables, ni las normas y Directivas complementarias dictadas por el OSCE de conformidad con sus atribuciones.

## **2. Solicitud de arbitraje**

En este punto el Reglamento establece<sup>(1195)</sup> que en caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al

---

(1191) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1192) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1193) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1194) Artículo 217 del Reglamento.

(1195) Artículo 218 del Reglamento.

respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando ello corresponda.

Se señala además que la solicitud también deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía. Ello es de particular importancia para conocer las pretensiones de manera previa.

### **Respuesta de arbitraje**

Asimismo, conforme lo dispone el Reglamento<sup>(1196)</sup>, la parte que reciba una solicitud de arbitraje conforme lo señalado en el acápite anterior, deberá responderla por escrito dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

Finalmente, se señala que la falta de respuesta o toda oposición formulada en contra del arbitraje, no interrumpirá el desarrollo de este ni de los respectivos procedimientos para que se lleve a cabo la conformación del tribunal arbitral y la tramitación del arbitraje.

## **III. ÁRBITROS**

---

El Reglamento establece<sup>(1197)</sup> que el arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. Debemos entender que la justificación de ello es la generación de menores gastos administrativos, sacrificando sin embargo la deliberación.

Por otro lado, se señala que el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados. Pero además, deben contar con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Esta última disposición fue agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y tiene por finalidad asegurar la idoneidad del árbitro, ante la constatación de laudos en los cuales no se resuelve mediante el empleo de la normativa contractual.

---

(1196) Artículo 219 del Reglamento.

(1197) Artículo 220 del Reglamento.

## 1. Impedimentos

Ahora bien, no toda persona puede desempeñarse como árbitro en el contexto de la contratación administrativa, existiendo un conjunto importante de impedimentos en este sentido, establecidos por el Reglamento<sup>(1198)</sup>, que se dirigen a asegurar la neutralidad de este, dado que realiza función jurisdiccional.

En primer lugar, están impedidos para el ejercicio de dicho cargo el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, así como los titulares y miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.

Por otro lado, se encuentran impedidos de ejercer el arbitraje los magistrados, con excepción de los jueces de paz. Por las mismas razones, se encuentran impedidos de desempeñar la función arbitral los fiscales, los procuradores públicos y los ejecutores coactivos.

No puede desempeñarse como árbitro el Contralor General de la República. Dada su atribución de controlar el funcionamiento de la administración, el desempeño de la función arbitral comprometería su imparcialidad y el eficiente ejercicio del cargo para el cual ha sido designado.

Se encuentran impedidos también los titulares de instituciones o de organismos públicos, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado. En este caso, el impedimento se restringe a los sectores a los que dichas personas pertenecen.

La norma preceptúa que el personal militar y policial en situación de actividad tampoco puede desempeñarse como árbitro. Debe entenderse que, si bien en este caso los sectores son defensa e interior respectivamente, las labores de dicho personal son intersectoriales, razón por la cual existe siempre la posibilidad de que ello afecte la necesaria neutralidad del árbitro.

Se encuentran impedidos también los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes. En este caso, el impedimento también se restringe a los sectores a los que dichas personas pertenecen. Ello opera a fin de evitar el conflicto de interés.

---

(1198) Artículo 221 del Reglamento.

Por obvias razones de neutralidad e imparcialidad, también se encuentran impedidos de ejercer el arbitraje los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.

Asimismo, se encuentran impedidos para desempeñar la función arbitral los declarados en insolvencia. Esta es una limitación común para los cargos públicos, como lo hemos señalado de manera reiterada este libro. En este caso basta con dicha declaración, sin que sea necesaria la declaración de quiebra.

Finalmente, se encuentran impedidos aquellos profesionales que se encuentren sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

## **2. Designación de los árbitros**

Ahora bien, en caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el que se encuentra establecido en el Reglamento<sup>(1199)</sup>, el cual se aplica de manera supletoria.

En primer lugar, para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de estas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro.

Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación.

Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, estos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer árbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

---

(1199) Artículo 222 del Reglamento.

Ahora bien, el Reglamento establece que la resolución de designación residual emitida por el OSCE se notificará a las partes a través de su publicación en el Seace y será comunicada, de manera personal, al árbitro designado<sup>(1200)</sup>.

Finalmente, el Reglamento dispone que las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables. Es preciso señalar, en primer lugar, que existe un procedimiento para incorporarse a dicho registro, que regula OSCE. En segundo lugar, la imposibilidad de impugnar la designación se sustenta en la existencia de un mecanismo para separar al árbitro del cargo, que es la recusación.

### **Lo establecido por la Directiva respectiva**

A su vez, el procedimiento de designación residual por parte del OSCE se encuentra sometida a un conjunto de reglas, las que se encuentran contenidas en la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD sobre “Procedimiento de designación residual de árbitros al amparo de la normativa de contrataciones del Estado”<sup>(1201)</sup>.

### **Fase de selección de expedientes**

El referido procedimiento posee tres fases. La primera, la fase de selección de expedientes a su vez tiene cinco etapas. En primer lugar, la etapa de calificación de las solicitudes de designación residual por la Unidad de Atención al Usuario y las Oficinas Zonales del OSCE, la que conforme la Directiva<sup>(1202)</sup> debe cumplir con los requisitos del TUPA, existiendo un plazo para la respectiva subsanación.

La segunda etapa es de evaluación del expediente de designación residual por parte de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales<sup>(1203)</sup>. Dicha unidad orgánica verifica el cumplimiento de los requisitos, otorgando también un plazo para la respectiva subsanación. Asimismo, la Directiva establece que, si la solicitud de designación no corresponda a alguno de los supuestos establecidos en la norma la Subdirección declarará su improcedencia mediante escrito motivado y notificado, procediéndose al archivo definitivo del procedimiento.

---

(1200) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1201) Aprobada mediante Resolución N° 373-2013-OSCE-PRE.

(1202) Numeral 8.1.1 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1203) Numeral 8.1.2 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

La tercera etapa, de distinción de los expedientes según el tipo de árbitros solicitado<sup>(1204)</sup>, implica que se proceda a distinguir los expedientes de designación residual de árbitros que cumplan con los requisitos exigidos por el TUPA, según el tipo de árbitro solicitado; esto es, por un lado, solicitudes de designación de presidentes de tribunal arbitral y árbitros únicos, y, por otro lado, las solicitudes de designación de árbitros de parte.

Asimismo, conforme a la Directiva antes citada<sup>(1205)</sup>, tenemos la etapa de organización de expedientes por cuantía de la controversia. En dicha etapa los expedientes se ordenarán de forma descendente de acuerdo a la cuantía de la controversia de cada solicitud; agrupándose en tres (3) rangos, determinados por la suma de S/. 200,000.00 y por la suma de S/. 1'000,000.00.

Finalmente, en la etapa de elaboración de cuadros de expedientes la Directiva prescribe<sup>(1206)</sup> que se presentarán dos (2) cuadros, cada uno de ellos conteniendo solicitudes ordenadas según la cuantías de las controversias y ubicados dentro de los tres (3) rangos señalados en el párrafo precedente. Un cuadro será para solicitudes de presidentes de tribunal y árbitros únicos, mientras que el otro será para solicitudes de designación de árbitros de parte.

### **Selección de árbitros**

Ahora bien, la segunda fase del procedimiento es la selección de árbitros. Dicha fase a su vez tiene cinco etapas. La primera, la verificación de la inscripción vigente en el Registro de Árbitros implica que la Dirección, a través de la Subdirección, deberá verificar que los árbitros a ser propuestos cuenten con inscripción vigente en el Registro de Árbitros del OSCE, y que esta vigencia, cuando menos, se extienda hasta el mes posterior a su inclusión en la propuesta de designación<sup>(1207)</sup>.

En segundo lugar, conforme lo dispuesto por la Directiva<sup>(1208)</sup>, la etapa de verificación de los deberes de los árbitros consiste en que la Subdirección deberá verificar un conjunto de requisitos, no tener sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no tener sanción vigente por haber incurrido en infracciones al Código de Ética del OSCE, no tener impedimento legal o reglamentario vigente para ser

---

(1204) Numeral 8.1.3 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1205) Numeral 8.1.4 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1206) Numeral 8.1.5 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1207) Numeral 8.2.1 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1208) Numeral 8.2.2 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.



árbitro, no contar con recusaciones declaradas fundadas por el OSCE, así como no haber rechazado injustificadamente las designaciones residuales efectuadas por el OSCE.

En cuanto a la etapa de revisión de frecuencia en las designaciones residuales, la Directiva preceptúa<sup>(1209)</sup> que el árbitro no debe tener más de seis (6) designaciones residuales, realizadas por el OSCE, en el año en que se efectúa la propuesta. Esta etapa tiene por finalidad establecer equidad en las designaciones residuales.

Posteriormente, tenemos la etapa de distinción de las especialidades para árbitro único y presidente de tribunal arbitral. La Directiva establece en este punto<sup>(1210)</sup> que para la elaboración de la relación de árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral, se seleccionarán solo a abogados que cuenten con las tres (3) especialidades exigidas por la Ley, arbitraje, contrataciones con el Estado y Derecho Administrativo.

La norma señala además que las referidas especialidades se acreditarán mediante la formación académica y/o la experiencia funcional y/o en docencia universitaria verificable y calificable conforme al cuadro que la Directiva contiene, estableciendo además las regulaciones aplicables que debe emplearse a fin de efectuar dicha acreditación.

Finalmente, en la etapa de obtención de las relaciones de árbitros según rangos de puntaje, la Directiva preceptúa<sup>(1211)</sup> que la Dirección, a través de la Subdirección, deberá elaborar dos (2) relaciones de árbitros según rangos de puntaje. La primera relación será de árbitros que cumplan los requisitos para ser designados como presidentes de tribunales arbitrales y árbitros únicos; mientras que la segunda relación será para árbitros de partes, conformada por aquellos árbitros que no sean abogados o que siendo abogados no cuenten con las tres especialidades exigidas por el numeral 52.4 del artículo 52 de la Ley.

Asimismo, la Directiva prescribe que para obtener los listados de árbitros para ser designados, se determinará un puntaje para cada árbitro, luego de aplicar la fórmula ponderada que esta establece. Dicha fórmula toma en cuenta la experiencia, la capacitación, el grado académico o los estudios de posgrado, la celeridad, la docencia universitaria, las investigaciones publicadas, así como los laudos anulados.

---

(1209) Numeral 8.2.3 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1210) Numeral 8.2.4 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

(1211) Numeral 8.2.5 de la Directiva N° 019-2012-OSCE-CD.

## **Asignación de expedientes**

Ahora bien, la última fase es la de asignación de expedientes. En primer lugar, obtenidos los cuadros de expedientes de solicitudes de designación y las relaciones de árbitros aptos para ser designados, conforme las fases anteriores, ordenados en forma descendente según el monto de la cuantía y el puntaje obtenido, respectivamente, la Dirección, a través de la Subdirección, propondrá a la Presidencia Ejecutiva los árbitros que pueden ser designados en el primer, segundo y tercer rango de los expedientes de designación.

Así, se establece que el proceso de asignación de expedientes a los árbitros comenzará por los casos de árbitros únicos y presidentes de tribunal arbitral del tercer rango, seguidos de los árbitros del segundo y primer rango. Luego se asignarán los expedientes donde haya que designarse árbitros de parte, siguiendo el orden antes señalado.

En este orden de ideas, la Directiva prescribe que los árbitros que integren el primer rango de la relación de árbitros aptos para ser designados solo podrán ser propuestos en el primer rango de los expedientes de solicitudes de designación. Los árbitros que integren el segundo rango de la relación de árbitros aptos para ser designados podrán ser propuestos en el primer y segundo rango de los expedientes de solicitudes de designación. Los árbitros que integren el tercer rango de la relación de árbitros aptos para ser designados podrán ser propuestos en el primer, segundo y tercer rango de los expedientes de solicitudes de designación.

Finalmente, la Directiva establece que, para aquellos expedientes a los que no se les hayan asignado árbitros de rangos superiores, podrán aplicarse, según corresponda, en el mismo despacho, dentro de cada rango, alternativamente, los siguientes criterios de designación.

En primer lugar, el árbitro del tercer rango que obtuvo el más alto puntaje es propuesto para ser designado en el expediente de designación residual que tenga el monto de controversia más alto del tercer rango de expedientes, y así sucesivamente. De igual manera ocurre con los rangos primero y segundo.

En segundo lugar, a cualquiera de los árbitros aptos dentro de cada rango podrá asignársele cualquiera de los expedientes correspondientes al mismo rango, dado que los árbitros que clasifican en cada rango ya están aptos para asumir procesos arbitrales dentro de los parámetros de los casos arbitrales que refieren los rangos señalados en la Directiva.

### 3. Aceptación de los árbitros

En este punto, el Reglamento preceptúa<sup>(1212)</sup> que, si las partes no han sometido a arbitraje institucional o cuando no hayan pactado respecto de la aceptación de los árbitros en un arbitraje ad hoc, cada árbitro, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a la parte que lo designó, la que deberá de poner en conocimiento de la contraria la correspondiente aceptación del árbitro.

La norma establece que, si en el plazo establecido, el árbitro no comunica su aceptación, se presume que no acepta ejercer el cargo, situación en la cual queda expedito el derecho de la parte que lo designó para designar un nuevo árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Finalmente, la norma preceptúa que, si el nuevo árbitro no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (5) días hábiles, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente, empleándose el procedimiento que hemos reseñado en el acápite precedente.

### 4. Obligaciones de los árbitros

El Reglamento dispone<sup>(1213)</sup> que los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales profesionales o comerciales. Esta disposición es enteramente compatible con lo dispuesto sobre el particular por el numeral 1 del artículo 28 de la Ley.

Por otro lado, en cuanto al deber de información, el reglamento prescribe que todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia.

Asimismo, el árbitro designado debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional

---

(1212) Artículo 223 del Reglamento.

(1213) Artículo 224 del Reglamento.

en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

El Reglamento dispone asimismo<sup>(1214)</sup> que, durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa.

Finalmente, se establece que los árbitros están sujetos a las reglas de ética que apruebe el OSCE, como veremos a continuación, así como a las normas sobre responsabilidad civil y penal establecidas en la legislación sobre la materia<sup>(1215)</sup>.

## 5. Código de ética

El Reglamento establece<sup>(1216)</sup> que el OSCE aprobará un Código de Ética, el que debe establecer los principios y reglas que deben ser cumplidos por todos los árbitros que ejerzan función arbitral en materia de contrataciones del Estado; así como las infracciones a dichos principios y reglas, y sus correspondientes sanciones. Esta disposición fue una novedad del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que generó controversia puesto que puede implicar intromisión en una labor que como ya hemos señalado es jurisdiccional.

A ello debe agregarse que, como veremos en el próximo capítulo, existen infracciones administrativas cometidas por los árbitros que son sancionadas a través del procedimiento administrativo sancionador tramitado por el Tribunal; con lo cual, a la responsabilidad ética (que es también administrativa) se le suma la responsabilidad que hace efectiva dicho colegiado, con los consiguientes efectos perniciosos de dicha situación<sup>(1217)</sup>.

El Reglamento señala además que los Códigos de Ética que aprueben las instituciones arbitrales establecerán las infracciones sobre las cuales se impondrán las respectivas sanciones; estableciendo entonces un margen de discrecionalidad para que dichas entidades puedan aprobar dichas normas.

---

(1214) Artículo 228 del Reglamento.

(1215) Artículo 223 del Reglamento, párrafo final.

(1216) Artículo 224 del Reglamento.

(1217) Sobre el particular: TRIVEÑO DAZA, Daniel. "La responsabilidad del árbitro en la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 50 y ss.

En este orden de ideas, se dispone que el Código de Ética aprobado por el OSCE es de aplicación a los arbitrajes administrados por el SNA - OSCE y los arbitrajes ad hoc, y de aplicación supletoria a los procesos arbitrales administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o que teniéndola no establezca la infracción cometida por el árbitro o no establezca la sanción aplicable.

### **Lo establecido por la Nueva Ley. El Consejo de Ética**

En este punto, la Nueva Ley regula<sup>(1218)</sup> lo relativo al Código de Ética, que se encuentra contenido en el Reglamento vigente, como ya lo hemos señalado. En este orden de ideas, dicha norma prescribe que la autoridad competente para aplicar el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado es el Consejo de Ética, el cual se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas. Nos encontramos en realidad ante una figura controvertida, la cual carece de representantes de la ciudadanía, razón por la cual puede generar suspicacias respecto a su independencia<sup>(1219)</sup>.

La norma establece que el referido Consejo de Ética se encuentra integrado por tres (3) miembros de reconocida solvencia ética y profesional, los cuales son elegidos por la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Economía y Finanzas, y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente. El cargo de miembro del Consejo es honorario. La Nueva Ley preceptúa que la organización, estructura, atribuciones, mecanismos de designación, funcionamiento y los demás aspectos concernientes al Consejo de Ética son establecidos en el reglamento.

## **6. Recusación de árbitros. Causales de recusación**

La recusación es el mecanismo a través del cual se solicita la separación de uno o más árbitros del proceso arbitral. Para ello, el Reglamento establece<sup>(1220)</sup> un conjunto de causales por las cuales las partes pueden solicitar ello, basados en la falta de idoneidad del árbitro o árbitros para tramitar el proceso arbitral.

En primer lugar, los árbitros pueden ser recusados cuando se encuentren impedidos conforme lo dispuesto por el Reglamento, habiendo incurrido en algunas de las causales que hemos analizado líneas

---

(1218) Numeral 45.10 del artículo 45 de la Nueva Ley.

(1219) MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Luces, sombras y claroscuros de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 34.

(1220) Artículo 225 del Reglamento.

arriba; o no cumplan con los deberes de independencia, imparcialidad e información.

Asimismo, la norma prescribe que podrá recusarse a los árbitros cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias. Dado que el convenio arbitral en general consiste en solo una cláusula, son de aplicación las normas legales.

Finalmente, el árbitro podrá ser recusado cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.

### **Procedimiento de recusación**

Cuando las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1221)</sup>, cuyo procedimiento será empleado de manera supletoria.

En primer lugar, la recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.

Asimismo, la norma preceptúa que el OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.

Ahora bien, si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, la norma prescribe que se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.

Por otro lado, si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles.

El Reglamento dispone que la resolución de la recusación por el OSCE debe ser motivada, por constituir un acto administrativo; asimismo es definitiva e inimpugnable. Debe entenderse que la calidad de

---

(1221) Artículo 226 del Reglamento.

inimpugnable de la resolución se limita al ámbito administrativo, pudiendo emplearse el proceso contencioso-administrativo contra ella.

El reglamento establece además que, cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto. Ello a fin de no afectar la tramitación del arbitraje. Dicha designación proviene del registro de árbitros de OSCE. Una opción habría sido establecer que el mecanismo de designación es el mismo que aquel empleado para designar dicho árbitro.

La resolución que resuelve la recusación será notificada a través de su publicación en el Seace<sup>(1222)</sup>, sin perjuicio de ser publicada en el portal institucional del OSCE. La notificación es medular a efectos de su eficacia, pero además la publicidad de esta es clave para conocer aquellos árbitros que hayan sido recusados. Como lo hemos señalado de manera reiterada, un elemento clave del arbitraje es el acceso a la información, a fin de dotarlo de eficiencia.

Es preciso señalar que el trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral. Caso contrario, cualquiera de las partes podría emplear la recusación como una maniobra dilatoria a fin de demorar la tramitación del proceso arbitral.

## **7. Registro de árbitros**

El Reglamento establece<sup>(1223)</sup> que OSCE llevará un Registro de Árbitros a efectos de las designaciones que deba realizar. Asimismo, aprobará la Directiva correspondiente para establecer el procedimiento y requisitos para la inscripción de los interesados en dicho Registro. El registro tiene en realidad varias finalidades. En primer lugar, servir como insumo para que el OSCE pueda efectuar las designaciones que le corresponde. En segundo lugar, constituir un insumo para los contratistas y las entidades para que puedan designar árbitros de parte.

En este punto, la Directiva N° 001-2014-OSCE-CD sobre “Procedimientos de inscripción y renovación de inscripción, y los supuestos de suspensión y exclusión de profesionales del Registro de Árbitros del OSCE”<sup>(1224)</sup> regula los requisitos para dicha inscripción, así como la respectiva renovación. Dicho procedimiento se inicia con la respectiva

---

(1222) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1223) Artículo 232 del Reglamento.

(1224) Aprobada por Resolución N° 046-2014- OSCE/PRE.

solicitud, conforme los requisitos establecidos en el TUPA, para luego ser calificada. Posteriormente, se procede a la evaluación del solicitante, que a su vez consiste en un examen de conocimientos y una entrevista personal; para luego proceder a la respectiva inscripción. Es necesario señalar que la renovación no requiere de evaluación del solicitante.

### **Suspensión y exclusión**

Ahora bien, la directiva antes señalada establece un conjunto de supuestos por los cuales se suspende la vigencia de la inscripción en el acotado registro. En primer lugar, ante la sanción administrativa de suspensión temporal para el ejercicio de la función arbitral, impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Asimismo, se produce dicha exclusión en el caso de la Sanción administrativa de suspensión temporal para el ejercicio de la función profesional, impuesta por su Colegio Profesional.

Además, la exclusión será decidida cuando lo disponga la Resolución administrativa emitida en virtud del procedimiento de Denuncia por infracción al Código de Ética. También se produce la exclusión a pedido expreso y motivado del profesional, el cual deberá ser dirigido a la DAA y presentado en la Unidad de Atención al Usuario o la Oficina Desconcentrada del OSCE, de ser el caso. Finalmente, la norma hace referencia a otros supuestos de suspensión que se encuentren previstos por Ley.

La Directiva preceptúa que también en los casos de suspensión de la vigencia de la inscripción en el Registro de Árbitros, el profesional deberá observar las disposiciones aplicables para el procedimiento de renovación, de encontrarse próximo el vencimiento de su vigencia.

Por otro lado, la Directiva establece también supuestos de exclusión del profesional incorporado en el Registro de Árbitros. En primer lugar, produce la exclusión el fallecimiento del profesional. Asimismo, produce la exclusión la sanción administrativa de inhabilitación permanente para el ejercicio de la función arbitral, impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Además se genera dicha exclusión cuando así lo disponga la resolución administrativa emitida en virtud del procedimiento de Denuncia por Infracción al Código de Ética.

Asimismo, el árbitro será excluido cuando cuente con cuatro (4) recusaciones fundadas dentro de su periodo de vigencia en el Registro de Árbitros. Dicha exclusión ocurrirá también a pedido del profesional, por causa motivada. Y, finalmente, cuando el profesional no solicite su renovación con vigencia vencida, dentro de los cinco (5) años desde la culminación del periodo de la última vigencia de su inscripción.



Finalmente, conforme dispone la Directiva materia de análisis, la exclusión y suspensión será resuelta por la DAA en todos los casos, en un plazo no mayor a diez (10) días hábiles de iniciado el procedimiento, salvo lo previsto en los literales b), d), e) y g) del numeral 8.3.4 de la Directiva, los que operarán en forma automática desde el día siguiente de su configuración. Toda exclusión y suspensión del Registro de Árbitros será comunicada al profesional mediante oficio emitido por la DAA.

### **Lo establecido por la Nueva Ley**

La Nueva Ley establece una regulación más rígida en este punto. En primer lugar, prescribe que para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha entidad para tal efecto. Se señala que el registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior. Como resultado, se amplía la finalidad del registro, siendo empleado para autorizar a todo árbitro y no solo para efectuar designaciones.

Asimismo, la Nueva Ley dispone que, para desempeñarse como secretario arbitral se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha entidad para tal efecto. Ello se encuentra en línea con la intención de la Nueva Ley de generar una regulación más intensa respecto al arbitraje en materia de contratación administrativa.

## **IV. PROCESO ARBITRAL**

---

En cuanto al trámite del proceso arbitral, el Reglamento establece un conjunto de disposiciones con la finalidad de darle un trámite eficaz, sin perjuicio de lo establecido por la norma sobre la materia, la que se aplica de manera supletoria a lo dispuesto por la Ley y el Reglamento.

En primer lugar, se establece<sup>(1225)</sup> que cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja

---

(1225) Artículo 228 del Reglamento.

desde la celebración de estos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento.

Como resultado, dichos funcionarios deben declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que este se encuentre. Ello con la finalidad de proteger al proceso arbitral de cualquier injerencia que lo pueda perjudicar, fortaleciendo la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, como ya lo hemos indicado.

## 1. Instalación

El Reglamento dispone<sup>(1226)</sup> en este punto que, salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación de estos, según corresponda.

Realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate o no de arbitraje institucional, las entidades deberán registrar en el Seace los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos<sup>(1227)</sup>.

La instalación del árbitro único o del tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida. Dicha suspensión continuará durante el desarrollo del proceso arbitral y únicamente podrá ser levantada cuando dicho proceso concluya con el laudo debidamente consentido o sea declarado archivado por el árbitro o tribunal arbitral, según corresponda.

## 2. Acumulación

Por otro lado, el Reglamento dispone<sup>(1228)</sup> que, cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

Cuando no se establezca expresamente en el convenio arbitral que solo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas estén de

---

(1226) Artículo 227 del Reglamento.

(1227) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1228) Artículo 229 del Reglamento.

acuerdo, una vez iniciada la actuación de pruebas, los árbitros podrán decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes.

### 3. Gastos arbitrales

El Reglamento establece<sup>(1229)</sup> que los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de honorarios y gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje. Los honorarios arbitrales pueden ir variando en el transcurso de arbitraje dependiendo de la complejidad de este. Lo mismo ocurre con los gastos administrativos, en especial los que corresponden a la secretaría arbitral.

El Reglamento señala además que el OSCE aprobará mediante directiva una tabla de gastos arbitrales, la que será de aplicación a los arbitrajes que el SNA - OSCE organice y administre conforme a su Reglamento. Pero además se señala que en los casos de arbitraje ad hoc, los gastos arbitrales no podrán exceder lo establecido en la tabla a que se refiere el párrafo precedente, no pudiéndose pactar en contrario.

Esta disposición fue agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y generó interesante controversia, puesto que desde el punto de vista económico constituye una modalidad de control de precios, los cuales sin embargo deberían estar sometidos al mercado. El control de precios solo se encuentra permitido si es que lo admite la ley y en supuestos en los cuales nos encontremos ante un servicio público. Este mecanismo de control sin embargo no resulta aplicable al arbitraje institucional, en donde pueden establecerse libremente los honorarios.

Asimismo, se señala que en estos casos, la parte que se encuentre en desacuerdo con la liquidación o reliquidación de gastos arbitrales aprobada por el respectivo Árbitro Único o Tribunal Arbitral, por considerar que se excede de lo establecido por la tabla de gastos arbitrales SNA-OSCE, podrá solicitar al OSCE emitir un pronunciamiento final al respecto. El trámite de dicha solicitud no suspenderá el respectivo proceso arbitral. La decisión que emita el OSCE al respecto será definitiva e inimpugnable.

En el caso de renuncia o de recusación de árbitro declarada fundada y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de

---

(1229) Artículo 230 del Reglamento.

honorarios, será resuelta a pedido de parte por el OSCE, de conformidad con la directiva que esté apruebe para tales efectos. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

#### **4. Organización y administración de arbitrajes**

Conforme lo dispuesto por la Ley<sup>(1230)</sup>, el Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. Se señala que el reglamento establece su conformación y atribuciones.

En este orden de ideas, el Reglamento prescribe<sup>(1231)</sup> que el OSCE podrá organizar y administrar arbitrajes, de conformidad con el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) que se apruebe para tal efecto. Esta disposición genera interesante controversia, puesto que implica que el OSCE compite con la actividad privada en la administración de arbitrajes, lo cual vulneraría el principio de subsidiaridad establecido en el artículo 60 de la Constitución.

Asimismo, el Reglamento establece que el OSCE podrá proporcionar apoyo administrativo constante o servicios de organización y administración de arbitrajes y demás medios de prevención, gestión y solución de controversias. Se establece que en estos casos, el OSCE podrá llevar a cabo los cobros correspondientes, de conformidad con las formas de pago que se apruebe para tales efectos.

Finalmente el reglamento preceptúa que el OSCE podrá conformar uno o más tribunales arbitrales especiales para atender las controversias derivadas de contratos u órdenes de compras o de servicios originados en Adjudicaciones de Menor Cuantía y cuyo monto no supere las quince Unidades Impositivas Tributarias (15 UIT). Los arbitrajes a cargo de estos tribunales serán regulados por el OSCE mediante la directiva que apruebe para tal efecto. En estos casos también nos encontramos ante participación en un mercado donde existe oferta privada, lo cual vulneraría el principio de subsidiaridad, como se ha señalado.

---

(1230) Numeral 52.11 del artículo 52 de la Ley.

(1231) Artículo 233 del Reglamento.

### **Lo preceptuado por la Nueva Ley en este punto**

La Nueva Ley establece una importante variación a la regulación antes señalada. La norma preceptúa que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento. Esta regulación se encuentra alineada con lo dispuesto por la norma constitucional, puesto que existe oferta privada en la administración de arbitrajes, debiendo actuar el OSCE cuando dicha oferta sea deficiente.

Por otro lado, la referida norma prescribe que dicho régimen se rige por su propio reglamento arbitral, que es aprobado mediante directiva por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o norma que lo sustituya.

## **V. EL LAUDO ARBITRAL**

---

La decisión del árbitro o Tribunal Arbitral, denominada laudo arbitral, es inapelable, definitiva y obligatoria para las partes, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia<sup>(1232)</sup>. Ello significa, como veremos más adelante, que el laudo arbitral resuelve la controversia de manera definitiva, sin que exista mecanismo alguno de impugnación del fondo de la controversia. La evaluación de los hechos y la aplicación del derecho por parte de los árbitros no puede ser materia de nueva evaluación, ni en una segunda instancia arbitral, ni ante el Poder Judicial.

### **1. Remisión del laudo**

La importancia de los laudos arbitrales y la necesidad de que las decisiones tomadas por los árbitros sean públicas han generado que la norma preceptúe la obligación que el laudo arbitral sea puesto en conocimiento de OSCE. De hecho, la redacción original de la norma preceptuaba que el laudo, así como sus correcciones, integraciones y aclaraciones, deberán ser remitidos al OSCE por el árbitro único o el tribunal arbitral en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado para que pueda ejecutarse en la vía correspondiente. Ello significa que la ejecución judicial del laudo no resulta posible mientras no se ponga en conocimiento de OSCE la expedición del laudo.

---

(1232) Artículo 231 del Reglamento.

Sin embargo, la normativa vigente preceptúa que es responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral registrar correctamente el laudo en el Seace, así como sus integraciones, exclusiones, interpretaciones y rectificaciones, así como la remisión que se requiera efectuar a la respectiva secretaría arbitral a efectos de su notificación personal. La norma señala que dicha responsabilidad también alcanza a la información que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral deba ingresar en el Seace a efectos de registrar el laudo respectivo<sup>(1233)</sup>.

En este orden de ideas, el OSCE había establecido regulaciones adicionales para asegurar el cumplimiento de esta previsión legal<sup>(1234)</sup>. Así, se señala que es obligación del representante de la entidad en el proceso arbitral verificar que el laudo haya sido remitido al OSCE. Vencido el plazo señalado en la primera disposición específica, sin que se haya remitido los laudos arbitrales, el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, bajo responsabilidad, deberá remitir dentro de los quince (15) días siguientes, copia impresa del Laudo Arbitral al OSCE. Dicha Directiva se encuentra vigente, no obstante la aparente antinomia que muestra frente a la redacción actual del Reglamento.

## **2. Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo**

Existen diversos mecanismos regulados en el Decreto Legislativo que norma el arbitraje<sup>(1235)</sup>, los que permiten a las partes generar efectos respecto al laudo arbitral, para los cuales se establece el plazo de quince días desde la notificación del laudo. En primer lugar, tenemos la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar, que puede ser decidida de oficio o a pedido de parte. La Ley General de Arbitraje denominaba corrección a este mecanismo.

Asimismo, la norma señala que el laudo es susceptible de interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. La normativa derogada denominaba aclaración a este mecanismo, siendo la actual regulación más completa.

Además, la norma establece que las partes pueden solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la

---

(1233) Disposición que fuera agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1234) Directiva N° 002-2005/Consumcode/PRE.

(1235) Artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071.

controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral. La integración también puede ser decidida de oficio por el tribunal arbitral, lo cual no quedaba claro con la normativa anterior.

Finalmente, las partes pueden solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje. La exclusión no puede ser decidida de oficio por el tribunal arbitral, a diferencia del resto de mecanismos que venimos explicitando.

Es necesario señalar que ninguno de estos mecanismos puede implicar modificar el pronunciamiento sobre el fondo que ya se ha emitido en el laudo arbitral, no constituyendo un recurso; no obstante que muchas veces es empleado por las partes como si lo fuera, pretendiendo que se reforme el sentido de la decisión tomada.

La norma establece además que la rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en el artículo de la norma materia de comentario.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1071 preceptúa que, si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en el artículo de la norma materia de comentario, se considerará que la solicitud ha sido denegada, estableciéndose en este caso una denegatoria ficta. En consecuencia, la norma establece que no surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

## **VI. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN. EL RECURSO DE ANULACIÓN**

---

Dada la naturaleza inapelable del laudo arbitral, en la contratación administrativa no procede impugnación ante segunda instancia arbitral ni ante el Poder Judicial, lo que era posible en otros procesos arbitrales en la normativa anterior, salvo el recurso de anulación por las causales que veremos más adelante. Debe tenerse presente en este orden de ideas, que el recurso de anulación versa únicamente sobre los aspectos formales, pues el Poder Judicial no puede conocer de ningún modo sobre el fondo del asunto.

El recurso de anulación se dirige en principio contra vicios de actividad (*in procedendo*) mas no contra errores de valoración o de conocimiento (*in judicando*), no configurando en realidad un recurso sino más bien un mecanismo extraordinario de revisión jurisdiccional de lo decidido por el árbitro o tribunal arbitral<sup>(1236)</sup>. El recurso de anulación no debe ser empleado entonces para discutir aspectos de fondo.

## 1. Generalidades

Y es que, el artículo 61 de la Ley general de Arbitraje establecía que contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia –que no resultan aplicables en el contexto de la contratación administrativa–, procede solo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73 de la citada norma. El recurso resuelve declarando la validez o nulidad del laudo; estando prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.

Sin embargo, la norma vigente preceptúa<sup>(1237)</sup> que contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en la norma. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

En la práctica, sin embargo, y dadas las limitadas causales que justifican un recurso de anulación, es raro que el Poder Judicial efectivamente decida la invalidez de un laudo. A ello debe agregarse el hecho de que estadísticamente gran parte de los procesos arbitrales son perdidos por el Estado, lo cual lleva a recursos de anulación que son perdidos también; muchas veces como resultado de un patrocinio deficiente, efectuado por sus propios órganos ante las limitaciones presupuestales existentes, las que se encuentran consignadas legalmente.

Finalmente, las normas no se pronuncian sobre la procedencia del recurso de anulación en el caso de los denominados laudos parciales o laudos preliminares, que ponen fin a la instancia sin pronunciamiento sobre el fondo, como por ejemplo los que deciden una excepción. En

---

(1236) MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. "Fundamentos y características del recurso de anulación del laudo". En: *Actualidad Jurídica*. T. 154, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, pp. 77-79.

(1237) Artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071.



aplicación del artículo 49 de la norma<sup>(1238)</sup> podríamos inferir que contra dichas resoluciones solo cabe el respectivo recurso de reconsideración, lo cual evidentemente podría dejar sin defensa alguna a la parte afectada.

## 2. Requisitos y tramitación

La norma establece<sup>(1239)</sup> que el recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

Asimismo, el decreto legislativo prescribe que son requisitos de admisibilidad del recurso de anulación en primer lugar la indicación precisa de las causales de anulación, que deben estar debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Asimismo, se establece que solo pueden ofrecerse documentos como medios probatorios.

La norma preceptúa además que las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo, se establece que el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

### Fianza bancaria

Respecto a lo señalado, el Reglamento establece que, para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el

---

(1238) **Decreto Legislativo N° 1071:**

**Artículo 49.- Reconsideración.**

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

(1239) Artículo 64 del Decreto Legislativo N° 1071.

convenio arbitral como requisito que la parte impugnante deberá acreditar la constitución de fianza bancaria en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida<sup>(1240)</sup>. Dicho requisito tiene por finalidad garantizar la ejecución del laudo y permitir al vencedor resarcirse de la afectación generada por el recurso de anulación que concluye en su favor y que ha generado dilación en la ejecución del laudo.

A su vez, el Decreto Legislativo N° 1071 preceptúa<sup>(1241)</sup> que la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. La norma establece en este punto que al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

En este orden de ideas, si no se ha acordado requisito alguno, conforme lo preceptúa el Decreto Legislativo, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo. La redacción de esta norma permite interpretar que en el régimen general la fianza bancaria constituye un requisito ineludible, lo cual no parece estar presente en la normativa contractual.

De hecho, el Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE<sup>(1242)</sup> establece en su artículo 63 que, para interponer recurso de anulación contra el laudo, podrá establecerse en el convenio arbitral la constitución de carta fianza en favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida, siendo que a falta de acuerdo dicha carta fianza constituirá requisito para el recurso de anulación. Finalmente, si el recurso de anulación es desestimado, la autoridad judicial correspondiente deberá entregar la fianza bancaria constituida a la parte vencedora, en caso contrario se devolverá la fianza bancaria a la parte vencida.

---

(1240) Artículo 231 del Reglamento.

(1241) Artículo 66 del Decreto Legislativo N° 1071.

(1242) Aprobado por Resolución N° 016-2004-Consucode/PRE y modificado por Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE.

## **Comunicaciones**

Cuando se interponga recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el Tribunal Arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de vencido el plazo correspondiente; en caso contrario deberá entenderse que el laudo está consentido. La falta de comunicación entonces impediría la suspensión de la ejecución del laudo como resultado del recurso de anulación, lo cual puede resultar discutible y vulnerar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Asimismo, las sentencias que resuelven de manera definitiva el recurso de anulación deberán ser remitidas al OSCE por la parte interesada en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación. La norma prescribe que los representantes de las partes deberán cumplir con dicha obligación bajo responsabilidad. El Reglamento, diferencia del Reglamento del TUO, no supedita la ejecución del laudo a dicha comunicación, lo cual es consistente con su naturaleza y con la necesidad de resultados eficientes en la contratación administrativa.

### **3. Causales de anulación de los laudos arbitrales y su aplicación a la solución de controversias en la contratación pública**

La anulación del laudo arbitral en el ámbito de la contratación administrativa no resulta ser igual a la que resulta aplicable a un laudo arbitral en una controversia común. El Decreto Legislativo N° 1071 establece un conjunto de causales<sup>(1243)</sup>, las cuales pasaremos a analizar en la lógica de la contratación administrativa, para notar que algunas de ellas no resultan ser aplicables, o más bien son pertinentes de manera parcial.

#### **El convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz**

Ello constituye un causal de anulación, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado oportunamente a través de la respectiva excepción u objeción a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas<sup>(1244)</sup>. En este caso, la norma establece que la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes<sup>(1245)</sup>.

---

(1243) Artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071.

(1244) Artículo 41 del Decreto Legislativo N° 1071.

(1245) Artículo 65 del Decreto Legislativo N° 1071.

Ahora bien, resulta imposible que esta causal se verifique en la práctica, puesto que la validez del convenio arbitral se encuentra ligada a la del contrato administrativo por mandato de la ley; a lo cual hay que agregar que las posibles controversias que integran la competencia arbitral incluyen la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato<sup>(1246)</sup>. Si el contrato es nulo, lo es también el convenio arbitral, y ello no implica que el laudo arbitral sea susceptible de anulación por parte del Poder Judicial.

### **Ausencia de notificación**

Esta causal ocurre cuando alguna de las partes no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.

Esta causal se encuentra enfocada de manera directa en la violación al debido proceso dentro del proceso arbitral, que también justifica el proceso de amparo, como veremos más adelante. Demás está señalar que en este caso la determinación de la afectación del debido proceso debe ser evidente máxime si se exige que haya existido el respectivo recurso<sup>(1247)</sup>. En este caso, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que estos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación, sin afectar de manera alguna la competencia de estos.

### **La composición del Tribunal Arbitral**

La composición del Tribunal Arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la norma de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en el decreto legislativo.

La causal antes señalada ocurre siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente. En este caso, conforme al Decreto Legislativo N° 1071, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el Tribunal Arbitral debe reiniciar

---

(1246) Artículo 52 de la Ley.

(1247) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Interferencia judicial en los arbitrajes". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 1, Grijley, Lima, 2005, p. 273.

el arbitraje en el estado en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

### **Materias no sometidas a la decisión de los árbitros**

En estos casos, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Ahora bien, esta causal es difícil de verificar respecto de un laudo emitido en un proceso arbitral en el contexto de ejecución contractual en el ámbito de la contratación pública, puesto que las materias sometidas a la decisión de los árbitros son las que constituyen la controversias derivadas del contrato, a lo que debemos agregar la amplia competencia de la que gozan los árbitros en esta materia para a su vez determinar su propia competencia, que incluso hacen discutible la recurrencia al Poder Judicial por esta sola razón, cuando podría resolverse a nivel arbitral mediante un recurso equivalente a la integración<sup>(1248)</sup>.

Ello es corroborado por el hecho de que, conforme a la norma, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

### **Materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional**

El laudo es susceptible de ser anulado cuando el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley<sup>(1249)</sup>, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. La norma señala que la anulación afectará solo las materias que no son susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, se establece que esta causal podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

---

(1248) Sobre el particular: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. Ob. cit., p. 275.

(1249) **Decreto Legislativo N° 1071:**

#### **Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.**

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Si bien el convenio arbitral obra como elemento inseparable del contrato, existen materias que no son susceptibles de someterse a arbitraje en la normativa contractual, como son las que se encuentran relacionadas con las atribuciones de la Contraloría General de la República, lo cual es una cuestión controvertida, puesto que nada obsta para que las decisiones que se tomen en dicho ámbito puedan discutirse en sede arbitral.

### **El caso del arbitraje internacional**

La norma establece como causal de anulación que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional. Ahora bien, hablamos de arbitraje internacional, en primer lugar, si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.

Es un supuesto de arbitraje internacional, si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a este, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios. Finalmente, si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú<sup>(1250)</sup>. En este orden de ideas, es posible encontrarnos ante un arbitraje internacional en el marco de la contratación administrativa.

Ahora bien, la norma prescribe que esta causal podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. La norma sin embargo en este caso no establece cuáles serían los efectos de la anulación del laudo en este caso.

### **Laudo emitido fuera de plazo**

El laudo puede anularse también cuando este se ha expedido fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral. Esta causal solo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

En este caso puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base

---

(1250) Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1071.

de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

### **La causal incorporada por la Nueva Ley**

Finalmente, conforme lo dispuesto por la Nueva Ley, el laudo puede ser anulado a solicitud de parte si la composición del árbitro único o del tribunal arbitral o si las actuaciones arbitrales no se han ajustado a lo establecido en la presente Ley y en su reglamento; siempre que tal circunstancia haya sido objeto de reclamo expreso en su momento ante el árbitro único o tribunal arbitral por la parte afectada y fue desestimado. En caso de que dicha circunstancia haya constituido causal de recusación, la anulación solo resulta procedente si la parte afectada formuló, oportunamente, la recusación respectiva y esta fue desestimada.

## **VII. IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL A TRAVÉS DEL PROCESO DE AMPARO**

---

El Tribunal Constitucional ha establecido, en la sentencia que hemos comentado líneas arriba en este Capítulo, que el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados<sup>(1251)</sup>. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado.

El Tribunal Constitucional señala que una interpretación como esa implicaría desconocer la naturaleza constitucional del arbitraje, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139 de la Constitución; los que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral.

El Tribunal señala además que, no obstante que la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución, no puede discutirse la facultad de controlarla por razones del orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra este. Esto supone que en un Estado constitucional, el poder se desagrega en múltiples centros de decisión equilibrados entre sí por un sistema de control de frenos y contrapesos, como

---

(1251) Fundamento N° 17.

postula el artículo 43 de la Constitución<sup>(1252)</sup>. Esto hace que el poder público, pero también el privado, estén sometidos al Derecho.

En consecuencia, el Tribunal ha señalado que en este contexto el control constitucional jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve a posteriori cuando se vulnera el derecho a la tutela procesal efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Lo señalado por el Tribunal, que constituye precedente obligatorio, permite admitir la procedencia de demandas de amparo contra laudos arbitrales si es que estos vulneran derechos fundamentales.

### **1. Los supuestos de procedencia conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

Ahora bien, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional en importante jurisprudencia<sup>(1253)</sup>, son tres las posibles situaciones en las cuales resultaría posible el control constitucional de los laudos arbitrales: **a)** Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componentes formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva; **b)** Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona, como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; **c)** Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, esta verse sobre materias absolutamente indisponibles.

En lo que respecta al primer supuesto, el Tribunal ha reiterado que, la jurisdicción arbitral podrá ser enjuiciada constitucionalmente cuando vulnere o amenace cualquiera de los componentes de la tutela jurisdiccional efectiva (derecho de acceso a la jurisdicción o eficacia de lo decidido) o aquellos otros que integran el debido proceso; sea en su dimensión adjetiva o procesal propiamente dicha (jurisdicción predeterminada, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, etc.); sea en su dimensión sustantiva o material (estándares de razonabilidad y proporcionalidad), elementos todos estos a los que, por lo demás y como

---

(1252) **Constitución de 1993:**

**Artículo 43.-** La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

(1253) STC Exp. N° 4972-2006-PA/TC, de fecha 4 de agosto de 2006.



bien se sabe, el Código Procesal Constitucional se refiere bajo la aproximación conceptual de tutela procesal efectiva.

En lo que respecta a la segunda hipótesis enunciada, el Tribunal señala que la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados. Entonces, toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional, que habilitará con toda legitimidad el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

El Tribunal considera que los particulares no pueden ser despojados de su derecho a que sus conflictos o controversias sean prima facie ventilados ante la jurisdicción ordinaria, de manera tal que solo será en situaciones excepcionales, nacidas de su propia voluntad, en que se habilitará el ejercicio de la jurisdicción arbitral.

Es preciso indicar que el razonamiento del Tribunal Constitucional señalado en el párrafo precedente es incompleto. Ello porque omite referirse, como una excepción a la regla, al arbitraje en materia de contratación pública, el que es obligatorio por mandato de la Ley. Llevar al extremo este razonamiento nos conduciría a afirmar que lo dispuesto por la normativa contractual en esta materia es inconstitucional, al obligar a los contratantes (es decir, la entidad y el contratista) a someterse al mismo aun cuando eventualmente puedan preferir emplear al Poder Judicial para resolver la controversia.

Ahora bien, la obligatoriedad de recurrir al arbitraje se encuentra enfocada en la Administración Pública, en cuanto esta debe incorporar la cláusula arbitral en la respectiva proforma de contrato, siendo que el postor expresa su voluntad al participar del respectivo proceso de selección<sup>(1254)</sup>. Ello permite mantener la naturaleza consensual de la cláusula arbitral en el ámbito de la contratación administrativa.

Finalmente, en cuanto al tercer supuesto de procedencia, el Tribunal señala que, aun cuando la jurisdicción arbitral tenga su origen en el consentimiento de quienes participan de una relación contractual, ello de ninguna manera justificará el que hacia su estructura se reconduzcan asuntos por su propia naturaleza indisponibles por los propios sujetos participantes de dicha relación, como derechos fundamentales, materias penales o incluso respecto de materias tributarias.

---

(1254) CUEVA MORALES, Carlos. "El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado". En: *Revista CÁTHEDRA*. N° 8, Palestra, Lima, 2001, pp. 202-203.

Ahora bien, como ya lo hemos señalado, la atribución del Estado de someter sus controversias a arbitraje, aun cuando estas se encuentren sometidas al derecho público, no implica que este se encuentre disponiendo de materias por naturaleza indisponibles, puesto que, como lo hemos señalado, el arbitraje posee una eminente naturaleza pública derivada de su consagración constitucional.

## **2. El precedente del Tribunal Constitucional**

Ahora bien, en una sentencia posterior, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el particular, estableciendo un importante precedente en cuanto a la procedencia del amparo contra laudos arbitrales<sup>(1255)</sup>. Ello era necesario a fin de proteger la jurisdicción arbitral y evitar el empleo indebido del proceso de amparo para ello.

En primer lugar, en cuanto a la improcedencia del amparo arbitral, el Tribunal establece que el recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la referida sentencia.

Asimismo, el Tribunal establece que, de conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572.

Además, conforme lo dispone el Tribunal Constitucional, es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65 e inciso 1 del artículo 73 de la Ley N° 26572, respectivamente.

Ahora bien, cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que

---

(1255) STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC.

ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (conforme el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) o los recursos de apelación y anulación (conforme la Ley General de Arbitraje), siendo por ello improcedente el amparo.

Por otro lado, el Tribunal señala que la interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

Finalmente, señala el Tribunal Constitucional que contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Por otro lado, el Tribunal establece un conjunto de supuestos en los cuales no podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5 inciso 2) del Código Procesal Constitucional<sup>(1256)</sup>. En primer lugar, cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, no podrá declararse improcedente la demanda de amparo cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>(1257)</sup>.

Finalmente, no podrá declararse improcedente el amparo cuando sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo

---

(1256) STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC, f. j. 21.

(1257) **Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional.**

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071<sup>(1258)</sup>.

En el caso de los dos primeros supuestos, el Tribunal dispone que será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que este haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

Finalmente, el Tribunal Constitucional establece que la sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos antes indicados puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. Se establece claramente que en ningún caso el juez, o en su caso el Tribunal Constitucional, podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje.

### **3. Control difuso arbitral**

Si bien es cierto el Tribunal Constitucional reconoce la facultad de los árbitros de ejercer el control difuso, ha considerado pertinente establecer una regulación a este<sup>(1259)</sup>. En este sentido, se establece que el control difuso de la jurisdicción arbitral se rige por las disposiciones del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia vinculante dictada por este Tribunal Constitucional sobre el control difuso.

Asimismo, el Tribunal dispone en el referido precedente que solo podrá ejercerse el control difuso de constitucionalidad sobre una norma aplicable al caso de la que dependa la validez del laudo arbitral, siempre que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución y además, se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de alguna de las partes.

---

#### **(1258) Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

(1259) STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC, f. j. 26.

## VIII. EJECUCIÓN DEL LAUDO

---

Como lo hemos señalado, el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia, siendo eficaz de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes<sup>(1260)</sup>. Sin embargo, los árbitros carecían de la facultad para ejecutar coercitivamente los laudos arbitrales, vale decir, en contra de la voluntad de los obligados.

Ello ha llevado a un sector importante de la doctrina considerar que el arbitraje no es jurisdicción, sin tomar en cuenta que en el contexto arbitral la ejecución judicial es tan solo la plasmación materia de la decisión, sin que el Poder Judicial pueda pronunciarse de manera alguna respecto a la validez o pertinencia de esta, a lo que hay que agregar el hecho de que el nivel de intervención del Poder Judicial depende en buena cuenta de lo acordado por las partes.

De hecho, a diferencia de su predecesora, el Decreto Legislativo N° 1071 establece la ejecución arbitral por la cual, a solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable<sup>(1261)</sup>.

Sin embargo, se exceptúa de lo antes señalado, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, la norma señala que el tribunal cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de esta, copia de los actuarios correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

### **Proceso de ejecución**<sup>(1262)</sup>

El Decreto Legislativo establece en primer lugar que la parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

La norma preceptúa<sup>(1263)</sup> en cuanto a la competencia que para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo

---

(1260) Artículo 231 del Reglamento

(1261) Artículo 67 del Decreto Legislativo N° 1071.

(1262) Artículo 68 del Decreto Legislativo N° 1071.

(1263) Artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1071.

comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

Asimismo, la autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

La parte ejecutada solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 de la norma, que como lo hemos señalado anteriormente regula la suspensión de la ejecución en caso de interposición del recurso de anulación, teniendo en cuenta el requisito de garantía, si es que se hubiese establecido.

La norma preceptúa que la autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

Finalmente, se señala que la autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo. La finalidad es permitir un proceso fluido, que permita que el laudo genere los efectos que correspondan.

## **IX. LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS**

---

La Nueva Ley incorpora una novedad en la resolución de controversias. Dicha norma establece<sup>(1264)</sup> que las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas (*dispute boards*) en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. Inclusive, dicha norma prescribe que el Reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La finalidad de este mecanismo es solucionar las controversias de una manera que sería más eficiente<sup>(1265)</sup>. Para ello, la Exposición de Motivos de la Norma<sup>(1266)</sup> establece que emplearse en obras de especial importancia, en donde ello se justifique, teniendo además un efecto vinculante.

---

(1264) Numeral 45.1 del artículo 45 de la Nueva Ley.

(1265) Sobre el particular: ESQUIVEL LAS HERAS, Richard Javier. "La junta de resolución de conflictos como novedad en la Ley N° 30225". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, pp. 21-22.

(1266) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 59.

El acotado documento refiere correctamente que este mecanismo se emplea en otros países, sin señalar sin embargo si ello ha generado resultados eficientes.

### **1. Aplicación de la Junta de Resolución de Disputas**

Asimismo, se establece en la Nueva Ley que, en los casos en que resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de esta. Un primer aspecto a señalar es que este mecanismo se emplea de manera integral en el marco de la ejecución de la obra, no siendo de aplicación en controversias posteriores a la culminación de la relación contractual.

La Nueva Ley prescribe además que las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. En consecuencia, se establece que las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

### **2. Su regulación en otras normas**

De hecho, como señala la Exposición de Motivos, el numeral 9.2 del artículo 9 del Decreto Legislativo N° 1012, que aprobó la “Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada”, establece un mecanismo como el antes señalado.

Así, la referida norma preceptúa que en los nuevos contratos a suscribirse, podrá considerarse en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional, que las partes puedan someter sus controversias a una Junta de Resolución de Disputas, a solicitud de cualquiera de ellas, la cual estará conformada por uno (1) o tres (3) expertos que serán designados por las partes de manera directa o por delegación a un Centro o Institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos. La Junta de Resolución de Disputas emitirá una decisión vinculante para las partes, la cual no limita su facultad de recurrir al arbitraje.

## **X. A MODO DE CONCLUSIÓN**

---

La contratación administrativa tiene por finalidad primaria y fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención

de los particulares como colaboradores de la Administración Pública a través de la celebración del respectivo contrato administrativo.

Lo antes señalado justifica determinadas regulaciones establecidas legalmente, en especial el sometimiento obligatorio a arbitraje de la controversia que surja en la etapa de ejecución contractual, el que no se contrapone, ni con la naturaleza pública de la contratación administrativa ni con la naturaleza consensual del arbitraje.

La naturaleza de la materia contractual –que posee un intenso componente de interés general– obliga a su vez que el laudo arbitral posea características propias y se encuentre protegido por un conjunto de garantías que favorezcan los beneficios que se pretenden obtener, en este caso, provenientes de la eficiencia en la resolución de la controversia. Dichas características se encuentra referidas a la naturaleza definitiva del laudo, a la participación de un ente rector como OSCE, la aplicación limitada de las causales de anulación como resultado de la obligatoriedad del sometimiento a arbitraje, entre otros.



# **CAPÍTULO XIV**

## **LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

---

En el marco del proceso de contratación administrativa los proveedores pueden ser pasibles de cometer infracciones, las mismas que son sancionadas por el Tribunal de Contrataciones. La justificación es evitar que se cometan actos dañosos, generando previsión de los mismos a través de la sanción administrativa. Así se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, a fin que los mismos no cometan dichas infracciones.

#### **1. La Administración Pública como filtro**

Es entonces cuando debemos definir el papel que la Administración Pública cumple en el incentivo negativo de conductas antisociales a través de la imposición de sanciones, puesto ante una infracción determinada debemos optar por emplear el ordenamiento penal o el ordenamiento administrativo, siempre que el fundamento sea distinto, a fin de no vulnerar el non bis in ídem.

Como ya lo hemos mencionado anteriormente, la Administración Pública debe servir como un filtro para reducir el nivel de conflictividad en la sociedad, resolviendo las controversias y permitiendo que solo aquellas que esta no puede resolver lleguen al Poder Judicial. Lo que ocurre es que el problema de la carga procesal del Poder Judicial se ha convertido en un asunto de Estado más que en un asunto que deba resolverse únicamente en el ámbito de aquel poder del Estado.

Si el Poder Judicial es cada vez más eficiente –y en consecuencia, menos costoso– el lógico resultado va a ser que la carga procesal se incremente, por simple aplicación de la ley de demanda. El problema de la carga judicial se resuelve entonces generando mecanismos para que los conflictos se resuelvan fuera del Estado (a través del arbitraje, por ejemplo), o para que los mismos se resuelvan al interior de las entidades administrativas. El procedimiento administrativo sancionador debería ser un mecanismo que permita ello, permitiendo controlar conductas antisociales sin tener que recurrir al Poder Judicial.

Sin embargo, este papel que le toca desempeñar a la autoridad administrativa debe ser realizado de manera eficiente, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los administrados, respetando los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Caso contrario, el Poder Judicial tendría siempre que revisar lo resuelto por la entidad, situación en la cual el efecto liberador de la carga procesal se pierde.

## **2. Potestad sancionadora del Tribunal**

Conforme lo dispone el Reglamento<sup>(1267)</sup>, la facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente conforme lo dispuesto por los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento, reside de manera exclusiva en el Tribunal de Contrataciones. Sin embargo, la potestad sancionadora es asignada por la Ley<sup>(1268)</sup>, en estricto cumplimiento del principio de legalidad.

Ahora bien, por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso indicar que por primera vez se establece en la Ley del Procedimiento Administrativo General una regulación expresa de la potestad sancionatoria, aplicándosele incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del Derecho Penal.

Y es que, no todo acto contrario a las normas debe ser sancionado penalmente, dado el carácter subsidiario de dicha rama del Derecho, que opera siempre como última ratio, como ya lo hemos explicado. En

---

(1267) Artículo 235 del Reglamento.

(1268) Artículo 63 de la Ley.

consecuencia, el ordenamiento debe establecer la posibilidad de la aplicación de sanciones administrativas, que funcionen también como mecanismos de control social, pero de una manera relativamente más benigna. Las sanciones administrativas no incluyen, por ejemplo, la posibilidad de establecer privación de la libertad de los administrados, facultad que sí se encuentra presente en las sanciones penales.

### **Regulación de la potestad sancionadora**

La regulación de la potestad sancionadora, y por ende, del procedimiento sancionador, resultaba ser una novedad en el ordenamiento peruano, caracterizado por la inexistencia, hasta la emisión de la Ley de Procedimiento Administrativo General, de una norma o conjunto de normas que regularan los principios y regulaciones aplicables al procedimiento sancionador en una órbita genérica<sup>(1269)</sup>.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1029 ha modificado sustancialmente diversos aspectos del procedimiento sancionador. En primer lugar, la norma materia de comentario modifica el artículo 229 de la Ley N° 27444, estableciendo que las disposiciones de la misma en materia de procedimiento administrativo sancionador se aplican supletoriamente a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las mismas que deberán observar los principios de la potestad sancionadora establecidos en la Ley, así como la estructura y las garantías previstas para el referido procedimiento. Lo antes indicado resulta de particular importancia en el caso del procedimiento administrativo sancionador que se tramita en el contexto de la contratación administrativa.

El Decreto Legislativo antes señalado establece en consecuencia que dichos procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las que se establecen en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Esto es una novedad de esta norma y permite otorgarle una mayor predictibilidad a los procedimientos sancionadores especiales.

Los procedimientos administrativos sancionadores establecidos en leyes especiales entonces deben guardar coherencia con lo preceptuado por la Ley N° 27444 a fin no solo de que exista uniformidad en el tratamiento de los referidos procedimientos, sino además de que el procedimiento sancionador revista las garantías necesarias para que su resultado sea justo, considerando que el mismo constituye actos de gravamen respecto al administrado.

---

(1269) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública". En: *Ius Et Veritas*. N° 10, Año V, PUCP, Lima, p. 151.

De hecho, existen procedimientos sancionadores que vulneran dichos principios, teniendo en cuenta que, si bien ellos se encuentran consignados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, son enunciados que se deducen a su vez de derechos y principios consagrados constitucionalmente, en especial del debido proceso en sede administrativa.

### **Las prerrogativas sancionadoras como potestad**

Como ya hemos señalado anteriormente en este tratado, entendemos como potestad aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo —en particular, por la ley—, que habilita a su titular para imponer conductas a terceros<sup>(1270)</sup>, con la posibilidad de que el sujeto pasivo de deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas<sup>(1271)</sup>. Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción respecto de la entidad en cuestión. En el caso específico de la potestad sancionadora, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados en un ámbito determinado.

A diferencia de ciertos casos en el Derecho comparado, como el español<sup>(1272)</sup>, la Constitución Peruana no establece la existencia de facultades sancionadoras a favor de la Administración, cosa que la norma constitucional sí hace con la facultad punitiva propia del Derecho Penal. Ello no obsta para afirmar la existencia de las prerrogativas antes mencionadas, toda vez que las mismas provienen de la autotutela administrativa<sup>(1273)</sup>, la misma que hoy en día no se discute, por lo menos en nuestra tradición administrativa<sup>(1274)</sup>.

Ahora bien, una vez que hemos justificado la existencia de facultades sancionadoras en favor de la Administración, resulta evidente la necesidad de que dichas facultades se encuentren claramente reguladas, a fin de que se reduzcan al mínimo las posibilidades de un ejercicio discrecional por parte de la Administración, en clara defensa de los derechos del

---

(1270) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 394.

(1271) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 31.

(1272) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., p. 161; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de procedimiento administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 455.

(1273) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., p. 150.

(1274) No obstante ello, la autotutela administrativa resulta sumamente discutible en el ámbito del Derecho Administrativo anglosajón. Sobre el particular: VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas de Derecho Administrativo*. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 323.

administrado; finalidad que también le corresponde a la Administración, conforme al artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>(1275)</sup>.

Por otro lado, el procedimiento administrativo sancionador, en sí mismo, opera premunido de un conjunto de garantías aplicables al administrado, las mismas que permiten que el procedimiento sea tramitado de manera eficiente, tutelándose adecuadamente los derechos fundamentales del administrado, asegurando que la calificación de la infracción y la determinación de la posterior sanción sean ambas realizadas sobre base real y objetiva.

### **Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva**

En este orden de ideas, y de manera similar a lo que ocurre respecto a la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, que es objetiva; la responsabilidad administrativa del administrado es también objetiva, razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar la misma, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno.

Esta consideración elimina entonces el principio de culpabilidad, tan empleado por la doctrina en materia administrativa sancionadora<sup>(1276)</sup> —así como en la jurisprudencia comparada, en particular la española—, que implica que la responsabilidad administrativa se imputa ante la existencia de dolo o de culpa. Lo que ocurre es que dicho principio en realidad carece de sustento en el ámbito de las infracciones administrativas, como lo vamos a demostrar a continuación.

En primer lugar, el evidente rol secundario que juega la intencionalidad del infractor en la determinación de la sanción en lo que concierne al principio de razonabilidad —luego de la reforma proveniente del Decreto Legislativo N° 1029— nos muestra la opción del legislador peruano por un modelo objetivo de responsabilidad administrativa de los particulares, en el cual no importa el dolo o la culpa como factores de atribución de responsabilidad. Similar afirmación podemos efectuar respecto a los criterios que se encuentran establecidos en la Ley a fin de graduar la sanción y que vamos a analizar más adelante.

---

(1275) **Artículo III.- Finalidad.**

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

(1276) NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005, p. 383 y ss.

Pero sobre todo es evidente que el dolo y la culpa son irrelevantes para determinar la comisión de una infracción administrativa. Inicialmente, porque el solo hecho de cometer la misma implica la violación al deber de cuidado, con lo cual resulta innecesario evaluar la existencia de dolo o culpa<sup>(1277)</sup>. En otras palabras, podríamos afirmar que, por lo menos la culpa, se presume en el ámbito de la responsabilidad del administrado.

Asimismo, es imposible que el administrado pueda acreditar que ha actuado con la diligencia requerida al cometer una infracción administrativa. Si una persona abrió su local comercial sin licencia no es posible que se exonere de responsabilidad demostrando haber actuado con la diligencia requerida. Lo mismo ocurre en supuestos de protección al consumidor, en los cuales incluso se hace referencia claramente a los supuestos de fractura del nexo causal.

El concepto de culpabilidad debe ser descartado a fin de permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la misma que hoy en día resulta ser por completo indiscutible, en especial en el ámbito de la contratación administrativa. Si admitiéramos la necesidad de acreditar el dolo o la culpa para efectos de la responsabilidad administrativa sería imposible que una persona jurídica pueda ser sancionada, puesto que la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Es por ello que se considera que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas<sup>(1278)</sup>.

Resulta entonces perfectamente posible que una persona jurídica sea sancionada por una infracción administrativa y que su representante legal sea denunciado penalmente por el mismo hecho sin que se vea afectado el principio de non bis in ídem toda vez que si bien existe identidad de hecho y hasta de fundamento, no existe identidad de sujeto. Y es sumamente discutible, por decir lo menos, afirmar que la persona jurídica incurre en culpa a través de la persona natural que la dirige<sup>(1279)</sup>, como lo señala algún sector de la doctrina<sup>(1280)</sup>.

Finalmente, en materia contractual administrativa la interpretación de la Ley y del Reglamento nos lleva a considerar que la responsabilidad es objetiva también en este caso, puesto que se establece que la

---

(1277) Para una visión distinta: DE FUENTES BARDAJI, Joaquín (dir.). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. T. 1, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, p. 176 y ss.

(1278) Sobre el particular: NIETO, Alejandro. Ob. cit., p. 440 y ss.

(1279) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración". En: *Temas de Derecho Procesal*. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. UNAM, México, D.F., 1996, p. 753.

(1280) DE FUENTES BARDAJI, Joaquín (dir.). Ob. cit., p. 203.

intencionalidad del autor posee un papel en la determinación de la sanción, pero no en la asignación de la responsabilidad administrativa que corresponda; y así lo ha entendido el Tribunal de Contrataciones al resolver en materia sancionadora<sup>(1281)</sup>.

### 3. Los principios de la potestad sancionadora

Derivado del principio de legalidad administrativa en su acepción más amplia –mas no del principio de legalidad penal, que en realidad se enuncia de manera distinta–, el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador implica que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades administrativas la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado<sup>(1282)</sup>, potestad sancionadora que en ningún caso habilitará a disponer la privación de libertad, facultad que compete únicamente al juez y en el contexto de la tramitación de un proceso penal.

La Ley del Procedimiento Administrativo General señala en este punto que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto<sup>(1283)</sup>. Esta garantía se deduce claramente del principio de debido proceso administrativo, –como veremos luego– al impedirse que se modifique la competencia predeterminada por la Ley, en una suerte de derecho a la autoridad competente predeterminada por la Ley.

#### Debido procedimiento

Asimismo, el debido procedimiento, en materia sancionatoria, implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. En este caso, y dado que la resolución que pueda emitirse tendrá un carácter gravoso, este principio debe ser tomado en su acepción más amplia posible, incluyéndose, para algunos, determinados principios del derecho de defensa en el orden penal<sup>(1284)</sup>.

Como lo hemos señalado, en el capítulo relativo a los principios, definimos debido proceso como el conjunto de garantías indispensables para

---

(1281) En especial la Resolución N° 1438-2007-TC-S3 y N° 231.2014-TC-S3, entre otras.

(1282) Artículo 230, inc. 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(1283) Artículo 231 de la Ley N° 27444.

(1284) HUAPAYA TAPIA, Ramón. ¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General? En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 141. Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 188.

que un proceso en el cual se va a tomar una decisión pueda ser considerado justo. Ahora bien, el debido proceso, como derecho constitucional, es un derecho complejo, definiéndose como tal aquel derecho cuyo contenido se encuentra conformado a su vez por otros derechos de naturaleza incompleja.

En este orden de ideas, el debido proceso, en su ámbito adjetivo o procesal, contiene en su seno derechos tan importantes como el derecho al procedimiento predeterminado por la Ley, la posibilidad de impugnar la decisión tomada, el derecho de defensa o la motivación de las resoluciones emitidas por la entidad respectiva. Así, este principio es medular en los procedimientos administrativos sancionadores, en especial aquellos que son tramitados por el Tribunal de Contrataciones<sup>(1285)</sup>. Y así lo ha entendido dicho Colegiado en reiterada jurisprudencia<sup>(1286)</sup>.

### **Razonabilidad**

Por el principio de razonabilidad, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse un conjunto de criterios para efectos de su graduación, como son la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia o no de intencionalidad por parte del agente de la infracción.

Ahora bien, como veremos más adelante, el Reglamento establece los criterios aplicables para la graduación de la sanción, los cuales no difieren sustancialmente de los establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Dichos criterios son necesarios para que la graduación sea objetiva y puede ser revisada por el Poder Judicial si es que se iniciara el proceso contencioso-administrativo.

### **Tipicidad**

Por el principio de Tipicidad –que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionatoria– solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. En tal sentido, este principio se

---

(1285) Sobre el particular: CORTÉS TATAJE, Juan Carlos. "Observancia al principio del debido procedimiento administrativo en el ejercicio de *ius puniendi*". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 187, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2014, pp. 233-234.

(1286) Resolución N° 368-2011-TC.S4, N° 443-2014-TC-S3, entre otras.



asemeja a su equivalente a nivel del Derecho Penal, puesto que establece que solo la Ley puede establecer las infracciones y las sanciones respectivas, sea cual fuese el ámbito jurídico en el cual las mismas se apliquen.

El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe. En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen<sup>(1287)</sup>.

### **Irretroactividad**

Por el principio de irretroactividad son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar. La Ley contempla, sin embargo, la retroactividad benigna, al señalar la aplicación de normas posteriores cuando resulten más favorables al administrado. Esto último, sin embargo, parece ser una contravención a la norma constitucional, que establece que solo existe retroactividad benigna en materia penal y cuando favorece al reo, mas no en términos de Derecho Administrativo sancionador.

En este punto debe analizarse con cuidado el asunto relativo al alcance de la retroactividad benigna en el Derecho Administrativo sancionador, puesto que podría entenderse que la misma podría alcanzar a hechos respecto de los cuales ya la Administración se ha pronunciado imponiendo una sanción de manera firme<sup>(1288)</sup>, e incluso a sanciones que ya han sido ejecutadas.

Mientras que algunos consideran que la retroactividad benigna llega hasta la ejecución de la sanción, otros afirman que la misma no puede afectar un acto administrativo firme<sup>(1289)</sup>. En lo que si la doctrina parece estar de acuerdo es que este principio no es aplicable a sanciones ya

---

(1287) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Ob. cit., Tomo II, p. 174.

(1288) Sobre el particular: PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el procedimiento administrativo sancionador". En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444*. ARA, Lima, 2003, pp. 536-537.

(1289) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 662.

ejecutadas. Si la multa ya ha sido cobrada, la misma no puede ser recuperada por el administrado aun cuando la infracción haya dejado de serlo.

### **Concurso de infracciones**

El principio de concurso de infracciones implica 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. Este principio se presenta similar a aquellos establecidos en el ámbito penal respecto a los concursos de delitos, sean estos ideales o reales, distinción que se considera aplicable también al procedimiento administrativo sancionador.

Un concurso ideal de infracciones es aquel en el cual un mismo hecho afecta varios bienes jurídicos; mientras que el concurso real de infracciones ocurre cuando ocurren varias acciones simultáneas que afectan a determinados bienes jurídicos. En este orden de ideas, resulta evidente que este principio se aplica al concurso ideal de infracciones, puesto que en el caso de un concurso real cada hecho deberá ser sancionado como resultado de la infracción generada<sup>(1290)</sup>.

### **Continuación de infracciones**

El principio de continuación de infracciones –que a primera vista parece más bien una técnica a emplear en el procedimiento administrativo– tiene por finalidad impedir la iniciación de nuevos procedimientos sancionadores cada vez que el particular cometa una infracción que forma parte de un conjunto de infracciones íntimamente relacionadas entre sí<sup>(1291)</sup>, así como para aplicar el supuesto de continuidad a fin de graduar la sanción administrativa.

En este orden de ideas, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, la Ley del Procedimiento Administrativo General preceptúa que se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y que la entidad acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Que no se generen estos requerimientos no obsta para que se haga efectivo mecanismos de ejecución forzosa contra el administrado que no

---

(1290) VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En: MARAVÍ SUMAR, Milagros (comp.) *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. UPC, Lima, 2009, p. 423.

(1291) *Ibidem*, p. 424.

cumple con la medida correctiva respectiva, que es el cese de la actividad ilícita, mecanismos que pueden incluir la multa coercitiva como es el caso de los organismos reguladores o el Indecopi.

### **Causalidad**

Por otro lado, en el Derecho Administrativo sancionador –y en el Derecho sancionador en general– la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Ahora bien, al igual que en el Derecho Penal y la responsabilidad civil el criterio de causalidad a aplicar es el de la denominada causalidad adecuada. En este sentido, cuando hacemos mención a la causalidad adecuada, nos referimos a la que implica que únicamente cabe responsabilidad de infracciones generadas por hechos que normalmente causan dichas conductas legalmente tipificadas.

Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado, la única forma a través de la cual dicho administrado podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. Es decir, demostrar que existe la posibilidad de demostrar que, no obstante la generación de la infracción, esta no fue originado por el comportamiento del administrado.

El caso más conocido de fractura de nexo causal y el que nos viene primero a la memoria es el caso fortuito. Conocido inicialmente como “acto de Dios”, el caso fortuito implica un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, proveniente de la naturaleza<sup>(1292)</sup>. El hecho es extraordinario, puesto que no constituye un riesgo propio de la actividad que está efectuando el administrado.

Se ha discutido mucho respecto de la justificación de la imprevisibilidad como elemento de la causal, pero consideramos que la misma es de particular relevancia toda vez que si la causal hubiese sido prevista la misma no podría eximir de responsabilidad, puesto que el administrado habría podido evitarla. Por otro lado, el hecho es irresistible puesto que al administrado le ha resultado imposible actuar de otra manera, siendo considerado este como una persona normal.

Por otro lado, se entiende por fuerza mayor –conocida tradicionalmente como “acto del Príncipe”– a aquella causa no imputable, consistente en un evento extraordinario e irresistible, generado por una autoridad

---

(1292) Sobre el particular: DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. T. I, PUCP, Lima, 1990, p. 304.

que goza de un poder otorgado por el Estado. Es decir, la fuerza mayor no requiere el elemento de imprevisibilidad, puesto que basta con que el mismo, de haberse podido prever, fuera inevitable<sup>(1293)</sup>. La infracción ocurrió entonces como resultado de cualquier actuación administrativa o estatal que haya impulsado la comisión de aquella. Es preciso señalar además que ambas causales a menudo se han confundido –incluso en la normativa civil<sup>(1294)</sup>–, siendo eminentemente distintas, por lo menos en el ámbito del Derecho Administrativo.

El hecho determinante de tercero es en realidad una situación que impide la responsabilidad administrativa, en líneas generales, dado que otra persona generó la infracción. Lo que ocurre es que la imputación de responsabilidad al administrado implica considerar a este último como agente. Ahora bien, el tercero debe ser siempre un ente o persona distinta a las personas que componen la entidad que aparentemente ha generado el daño.

Finalmente, la actuación de quien sufre el daño –en este caso la autoridad administrativa– inicialmente no parece ser determinante para estos efectos, considerando que además puede confundirse con la fuerza mayor. Siendo objetiva la responsabilidad del administrado aparentemente no parece ser posible emplear la negligencia de la autoridad administrativa como una causal eximente de responsabilidad.

Sin embargo existen comportamientos de la entidad que pueden llevar a error al administrado y que no implican el empleo del poder derivado del ejercicio de la función administrativa, como podría ser por ejemplo la entrega de información verbal de manera errónea. Con lo cual queda claro que los supuestos de error del administrado se resuelven a través del empleo del principio de causalidad y no del supuesto principio de culpabilidad.

### **Presunción de licitud**

Por el principio de presunción de licitud, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Este principio resulta ser equivalente en el ámbito penal a la llamada presunción de inocencia contenida

---

(1293) DE FUENTES BARDAJI, Joaquín (Dir.). Ob. cit., pp. 186-187.

(1294) **Código Civil:**

**Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor**

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

en nuestra Constitución, que sin embargo no debe ser confundida con el principio de *in dubio pro reo*, que posee un origen y naturaleza distintos.

La inmediata consecuencia del principio que venimos señalando es la asignación de la carga de la prueba a la Administración respecto a la demostración de la comisión de la infracción por parte del administrado. La Administración es la que debe probar la comisión de la infracción. Esta, en consecuencia, no se presume, ni siquiera en el supuesto de que el administrado no se presente a presentar sus descargos en el procedimiento iniciado en su contra.

### **Non bis in ídem**

Finalmente, y en cuanto al principio de non bis in ídem es preciso señalar que inicialmente establecía en la Ley del Procedimiento Administrativo General que 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<sup>(1295)</sup>.

Resultaba obvio, en consecuencia, que tampoco pueden imponerse dos o más sanciones administrativas a una misma infracción. Asimismo, y cuando la ley se refiere a pena, se debe entender que se está haciendo mención a la sanción de naturaleza penal. Es decir, no cabe el establecimiento simultáneo o sucesivo de varias sanciones administrativas, o estas combinadas con sanciones penales.

Ahora bien, en cuanto a este principio el Decreto Legislativo N° 1029 modificó este precepto, dejando claro, tal como también lo ha señalado la jurisprudencia de manera reiterada, que el mismo se aplica también ante la coexistencia de sanciones administrativas, salvo en lo relativo a la continuación de infracciones, que no implica en realidad una excepción a dicho principio, sino más bien un supuesto de graduación de la sanción administrativa.

A fin de que ese principio sea aplicable, se requiere que se manifieste la triple identidad. Ello implica que exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento<sup>(1296)</sup>. En el primer caso, es preciso tener en cuenta la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en los procesos penales.

---

(1295) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Ob. cit., p. 155.

(1296) CORTÉS TATAJE, Juan Carlos. "Aplicación del principio del non bis in ídem en materia de contrataciones del Estado". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 191, Gaceta Jurídica, Lima, setiembre 2014, pp. 258-259.

En el segundo caso, es preciso señalar que existe un ámbito material y un ámbito procesal de este principio. Por el primero, las personas no pueden ser sancionadas por lo mismo dos veces. Por el segundo, las personas no pueden ser sometidas a más de un proceso o procedimiento por los mismos hechos.

En cuanto a la identidad de fundamento, esta se enfoca en el bien jurídico tutelado, cuya distinción es la que justifica que un mismo hecho pueda generar varias imputaciones contra un mismo sujeto. Esto ocurre en la contratación administrativa con frecuencia. Un ejemplo es la presentación de información falsa o las vulneraciones a la libre competencia, por lo menos con la legislación actualmente vigente, como veremos más adelante.

#### **4. La obligación de informar sobre supuestas infracciones**

El Reglamento preceptúa<sup>(1297)</sup> en este punto que el Tribunal podrá tomar conocimiento de hechos que puedan dar lugar a la imposición de sanción, ya sea de oficio, por petición motivada de otros órganos o entidades, o por denuncia; siendo que en todos los casos, la decisión de iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal.

En primer lugar, inmediatamente advertida la existencia de indicios de la comisión de una infracción, las entidades están obligadas a poner en conocimiento del Tribunal tales hechos, adjuntando los antecedentes y un informe técnico legal de la entidad, que contenga la opinión sobre la procedencia y responsabilidad respecto a la infracción que se imputa.

La obligación antes señalada será cumplida por la entidad sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponde para declarar la nulidad del proceso o, de ser el caso, del contrato, cuando se incurra en alguna de las causales previstas en el artículo 56 de la Ley<sup>(1298)</sup>, supuestos a los cuales nos hemos referido ampliamente en el capítulo correspondiente.

Por otro lado, los terceros podrán formular denuncias respecto a proveedores, participantes, postores, contratistas o árbitros, que puedan dar lugar a la imposición de las sanciones a las que se refiere la Ley y el Reglamento, para lo cual deberán acompañar el sustento de las imputaciones

---

(1297) Artículo 241 del Reglamento.

(1298) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

que formulan. En este caso, a requerimiento del Tribunal, las entidades deben remitir la información correspondiente<sup>(1299)</sup>.

## II. INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

---

La Ley<sup>(1300)</sup> establece un conjunto de infracciones aplicables a proveedores, postores, adjudicatarios y contratistas, en cumplimiento del principio de tipicidad. Dichas infracciones se encuentran referidas a determinados bienes jurídicos que deben ser tutelados en el contexto de la contratación administrativa, a fin de que pueda cumplir sus fines de manera adecuada.

En este orden de ideas, una infracción administrativa puede definirse como toda conducta considerada ilícita por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar. La intención de la sanción administrativa, en consecuencia, se enfoca a la necesidad de desincentivar conductas consideradas socialmente indeseables, pero que no se consideran de suficiente gravedad como para tipificarlas penalmente<sup>(1301)</sup>.

### 1. Las infracciones establecidas en la Ley

En primer lugar constituye infracción administrativa no mantener la oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato; no suscriban injustificadamente el contrato o acuerdo de Convenio Marco, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor. Es preciso señalar que la incorporación del acuerdo de Convenio Marco proviene de la reforma implementada por la Ley N° 29873.

Ahora bien, nos encontramos en realidad ante dos infracciones distintas, y así lo entiende el artículo 50 de la Nueva Ley. Una primera, que el postor no mantenga su oferta hasta que la buena pro haya sido consentida, teniendo en cuenta que ya no existela garantía de seriedad de oferta. La Nueva Ley tipifica esta infracción como el desistimiento o retiro injustificado de la propuesta, con lo cual podrían existir supuestos de

---

(1299) Ídem.

(1300) Artículo 51 de la Ley.

(1301) VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. Ob. cit., p. 403.

justificación de dicho hecho, como podría ser el error detectado en la propuesta económica<sup>(1302)</sup>.

### **El incumplimiento de la suscripción del contrato**

Pero, por otro lado, tenemos la infracción consistente en incumplir el perfeccionamiento del contrato, como lo establece la Nueva Ley, que incluye la suscripción del contrato y la formalización del acuerdo marco, pero también la recepción de la orden de compra o de servicio, las cuales también constituyen contrato administrativo, salvo que sean emitidas en supuestos no sometidos a la normativa contractual<sup>(1303)</sup>.

Ahora bien, conforme la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones<sup>(1304)</sup>, esta infracción es imputable también a quien incumple con aquellas actuaciones que son necesarias para la suscripción del contrato, como son la presentación de los documentos establecidos por las bases y la normativa contractual, incumplimiento que debe ser injustificado para que se manifieste la infracción<sup>(1305)</sup>.

Lo anteriormente señalado es importante en cuanto pueden existir situaciones que generen la imposibilidad jurídica de suscribir el contrato, como puede ser el haber sido inhabilitado para contratar con el Estado, luego del consentimiento del otorgamiento de la buena pro<sup>(1306)</sup>, así como hechos que constituyan caso fortuito<sup>(1307)</sup>, que incluyen supuestos de enfermedad<sup>(1308)</sup>. Asimismo, el adjudicatario no es responsable de la falta de suscripción imputable a la entidad, por ejemplo si es que la citación fue efectuada de manera extemporánea<sup>(1309)</sup>.

### **La resolución del contrato**

Asimismo, conforme lo dispuesto por la Ley, constituye infracción administrativa dar lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte. Ello opera sin perjuicio del resto de consecuencias que genera dicha resolución, como son la ejecución

---

(1302) CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. “Sanción de inhabilitación al postor por no mantener la oferta o por negarse a suscribir el contrato”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 247, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2014, p. 236.

(1303) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 196 y ss.

(1304) Resolución N° 2101-2014-TC-S2.

(1305) GÓMEZ NESTARES, José Rodolfo. “Si ganas la buena pro y esta queda consentida suscribe el contrato”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 193, Gaceta Jurídica, Lima, octubre 2014, p. 271 y ss.

(1306) Resolución N° 2087-2014-TC-S3.

(1307) CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. Ob. cit., p. 242.

(1308) Resolución N° 2454-2013-TC-S3.

(1309) Resolución N° 743-2014-TC-S2.



de la carta fianza. La justificación de esta infracción estriba en el perjuicio al interés general como resultado de la resolución contractual. Es preciso recordar que el contratista es un colaborador de la entidad y no cualquier contratante.

Ahora bien, en este punto existe un importante Acuerdo del Tribunal sobre el particular, al cual nos hemos referido anteriormente en el capítulo referido a la ejecución contractual<sup>(1310)</sup>. Dicho acuerdo señala que para se verifique la infracción antes señalada las entidades deberán presentar la documentación que acredite en primer lugar el envío de la carta notarial de requerimiento previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; así como la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato<sup>(1311)</sup>.

Así, si es que se han requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, estos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento.

Señala además el Tribunal de Contrataciones que el requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior, no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, como lo señala el Reglamento.

Asimismo, destaca que en el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento.

Finalmente, de haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción 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

---

(1310) Acuerdo N° 006/2012, de fecha 20 de setiembre de 2012.

(1311) Sobre el particular: PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. "Análisis de la sanción administrativa por resolución de contrato". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 188, Gaceta Jurídica, Lima, mayo 2014, p. 224.

decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.

En consecuencia, para lo antes señalado se requiere que la responsabilidad del contratista se acredite luego del respectivo proceso arbitral, razón por la cual el procedimiento se suspende<sup>(1312)</sup>; o que la resolución del contrato declarada por la entidad se encuentre consentida por el contratista al no haberla impugnado dentro del plazo establecido por la normativa contractual, conforme lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones<sup>(1313)</sup>.

### **Los vicios ocultos**

Constituye infracción administrativa además el haber entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, siempre que existe previamente una sentencia judicial firme o laudo arbitral que determine ello, a fin de que la sanción administrativa no sea arbitraria. Lo antes señalado se encuentra ratificado por la jurisprudencia de Tribunal de Contrataciones<sup>(1314)</sup>.

Ahora bien, es preciso señalar que en la Ley esta infracción no establece la posibilidad del saneamiento de los vicios ocultos. En cambio, la Nueva Ley establece que constituye infracción no proceder al saneamiento cuando ello corresponda, lo cual otorga una mayor flexibilidad a la situación generada por la existencia de dichos vicios<sup>(1315)</sup>.

### **Contratación de proveedores impedidos**

Asimismo, la Ley preceptúa que cometen infracción administrativa aquellos proveedores que contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo establecido por la norma. En estos casos la medida correctiva es la nulidad del contrato, siendo que ello no basta para corregir esta situación, siendo necesario además el mecanismo disuasivo de la conducta antes señalada. Asimismo, la sanción administrativa opera sin perjuicio de la responsabilidad que haya lugar en el caso de los servidores que hayan participado de la contratación.

### **Omisión de la inscripción en el RNP**

También constituye infracción administrativa que los proveedores se registren como participantes, presenten propuestas, o suscriban un

---

(1312) Resolución N° 1141-2011-TC-S4 y N° 241-2004-TC-S2.

(1313) Resolución N° 2099-2014-TC-S4.

(1314) Resolución N° 2033-2014-TC-S3.

(1315) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 48.

contrato o acuerdo de Convenio Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Este supuesto fue aclarado y ampliado por la Ley N° 29873, puesto que la redacción original de la norma se refería únicamente a participar en procesos de selección o suscribir el contrato<sup>(1316)</sup>.

A su vez, la referida infracción vulnera la obligación del proveedor, establecida en el Reglamento<sup>(1317)</sup>, de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente al registrarse como participante, en la presentación de propuestas, en el otorgamiento de la buena pro y la suscripción del contrato.

### **Vulneración a la capacidad libre de contratación o a la especialidad**

Asimismo, constituye infracción administrativa suscribir un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso. Sobre esto nos hemos referido en el Capítulo IV de este libro, al tratar el Registro Nacional de Proveedores, a donde nos remitimos en caso necesario.

### **Suspensión o nulidad del contrato**

Por otro lado, constituye infracción administrativa suscribir contrato pese a haber sido notificados de la suspensión o nulidad del proceso de contratación, dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en ejercicio de sus funciones. Esta infracción fue incorporada por la Ley N° 29873 y opera sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios involucrados en la infracción, al haber participado en la celebración del contrato administrativo.

### **Subcontratación**

Además, constituye infracción administrativa también la realización de subcontrataciones sin autorización de la entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el reglamento. Como lo hemos señalado anteriormente, la subcontratación se encuentra limitada en la contratación administrativa, la cual opera mediando determinadas condiciones.

---

(1316) Sobre el particular: PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. "Sanción por intervenir en procesos de selección sin contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 191, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 235.

(1317) Artículo 252 del Reglamento.

En este punto es importante indicar, conforme lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones<sup>(1318)</sup>, la imposición de la sanción está supeditada a la validez de los subcontratos, situación en la cual el procedimiento administrativo sancionador debe suspenderse hasta que se haya resuelto el proceso judicial que se haya iniciado a fin de discutir dicha validez.

Ahora bien, la Nueva Ley establece que también constituye infracción cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado para contratar con el Estado, lo cual constituye requisito ineludible para que dicha subcontratación sea posible, como lo establece el Reglamento<sup>(1319)</sup>.

### **Prácticas anticompetitivas**

Asimismo, conforme lo establecido por Ley, los proveedores cometen infracción administrativa cuando incurran en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la Ley, la cual se encuentra referida a las prácticas que afectan el principio de libre concurrencia y competencia, afectando seriamente el proceso de contratación administrativa, como lo hemos señalado.

Es preciso señalar que esta infracción no se encuentra en el texto de la Nueva Ley, entendemos que ello ocurre dado que la misma es sancionada a través del Indecopi. Sin embargo, ello constituye un error de concepción de la norma, puesto que estamos ante infracciones distintas, no existiendo vulneración al principio de non bis in ídem. Es preciso indicar que la Exposición de Motivos de dicha norma no contiene una justificación respecto de dicha exclusión.

### **Socios comunes**

Constituye infracción administrativa también respecto de los proveedores incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo que establece el Reglamento<sup>(1320)</sup>. Aquí encontraríamos en realidad dos

---

(1318) Resolución N° 730-2014-TC-S3.

(1319) Artículo 146 del Reglamento.

(1320) **Artículo 260.- Socios comunes**

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán declarar que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente.

Si se detectara el incumplimiento del presente artículo deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, establecida en la Ley.

posibles infracciones. La primera, que sería cometida por los proveedores cuando no declaren que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente, al generarse el supuesto.

Pero la infracción más importante es en la que incurren una vez en el proceso de selección, al presentar propuestas no obstante existir socios comunes entre los postores, lo cual constituye una práctica restrictiva de la libre competencia, que como lo hemos señalado de manera reiterada genera serios perjuicios a la contratación administrativa. Sin embargo, esta infracción no se encuentra consignada en el texto de la Nueva Ley.

### **Documentación falsa e información inexacta**

Asimismo, constituye infracción administrativa la presentación de documentos falsos o información inexacta a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). En realidad, nos encontramos ante dos infracciones distintas, siendo entendidas así por el artículo 50 de la Nueva Ley.

Estas infracciones deben analizarse cuidadosamente, puesto que podemos encontrar fracturas del nexo causal; por ejemplo, cuando la responsabilidad de la falsedad o inexactitud no corresponde al postor, sino a quien le proporcionó la documentación o la información<sup>(1321)</sup>; ello, dada además su especial gravedad, como veremos más adelante.

De hecho, en el caso de la infracción consistente en presentar información inexacta, la Nueva Ley la supedita a que dicha presentación esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros.

Por otro lado, cuando se presenta este supuesto en el caso de procedimientos tramitados ante el RNP nos encontraríamos ante una vulneración al non bis in ídem. Ello, porque el Tribunal de Contrataciones ha entendido que prohibición de reinscripción generada como resultado de la nulidad de la inscripción en el RNP, establecida en la Ley<sup>(1322)</sup>, constituye una sanción en la cual se manifiesta la triple identidad respecto a la sanción que pueda imponer dicho órgano<sup>(1323)</sup>.

---

(1321) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 49.

(1322) Numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley.

(1323) Sobre el particular: SANTY CABRERA, Luigi V. "La extensión del principio non bis in ídem en la aplicación a procedimientos de la misma naturaleza". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 191, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, pp. 250-251.

## **Recursos administrativos**

Por otro lado, también constituye infracción administrativa interponer recursos administrativos contra los actos inimpugnables que se encuentran establecidos en el Reglamento. La finalidad es evitar la presentación de recursos que no van a ser tramitados, impidiendo con esta tipificación que el mecanismo de solución de controversias funcione de manera ineficiente. Sin embargo, esta infracción tampoco se encuentra establecida en la Nueva Ley, sin que su Exposición de Motivos nos dé luces respecto de dicha exclusión.

## **Obligaciones una vez concluido el contrato**

Asimismo, incurren en responsabilidad los contratistas cuando se constate, después de otorgada la conformidad, que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad que se encuentran establecidos en las bases. Esta infracción se refiere a obligaciones provenientes del contrato, distintas al saneamiento por vicios ocultos, que son accesorias o complementarias<sup>(1324)</sup>.

Ahora bien, la Nueva Ley modifica esta infracción, estableciendo como tal la negativa injustificada a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado, lo cual debe entenderse como una regulación de una mayor amplitud respecto a la infracción contenida en la Ley.

## **Colaboración reglamentaria**

Finalmente, la Ley, establece un supuesto de lo que se denomina colaboración reglamentaria en el contexto del principio de tipicidad sancionadora, al prescribir la posibilidad de que existan infracciones que se establezcan en el Reglamento. Esta disposición, sin embargo, no se haya consignada en el texto de la Nueva Ley, en cuya elaboración se ha considerado que la tipificación de las infracciones debe efectuarse a través de la Ley.

Además, la Ley de Procedimiento Administrativo General señala, creemos que también erróneamente, la posibilidad de que la ley establezca enteramente la posibilidad de tipificar conductas por vía reglamentaria sin que existan parámetros específicos en la ley respectiva. Ello implica, una excesiva flexibilización del principio al cual estamos haciendo

---

(1324) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 215 y ss.

referencia, que podría resultar perjudicial para los administrados. La posibilidad de que la Administración pueda tipificar conductas permite que la misma se atribuya potestades sancionadoras, sin que ello permita un control de las mismas, sea este control externo o interno<sup>(1325)</sup>.

Un interesante ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente es lo dispuesto por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la misma que en su artículo 3 establece que la función normativa de los citados organismos comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, la norma señala que los citados entes aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

## 2. Sanciones a consorcios

El reglamento establece que las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a esta la sanción a que hubiera lugar, siempre que de la promesa formal de consorcio pueda individualizarse al infractor.

Por otro lado, y a fin de generar el efecto esperable de la sanción administrativa, se establece que las infracciones cometidas por un consorcio

---

(1325) Sin embargo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia de fecha 16 de abril de 2003, en el Exp. N° 2050-2002-AA/TC, de la siguiente manera:

(...)

9. No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeta a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementada a través de los reglamentos respectivos, como se infiere del artículo 168 de la Constitución. La ausencia de una reserva de ley absoluta en esta materia, como indica Alejandro Nieto (*Derecho administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 260), "provoca, no la sustitución de la ley por el reglamento, sino la colaboración del reglamento en las tareas reguladoras, donde actúa con subordinación a la ley y como mero complemento de ella".

durante la ejecución del contrato, se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, sin excepción alguna.

### **3. Causal de imposición de sanción a los expertos independientes**

Conforme a lo dispuesto por el Reglamento<sup>(1326)</sup>, cuando la entidad considere que existe responsabilidad por parte de los expertos independientes que formaron parte de un Comité Especial, remitirá al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique la supuesta responsabilidad en que habrían incurrido los expertos independientes, adjuntando la evidencia correspondiente, en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles contados a partir de la detección del hecho correspondiente.

Se señala que el Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, impondrá una sanción administrativa de inhabilitación temporal a los expertos independientes, sean estas personas naturales o jurídicas, por las irregularidades cometidas como miembros de un Comité Especial, que le sean imputables por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable. Esta inhabilitación para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado podrá ser por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor a doce (12) meses.

## **III. SANCIONES**

---

La sanción administrativa se define como una decisión gravosa generada por la autoridad administrativa que tienen por finalidad desincentivar conductas que afectan bienes jurídicos. Cuando se piensa en sanción administrativa lo primero que nos viene a la mente es la sanción pecuniaria, es decir, la multa. Sin embargo, tradicionalmente la sanción administrativa contra los proveedores consistía en la inhabilitación, sea temporal o permanente. Ahora bien, la Nueva Ley ha introducido la multa como una sanción aplicable a las infracciones cometidas por los proveedores, como veremos más adelante.

Así, la redacción vigente de la normativa preceptúa que los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las infracciones establecidas serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado o con inhabilitación definitiva, según corresponda.

---

(1326) Artículo 236 del Reglamento.



## **1. Inhabilitación temporal**

Consiste en la privación, por un periodo determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado, lo cual incluye la prohibición de inscripción en el RNP. Esta inhabilitación en ningún caso puede ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años. Esta sanción ha sufrido una importante evolución a través de las normas contractuales.

## **2. Inhabilitación definitiva**

Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un periodo de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, postor o contratista.

Como resultado, el Reglamento establece<sup>(1327)</sup> que, cuando durante la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador contra un proveedor, participante, postor, contratista o experto independiente, el Tribunal constate, además de la responsabilidad del infractor, que este ha sido sancionado en oportunidades anteriores con inhabilitación temporal cuyo tiempo sumado sea mayor a treinta y seis (36) meses dentro de un lapso de cuatro (4) años, le impondrá la sanción de inhabilitación definitiva.

## **3. Sanciones económicas**

Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado. Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devuelve la garantía por el Tribunal o la entidad. En caso de desistimiento, se ejecuta el cien por ciento (100 %) de la garantía. Como ya lo hemos señalado en el capítulo respectivo, la existencia de esta garantía es controvertida, puesto que estaría limitando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, puesto que el recurso es necesario para acceder al contencioso-administrativo.

---

(1327) Artículo 246 del Reglamento.

Ahora bien, la Nueva Ley consigna, de manera novedosa, la incorporación de la multa como sanción contra los proveedores que incurran en alguna de las infracciones señaladas por dicha norma. La norma dispone<sup>(1328)</sup> que dicha multa es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15 %) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

A su vez, dicha multa es aplicable por la comisión de determinadas infracciones establecidas en la norma. Dichas infracciones son desistirse o retirar injustificadamente su propuesta, incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar acuerdos marco, así como subcontratar prestaciones sin autorización de la entidad o en porcentaje mayor al permitido por esta Ley y su reglamento o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado para contratar con el Estado; y finalmente, registrarse como participantes, presenten propuestas o suscriban contrato o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) o suscriban contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP.

Ahora bien, se señala en la Nueva Ley que la resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses. La norma preceptúa en este punto que el periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva.

La justificación de esta disposición estriba en la necesidad de asegurar el efecto disuasivo de la sanción administrativa respecto de determinados proveedores, puesto que el volumen de contratos con el Estado que tenían los sancionados era reducido respecto de la cantidad total de operaciones que realizaban<sup>(1329)</sup>. Dicha justificación es discutible, pues si ello fuera rigurosamente cierto sería más eficiente emplear la multa respecto a la inhabilitación en todos los casos, al reducir el factor incertidumbre respecto al efecto disuasivo de la sanción administrativa.

---

(1328) Numeral 50.2 del artículo 50 de la Nueva Ley.

(1329) Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 115 y ss.

#### **4. Regulación de las sanciones**

La Ley preceptúa que, en el caso de la infracción consistente en presentar documentos falsos o información inexacta a las entidades, la sanción será de inhabilitación temporal no menor de tres (3) años ni mayor de cinco (5) años. En caso de reincidencia en esta causal, la inhabilitación será definitiva, independientemente del periodo en el que se ha reincidido y el número de sanciones impuestas. Ello se debe a la gravedad que se le imputa a dicha infracción, como ya lo hemos señalado.

La norma establece que, en caso de concurrir más de una infracción en el proceso de selección o en la ejecución de un contrato se aplica la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad. En este caso nos encontramos ante la figura de concurso de infracciones, aunque en este caso pueden existir diversos hechos, los que generan infracciones distintas, que a su vez deberían ser sancionados de manera independiente.

Es preciso recordar que los contratos administrativos son de interés general. Por ello se establece que las sanciones que se imponen no constituyen impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con entidades; por lo tanto, debe proseguir con la ejecución de los contratos que tuviera suscritos hasta la culminación de estas.

La norma preceptúa que la imposición de las sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas. En el primer caso, la responsabilidad civil siempre es independiente de las demás, porque su resultado no es una sanción sino una indemnización. En cuanto a la responsabilidad penal debe tenerse cuidado a fin de no vulnerar el principio de non bis in ídem.

#### **5. Sanciones a entidades**

Asimismo, el Reglamento preceptúa que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) podrá imponer sanciones económicas a las entidades que transgredan la normativa de contratación pública, cuando actúen como proveedor. Es preciso señalar que en este caso la sanción económica es enteramente pertinente, pues la inhabilitación no generaría efecto disuasivo alguno.

De hecho, existen en el ordenamiento varios casos de sanciones administrativas contra entidades, lo cual para algunos no generaría efecto disuasivo alguno al provenir ese pago del propio tesoro público. Ocurre por ejemplo en materia ambiental. Sin embargo, debe entenderse que

luego la entidad debiera repetir contra los servidores responsables de las infracciones cometidas.

Por otro lado, el Reglamento prescribe<sup>(1330)</sup> que la sanción será no menor de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias ni mayor de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias cuando las entidades incurran en determinadas infracciones que son consideradas de mayor gravedad<sup>(1331)</sup>. La norma incluye la infracción consistente en dar lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte; presentar documentos falsos o información inexacta; así como el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contrato, constatado luego del otorgamiento de la conformidad, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las bases.

Asimismo, el Reglamento establece que el Tribunal impondrá a las entidades que actúen como proveedores sanción económica no menores de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias ni mayor diez (10) Unidades Impositivas Tributarias cuando incurran en el resto de las infracciones tipificadas en la Ley<sup>(1332)</sup>, las cuales se consideran eminentemente más leves en el contexto de una entidad pública.

## **6. Determinación gradual de la sanción**

Un principio de particular importancia es el de proporcionalidad, que la Ley del Procedimiento Administrativo General define como razonabilidad. Para ello es necesario graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, para lo cual el Tribunal debe considerar un conjunto de criterios<sup>(1333)</sup>.

En primer lugar, la naturaleza de la infracción constituye un criterio para graduar la sanción. En este debemos considerar incorporada, por un lado, la gravedad de la infracción, pero también la afectación al bien jurídico protegido. Y por otro lado, un factor que es fundamental, el beneficio ilegalmente obtenido por el infractor, el cual le permite efectuar el respectivo análisis costo-beneficio para decidir la comisión de la infracción.

En segundo lugar, debe tomarse en cuenta la intencionalidad del infractor. La referencia a este factor, al igual que como ocurre con la Ley del Procedimiento Administrativo General, nos permite corroborar que la

---

(1330) Artículo 240 del Reglamento.

(1331) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1332) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1333) Artículo 245 del Reglamento.

responsabilidad administrativa es objetiva, más aún en materia de contratación administrativa, puesto que constituye un factor de graduación, mas no un elemento de la responsabilidad.

Asimismo, constituye un criterio para graduar la sanción el daño causado. La primera cuestión a dilucidar es a quien debe afectar dicho perjuicio, si a la propia administración o a los administrados que puedan verse afectados por la infracción. Asimismo, lo antes indicado podría funcionar también como un mecanismo para determinar la indemnización cuando nos encontremos ante responsabilidad civil, en tanto constituye el grado de afectación al bien jurídico tutelado a través de la infracción.

La reiterancia es un factor de graduación contenido también en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Se refiere a la repetición de la infracción, la cual puede llevar inclusive a la inhabilitación permanente. Dicho criterio tiende a incrementar la cuantía de la sanción porque muestran un mayor daño al bien jurídico tutelado por la sanción administrativa.

Asimismo, el reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada constituye más bien un factor atenuante, que permite reducir la sanción, sin que pueda extinguirse la responsabilidad proveniente de ella. Es importante determinar con claridad el efecto que genera este criterio en la graduación de la sanción, para evitar que se emplee de manera discrecional.

Por otro lado, se incluyen las circunstancias de tiempo, lugar y modo; que pueden funcionar tanto como un factor agravante o atenuante. Si bien no se señala ello de modo expreso, pueden implicar la falta de responsabilidad si es que constituyen un supuesto de fractura del nexo causal.

Las condiciones del infractor son un elemento adicional que debe ser tomado en cuenta a efectos de graduar la sanción, que tienen una naturaleza mixta, puesto que podría atenuar o incrementar la sanción. Aquí encontramos diversas situaciones, que dependen de cada caso concreto y que pueden afectar la objetividad de la graduación de la infracción.

En tal sentido, la conducta procesal del infractor puede también funcionar como un factor agravante o atenuante de la sanción. Aquí es enteramente aplicable el principio de conducta procedimental que hemos explicitado en el capítulo correspondiente de este libro.

Finalmente, la Ley dispone que, en caso de incurrir en más de una infracción en un proceso de selección o en la ejecución de un contrato, se

aplicará la que resulte mayor. Ello en aplicación del controvertido principio de concurrencia de infracciones, como lo hemos señalado líneas arriba.

## 7. Suspensión de las sanciones

La norma preceptúa<sup>(1334)</sup> que la vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. Se señala que se cancele o se extinga dicha medida cautelar bajo cualquier otra forma, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.

La vigencia de las sanciones también se suspende por la interposición del recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento, y mientras este no sea resuelto por el Tribunal. Finalmente, se establece que lo antes indicado resulta aplicable también a las sanciones económicas impuestas por el Tribunal, en cuanto sea aplicable.

## IV. SANCIÓN A ÁRBITROS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

---

El Reglamento establece que el Tribunal impondrá sanción de suspensión temporal o inhabilitación permanente a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incurran en las infracciones tipificadas en el numeral 52.8 del artículo 52 de la Ley.

Esta es una novedad del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que a su vez regula la incorporación efectuada en este punto por la Ley N° 29873. El texto original del reglamento restringía la sanción al incumplimiento injustificado de la remisión del laudo correspondiente al OSCE dentro del plazo señalado en el Reglamento.

La asignación de responsabilidad administrativa a los árbitros es materia de importante controversia. Se señala en primer lugar que se equipara a los árbitros con funcionarios públicos. En segundo lugar, la atribución de potestad sancionadora sobre los árbitros puede afectar los procesos arbitrales, a lo que hay que agregar que también existe responsabilidad ética de los árbitros, que finalmente constituye responsabilidad administrativa también<sup>(1335)</sup>. Afortunadamente, la Nueva Ley mantiene únicamente

---

(1334) Artículo 248 del Reglamento.

(1335) Sobre el particular: TRIVEÑO DAZA, Daniel: "La responsabilidad del árbitro en la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 50 y ss.

la responsabilidad ética de los árbitros a través del Consejo de Ética<sup>(1336)</sup>, al cual nos hemos referido en el capítulo precedente de este manual.

## 1. La configuración de las infracciones

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que la infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente.

Además, la norma preceptúa que el Tribunal debe determinar la configuración de la infracción antes señalada aun cuando no exista pronunciamiento sobre el fondo de la recusación por renuncia del árbitro recusado o no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente.

Asimismo, la infracción referida al incumplimiento de actuar con transparencia se configurará cuando el árbitro o el tribunal arbitral no cumpla con registrar en el Seace el laudo emitido dentro de los plazos previstos en la Ley y el Reglamento, o no cumpla con informar al OSCE sobre el estado del proceso arbitral en la oportunidad en que se le requiera.

## 2. Procedimiento

El Reglamento dispone que el Tribunal evaluará los actuados y, de ser el caso, sancionará a los árbitros, con suspensión temporal no menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y el Reglamento, con la consecuente suspensión en el Registro de Árbitros del OSCE, cuando formen parte de dicho registro.

El Reglamento establece que la graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en dicha norma en lo que corresponda, los cuales hemos analizado líneas arriba de manera amplia. En este caso también es de particular importancia que la graduación sea realizada de manera objetiva, en aplicación del principio de razonabilidad.

Cuando durante el procedimiento sancionador seguido contra un árbitro, el Tribunal constate, además de la responsabilidad del infractor, que este ha sido sancionado en oportunidades anteriores con suspensión

---

(1336) MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Luces, sombras y claroscuros de la nueva Ley de Contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249. Gaceta Jurídica, Lima, agosto 2014, p. 34.

temporal cuyo tiempo sumado sea mayor a veinticuatro (24) meses dentro de un lapso de tres (3) años, le impondrá la sanción de inhabilitación permanente, con la consecuente exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, cuando forme parte de dicho registro.

## **V. TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

---

El reglamento establece un procedimiento administrativo sancionador que ha ido evolucionando desde la normativa previa, pasando por las modificaciones a la Ley y al Reglamento. Es preciso señalar además que la Ley del Procedimiento Administrativo General deberá ser empleada de manera supletoria a lo regulado por la Ley y el Reglamento.

### **1. Indagaciones previas**

Para efectuar las indagaciones previas al inicio del procedimiento sancionador, el Tribunal tendrá un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la denuncia o de la subsanación correspondiente o de emitido el decreto por el que previamente se le solicita al denunciante o la entidad la documentación sustentatoria. Toda esta regulación fue agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF con la finalidad de generar un filtro previo suficientemente eficiente al procedimiento administrativo sancionador que tramita el Tribunal.

En este último supuesto, el Tribunal tiene un plazo máximo de cinco (5) días hábiles siguientes de admitida la denuncia para requerir la documentación sustentatoria. Vencido el indicado plazo para las indagaciones previas, deberá remitirse el expediente a la Sala correspondiente, dentro de un plazo no mayor de los quince (15) días hábiles siguientes.

Se señala además que las entidades están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el numeral precedente, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada. En el caso que, como consecuencia de la omisión de la entidad en remitir la información solicitada, no sea posible iniciar el procedimiento sancionador, se procederá al archivo del expediente, bajo responsabilidad del Titular de la entidad y se hará de conocimiento al Órgano de Control Institucional o, en su defecto, a la Contraloría General de la República.

### **2. Inicio del procedimiento. El descargo**

El Reglamento establece que el Tribunal dispondrá el inicio del procedimiento sancionador solo si determina que cuenta con elementos



suficientes para tal efecto, como resultado de las indagaciones previas efectuadas. Ello es consistente con el diseño de dichas indagaciones a fin de funcionar como un filtro, como lo hemos señalado líneas arriba.

Sobre el particular existe un importante acuerdo del Tribunal de Contrataciones<sup>(1337)</sup>, el cual se pronuncia respecto al inicio del procedimiento administrativo sancionador. Así, el Tribunal ha establecido que si la entidad no cumple con remitir la información requerida durante las indagaciones previas, el Tribunal decidirá archivar el expediente. Lo mismo ocurrirá si es que no obstante el incumplimiento de la entidad o del denunciante el Tribunal determine que no existen los presupuestos de la infracción, declarando además no ha lugar al inicio del procedimiento. Finalmente, solo si se cuenta con información suficiente el Tribunal iniciará el procedimiento administrativo sancionador.

El reglamento señala que, en caso se deba emitir acuerdo respecto del inicio de un procedimiento sancionador, este debe adoptarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal. Cuando se requiera información adicional, este plazo no será mayor de treinta (30) días hábiles de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente<sup>(1338)</sup>.

### **El descargo**

En este punto, el Reglamento preceptúa que, una vez iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, el Tribunal notificará al respectivo proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitro para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en autos.

Es este punto es preciso realizar dos aclaraciones puntuales. En primer lugar, el administrado podría presentar el descargo fuera de plazo y la entidad debería tomarlo en cuenta en tanto alegaciones, siempre que la autoridad administrativa no haya resuelto aún. Asimismo, nada impide que el administrado sustente su falta de responsabilidad en la infracción administrativa en el recurso que presente contra el acto administrativo que lo sancione aun cuando no haya presentado descargo; sin perjuicio del cumplimiento del principio de presunción de licitud.

---

(1337) Acuerdo N° 017/2013, de fecha 2 de diciembre de 2013.

(1338) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

### 3. Resolución

El Reglamento establece que, vencido el plazo antes indicado, y con el respectivo descargo o sin él, el expediente será remitido a la Sala correspondiente del Tribunal, la cual podrá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información y datos necesarios y relevantes para determinar, de ser el caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

La norma establece que la Sala deberá emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal. No establece la norma qué es lo que ocurre si es que el acto administrativo no se emite, puesto que en principio no existe el silencio administrativo en primera instancia en un procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, el Reglamento preceptúa que, de no emitirse el acuerdo o la resolución correspondiente dentro de los plazos establecidos en la norma, respectivamente, la Sala mantiene la obligación de emitir el respectivo pronunciamiento, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.

### 4. Recurso de reconsideración

El Reglamento establece<sup>(1339)</sup> que, contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador podrá interponerse recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada o publicada la respectiva resolución. La finalidad es tutelar el derecho de contradicción del sancionado, que a su vez forma parte del derecho fundamental de petición, como ya lo hemos señalado anteriormente en este libro. Ello es clave ante la inexistencia del recurso de apelación y de revisión en el procedimiento administrativo sancionador, siendo de especial relevancia la incorporación de nuevos elementos de juicio<sup>(1340)</sup>.

Sin embargo se establece como requisito de admisibilidad del recurso de reconsideración una garantía equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT) vigente, que deberá cumplir con las características indicadas en el artículo 39 de la Ley y tener una vigencia mínima de treinta

---

(1339) Artículo 249 del Reglamento.

(1340) Sobre el particular: CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. "Particularidades del recurso de reconsideración en las contrataciones del Estado". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 244. Gaceta Jurídica, Lima, marzo 2014, p. 259 y ss.

(30) días calendario, la cual podrá consistir en un depósito en cuenta bancaria del OSCE.

De hecho, nos encontramos ante una situación similar a la que muestra la garantía en el caso de los recursos de apelación en un proceso de selección, sea que el mismo sea resuelto por el titular de la entidad o por el Tribunal de Contrataciones, puesto que constituye una limitación para el empleo del recurso, si bien en este caso el recurso de reconsideración no es obligatorio para el agotamiento de la vía administrativa.

Se señala que, de no presentarse este requisito de admisibilidad, la Mesa de Partes del Tribunal o las oficinas desconcentradas del OSCE otorgarán al impugnante el plazo máximo de dos (2) días hábiles para su subsanación. Transcurrido dicho plazo sin que se produzca dicha subsanación, el recurso de reconsideración se considerará automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno, y los recaudos se pondrán a disposición del impugnante para que los recabe en la Mesa de Partes del Tribunal o las oficinas desconcentradas del OSCE.

Cuando se declare fundado, en todo o en parte, el recurso de reconsideración o se declare nulo el procedimiento administrativo sancionador, se devolverá la garantía presentada. De declararse infundado o improcedente el recurso, se ejecutará la garantía, convirtiéndose en una sanción económica frente a la presentación del recurso de reconsideración.

Finalmente, se establece que el Tribunal resolverá dentro del plazo de quince (15) días hábiles improrrogables de presentado sin observaciones o subsanado el recurso de reconsideración, transcurrido el cual debe entenderse que se genera silencio administrativo negativo.

## **5. Notificación y vigencia de las sanciones**

El Reglamento preceptúa<sup>(1341)</sup> en este punto que la notificación del decreto que da inicio al procedimiento sancionador y que otorga plazo para formular los descargos se efectúa en forma personal. Esta disposición fue agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que ha aclarado la manera como se efectuaba la notificación al supuesto infractor.

A su vez, dicha notificación debe efectuarse en el domicilio que se haya consignado ante el RNP, siempre que este sea el último domicilio

---

(1341) Artículo 247 del Reglamento.

consignado ante el OSCE. Cuando la inscripción haya caducado, el emplazamiento a personas naturales, se realiza en el domicilio que se consigna en el documento nacional de identidad y en el caso de personas jurídicas, en el último domicilio consignado en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

En el caso de emplazamiento a árbitros, el Reglamento preceptúa que este se hace efectivo en el último domicilio consignado ante la Dirección de Arbitraje del OSCE y de no estar registrado, en el domicilio real que se consigna en su documento nacional de identidad, considerando a estos, según corresponda, como domicilios ciertos.

La notificación dispuesta en este artículo se lleva a cabo de forma personal, salvo que el OSCE disponga el establecimiento de casillas electrónicas, en cuyo caso, la notificación se lleva a cabo conforme a las disposiciones que se aprueben para estos efectos, siempre que estas reúnan las formalidades establecidas en la normatividad vigente<sup>(1342)</sup>.

Por otro lado, el Reglamento preceptúa que los actos que emita el Tribunal durante el procedimiento sancionador, incluidas las resoluciones que determinan la imposición de sanciones y las que resuelven los recursos de reconsideración, se notificarán a través del Toma Razón electrónico implementado en el portal institucional del OSCE, siendo responsabilidad del infractor el permanente seguimiento del procedimiento sancionador a través de dicho medio electrónico, de conformidad con lo dispuesto en la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley. La notificación se entiende efectuada el día de la publicación en el Toma Razón electrónico.

Esta disposición además aclara el mecanismo de notificación, pues la redacción anterior del Reglamento disponía escuetamente que las resoluciones que determinan la imposición de sanciones se notificaban al infractor y a la entidad que estuviera involucrada, y se publicaban en el portal institucional del OSCE, pudiendo publicarse en el diario oficial *El Peruano*, si así lo disponía el Tribunal.

El Reglamento señala además que la sanción es efectiva desde el sexto día hábil siguiente de la notificación. En caso no se conozca domicilio cierto del infractor, el decreto da inicio al procedimiento sancionador y la resolución de sanción que emita el Tribunal, son publicadas en el diario oficial *El Peruano*. La sanción impuesta por el Tribunal es efectiva desde

---

(1342) Disposiciones agregadas por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

el sexto día hábil siguiente de su publicación<sup>(1343)</sup>. La redacción previa de la norma no incluía el decreto de inicio del procedimiento administrativo sancionador, con lo cual estaríamos ante una regulación eminentemente más garantista.

Finalmente, se establece que, en caso que, además de las infracciones administrativas, las conductas pudieran adecuarse a un ilícito penal, el Tribunal comunica al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente, indicando las piezas procesales que se remitirán para tal efecto<sup>(1344)</sup>. Ello teniendo en cuenta que, como lo hemos señalado líneas arriba, la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad penal que corresponda.

## **6. Publicación en el Registro Nacional de Proveedores**

El reglamento establece finalmente que la relación de los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que hayan sido sancionados con inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, será publicada mensualmente en el portal institucional del OSCE, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes al término de cada mes, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley<sup>(1345)</sup>.

Asimismo, el Reglamento establece que la publicación de los proveedores sancionados incluirá la información de los socios, accionistas, participacionistas o titulares con más del cinco por ciento (5 %) de participación en el capital o patrimonio social, así como de los integrantes de sus órganos de administración, a la fecha de la comisión de la infracción. A lo antes indicado nos hemos referido con mayor amplitud al tratar lo relativo al Registro Nacional de Proveedores, en el Capítulo IV del presente libro.

## **7. Proceso contencioso-administrativo**

Finalmente, el reglamento establece<sup>(1346)</sup> que procede la demanda contencioso-administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la Ley de la materia, contra la resolución que impone una sanción o la resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria. Es preciso señalar, en primer lugar, que en

---

(1343) Disposición modificada por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF.

(1344) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

(1345) Artículo 281 del Reglamento.

(1346) Artículo 250 del Reglamento.

este punto el Reglamento sigue usando erróneamente el concepto de acción para definir un proceso.

Asimismo, este precepto ratifica la naturaleza facultativa del recurso de reconsideración. Puede generar controversia la inexistencia del recurso de apelación, pero es preciso recordar que la instancia plural no es una garantía indispensable en el debido proceso administrativo, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia.

## **VI. PRESCRIPCIÓN**

---

Las infracciones establecidas en la Ley a efectos de las sanciones a las que se refiere el título respectivo del Reglamento, prescriben a los tres (3) años de cometidas. Para el caso de las infracciones previstas en los literales c) y l) del artículo 51 de la Ley, el plazo de prescripción se computa, en el primer caso, a partir de la notificación del laudo arbitral y, en el segundo caso, a partir de que el Titular de la entidad toma conocimiento del incumplimiento.

Por otro lado, el Reglamento establece que en el caso de la infracción prevista en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la sanción prescribe a los cinco (5) años de cometida<sup>(1347)</sup>, vale decir, cuando se presenten documentos falsos o información inexacta a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

### **1. Infracciones cometidas por árbitros**

El Decreto Supremo N° 138-2012-EF incorpora una importante regulación respecto a las infracciones previstas en la Ley cometidas por los árbitros. En estos casos, el plazo de prescripción será de dos (2) años y se computa según la infracción cometida.

En este orden de ideas, respecto de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, el plazo se computa desde la notificación de la resolución que declara fundada la recusación, que admite la renuncia del árbitro recusado o del vencimiento del plazo para presentar recusación contra el árbitro, según corresponda.

Respecto de la obligación de actuar con transparencia, el reglamento establece que el plazo se computa desde el vencimiento del plazo

---

(1347) Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

para registrar el laudo en el Seace o del vencimiento del plazo otorgado por OSCE para informar sobre el estado del proceso arbitral, según corresponda.

Finalmente, respecto de la obligación de sustentar el apartarse del orden de prelación que se encuentra previsto en el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley, el Reglamento dispone que el plazo se computa a partir de la publicación del laudo en el Seace.

## **2. Declaración de la prescripción**

El Reglamento establece que la prescripción se declarará a solicitud. Se entiende que quien lo solicita es el administrado, configurándose como un mecanismo de defensa. Ello a su vez es consistente con lo preceptuado por la Ley del Procedimiento Administrativo General sobre el particular.

Sin embargo, importantes sectores de la doctrina peruana consideran pertinente que la prescripción sea declarada de oficio, lo cual a su vez es aceptado por diversas entidades, no obstante que una interpretación literal de la Ley del Procedimiento Administrativo General nos podría llevar a la conclusión opuesta.

## **3. Suspensión del plazo de prescripción**

El plazo de prescripción se suspende en primer lugar por el periodo de tres (3) meses luego de iniciado el procedimiento administrativo sancionador en caso el Tribunal se pronuncie dentro de dicho plazo. Si el Tribunal no se pronuncia dentro del plazo indicado, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el periodo transcurrido con anterioridad a la suspensión e, inclusive, los tres (3) meses de suspensión.

Se suspende el procedimiento administrativo sancionador también por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de la responsabilidad del proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitros, en el respectivo procedimiento administrativo sancionador. En el caso de procesos arbitrales, el reglamento establece que se entenderá iniciada la tramitación a partir de la instalación del árbitro o tribunal arbitral.

El reglamento dispone que en tales supuestos, la suspensión del plazo surtirá efectos a partir del acuerdo del Tribunal que así lo determine y en tanto dicho órgano no sea comunicado de la sentencia judicial o laudo que dé término al proceso.

La redacción previa del reglamento establecía que dicha suspensión podía ocurrir también por la omisión de la entidad de remitir la información requerida por el Tribunal, siempre que la misma resulte necesaria para la determinación de existencia de causal de aplicación de sanción.

Se señalaba que en tales casos, la suspensión del plazo de prescripción surtirá efectos a partir del acuerdo del Tribunal que así lo determine, luego de lo cual, transcurridos cuatro (4) meses, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el tiempo transcurrido con anterioridad al periodo de suspensión. Finalmente, en el acuerdo del Tribunal que determine la suspensión del plazo de prescripción debía ponerse en conocimiento de la Contraloría General de la República la renuencia de la entidad. Es preciso señalar que esta causal fue derogada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.



# **CAPÍTULO XV**

## **LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

### **I. INTRODUCCIÓN**

---

Como bien se sabe, la contratación administrativa tiene por finalidad primaria y fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública mediante la celebración del respectivo contrato administrativo. En este cometido, cumplen un rol fundamental las propias entidades y sus funcionarios, en tanto deben cumplir con las normas aplicables a la contratación administrativa.

Ahora bien, dado que existe un organismo como el OSCE, constituido como ente rector del sistema de contratación administrativa, encargado de asegurar que se cumplan las normas aplicables al mismo, se ha considerado necesario establecer un procedimiento administrativo que permita canalizar las denuncias contra entidades públicas por el incumplimiento de las referidas normas, a través de la Resolución N° 453-2007-CONSUCODE-PRE.

El referido procedimiento, sin embargo, no genera sanciones específicas, sino que más bien canaliza las respectivas denuncias a presentarse; en la cual cumple un rol fundamental el Sistema Nacional de Control. Esto permite que podamos discutir preliminarmente respecto a la pertinencia o utilidad de este procedimiento, toda vez que ya existen mecanismos que son susceptibles de ser empleados para denunciar el comportamiento de las entidades que vulneran la normativa vigente.

## 1. La naturaleza de la denuncia

En términos generales, una denuncia consiste en la comunicación a la administración de hechos que la misma debe conocer en cumplimiento de sus funciones y cuando los mismos afectan el ordenamiento jurídico. La denuncia implica la iniciación de un proceso de oficio a instancia de un administrado, por lo cual posee una naturaleza híbrida. A diferencia de las solicitudes presentadas en uso del derecho de petición administrativa, la denuncia por sí misma no puede impulsar un procedimiento<sup>(1348)</sup>.

Este orden de ideas, el artículo 105 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece con meridiana claridad que todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera y que sean contrarios al ordenamiento. En este caso particular, debe entenderse que dicha autoridad competente es el Consucode, como ente rector del sistema de contratación administrativa.

De hecho, la denuncia va a generar la iniciación de un procedimiento administrativo de oficio —en general, de naturaleza sancionadora—, siempre que vaya acompañada de la respectiva decisión de la Administración de iniciar el mismo. A diferencia de las solicitudes presentadas en uso del derecho de petición administrativa, la denuncia por sí misma no puede impulsar un procedimiento<sup>(1349)</sup>.

Si bien la denuncia es un mecanismo de activación del procedimiento a pedido de parte, no opera en defensa de intereses legítimos directos del administrado ni constituye propiamente ejercicio de su derecho de petición. Por ello la denuncia posee una naturaleza mixta e intermedia, que participa tanto de ciertos elementos de los procedimientos de oficio como de aquellos que corresponden a los procedimientos que se inician a pedido del administrado.

### La naturaleza jurídica del denunciante

Como lo hemos señalado, al presentar una denuncia, no es necesario que el denunciante sustente la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo. Pero, a su vez, por esta actuación el denunciante no es considerado sujeto del procedimiento que se vaya a iniciar<sup>(1350)</sup>. En consecuencia, el denunciante no puede ser considerado parte del

---

(1348) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 256.

(1349) Ídem.

(1350) Artículo 105 inciso 105.1 de la Ley N° 27444.

procedimiento de manera alguna, aun en el supuesto de que invoque una afectación a un interés específico.

Lo antes indicado genera algunas importantes consecuencias, como el hecho de la nula implicancia –salvo contadas excepciones– del desistimiento del denunciante en la continuación del procedimiento, o la imposibilidad de que el citado denunciante pueda impugnar la resolución que no es emitida satisfaciendo su interés, lo cual incluye la imposibilidad de iniciar un proceso contencioso-administrativo contra dicha resolución.

Lo señalado en el párrafo precedente es la razón por la cual aquellos procedimientos administrativos, en los cuales existe una parte denunciante y esta interactúa como tal, no son procedimientos sancionadores sino más bien procedimientos trilaterales. Un ejemplo interesante lo encontramos en el ámbito de los procedimientos que se siguen ante ciertas comisiones del Indecopi, en las cuales el recurrente se denomina denunciante cuando en puridad jurídica es un reclamante.

Sin embargo, la posición de negarle al denunciante los derechos del interesado en el procedimiento que se genere como resultado de su denuncia, ha sido muy criticada por la doctrina moderna. Dicha posición –que es la que está plasmada en nuestra Ley– se basa en determinados criterios que resultan ser, por lo menos discutibles.

Ejemplos de dichos criterios es que no pueda existir un tercero interesado en que la Administración sancione a un administrado, o que la potestad sancionadora de la Administración es libre y discrecional y que no puede compelérsele a ejercerla<sup>(1351)</sup>; no existiendo plazo alguno respecto a la presentación de una denuncia y la tramitación de la misma por parte de la Administración.

En primer lugar, es perfectamente posible que un tercero, o un conjunto de ellos, se encuentren interesados en la sanción que se genere como resultado del procedimiento, en particular si la misma no es de naturaleza pecuniaria.

Por otro lado, la existencia de potestades libres o discrecionales a favor de la Administración es una concepción que cada vez se encuentra más discutida en el Derecho Administrativo moderno. De hecho, la potestad sancionadora, como cualquier otra potestad administrativa, se

---

(1351) COBREROS MENDAZONA, E. “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador”. En: *Actualidad y perspectivas del derecho público a fines del siglo XX*. Homenaje al Profesor Garrido Falla. Editorial Complutense, Madrid, 1995, p. 1439 y ss.

encuentra claramente sujeta al principio de legalidad. Es evidente que, ante la existencia de una infracción, la Administración se encuentra obligada a la iniciación del procedimiento correspondiente<sup>(1352)</sup> y a resolver sobre las denuncias que hubiesen sido presentadas<sup>(1353)</sup>.

### **Colaboración del administrado con la Administración**

En realidad la denuncia implica más bien un supuesto de colaboración del administrado a favor de la administración, lo cual no deberá generar ninguna carga o costo para aquel. Sin embargo, aún existen instituciones públicas que establecen ciertos costos para la presentación de solicitudes que contienen denuncias, lo cual complica los procedimientos y la propia labor de la Administración, desincentivando conductas vigilantes de los administrados respecto del cumplimiento de las normas legales.

Lo antes señalado se da en el contexto derivado del hecho de que la denuncia administrativa no resulta ser propiamente el resultado del ejercicio del derecho de petición administrativa, sino más bien un mecanismo de iniciación de un procedimiento de oficio, tal como lo hemos señalado anteriormente.

Asimismo, la denuncia es en principio meramente facultativa para el administrado, salvo los supuestos señalados expresamente en la Ley en los cuales la misma es obligatoria. Estos últimos casos son más bien raros y están sustentados en consideraciones de interés público. En algunos casos, la ausencia de denuncia puede generar sanciones administrativas, e incluso penales<sup>(1354)</sup>.

Por otro lado, la Ley establece ciertas ventajas a favor del administrado a fin de incentivar la presentación de denuncias ante la Administración Pública, en especial en ciertos procedimientos tributarios y aduaneros. Dichas ventajas normalmente se traducen en beneficios pecuniarios, pero también pueden poseer distinta índole, como veremos a continuación.

---

(1352) COBREROS MENDAZONA, E. Ob. cit., p. 1449.

(1353) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 188.

(1354) **Código Penal:**

#### **Artículo 407.- Omisión de denuncia**

El que omita comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

## **Ley de protección al denunciante en el ámbito administrativo y de colaboración eficaz en el ámbito penal**

De hecho, la Ley N° 29542 establece un conjunto de regulaciones que tienen por finalidad proteger e incentivar al denunciante en el ámbito administrativo, en el supuesto de que ocurran hechos arbitrarios o ilegales. Estos últimos se definen<sup>(1355)</sup> como las acciones u omisiones realizadas por los funcionarios y servidores públicos que contravengan las disposiciones legales vigentes y afecten o pongan en peligro la función o el servicio público.

La norma prescribe<sup>(1356)</sup> que las denuncias presentadas son calificadas y admitidas por la Contraloría General de la República, siempre que reúnan un conjunto de requisitos. En primer lugar, que estén referidas a acciones u omisiones que revelen hechos arbitrarios o ilegales. Asimismo, se requiere que las denuncias se formulen por escrito y estén debidamente sustentadas. Además, que incluyan la identificación o individualización de los autores y, si fuera el caso, de quienes participen en los hechos denunciados.

Se requiere también que los hechos denunciados no sean materia de proceso judicial o administrativo en trámite, y que no versen sobre hechos que fueron objeto de sentencia judicial consentida o ejecutoriada. Finalmente, que contengan la suscripción del compromiso del denunciante a brindar información cuando lo solicite la autoridad competente. La norma establece que en este caso, ante la negativa, renuencia o desistimiento del mismo, la investigación es promovida por la autoridad competente.

### **Medidas de protección**

Ahora bien, en cuanto a las medidas de protección, la norma establece<sup>(1357)</sup> en primer lugar la reserva de la identidad de denunciante. Para ello se asigna un código de identificación a la persona denunciante y se implementan las demás medidas necesarias que establezca el reglamento de la norma.

Asimismo, independientemente del régimen laboral al que pertenece, el servidor no puede ser cesado, despedido o removido de su cargo a consecuencia de la denuncia calificada y admitida. En caso de que el denunciante se encuentre contratado bajo la modalidad de Locación de

---

(1355) Artículo 3 de la Ley N° 29542.

(1356) Artículo 7 de la Ley N° 29542.

(1357) Artículo 8 de la Ley N° 29542.

Servicios o Contratación Administrativa de Servicios (CAS), el contrato o su renovación, de haberse producido esta, no se suspende por causa de la denuncia realizada.

Por otro lado, cuando las represalias contra el denunciante, independientemente del régimen laboral al que pertenece, se materializan en actos de hostilización comprendidos en la normativa laboral, el denunciante pone en conocimiento de la Contraloría General de la República dicha situación, la que procede a su remisión al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para que realice la inspección laboral correspondiente. Si dicho ministerio constata el acto de hostilización, la conducta del funcionario que lo realizó es considerada una falta grave, siendo esta una causal de despido justificado, conforme a la ley de la materia.

Además, en los casos en que el denunciante sea copartícipe de los hechos denunciados, se establece la reducción gradual de la sanción administrativa, de acuerdo al grado de participación en los hechos constitutivos de los hechos arbitrarios o ilegales. Ahora bien, en este caso la norma preceptúa que caducan los beneficios a otorgarse cuando, luego de concluida la investigación de la denuncia por la instancia correspondiente, se confirma su participación en los hechos denunciados y este no lo hubiera declarado en el momento de presentar su denuncia.

Finalmente, en los casos en que los hechos denunciados constituyan infracción prevista en norma administrativa y sea sancionada con multa, el denunciante obtiene como recompensa un porcentaje de lo efectivamente cobrado, según lo establezca el reglamento de la Ley. La norma establece que dicho beneficio no es aplicable cuando el denunciante se ha beneficiado de alguna manera con el acto de corrupción denunciado.

En este punto, el Reglamento establece<sup>(1358)</sup> que el denunciante obtiene como recompensa hasta un cincuenta por ciento (50 %) de lo efectivamente cobrado por la entidad, el cual será entregado directamente a aquel. Al momento de determinar el porcentaje de la multa entregable en los procedimientos promovidos por el denunciante, se deberá evaluar determinados criterios establecidos en la norma.

### **Indicios de comisión de delitos**

Conforme a lo dispuesto por la Ley de la materia<sup>(1359)</sup>, si a consecuencia de la denuncia la Contraloría General de la República concluye en que

---

(1358) Artículo 10 del Decreto Supremo N° 038-2011-PCM.

(1359) Artículo 12 de la Ley N° 29542.

existen indicios de la comisión de algún hecho delictivo, da cuenta del mismo al Ministerio Público a efectos de que inicie la investigación fiscal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa en aplicación del principio de autonomía de responsabilidades.

En este caso, la norma establece que el denunciante puede acogerse a la Ley N° 27378, Ley que Establece Beneficios por Colaboración Eficaz en el Ámbito de la Criminalidad Organizada, sin perjuicio de mantener las medidas de protección y beneficios previstos en la Ley que venimos describiendo. A los delitos en materia de contratación administrativa nos vamos a referir en el acápite final de este capítulo.

## **2. Legitimidad activa**

Ahora bien, la Directiva antes señalada establece que la legitimidad activa de la respectiva denuncia respecto a la transgresión de la normativa contractual, ante el OSCE, corresponde a todos los proveedores del Estado, asociaciones, organizaciones gremiales, autoridades y ciudadanía en general. Esta legitimidad activa permite a cualquier particular efectuar la denuncia, que es lo pertinente en tanto la denuncia es un mecanismo de colaboración del administrado con la Administración, como ya lo hemos señalado.

En este orden de ideas, es conveniente indicar que desde el punto de vista técnico el denunciante no es parte del procedimiento, sino un coadyuvante al cumplimiento de los fines del sistema de contratación administrativa por parte de la Administración Pública. Por ello, carece de facultades para impugnar la decisión de la Administración en el procedimiento que se promueva como resulta de la denuncia presentada, más aún en el presente procedimiento, en el cual no existe propiamente efecto jurídico alguno. La propia directiva, en su numeral 6.6, establece que, debido a la naturaleza del procedimiento establecido por la misma, los resultados de la tramitación de las denuncias no están sujetos a recurso administrativo alguno.

Finalmente, la directiva establece, en el numeral 6.7 de la misma, que durante la tramitación de la denuncia los usuarios del sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado, pueden acceder a la información que obra en el respectivo expediente, de conformidad con lo señalado en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, así como en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de OSCE. El acceso a la información, como bien se sabe, además de constituir un derecho fundamental cumple un rol preeminente en la fiscalización de la actuación de la Administración Pública por parte de los particulares.

### 3. Legitimidad pasiva

Para tal efecto, debe considerarse que las denuncias solo pueden presentarse por supuestas transgresiones cometidas por entidades públicas, encontrándose comprendidas bajo el término genérico de entidad, todas aquellas instituciones y organismos a que se refiere la Ley en su artículo 3.

Debemos precisar que este procedimiento no es aplicable para proveedores, participantes, postores, contratistas y expertos independientes, a los cuales les corresponde el procedimiento administrativo sancionador que hemos tratado en el capítulo precedente de este libro, correspondiéndole la respectiva competencia al Tribunal de Contrataciones del Estado. Dicho procedimiento sí genera sanciones específicas, a diferencia del que estamos describiendo en el presente capítulo.

### 4. Improcedencia de las denuncias

La norma materia de análisis establece que las denuncias serán declaradas improcedentes cuando, conforme a Ley, los hechos denunciados debieran haber sido materia de observación a las bases, recursos administrativos<sup>(1360)</sup> o proceso contencioso-administrativo, o cuando se refieran a controversias surgidas durante la ejecución contractual. En cada uno de estos casos existen mecanismos establecidos expresamente en la normativa contractual para tutelar el interés de los administrados.

Ahora bien, tratándose de las observaciones a bases, debe tenerse presente que quien se registra como participante se adhiere al proceso en el estado en que este se encuentre, tal como lo establece el artículo 61 del Reglamento; puesto que al momento de dicho registro el plazo para la presentación de la respectiva observación podría haber vencido; no siendo posible denunciar luego la eventual vulneración a la normativa que pudo haberse establecido a través de una observación.

Finalmente, la norma establece que las denuncias maliciosas o manifiestamente improcedentes, así como la presentación de documentación falsa, adulterada o fraudulenta, darán lugar al inicio de las acciones legales correspondientes, que deben incluir la denuncia pertinente por los delitos a que haya lugar.

---

(1360) En esta directiva –así como en muchas normas administrativas– se emplea el término recursos impugnativos o impugnatorios para hacer referencia a los recursos administrativos en general. Ello constituye, por lo menos, una tautología, puesto que todo recurso es impugnativo. Es preferible hablar en todo caso de recurso administrativo o simplemente de medio impugnativo.



Ello es consistente con lo establecido por el artículo 10 de la Ley N° 29542, que prescribe que el que denuncia ante la Contraloría General de la República un hecho arbitrario o ilegal a sabiendas de que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso de investigación administrativa, es sancionado con una multa no mayor a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiera lugar.

## **II. TRAMITACIÓN DE LA DENUNCIA**

---

La directiva materia de comentario establece que las denuncias se formularán por escrito en las Oficinas de Trámite Documentario de OSCE, de la sede de Lima y de los Órganos Desconcentrados de dicha entidad, conforme lo establecido en la normativa vigente, en especial lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General.

La norma establece además que, progresivamente, se deberán implementar los mecanismos para la presentación de denuncias a través de medios electrónicos como la Página Web del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (Seace), mediante los cuales se desarrollen nuevas funcionalidades respecto a regímenes de notificación; así como códigos de acceso para entidades que por razones de su competencia requieran conocer de la información materia de denuncia –como las que componen el Sistema Nacional de Control–, y la verificación previa de información, entre otros.

### **1. Presentación de la denuncia**

A efectos de la admisión de las denuncias, los usuarios deben emplear el formulario que, como anexo, forma parte integrante de la Directiva materia de análisis. El citado formulario deberá ser entregado gratuitamente en todas las sedes institucionales de OSCE; pudiendo además ser descargado gratuitamente de la página web de OSCE.

La directiva establece que los hechos u omisiones objeto de denuncia deben ser expuestos en forma clara, concreta y fundamentada, adjuntándose, de ser el caso, la documentación necesaria que permita su evaluación. Esta prescripción legal es enteramente concordante con lo dispuesto por el numeral 105.2 del artículo 105 de la Ley N° 27444, el mismo que establece que la comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la

administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación

Ahora bien, en caso se advierta que no se ha adjuntado el formulario o que el formulario presenta deficiencias u omisiones, se concederá al denunciante un plazo no mayor de dos (2) días hábiles, a fin de que subsane tales deficiencias u omisiones. De no ocurrir ello, se procederá al archivo de la denuncia; salvo en casos debidamente justificados, a criterio del OSCE.

Esta disposición resulta ser discutible, en tanto no se define los parámetros por los cuales el ente rector procede a admitir una denuncia aun en el caso de que la misma muestre deficiencia u omisiones. De hecho, en mérito de la aplicación del principio de informalismo, las mismas deben ser subsanadas por la propia entidad, siendo el archivo de la denuncia un hecho más bien excepcional.

La directiva establece, por otro lado, que la identidad del denunciante se mantendrá en reserva durante la tramitación de la denuncia, salvo que resulte indispensable hacerla pública a efectos del pronunciamiento de la entidad denunciada. Y es que, desde el punto de vista de las garantías a favor del administrado, no debería ser un requisito de procedencia que el denunciante se encuentre identificado, decisión que se sometería a criterio del mismo. Ello a su vez permite promover comportamientos ajustados a derecho por parte de los administrados, sin perjuicio de la investigación que deberá realizar la entidad.

Presentada la denuncia, esta será remitida al órgano encargado de la tramitación de las denuncias, para la asignación correspondiente. El personal designado procederá a la evaluación respectiva, para lo cual agotará toda fuente de información disponible, que puede obtenerse del Seace, del Registro Nacional de Proveedores, entre otros.

La norma establece que del resultado de esta evaluación se determinará si la denuncia cuenta con sustento válido y el curso de acción a seguir. En el supuesto que la transgresión denunciada debiera haber sido materia de observación a bases, recursos administrativos o de un proceso contencioso-administrativo, o si se refiere a alguna controversia durante la ejecución contractual –esta última que deberá ser resuelta a través de la conciliación o el arbitraje–, se considerará que la denuncia es manifiestamente improcedente, puesto que en todos esos casos la vía que debe emplearse a fin de amparar la pretensión es distinta. En este caso, se oficiará al denunciante explicando las razones por las cuales la denuncia no puede ser tramitada, procediéndose a su archivo.

## 2. ¿Descargo?

Conforme a la normativa vigente, y a la casi totalidad de la doctrina, en los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución solo habiéndole otorgado al mismo un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo<sup>(1361)</sup>. Esta previsión es una consecuencia de la aplicación del derecho de defensa al procedimiento administrativo, un obvio componente del debido procedimiento<sup>(1362)</sup>.

Ahora bien, en el supuesto que la transgresión denunciada sea manifiesta, la directiva establece que se oficiará a la entidad indicando las medidas correctivas que deben adoptarse y, de ser el caso, solicitando el deslinde de responsabilidades respectivo, así como que se informe de ello al OSCE. En este caso debe entenderse que no existe descargo alguno frente a esta última entidad.

La directiva establece que el resultado de la acción será puesto en conocimiento del titular de la entidad o máxima autoridad administrativa —a quien se supone que ya se comunicó la supuesta transgresión, conforme a lo señalado en el párrafo precedente—, según corresponda, con copia al Órgano de Control Institucional, a fin de que estos adopten las acciones pertinentes que les correspondan en el marco de su competencia. Se informará del resultado al denunciante, dándose por concluida la tramitación de la denuncia.

En el supuesto que la transgresión denunciada no sea manifiesta, se requerirá a la entidad su pronunciamiento sobre los hechos denunciados, dentro de un plazo que no excederá de cinco (5) días hábiles. Esta distinción entre transgresión manifiesta y aquella que no lo es, podría carecer de objetividad, pudiendo perjudicar el derecho de defensa de los funcionarios involucrados en la denuncia.

### III. EFECTOS DE LA DENUNCIA

---

Como habíamos señalado anteriormente, la denuncia no genera efectos sancionadores directos, puesto que el OSCE se comporta en realidad como un organismo que canaliza la misma hacia la propia entidad o hacia el Sistema Nacional de Control. No obstante, la norma materia de

---

(1361) Artículo 161, inciso 161.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(1362) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., p. 29.

análisis establece un conjunto de acciones determinadas que deberán adoptarse luego.

En primer lugar, si de la evaluación efectuada se establece que la denuncia no resulta amparable, se informará de ello al denunciante, procediéndose al archivo de la denuncia. Sin perjuicio de lo señalado, la información proporcionada podrá ser considerada como antecedente para la programación de futuras acciones de supervisión.

Por otro lado, si de la evaluación efectuada se determina que se ha cometido infracciones a la normativa contractual, se oficiará a la entidad indicando las medidas correctivas que deben adoptarse y, de ser el caso, solicitando el deslinde de responsabilidades respectivo.

Adicionalmente, el resultado de la acción será puesto en conocimiento del Titular de la entidad o máxima autoridad administrativa, según corresponda, con copia al Órgano de Control Institucional a fin de que estos adopten las acciones pertinentes que les correspondan en el marco de su competencia; que se entiende que incluyen la determinación de la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda. Se informará del resultado al denunciante, dándose por concluida la tramitación de la denuncia.

Ahora bien, la directiva establece que, en el caso que la entidad no remita su pronunciamiento en el plazo otorgado, dicha omisión será puesta en conocimiento del Titular de la entidad o máxima autoridad administrativa, según corresponda, con copia al Órgano de Control Institucional, a fin de que estos adopten las acciones pertinentes que les correspondan en el marco de su competencia.

Nuevamente nos encontramos ante una incongruencia, puesto que se supone que al oficiar a la entidad respecto a las medidas correctivas que deben adoptarse, de ello tiene inmediato conocimiento el titular de la entidad o máxima autoridad administrativa de la misma, siendo poco razonable volvérselo a comunicar. Finalmente, se informará de dicha situación al denunciante, dándose por concluida la tramitación de la denuncia.

Ahora bien, cuando, por la naturaleza de los hechos denunciados, corresponda que estos sean conocidos y/o resueltos por otras autoridades, ello será comunicado al denunciante. La directiva omite establecer con claridad lo ya regulado por la Ley N° 27444, en el sentido de que

debería ser el OSCE que remita la denuncia directamente a la autoridad pertinente, con conocimiento del denunciante<sup>(1363)</sup>.

Finalmente, dependiendo del hecho denunciado, la directiva establece que el OSCE podrá solicitar el apoyo del Ministerio Público y de la Policía Nacional del Perú en las acciones que pudieran resultar necesarias para la obtención de información o para impedir la consumación de transgresiones a la normativa.

Esta previsión legal no se condice de manera directa con las posibles atribuciones coercitivas de OSCE, tema que podría resultar por demás discutible. Por otro lado, la intervención del Ministerio Público y de la Policía Nacional para impedir transgresiones a la normativa se dirigen directamente a aquellas que configuren delito, en supuestos específicos como es la flagrancia.

#### **IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR TRAMITADO POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

---

En este orden de ideas, la Ley N° 29622 ha modificado la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, ampliando las facultades de la misma para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional<sup>(1364)</sup>; reforma que ha generado no pocas controversias al otorgarle al Sistema Nacional de Control una potestad sancionadora que en principio no posee.

##### **1. Generalidades**

Conforme lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley Orgánica antes señalada, la Contraloría General ejerce la potestad para sancionar a los empleados públicos que incurran en responsabilidad administrativa funcional, por cuanto determina la responsabilidad administrativa funcional e impone una sanción derivada de los informes de control emitidos por los órganos del sistema.

En este orden de ideas, el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 29622, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 023-2011-PCM,

---

(1363) Artículo 82 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Sobre el particular: PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*. T. II, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 63.

(1364) Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 86 y ss.

Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, preceptúa que dicha norma tiene por finalidad regular el procedimiento administrativo sancionador aplicable por las infracciones graves y muy graves derivadas de los informes de control emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control, que impliquen el incumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo, las normas internas de las entidades, así como de todas aquellas obligaciones derivadas del ejercicio del cargo, conforme a lo dispuesto en el referido reglamento.

Así, el artículo 3 del reglamento antes señalado establece que la potestad sancionadora de la Contraloría General en materia de responsabilidad administrativa funcional, se aplica sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final de la Ley N° 27785, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3 de la Ley N° 27785.

Asimismo, el artículo 5 de la norma antes citada, el inicio del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General, determina el impedimento para que las entidades inicien procedimientos para el deslinde de responsabilidad por los mismos hechos que son materia de observación en los informes, cualquiera sea la naturaleza y fundamento de dichos procedimientos.

Como resultado, señala la norma que las autoridades de las entidades deberán inhibirse de efectuar actuaciones previas o iniciar procedimiento por los hechos antes referidos, hasta la culminación del procedimiento sancionador por responsabilidad administrativa funcional a cargo de la Contraloría General y el Tribunal.

## **2. Competencia**

La Ley Orgánica preceptúa que la referida potestad para sancionar se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g).

La norma señala en este punto que se encuentran exceptuadas del ejercicio de dicha potestad las autoridades elegidas por votación popular,

los titulares de los organismos constitucionalmente autónomos y las autoridades que cuentan con la prerrogativa del antejuicio político. Dichos funcionarios poseen los mecanismos sancionadores que establecen las leyes que los regulan.

### 3. Conductas infractoras

Conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica<sup>(1365)</sup>, conductas infractoras en materia de responsabilidad administrativa funcional son aquellas en las que incurren los servidores y funcionarios públicos que contravengan el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen. Entre estas encontramos las siguientes conductas:

- Constituye una conducta infractora incumplir las disposiciones que integran el marco legal aplicable a las entidades para el desarrollo de sus actividades, así como las disposiciones internas vinculadas a la actuación funcional del servidor o funcionario público.
- Asimismo, constituye una infracción administrativa incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.
- Por otro lado, constituye infracción que acarrea responsabilidad administrativa funcional realizar actos persiguiendo un fin prohibido por ley o reglamento. A esto la doctrina lo denomina desviación de poder, y ocurre cuando la actuación del servidor público no se dirige hacia la tutela del interés general.
- Finalmente, constituye infracción administrativa incurrir en cualquier acción u omisión que importe negligencia en el desempeño de las funciones o el uso de estas con fines distintos al interés público.

### 4. Tipos de sanciones

En este punto, la Ley Orgánica<sup>(1366)</sup> define las sanciones que son aplicables ante la comisión de las infracciones ante señaladas<sup>(1367)</sup>.

---

(1365) Artículo 46 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1366) Artículo 47 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1367) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 95.

Tenemos en primer lugar la inhabilitación para el ejercicio de la función pública, que puede ser de uno (1) a cinco (5) años. Conforme lo dispuesto por el Reglamento de la norma<sup>(1368)</sup>, comprende la privación de la función, cargo o comisión que ejercía el funcionario o servidor infractor, así como la incapacidad legal para obtener mandato, cargo, empleo, comisión de carácter público, para celebrar contratos administrativos de servicios o para el ejercicio de función pública o funciones en general en las entidades.

Tenemos además la suspensión temporal en el ejercicio de las funciones, sin goce de remuneraciones, compensaciones y/o beneficios de cualquier naturaleza<sup>(1369)</sup>, no menor de treinta (30) días calendario ni mayor de trescientos sesenta (360) días calendario; siendo su regulación equivalente a la contenida en la normativa en materia de procedimiento disciplinario.

Se establece en este punto que el Reglamento especificará las sanciones a imponer para cada conducta constitutiva de responsabilidad administrativa funcional. De hecho el Reglamento de la norma establece las infracciones que el servidor puede cometer<sup>(1370)</sup>. Nos encontramos entonces ante un supuesto de tipificación reglamentaria, la misma que si bien es cierto está autorizada por la Ley del Procedimiento Administrativo General puede en determinados casos no ser suficientemente garantista.

## **5. Graduación de las sanciones**

Conforme a lo dispuesto por la Ley Orgánica<sup>(1371)</sup>, las sanciones por responsabilidad administrativa funcional son graduadas de acuerdo a un conjunto de criterios, a los cuales en gran medida ya nos hemos referido en el capítulo precedente de este libro y que tienen por finalidad asegurar el cumplimiento del principio de proporcionalidad, que es de particular importancia para que la sanción administrativa cumpla su finalidad disuasiva.

En primer lugar, la reincidencia o reiterancia en la comisión de las infracciones. En segundo lugar, las circunstancias en las que fue cometida la infracción. Asimismo, el grado de participación en el hecho imputado. Además, constituye un criterio de graduación la concurrencia de diversas infracciones. Otro criterio a tomar en cuenta son los efectos que

---

(1368) Artículo 14 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

(1369) Ídem.

(1370) Artículos 6, 7, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

(1371) Artículo 48 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.



producen la infracción. Finalmente, la norma alude a la gravedad de la infracción cometida.

### **Atenuantes de la responsabilidad administrativa funcional**

Como lo hemos señalado anteriormente, la responsabilidad administrativa muestra atenuantes, lo cual es de particular importancia para la graduación de la sanción. Como resultado, el Reglamento de la norma establece factores atenuantes de la responsabilidad administrativa funcional<sup>(1372)</sup>. En primer lugar, la subsanación voluntaria por parte del administrado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

En segundo lugar, constituye un atenuante la actuación funcional en privilegio de intereses superiores de carácter social, o relacionados a la salud u orden público, cuando, en casos diferentes a catástrofes o desastres naturales o inducidos, se hubiera requerido la adopción de acciones inmediatas para superar o evitar su inminente afectación. En estos casos, sin embargo, nos encontramos propiamente frente a supuestos de fractura o ruptura del nexo causal, circunstancias en las cuales no existe responsabilidad.

El reglamento dispone, también que los atenuantes, además de permitir la reducción de la sanción en la escala correspondiente, podrán dar lugar a calificar la infracción en un nivel menor de gravedad, incluso como infracción leve, caso en el cual, corresponderá su puesta en conocimiento de las instancias competentes para la imposición de la sanción.

## **6. Independencia de responsabilidades**

La Ley Orgánica preceptúa<sup>(1373)</sup> que la responsabilidad administrativa funcional es independiente de las responsabilidades penales o civiles que pudieran establecerse por los mismos hechos, en tanto los bienes jurídicos o intereses protegidos son diferentes. Este principio se encuentra contenido también en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Se señala además que los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad para procesar administrativamente y sancionar al funcionario o servidor público que hubiera

---

(1372) Artículo 19 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

(1373) Artículo 49 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

incurrido en responsabilidad administrativa funcional, salvo disposición judicial expresa en contrario.

## 7. Procedimiento para sancionar

Ahora bien, conforme lo dispuesto por la Ley Orgánica<sup>(1374)</sup>, el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional a los infractores a quienes se refiere la referida Ley está constituido por dos (2) instancias<sup>(1375)</sup>. La existencia de dos instancias tiene por finalidad generar una garantía adicional, funcionando la segunda como un mecanismo de control y como un filtro antes del Poder Judicial, como ocurre en el caso de muchos tribunales administrativos.

La primera instancia, a cargo de la Contraloría General, está constituida a su vez por un órgano instructor y un órgano sancionador. Ambos poseen autonomía técnica en sus actuaciones. El órgano instructor lleva a cabo las investigaciones y propone la determinación de las infracciones y las sanciones ante el órgano sancionador. Este último, mediante resolución motivada, impondrá o desestimarás las sanciones propuestas.

Conforme lo dispuesto por la Ley Orgánica, la segunda instancia, que se encuentra a cargo del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, resuelve las apelaciones contra las decisiones del órgano sancionador. Este es un tribunal que resuelve en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, con lo cual carece de potestad cuasijurisdiccional.

Finalmente, la norma preceptúa que el procedimiento para sancionar por responsabilidad administrativa funcional se sujeta a los principios de legalidad y debido proceso, así como a los demás principios de la potestad sancionadora de la Administración establecidos en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

### Órgano instructor

En este orden de ideas, la norma establece<sup>(1376)</sup> que el órgano instructor lleva a cabo las actuaciones que conducen a la determinación de responsabilidad administrativa funcional, observa el derecho de defensa y asegura el debido proceso administrativo.

---

(1374) Artículo 51 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1375) RETAMOZO LINARES, Alberto. Ob. cit., p. 100 y ss.

(1376) Artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

## **Funciones del órgano instructor**

Ahora bien, en este punto la Ley Orgánica establece<sup>(1377)</sup> un conjunto de atribuciones del órgano instructor. En primer lugar, iniciar los procedimientos administrativos de determinación de responsabilidad administrativa funcional a partir de los informes emitidos por los órganos del sistema.

Le corresponde, asimismo, efectuar las investigaciones solicitando la información y la documentación que considere necesarias para el ejercicio de las mismas, actuando las pruebas que encuentre pertinentes y evaluando los descargos presentados.

Por otro lado, el órgano instructor es competente para emitir pronunciamientos en los cuales señale la existencia o inexistencia de infracciones administrativas funcionales y, según sea el caso, presentar la propuesta de sanción ante el órgano sancionador.

La Ley Orgánica preceptúa que las entidades públicas, sus funcionarios y las personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia de investigación están obligadas a atender cualquier requerimiento efectuado por el órgano instructor, sea que se trate de documentos, información u opinión necesarios para el esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, se establece que el órgano sancionador, a propuesta del órgano instructor, podrá disponer que las entidades separen del cargo al servidor o funcionario público, mientras dure la investigación y hasta que se emita el pronunciamiento sobre la existencia de responsabilidad administrativa funcional, siempre que se respete el derecho de defensa de aquel.

## **Órgano sancionador**

Como se ha señalado, el procedimiento administrativo sancionador tramitado por la Contraloría separa la autoridad instructora de la sancionadora. Como resultado, la Ley Orgánica preceptúa<sup>(1378)</sup> que, concluida la fase instructora, el órgano sancionador, sobre la base de la documentación remitida por el órgano instructor, impone, mediante resolución motivada, las sanciones que correspondan o declara no ha lugar a la imposición de sanción.

---

(1377) Artículo 53 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1378) Artículo 54 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Se establece además que el órgano sancionador podrá disponer la realización de actuaciones complementarias siempre que sean indispensables para resolver el procedimiento.

### **Recursos administrativos**

Finalmente, se establece<sup>(1379)</sup> que, contra la resolución que imponga la sanción cabe recurso de apelación dentro del plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir de la fecha de notificación de dicha resolución. De concederse el recurso, el órgano sancionador remitirá los actuados al Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

### **Improcedencia del recurso de apelación**

El reglamento dispone un conjunto de causales de improcedencia del recurso de apelación. En primer lugar, cuando el Tribunal carezca de competencia para resolverlo por tratarse de una materia distinta a las previstas en el presente Reglamento. Asimismo, cuando el recurso sea interpuesto fuera del plazo previsto por este Reglamento. Finalmente, cuando no se acredite derecho o interés legítimo afectado.

## **8. Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas**

La norma ha establecido una segunda instancia administrativa, que es el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas<sup>(1380)</sup>. Se señala que dicho órgano constituye la última instancia administrativa en el procedimiento sancionador. Es un órgano colegiado adscrito a la Contraloría General, con independencia técnica y funcional en las materias de su competencia y autonomía en sus decisiones.

La norma prescribe que la Sala del Tribunal Superior está conformado por cinco (5) miembros, elegidos por concurso público de méritos. Los miembros del Tribunal permanecen en el cargo por un periodo de cinco (5) años. La remoción de los miembros del Tribunal solo puede darse por causas graves debidamente justificadas.

Asimismo, se establece que las entidades públicas, sus funcionarios y las personas naturales o jurídicas vinculadas o relacionadas al caso materia de investigación están obligadas a atender cualquier requerimiento efectuado por el Tribunal Superior en casos de documentación, información u opinión necesarios para resolver.

---

(1379) Artículo 55 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1380) Artículo 56 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

### **Requisitos para ser miembro del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas**

Como ocurre en todos los órganos de una entidad, la Ley establece<sup>(1381)</sup> un conjunto de requisitos, en este caso para ser nombrado vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas. En primer lugar, el requisito etario es ser mayor de 40 años de edad, el mismo que no se encuentra presente en muchos cargos públicos.

Un requisito que siempre vamos a encontrar en estos supuestos es el contar con título profesional, lo cual nos exime de mayor comentario. Ahora bien, la colegiatura hábil la vamos a encontrar en algunos cargos en los cuales la carrera cuyo título se requiere que posea un Colegio Profesional. Pero sigue siendo un requisito controvertido, pues no toda profesión requiere la colegiatura para su ejercicio. De hecho, carreras como Administración o Periodismo no requieren de esta.

Se requiere asimismo tener experiencia profesional en entidades del Sector Público o Privado –no menor de diez (10) años– o comprobada docencia universitaria por el mismo periodo. Además, el miembro de este tribunal debe contar, de preferencia, con estudios de especialización en el ámbito de su profesión. Ambos, requisitos indispensables para el ejercicio del cargo. La norma dispone en este punto que el miembro debe tener estudios de especialización en Derecho Constitucional, Administrativo, Laboral o Gestión de Recursos Humanos. Finalmente, debe tener conducta intachable y reconocida solvencia e idoneidad moral.

Por otro lado, en cuanto a los impedimentos, para el ejercicio del cargo se requiere no tener filiación política alguna. Existen determinados cargos en la Administración Pública al interior del Estado que impiden tener filiación política, un buen ejemplo son los organismos electorales. La justificación estriba en la necesidad de asegurar la imparcialidad de las decisiones del funcionario, en este caso del Tribunal.

Asimismo, no debe encontrarse en estado de quiebra culposa o fraudulenta. Ya nos hemos referido anteriormente a la justificación de este impedimento en el capítulo correspondiente. Debe señalarse además que este impedimento es ratificado por el Reglamento de la Ley Orgánica<sup>(1382)</sup>.

Por otro lado, el miembro del Tribunal no debe haber sido sancionado penalmente, debiendo tenerse en cuenta que la norma no establece

---

(1381) Artículo 57 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1382) Artículo 53 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

que la condena haya sido con prisión efectiva ni establece plazo alguno, con lo cual debe entenderse que estamos frente a una inhabilitación permanente. El Reglamento precisa este impedimento, estableciendo que el vocal no debe haber sufrido condena por la comisión de delito doloso o haber sido sentenciado con reserva de fallo condenatorio, conclusión anticipada, o por acuerdo bajo el principio de oportunidad por la comisión de un delito doloso. Por un lado, excluye los delitos culposos, pero ratifica que basta con la condena, sin que la misma haya implicado prisión efectiva.

Asimismo, conforme dispone la Ley Orgánica, el vocal del Tribunal no debe haber sido sancionado con destitución o despido, lo cual conlleva la inhabilitación. Ahora bien, el Reglamento efectúa una importante distinción. Por un lado, se refiere al impedimento producto de destitución, despido o inhabilitación por medida disciplinaria en alguna entidad o empresa del Estado; o, haber sido despedido en la actividad privada por la comisión de una falta grave, salvo que acredite el despido arbitrario. Este último impedimento es interesante, por el hecho de no ser muy común en nuestro ordenamiento, puesto que en general el impedimento ocurre con relación al despido o destitución respecto del Estado.

Pero, por otro lado, el Reglamento corrige una omisión de la Ley Orgánica, que es el impedimento producto de encontrarse inhabilitado para el ejercicio de la función pública por sentencia judicial, mandato de autoridad administrativa competente o disposición del Congreso de la República. Esta última, que ocurre como resultado del antejuicio político consagrado por los artículos 99 y 100 de la Constitución, puede generar directamente la inhabilitación, lo cual acarrea necesariamente su destitución.

Finalmente, el reglamento incorpora un supuesto adicional, que es el adolecer de incapacidad, debidamente acreditada, que lo imposibilita para cumplir con sus funciones. Dicha incapacidad podría ser física o mental y si es sobreviniente acarrea la vacancia en el cargo. Es preciso señalar que dicha incapacidad debe determinarse de manera objetiva.

### **Funciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas**

La Ley Orgánica establece<sup>(1383)</sup> las atribuciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, las cuales el Reglamento luego desarrolla. Básicamente, dichas atribuciones son conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos

---

(1383) Artículo 58 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

contra la resolución de sanción impuesta por el órgano sancionador. Ello implica revisar la resolución del órgano sancionador pudiendo revocar, confirmar o modificar lo resuelto.

Le corresponde las demás que le sean establecidas en las normas complementarias de la Ley, a efectos de garantizarle el adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas. Dentro de ellas podemos encontrar proponer la modificación del Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas y sus modificaciones; proponer las normas y disposiciones que, en Sala Plena, se consideren necesarias para suplir deficiencias o vacíos en la legislación de la materia; conocer y resolver las quejas por defectos de tramitación y quejas por no concesión del recurso de apelación; así como solicitar la información que considere necesaria para resolver los asuntos materia de su competencia, conforme lo señalado por el Reglamento<sup>(1384)</sup>.

### **Secretaría Técnica**

El reglamento de la norma establece que la Secretaría Técnica es el órgano encargado de gestionar y prestar el apoyo técnico y administrativo al Tribunal, así como de dirigir la tramitación de los expedientes que se sometan a conocimiento de este. La Secretaría Técnica es un órgano necesario en la generalidad de los tribunales administrativos, funcionando como un órgano *staff* de ellos.

Como lo establece la norma, dicho órgano constituye el enlace entre el Tribunal y la estructura administrativa de la Contraloría General y demás órganos del Sistema Nacional de Control. Se señala que sus funciones específicas se encuentran desarrolladas en el Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas.

Ahora bien, el reglamento prescribe que, en caso resultara necesario para el adecuado funcionamiento de las Salas del Tribunal, la Sala Plena podrá disponer la conformación de Secretarías Técnicas Adjuntas, conforme a la disponibilidad presupuestal de la Contraloría General.

### **Carácter de las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas**

Conforme lo dispuesto por la Ley Orgánica<sup>(1385)</sup>, las resoluciones del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas ponen fin a la vía

---

(1384) Artículo 57 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

(1385) Artículo 59 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

administrativa y contra ellas procede la acción contencioso-administrativa, conforme al artículo 148 de la Constitución Política del Perú. Ya nos hemos referido con mayor detalle al proceso contencioso-administrativo en capítulos anteriores de este libro, ratificando la importancia del mismo para tutelar al administrado frente a un ejercicio arbitrario de la potestad sancionadora.

Por otro lado, las resoluciones del Tribunal materia de análisis generan precedente administrativo. De ello, dicho órgano ha emitido un importante y polémico precedente, en el cual distinguen la responsabilidad administrativa funcional, que hace efectiva la Contraloría, de la responsabilidad disciplinaria, cuyo procedimiento tramita cada entidad.

## 9. Prescripción

En este punto, la Ley Orgánica establece<sup>(1386)</sup> que la facultad para la imposición de la sanción por responsabilidad administrativa funcional, prescribe a los cuatro (4) años contados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Es importante anotar que el plazo es consistente con lo establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ahora bien, el Reglamento dispone<sup>(1387)</sup> que la prescripción puede ser alegada por los administrados en vía de defensa, para lo cual, las instancias competentes resolverán inmediatamente sin abrir prueba, o pedir alguna actuación adicional a la mera constatación de los plazos vencidos. Ello es consistente con lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo, persistiendo la polémica respecto a la facultad de la entidad de declarar de oficio la prescripción.

Se señala además que, en todo caso, la duración del procedimiento sancionador no podrá exceder los dos (2) años desde que el órgano instructor da inicio a este. El Reglamento prescribe en este punto que el cumplimiento de dicho plazo determina la conclusión del procedimiento sancionador, respecto de las personas procesadas, debiendo ser alegado en vía de defensa y resuelto inmediatamente por las instancias competentes a partir de la mera constatación del plazo cumplido.

## 10. Las dificultades que muestra este procedimiento

Una primera situación discutible estriba en el hecho de que el procedimiento administrativo sancionador se sustente en informes de control,

---

(1386) Artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

(1387) Artículo 40 del Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.



puesto que una garantía del control administrativo consistía precisamente en el hecho de que la instancia respectiva del sistema identificaba la existencia de responsabilidad administrativa, mientras que era la entidad la encargada de tramitar el procedimiento disciplinario. En estos supuestos, es difícil que la autoridad instructora, la autoridad sancionadora o el Tribunal se aparten del criterio contenido en el informe de control.

Asimismo, la norma establece que la potestad sancionadora se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la novena disposición final, con prescindencia del vínculo laboral, contractual, estatutario, administrativo o civil del infractor y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo. Esta amplia definición de empleado público puede llevar a comportamientos arbitrarios, pues incluye a quienes posean vínculo administrativo o civil con la entidad, el cual, como bien sabemos, no implica que nos encontremos ante empleo público.

En el primer caso, es evidente la duplicidad de competencias respecto a la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones, señalada claramente por el Decreto Legislativo N° 1017 y a la cual nos hemos referido con amplitud en el capítulo precedente de este libro. En el segundo caso, queda claro que no podemos emplear mecanismos administrativos para sancionar a administrados con los cuales la entidad posee un vínculo de naturaleza civil, sin perjuicio de las normas contenidas en la Ley del Código de Ética.

## **V. LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PENAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

---

Por otro lado, el Código Penal establece una amplia batería de delitos contra la Administración Pública, los cuales tienen por bien jurídico protegido el funcionamiento eficiente de esta, caso contrario la misma no va a poder satisfacer las necesidades públicas requeridas. A su vez entre dichos delitos vamos a encontrar que varios de ellos se encuentran enfocados en la contratación administrativa. La justificación de la penalización de las conductas estriba en la constatación que el ordenamiento administrativo no resulta ser suficientemente eficiente para controlar dichas conductas dañosas.

### **1. Colusión simple y agravada**

Conforme al artículo 384 del Código Penal, comete colusión el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por

razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley.

Asimismo, dicha norma dispone que comete colusión agravada el funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley.

El sujeto activo del delito es un funcionario o servidor público, empleando la definición amplia que establece el Código Penal<sup>(1388)</sup>, que incluye aquellos que posean vínculo contractual, como por ejemplo los locadores de servicios. El sujeto pasivo es el Estado. Asimismo, el bien jurídico tutelado es el funcionamiento eficiente de la Administración Pública al interior del Estado el cual se ve afectado ante la comisión de actos en los cuales el servidor público desvía las decisiones públicas a través del concierto con los proveedores en el contexto de la contratación administrativa, afectando varios de los principios de la contratación administrativa que hemos analizado en este libro.

### **La pena aplicable**

Finalmente, la pena, en el primer caso, será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. En el segundo caso, será no menor de seis ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos

---

#### **(1388) Artículo 425. Funcionario o servidor público**

Son funcionarios o servidores públicos:

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. 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.
4. Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
5. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
7. Los demás indicados por la Constitución Política y la ley.

treinta días-multa. En ambos casos la pena incluye la inhabilitación, conforme al artículo 426 del Código Penal.

## **2. Negociación incompatible**

Por otro lado, el artículo 399 del Código Penal tipifica este delito cometido por el funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo. La diferencia más importante con el delito antes señalado es que en este caso no se requiere que el servidor se haya puesto de acuerdo con la persona favorecida.

Como lo hemos señalado anteriormente, el sujeto activo del delito es un funcionario o servidor público. El sujeto pasivo es el Estado. Asimismo, el bien jurídico tutelado es el funcionamiento eficiente de la Administración Pública al interior del Estado, el cual se ve afectado ante la comisión de actos en los cuales el servidor público desvía las decisiones públicas a través de su interés en el resultado de la contratación administrativa.

### **La pena aplicable**

Finalmente, en este caso la pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Dicha pena incluye la inhabilitación, conforme el artículo 426 del Código Penal.



# **CAPÍTULO XVI**

## **COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES.**

### **LOS CONVENIOS**

#### **I. INTRODUCCIÓN**

---

En el Derecho Administrativo moderno se ha hecho indispensable establecer efectivos mecanismos de coordinación entre las diversas entidades de la Administración Pública, a fin de hacer más eficiente su labor. La existencia de sistemas administrativos, en los cuales hay una permanente coordinación entre órganos y organismos que no tienen relación de subordinación entre ellos, hace indispensable la íntima colaboración entre dichas entidades. Sin embargo, existen necesarias relaciones de colaboración entre los distintos órganos y organismos de la Administración, aun cuando estos no conformen sistemas administrativos.

Ahora bien, es necesario analizar este fenómeno en el contexto de la contratación administrativa a fin de distinguirla claramente de ella, puesto que, cuando hemos analizado el concepto de contrato administrativo hemos establecido que, conforme a Ley, los convenios entre entidades no se encuentran sometidos a la normativa contractual. En consecuencia, nos encontramos ante actuaciones administrativas eminentemente distintas, que no obstante interactúan entre sí, puesto que la normativa contractual hace referencia repetidamente al concepto de convenio.

En general, en la Administración Pública y en Derecho Administrativo se había entendido tradicionalmente que la relación entre las autoridades administrativas debía estar esencialmente referida al conflicto entre ellas<sup>(1389)</sup>. En buena cuenta, actualmente se debe considerar más bien que

---

(1389) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 222.

la relación por excelencia es la de colaboración administrativa. El conflicto entre entidades administrativas genera un conjunto de consecuencias perjudiciales, en términos de obtención de resultados y de protección a los derechos del administrado.

En primer lugar, afecta la eficiencia de todas las entidades que participan del conflicto, generando como resultado que funcionen a un mayor costo, con el consiguiente perjuicio social<sup>(1390)</sup>. Asimismo, afecta al administrado, respecto del cual, al no tener en claro la entidad que deberá tramitar su asunto, los ya elevados costos de acceso al sistema legal se encarecen. Como si fuera poco, el conflicto perjudica a la sociedad en su conjunto, generando que las funciones estatales se desenvuelvan inadecuadamente.

La colaboración administrativa cobra especial importancia en el contexto actualmente existente de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo General, así como en el contexto, no menos importante, de abierta descentralización del aparato estatal. Las normas relativas a la regionalización pretenden crear mecanismos de colaboración entre los diversos niveles de organización política, sean estos locales, regionales o referidos más bien al Gobierno Central.

Ello parte a su vez de la concepción moderna de diversificación de entes estatales, en contra de la concepción unitaria de la Administración, la cual se encuentra superada por la doctrina moderna<sup>(1391)</sup>, acompañada de las técnicas modernas de descentralización funcional y territorial existentes.

### **Coordinación y cooperación**

Algunos autores diferencian claramente las actividades de coordinación y de cooperación entre entidades. En la coordinación, cada sujeto permanece en su esfera jurídica, evitando conductas perjudiciales para otros o adoptando conductas que complementan las adoptadas por otros<sup>(1392)</sup>. Pero a la vez, la coordinación pretende la realización de

---

(1390) Ha sido muy común ver cómo diversas entidades administrativas, que tienen el deber de coordinar entre sí, más bien han generado, mediante comportamientos materiales y así como críticas a la labor del otro, conflictos que elevan el costo de la realización de la actividad en cuestión. Ejemplos de ello los tenemos en las controversias entre el Gobierno Central y los gobiernos locales o al interior del Sistema Electoral, entre la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Jurado Nacional de Elecciones.

(1391) Sobre el particular: ORTEGA, Luis. "La coordinación de la Administración del Estado". En: *Documentación Administrativa*. N° 230-231. Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1992, pp. 31 y ss.

(1392) MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 257 y ss.

actividades conjuntas para el logro de una misma finalidad evitando acciones divergentes y duplicidad de esfuerzos<sup>(1393)</sup>, permitiendo que la diversidad administrativa favorezca la gestión del Estado propendiendo a la unidad de acción<sup>(1394)</sup>. La coordinación puede estar sujeta a cierta discrecionalidad, pero en general dicha institución jurídica viene determinada por la ley. En términos generales, la coordinación se realiza entre los entes u órganos que componen sistemas administrativos, pero también debe darse al interior de los organismos públicos.

En la cooperación, sin embargo, implica la actividad de uno o varios sujetos, que genera efectos en una esfera jurídica que le es ajena<sup>(1395)</sup>. Como resultado, existe un disponente y un beneficiario. A diferencia del control administrativo, la cooperación tiene origen en una atribución a favor del destinatario y surge de un acto dispositivo de quien la hace efectiva.

A diferencia de la coordinación, los mecanismos de cooperación entre determinadas entidades no se encuentran determinados de manera obligatoria. En buena cuenta, la Ley de Procedimiento Administrativo General parece tratar la coordinación y la cooperación como especies pertenecientes a la colaboración administrativa, concepto que obra más bien como género.

## **II. LOS DEBERES QUE RIGEN LA COLABORACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES**

---

En consecuencia de la definición que hemos referido, debemos precisar que la Ley del Procedimiento Administrativo General establece, por vez primera, que la relación entre las diversas entidades de la Administración Pública en el caso peruano se rige por el criterio de colaboración<sup>(1396)</sup>, dejando sentado el criterio de preferencia por mecanismos de cooperación y coordinación frente al conflicto entre órganos o entre entidades.

Por otro lado, la norma materia de análisis, así como la doctrina aplicable, diferencian claramente los supuestos de colaboración entre entidades de otras instituciones como podrían ser la delegación y los fenómenos de pérdida o renuncia de la competencia, supuesto este último que

---

(1393) PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho administrativo*. T. II, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 66.

(1394) ORTEGA, Luis. Ob. cit., pp. 35-36.

(1395) MORELL OCAÑA, Luis. Ob. cit., p. 275.

(1396) Artículo 76, numeral 76.1 de la Ley N° 27444.

se encuentra prohibido por la Ley. Por ello, la Ley señala que la citada relación de colaboración no implica renuncia a la competencia señalada por el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, en aplicación de lo dispuesto por el criterio de colaboración, el ordenamiento jurídico prevé la existencia de determinados deberes, cuyo cumplimiento permite que los mecanismos se empleen de manera adecuada. En consecuencia, las entidades tienen los siguientes deberes<sup>(1397)</sup>:

### **1. Respeto al ejercicio de competencia de otras entidades**

Este deber, que encuentra su correlato en el Derecho Comparado<sup>(1398)</sup>, implica que ninguna entidad deberá interferir en el accionar de otras, ni materialmente ni a través de críticas institucionales. Esta previsión legal tiene especial importancia en el contexto de entidades que realizan labores de coordinación, en particular si esta coordinación viene siendo exigida por la Ley.

Ahora bien, según la Ley, las críticas y cuestionamientos entre entidades del Estado deben realizarse al interior de este —es decir, dentro de los niveles institucionales—, a fin de evitar el empleo indebido de los medios de comunicación o de la opinión pública para generar conflictos, situación que ha sido muy común en nuestro medio.

### **2. Cesión de datos e informaciones**

Las entidades deben proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la Ley<sup>(1399)</sup>. Para hacer efectivo lo que venimos señalando deberá propenderse a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares. Si bien este deber forma parte, en términos genéricos, de la cooperación administrativa, es necesario establecerla de manera separada, como lo hace la Ley, a fin de dejar en claro que el deber de proporcionar información no se aplica únicamente respecto a los particulares, sino también respecto al resto de entidades que conforman el Estado.

---

(1397) Artículo 76, numeral 76.2 de la Ley N° 27444.

(1398) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000, p. 119. COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1993, p. 198.

(1399) PARADA VÁZQUEZ, Ramón. T. II, Ob. cit., p. 71.



### 3. Deber de cooperación genérica

Las entidades tienen el deber de prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones<sup>(1400)</sup>, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones. Esta es la típica cooperación administrativa a la que alude el Derecho Comparado y la doctrina, en la cual se ejercen atribuciones o se proporcionan medios para el mejor ejercicio de las citadas atribuciones<sup>(1401)</sup>. Ahora bien, la limitación en términos de gastos o del cumplimiento de las funciones asignadas por el ordenamiento tiene sentido en tanto la cooperación no puede realizarse en desmedro de la propia entidad cooperante.

Por otro lado, a diferencia de la delegación, en la cooperación no existe transferencia de competencia alguna, sino que el ente que colabora realiza funciones o actividades contenidas en la competencia de aquella a la cual sirve. Ante esta consideración, figuras como el encargo de gestión formarían parte de la cooperación entre entidades.

### 4. Medios de prueba

La Ley del Procedimiento Administrativo General prescribe que las entidades tienen el deber de facilitarse mutuamente los medios de prueba que se encuentren en su poder, para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario. La disposición en contrario puede provenir, por ejemplo, de información secreta, confidencial o reservada conforme a las normas en materia de acceso a la información pública.

Esta obligación de las entidades permite asegurar la celeridad de los procedimientos, sean administrativos o institucionales. En el primer caso es evidente que resulta más sencillo que sea la entidad y no el administrado quien solicite la documentación, más aún si se emplean mecanismos informáticos para acceder a los referidos medios de prueba. Si bien la entidad no debe pedir documentos que ella ya tiene, esta limitación debe extenderse a toda la Administración Pública.

Asimismo, esta disposición permite el cumplimiento de la regla del expediente único en los procedimientos administrativos, al impedir que se generen varios expedientes para un mismo procedimiento, puesto que la autoridad administrativa deberá recabar los informes y medios de prueba que sean necesarios.

---

(1400) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Ob. cit., p. 119.

(1401) MORELL OCAÑA, Luis. Ob. cit., p. 276.

## **Suspensión del plazo**

Cuando una entidad requiera la colaboración de otra para que le proporcione la colaboración referida a la cooperación genérica o a los medios de prueba, en supuestos en los que resulte aplicable el silencio administrativo positivo, y siempre que esta sea indispensable para la resolución del procedimiento administrativo el plazo establecido para ello se suspenderá<sup>(1402)</sup>. La norma preceptúa que el plazo de suspensión no puede exceder de siete días, que se pueden prorrogar a tres más si se requiere traslado fuera de la sede o la asistencia de terceros<sup>(1403)</sup>.

Esta disposición fue una novedad del Decreto Legislativo N° 1029 y está diseñada para evitar que se genere la resolución ficta propia del silencio administrativo positivo como resultado de una solicitud de colaboración, la misma que resulta ineludible a efectos de concluir el procedimiento administrativo; situación en la cual se ha considerado que no debería verse afectado el interés general.

Es evidente que dicha suspensión se encuentra sometida a evidentes límites, por constituir una situación excepcional como vamos a analizar con detalle más adelante. El primero de ellos es el plazo establecido por el artículo 132 de la Ley N° 27444. Pero además, si la entidad solicita información únicamente para verificar la veracidad de la documentación que ha sido presentada por el administrado, dicha solicitud no debería ser en absoluto pertinente, en aplicación del principio de presunción de veracidad, el mismo que permite preferir los controles posteriores a los controles previos en el caso de los procedimientos administrativos.

### **III. MEDIOS QUE PERMITEN LA COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL**

---

Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante los diversos medios legalmente admisibles<sup>(1404)</sup>. La doctrina reconoce en general dos tipos de técnicas de colaboración entre entidades, las técnicas orgánicas y las técnicas funcionales. Las técnicas orgánicas se caracterizan por la participación de los entes administrativos como tales, en el ámbito de sus competencias entendidas como un todo. Las técnicas funcionales implican más bien el trabajo conjunto de dos o más entidades para la realización de determinadas funciones de manera conjunta.

---

(1402) Artículo 76, numeral 76.3 de la Ley N° 27444.

(1403) Artículo 132, numeral 3 de la Ley N° 27444.

(1404) Artículo 77, numeral 77.1 de la Ley.

Ahora bien, la Ley señala dos medios o técnicas de colaboración interinstitucional de especial importancia, sin que dicha previsión pueda considerarse de naturaleza taxativa, dada la existencia de un amplio conjunto de medios de colaboración que puedan considerarse atípicos o in-nominados. Dichos medios son las conferencias entre entidades vinculadas y los convenios de colaboración, mecanismos que se encuentran consagrados también en el Derecho Comparado, con un desarrollo sumamente importante.

### **1. Las conferencias entre entidades vinculadas**

Las conferencias entre entidades vinculadas, típico mecanismo de cooperación orgánica, permiten a aquellas entidades que correspondan a una misma problemática administrativa, el reunirse para intercambiar mecanismos de solución, propiciar la colaboración institucional en aspectos comunes específicos y constituir instancias de cooperación bilateral<sup>(1405)</sup>. Las conferencias se hacen efectivas mediante acuerdos entre las entidades, a fin de establecer lineamientos de cooperación entre las diversas instituciones. La definición de conferencia interinstitucional en el Derecho peruano parece restringirse a la existencia de dificultades en la dirección de los sectores a cargo de cada una de las entidades involucradas.

Sin embargo, la realización de las conferencias entre entidades y los respectivos convenios a realizarse deben ambos enfocarse a todas las situaciones comunes que puedan presentarse en las diversas entidades, a fin de mejorar los aspectos de gestión administrativa en cada caso concreto. El segundo párrafo del artículo 77.2 de la Ley hace referencia a los acuerdos que establecen las conferencias entre entidades vinculadas, especificando que los mismos se formalizan mediante acuerdos suscritos por los representantes autorizados.

En primer lugar, debe entenderse que toda conferencia debe formalizarse debidamente, a fin de otorgar estabilidad a la cooperación interinstitucional, lo que resulta ser la finalidad de la norma. En segundo término, debe entenderse que el acuerdo configura en buena cuenta un convenio interadministrativo, de naturaleza general y eminentemente desprovisto de contenido patrimonial.

Este mecanismo de cooperación proviene del Derecho Comparado, en especial de Alemania y España<sup>(1406)</sup> en donde se hacen efectivas

---

(1405) Artículo 77, numeral 77.2 de la Ley.

(1406) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 443. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Ob. cit., T. II, p. 71 y ss.

conferencias de naturaleza sectorial<sup>(1407)</sup>. Inicialmente, estas conferencias tenían aplicación entre el Estado y los entes autonómicos o federales (como lo son las comunidades autónomas españolas o los *länder* en Alemania) para luego ser de aplicación a importantes sectores de la Administración Pública Central<sup>(1408)</sup>.

En la mayoría de los casos, en la doctrina y el Derecho Comparado, las conferencias interadministrativas o intrasectoriales son mandatos legales destinados a otorgar estabilidad a la cooperación entre las entidades, sin perjuicio de que las mismas puedan realizarse mediante acuerdo. En el caso peruano, las conferencias están sujetas a la discrecionalidad de quienes dirigen las diversas entidades, lo cual no asegura que las mismas se hagan efectivas. Nada obsta, sin embargo, para que leyes especiales establezcan la existencia de conferencias interinstitucionales cuya formalización no se encuentre sujeta a la discrecionalidad de las entidades.

## 2. Los convenios de colaboración

Los convenios de colaboración constituyen un mecanismo de cooperación funcional, por el cual, a través de los representantes autorizados de las entidades, se celebran dentro de la Ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación<sup>(1409)</sup>. Debemos señalar que este concepto de convenio no posee una naturaleza contractual ni contenido patrimonial en términos de contraprestaciones pecuniaras. Por otro lado, es una técnica de naturaleza funcional, puesto que implica la realización de determinadas funciones de manera conjunta<sup>(1410)</sup>.

Además, estos, que en buena cuenta generan colaboración institucional estable, son el típico mecanismo de cooperación entre instituciones, puesto que generan obligaciones mutuas. De hecho, inicialmente eran empleados en diversos países para hacer efectiva la colaboración

---

(1407) El artículo 5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en España, consagra las atribuciones de las conferencias sectoriales. MORELL OCAÑA, Luis. Ob. cit., p. 278. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., p. 443-444.

(1408) PALOMAR OLMEDA, Álvaro. "Los Principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones". En: *Documentación Administrativa*. N° 254-255. Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999, p. 69 y ss.

(1409) Artículo 77, numeral 77.3 de la Ley N° 27444.

(1410) PARADA VÁZQUEZ, Ramón. Ob. cit. T. II, p. 74.

entre el estado central y los entes territoriales, constituyéndose en una técnica consolidada<sup>(1411)</sup>.

Nada obsta hoy en día, sin embargo, para que dichos convenios puedan ser realizados entre entidades que no necesariamente pertenecen a entes territoriales distintos. En el caso peruano, en el cual existe una administración pública extensa y diversificada, resulta indispensable la celebración de convenios de colaboración en temas puntuales cuando ello lo amerite.

La Ley N° 27444, sin embargo, no establece el procedimiento que debe seguirse para aprobar convenios. Sin embargo, desde un punto de vista de gestión pública podemos esbozar un conjunto de actuaciones administrativas necesarias para ello. Inicialmente, es necesario que el órgano interesado proponga el convenio, a través de la elaboración de un proyecto, acompañado del respectivo informe.

Seguidamente, el proyecto debe ser remitido a la Oficina General de Planificación o la que haga sus veces, la cual debe analizar básicamente dos aspectos. El primero, si es que el convenio generará gasto, la existencia de disponibilidad presupuestal, lo cual debe ser verificado por la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces. El segundo, si es que el convenio es consistente con los objetivos y metas institucionales, conforme a lo dispuesto por el Plan Operativo Institucional.

El proyecto de convenio, con los informes antes señalados, debe ser remitido a la Oficina General de Asesoría Jurídica o su equivalente al interior de la entidad, a fin de que se determine su adecuación a la normativa vigente, que incluye las leyes que regulan el funcionamiento de la entidad, los reglamentos, los instrumentos de gestión, sin descuidar la normativa sectorial aplicable.

Una vez que el proyecto de convenio posee los informes respectivos, es remitido al funcionario de la Alta Dirección competente para su suscripción. En un ministerio, por ejemplo, dichos convenios nos serán necesariamente suscritos por el ministro, pudiendo ser suscritos por el viceministro, o por el secretario general dependiendo de las competencias asignadas por los instrumentos de gestión y la naturaleza del convenio.

### **3. Otros mecanismos de colaboración entre entidades**

Existen diversos mecanismos de cooperación entre entidades distintas a los antes indicados, que se emplean tanto en el Derecho Comparado

---

(1411) PALOMAR OLMEDA, Álvaro. Ob. cit., p. 77.

como en nuestro país. La entrega de información, que es además un deber de las entidades, constituye un importante medio de cooperación funcional. La asistencia mutua es también un importante medio de colaboración entre las diversas entidades, por ejemplo, cuando se solicitan informes o dictámenes<sup>(1412)</sup>. Al interior de los sistemas administrativos existen múltiples mecanismos de cooperación que permiten asegurar un funcionamiento eficiente de estos. Finalmente, el encargo de gestión configura un importante mecanismo de colaboración entre entidades.

#### **IV. REGULACIÓN DE LA COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES**

---

El principio general de la regulación de la colaboración administrativa establece que la procedencia de la colaboración solicitada es regulada conforme a las normas propias de la autoridad solicitante, pero el cumplimiento de la misma es regido por las normas propias de la autoridad solicitada<sup>(1413)</sup>. Este principio, que resguarda la legalidad de la colaboración interinstitucional, permite que el origen de la solicitud provenga de la regulación de la entidad que la emite; pero, sujeta la ejecución de la colaboración —y evidentemente, la posibilidad de su puesta en práctica— a las normas de la entidad que prestará la colaboración.

Sin embargo, el principio antes citado no resuelve el problema de la norma aplicable en el caso de la existencia de labores de coordinación permanente, en la cual el trabajo conjunto se realiza en mérito a una obligación establecida constitucional o legalmente. Cuando se trata de sistemas administrativos es evidente que las normas aplicables son las establecidas por el ordenamiento, y en el ámbito reglamentario, las establecidas por el respectivo ente rector.

##### **1. Notificación al administrado**

Sobre el particular, la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que, cuando una entidad solicite la colaboración de otra entidad, aquella deberá notificar al administrado dentro de los tres días siguientes de requerida la información<sup>(1414)</sup>.

Este precepto, que fue una novedad del Decreto Legislativo N° 1029 respecto de la redacción original de la norma, tiene por finalidad poner en conocimiento del administrado el pedido de colaboración, a fin de que el mismo pueda tomar las medidas que requiere su defensa, pero también

---

(1412) SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Ob. cit., pp. 446-447.

(1413) Artículo 78, numeral 78.1 de la Ley.

(1414) Artículo 76, numeral 76.4 de la Ley.

para que tome conocimiento de la suspensión del procedimiento, si la misma procede.

## **2. Responsabilidad de los actores de la colaboración interinstitucional**

Como obvio resultado de la regulación antes señalada, la autoridad solicitante de la colaboración, en primer lugar, es responsable exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados. Es decir, la autoridad solicitante debe preocuparse de la validez de la colaboración, y en especial, del uso adecuado de los productos de la misma. Esta distribución de responsabilidades opera a fin de evitar un indebido traslado a través de conceptos como los de responsabilidad vicaria o de culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Asimismo, la autoridad solicitada es responsable de la ejecución de la colaboración efectuada<sup>(1415)</sup>. Esta previsión es por completo coherente con la naturaleza eminentemente discrecional de la colaboración, así como con el hecho de que no existe relación de subordinación o tutela entre las entidades que participan de la colaboración. La autoridad solicitada no responde, en consecuencia, de la validez de lo solicitado en cuanto a la normativa que regula a la entidad solicitante ni por el uso adecuado de los productos de la colaboración solicitada.

## **3. Costas para la colaboración interinstitucional**

La solicitud de colaboración no determina el pago de tasa, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno<sup>(1416)</sup>, dado que la tasa es por definición un tributo, y como resultado, imputable a los administrados. Como lo hemos indicado, no existe contenido patrimonial en términos de contraprestación en la colaboración entre entidades, realizándose esta en términos de gratuidad. A ello debemos agregar que resulta absurdo pretender que el Estado se pague a sí mismo, puesto que, en general, los fondos públicos provienen de la misma caja fiscal, como resultado del manejo presupuestario<sup>(1417)</sup>.

Esta disposición ha sufrido una interesante evolución. Inicialmente, la Ley N° 27444 establecía que la solicitud de colaboración no determinaba el pago de tasa administrativa alguna. Posteriormente, a través de una iniciativa de la Sunarp, la norma fue modificada por la Ley N° 28160, la que disponía que la solicitud de colaboración no generaba pago de tasa,

---

(1415) Artículo 78, numeral 78.2 de la Ley.

(1416) Artículo 79, numeral 79.1 de la Ley.

(1417) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 318-319.

sin perjuicio del pago de las tasas regulares, lo cual evidentemente afectaba la capacidad de las entidades para obtener información necesaria o para que se le preste un servicio<sup>(1418)</sup>. Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1029 establece la regulación actual, que es consistente con la naturaleza de la colaboración administrativa.

Ahora bien, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece además que, a petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a esta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad<sup>(1419)</sup>. Este precepto se mantuvo con la misma redacción no obstante las sucesivas reformas del primer numeral del artículo que lo contiene. La razón de esta previsión legal es la misma que genera el principio que veníamos comentando, es decir, asegurar que la colaboración administrativa provenga de los fondos presupuestarios asignados a la entidad solicitada.

---

(1418) MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., pp. 319-320.

(1419) Artículo 79, numeral 79.2 de la Ley.



# BIBLIOGRAFÍA

## I. LIBROS

---

1. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público económico*. Comares, Granada, 1999.
2. BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires, 1980.
3. CARBONELL, Eloísa. *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
4. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999.
5. CASES PALLARES, Luis. *Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*. Marcial Pons, Madrid, 1995.
6. CENTER FOR INTERNATIONAL PRIVATE ENTERPRISE. *Strategies for Policy Reform*. CIPE, Washington D.C., 2007.
7. COMADIRA, Julio Rodolfo. *La licitación pública*. Depalma, Buenos Aires, 2000.
8. COSCULLUELA MONTANER, Luis Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 1993.
9. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444".
10. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. PUCP, Lima, 1990.
11. DEL POZO GOICOCHEA, Claudia Rosanna. *Control difuso y procedimiento administrativo*. Palestra, Lima, 2005.

12. DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín (Dir.). *Manual de Derecho Administrativo sancionador*. Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005.
13. DE VAL PARDO, Isabel. *Administración de Entidades Públicas*. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1999.
14. DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 2000.
15. ENTRENA CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 1988.
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000.
17. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Manual de Procedimiento Administrativo*. Civitas, Madrid, 2000.
18. INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *La simplificación administrativa. Primer paso hacia la desburocratización*. ILD, Lima, 1990.
19. HÄBERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. PUCP, Lima, 1997.
20. HARRINGTON, James. *La República de Oceana*. Fondo de Cultura Económica, México, 1987. Montesquieu hace expresa referencia a Harrington en ciertos pasajes de su obra *Del Espíritu de las Leyes*.
21. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Albatros, Buenos Aires, 1954.
22. KAFKA, Folke. *Teoría económica*. Universidad del Pacífico, Lima, 1994.
23. LOCKE, John. *Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Ediciones Orbis, Barcelona, 1983.
24. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona, 1979.
25. MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1989.
26. MONEDERO GIL, José. *Doctrina General del Contrato Administrativo*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
27. MORELL OCAÑA, Luis. *Curso de Derecho Administrativo II*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

28. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
29. MOSZORO, Marian y GAŚIOROWSKI, Paweł. *Optimal Capital Structure of Public-Private Partnerships*. International Monetary Found, Washington D.C., 2008.
30. NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo sancionador*. Tecnos, Madrid, 2005.
31. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*. Marcial Pons, Madrid, 2002.
32. PARADA VÁZQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo II*. Marcial Pons, Madrid, 1996.
33. PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel, Barcelona, 1998.
34. RETAMOZO LINARES, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
35. RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2005.
36. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*. Espasa-Calpe, Madrid, 1991.
37. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.
38. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
39. STRAUSS, Leo y CROPSEY, Joseph (comps.). *Historia de la Filosofía política*. Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1993.
40. STONER, James A. F.; FREEMAN, R. Edward y GILBERT, Daniel R. *Administración*. Prentice-Hall Hispanoamericana, México D.F., 1996.
41. TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Tecnos, Madrid, 1987.
42. VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas de Derecho Administrativo*. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996.
43. WORLD TRADE ORGANIZATION. *Infrastructure and Trade*. WTO, Geneva, 2004.

## II. ARTÍCULOS

---

1. ABALOS GOROSTIAGA, Raúl F. "El perfeccionamiento de los contratos administrativos". En: *Revista Jurídica del Perú*. N° 84, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
2. ALEXY, Robert. "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional". En: *Derecho y razón práctica*. Distribuciones Fontamara, México, 1993.
3. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. "Exoneración de procesos de selección por las causales de emergencia y desabastecimiento inminente". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 151, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2011.
4. ARTEAGA ZEGARRA, Mario F. "El incumplimiento en materia de contratación pública". En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138. Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
5. ARTEAGA ZEGARRA, Mario. "La nueva Ley de Contrataciones del Estado. Una visión comparativa con su predecesora". En: *Jus Doctrina & Práctica*. Grijley, Lima, agosto 2008.
6. ÁVILA CABRERA, Víctor. "Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional. Solución de controversias". En: Gutiérrez Camacho, Walter (dir.), *Ob. cit.*
7. BACA ONETO, Víctor Sebastián. "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento". En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009.
8. BERASATEGUI, Javier. "La integración de la contratación pública en la defensa de la competencia". En: *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. N° 247, Multimedia Einsa, Madrid, 2007.
9. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos". En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 2, Grijley, Lima, 2006.
10. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. "Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas". En: *Themis*. N° 51, PUCP, Lima, 2005.
11. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y CHÁVEZ VERÁSTEGUI, Christian. "La carreta delante de los bueyes: el olvido de la competencia en los procesos de selección". En: *Themis*. N° 56, PUCP, Lima, 2008.

12. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Control difuso y administración: ¿es viable que la Administración ejerza el control difuso de la constitucionalidad normativa?”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Nº 41, Normas Legales, Trujillo, 2002.
13. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “El derecho a una decisión justa como elemento esencial de un proceso justo”. En: *Derecho & Sociedad*, Nº 15. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.
14. CAMPOLIETI, Federico. “Los límites del contrato administrativo”. En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007.
15. CAPCHA REYMUNDO, Olivia Blanca. “El informalismo en los procesos de selección”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 189, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014.
16. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional”. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014.
17. CIERCO SEIRA, César. “La simplificación de los procedimientos administrativos en Italia”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 152, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000.
18. COBREROS MENDAZONA, E. “El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador”. En: *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX*. Homenaje al Profesor Garrido Falla. Editorial Complutense, Madrid, 1995.
19. COMADIRA, Julio Pablo. “La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo argentino”. En: *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Responsabilidad, contratos y servicios públicos*. UNAM, México, 2005.
20. CORTÉS TATAJE, Juan Carlos. “Observancia al principio del debido procedimiento administrativo en el ejercicio de *ius puniendi*”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 187, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2014.
21. CUETO PÉREZ, Miriam. “Los derechos de los ciudadanos en el Código de Procedimiento Administrativo portugués”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 140, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

22. CUEVA MORALES, Carlos. “El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”. En: *Revista Cátedra*. Nº 8, Palestra, Lima, 2001.
23. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “El régimen de los contratos estatales en el Perú”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 2, CDA, Lima, 2006.
24. DÍAZ GUEVARA, Juan José. “La exoneración de proceso de selección por causal de servicios no admiten sustitutos y existencia de proveedor único”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 153, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2011.
25. DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”. En: *Revista de Administración Pública*. Nº 155. Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2001.
26. ESQUIVEL LAS HERAS, Richard Javier. “La junta de resolución de conflictos como novedad en la Ley Nº 30225”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
27. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel. “Contratación pública con criterios de sostenibilidad”. En: *Boletín Económico de ICE*. Nº 2830, Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Madrid, 2005.
28. GÓMEZ NESTARES, José Rodolfo. “Las garantías en las contrataciones públicas de conformidad con las modificaciones incorporadas por la Ley Nº 29873”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 245, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2014.
29. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Garantías frente a la potestad sancionadora de la administración”. En: *Temas de Derecho Procesal*. Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal. UNAM, México, D.F., 1996.
30. HUAPAYA TAPIA, Ramón. “¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 141, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
31. HUERGO LORA, Alejandro. “Los medios de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Nº 7, CDA, Lima, 2009.
32. IVANEGA, Miriam Mabel. “El principio de transparencia en las etapas de formación y de ejecución de los contratos administrativos”.

En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. UNAM, México, 2007.

33. JEGOUZO, Ives. “El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos”. En: *Documentación Administrativa*. N° 239, Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1994.
34. KUNDMULLER CAMINITI, Franz. “Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento”. En: *Themis*. N° 39, PUCP, Lima, 1999.
35. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Interferencia judicial en los arbitrajes”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 1, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2005.
36. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, Sebastián. “De la simplificación de la Administración Pública”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 147, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.
37. MARTÍN TIRADO, Richard. “La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 143, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
38. MARTÍN TIRADO, Richard. “Responsabilidad de los integrantes de los comités especiales: límites de la discrecionalidad administrativa”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 133, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2004.
39. MARTÍNEZ ZAMORA, Marco. “Constitución de garantías en el régimen de contratación pública”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 147, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
40. MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. “Las normas de preferencia en el régimen de contratación administrativa”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
41. MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio. “Luces, sombras y claroscuros de la nueva Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
42. MASUCCI, Alfonso. “Apuntes reconstructivos de la Ley sobre el Procedimiento Administrativo en Italia”. En: *Documentación Administrativa*. N° 248-249. Ministerio para la Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997.



43. MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. “Fundamentos y características del recurso de anulación del laudo”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 154, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
44. MENDOZA ESCALANTE, Mijail. “Intensidad de la intervención o afectación de derechos fundamentales y principio de proporcionalidad”. En: *Revista Jurídica*. Tomo 80, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.
45. MIR PUIGPELAT, Oriol. “El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional”. En: *Revista de Administración Pública*. N° 153, Centros de Estudios Constitucionales, Madrid, 2003.
46. MORAGA KLENNER, Claudio. “Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación”. En: *Contratos administrativos, culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM, México, 2007.
47. MORALES LUNA, Félix. “Principios jurídicos y sistemas normativos”. En: *Foro Jurídico*. N° 1, Foro Académico, Lima, 2002.
48. MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.
49. MORÓN URBINA, Juan Carlos. “El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 2, CDA, Lima, 2006.
50. MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 146, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
51. OCHOA CARDICH, César. “Los principios generales del procedimiento administrativo”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley N° 27444*. ARA, Lima, 2003.
52. PÁEZ MURCIA, Ángela María. “Aplicabilidad del modelo de nueva Administración Pública (*new public management*) al sistema de contratación estatal colombiano, a la luz de las estrategias asumidas por el poder político, durante el periodo 2001-2004”. En: *Revista Estudios Socio-jurídicos*. N° 002, Vol. 7, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005.
53. PALOMAR OLMEDA, Álvaro. “Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones”. En:



*Documentación Administrativa*. Nº 254-255, Ministerio para las Administraciones Públicas, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

54. PANDO VÍLCHEZ, Jorge. “La rescisión administrativa por lesión en la contratación pública de bienes y servicios: Un acto administrativo nulo”. En: *Derecho & Sociedad*. Nº 29, D & S, Lima, 2007.
55. PAREJO ALFONSO, Luciano. “El régimen jurídico general de la contratación pública en España”. En: *Contratos administrativos, culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM, México, 2007.
56. PAREJO ALFONSO, Luciano. “Estudio sobre arbitraje”. En: *Control de la Administración Pública*. UNAM, México, 2007.
57. PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. “Análisis de la sanción administrativa por resolución de contrato”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 188, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014.
58. PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N.. “Consideraciones legales sobre el recurso de apelación de las contrataciones del Estado”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 185, Gaceta Jurídica, Lima, febrero de 2014.
59. PAZ WINCHEZ, Daniel Alexis N. “Sanción por intervenir en procesos de selección sin contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 191, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
60. PEDRESCHI GARCÉS, Willy. “Análisis sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública y el procedimiento administrativo sancionador”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley Nº 27444*. ARA, Lima, 2003.
61. PÉREZ TREMP, Pablo. “La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español”. En: *Estudios Constitucionales*. Año 3, Nº 1, Centro de Estudios Constitucionales, Talca, 2005.
62. PORTOCARRERO DENEGRI, Silvana María. “Enriquecimiento sin causa. ¿Cuál es la vía?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
63. PRUDENCIO GAMIO, Sofía. “La importancia de las bases”. En: *Comunicando*. Nº 3, Consucode (OSCE), Lima, 2005.
64. RETAMOZO LINARES, Alberto. “Del juez y parte. Las consultas, las observaciones y el recurso de apelación de la nueva Ley de

- Contrataciones del Estado y su Reglamento”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 7, CDA, Lima, 2009.
65. SÁENZ DÁVALOS, Luis. “La cláusula de derechos no enumerados y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. N° 13, Normas Legales, Trujillo, 2002.
66. SANTY CABRERA, Luiggi V. “La extensión del principio non bis in ídem en la aplicación a procedimientos de la misma naturaleza”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 191, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
67. SANTY CABRERA, Luiggi V. “La resolución del contrato y la nueva Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
68. TÁVARA ESPINOZA, Susana. “El control difuso administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En: *Administración Pública & Control*. N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, junio de 2014.
69. TRIVEÑO DAZA, Daniel. “La responsabilidad del árbitro en la nueva Ley de Contrataciones del Estado”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 249, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2014.
70. VALENCIA PAREDES, Luz Margarita. “El nuevo Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Principales innovaciones”. En: *Actualidad Jurídica*. N° 133, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2004.
71. VÁSQUEZ TORRES, Elena Rosa. “El Tribunal Registral y la aplicación del control difuso”. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. Tomo 77, Gaceta Jurídica, Lima, mayo de 2014.
72. VERGARAY BÉJAR, Verónica y GÓMEZ APAC, Hugo. “La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador”. En: Maraví Sumar, Milagros (comp.). *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. UPC, Lima, 2009.

# ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	5
-------------------	---

## INTRODUCCIÓN

I. El contrato estatal.....	7
II. Importancia de los contratos administrativos. Los fines de la contratación de la Administración Pública.....	8
1. Interés general .....	8
2. La lógica contractual .....	10
3. La colaboración de los particulares.....	10
III. Teorías negativas y positivas sobre los contratos administrativos .....	10
1. La doctrina unitaria del contrato civil.....	11
2. La doctrina pluralista del contrato administrativo .....	12
3. Doctrina radical del contrato público .....	12
4. Concepción unitaria del contrato administrativo .....	13
IV. La función administrativa.....	13
1. Características diferenciales de la función administrativa .....	15
2. El principio de legalidad .....	16
3. El control administrativo .....	17

## CAPÍTULO I

### DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

I. Introducción.....	21
II. Criterios para definir los contratos administrativos.....	21
1. El criterio del sujeto.....	22
2. El criterio de la jurisdicción aplicable .....	22
3. El criterio de la voluntad de las partes .....	22
4. El criterio del servicio público.....	23
5. El criterio de la utilidad pública.....	24

6.	El criterio de las cláusulas exorbitantes .....	24
7.	El criterio del régimen legal.....	25
III.	La normativa aplicable al contrato administrativo.....	26
1.	El rol desempeñado por la norma .....	26
2.	Lo dispuesto en la normativa constitucional .....	27
3.	El principio de especialidad.....	28
4.	La búsqueda de eficiencia .....	28
5.	La reducción de costos de transacción.....	28
IV.	Características diferenciales del contrato administrativo respecto al contrato de Derecho Privado.....	29
1.	Forma y formalidad .....	30
2.	Prerrogativas del poder público .....	30
3.	Cláusulas exorbitantes .....	31
4.	Contrato celebrado <i>intuitu personæ</i> .....	31
5.	Restricción del contratista para ceder la posición contractual ..	32
6.	Efectos respecto de terceros .....	32
7.	Diferencias entre las partes respecto a la excepción de incumplimiento.....	33
8.	El denominado <i>ius variandi</i> .....	33
9.	La causa fin.....	34
V.	Supuestos que no constituyen contratación administrativa .....	34
1.	Los contratos bancarios y financieros.....	35
2.	Servicio exterior .....	36
3.	La contratación de eventos. El procedimiento aplicable .....	36
4.	Notarios públicos.....	37
5.	Función conciliadora y arbitral .....	37
6.	Organismos internacionales.....	38
7.	Presidentes de los Directorios .....	40
8.	El caso de los remates.....	40
9.	El monto de contratación .....	40
10.	La contratación de servicios públicos .....	41
11.	Los convenios de colaboración.....	41
12.	Proveedores no domiciliados .....	43
13.	Las concesiones .....	44
14.	Contratación de servidores públicos.....	44
16.	Contratación de auditorías.....	45
16.	Deuda.....	46

17. Contratación administrativa de servicios.....	47
18. Contratación respecto a bienes estatales .....	47
19. Privatización.....	48
20. Ejecución presupuestal directa .....	49
21. Asesoría en materia de controversias internacionales .....	50
22. Mandato legal o jurisdiccional .....	51
23. El caso de las contrataciones con otro Estado .....	52
24. Los supuestos de excepción contenidos en leyes especiales ...	52

## **CAPÍTULO II**

### **LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

I. Introducción.....	57
1. Rol de los principios en la contratación administrativa .....	58
2. La perspectiva del Tribunal Constitucional.....	59
II. Principio de promoción del desarrollo humano .....	59
III. Principio de moralidad.....	61
1. El régimen de responsabilidades establecido en la norma.....	62
2. Los límites al principio de moralidad .....	63
3. Lo dispuesto en la normativa internacional.....	64
IV. Principio de libre concurrencia y competencia .....	65
1. Consecuencias prácticas de este principio .....	66
2. La integración entre el derecho de la competencia y la contratación administrativa .....	67
V. Principio de imparcialidad .....	69
VI. Principio de razonabilidad .....	70
1. Otros significados de este principio .....	71
VII. Principio de eficiencia.....	72
1. Lo barato sale caro .....	73
VIII. Principio de publicidad .....	74
1. La importancia del Seace.....	74
IX. Principio de transparencia.....	76
1. Elementos del principio de transparencia .....	76
2. La importancia del principio de transparencia.....	77
X. Principio de economía.....	78
1. El ámbito de los particulares .....	79

XI. Principio de vigencia tecnológica .....	80
XII. Principio de trato justo e igualitario .....	81
1. Las excepciones al principio, la existencia de preferencias.....	81
2. Lo dispuesto en la normativa internacional.....	83
XIII. Principio de equidad.....	84
XIV. Principio de sostenibilidad ambiental.....	85
XV. Principios del procedimiento administrativo aplicables a la contratación administrativa.....	86
1. El debido procedimiento administrativo .....	87
2. El principio de impulso de oficio.....	96
3. El principio de razonabilidad .....	98
4. El principio de informalismo .....	100
5. El principio de presunción de veracidad .....	102
6. El Principio de conducta procedimental .....	107
7. El principio de eficacia .....	109
8. El principio de verdad material.....	110
9. El principio de simplicidad.....	112
10. El principio de predictibilidad.....	113
XVI. A modo de conclusión .....	115

### **CAPÍTULO III LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA**

I. Generalidades .....	117
1. El Sistema Nacional de Abastecimiento.....	118
2. El Sistema de Contratación Administrativa .....	119
II. Los órganos responsables al interior de la entidad.....	121
1. El titular de la entidad.....	121
2. El área usuaria .....	122
3. El órgano encargado de las contrataciones.....	122
4. Comité especial.....	124
5. Órganos desconcentrados.....	124
6. Selección por encargo .....	126
7. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos.....	126
III. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE .....	130
1. Antecedentes .....	132

2.	Funciones del OSCE.....	132
3.	Organización y recursos .....	139
4.	El Consejo Directivo y la Presidencia Ejecutiva .....	142
5.	Requisitos e impedimentos .....	144
6.	El Tribunal de Contrataciones del Estado .....	144
IV.	Perú Compras .....	147
1.	Atribuciones .....	147
2.	Organización y recursos .....	148
3.	Jefe de la Central de Compras Públicas.....	148
V.	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace .....	149
1.	Generalidades .....	150
2.	Acceso .....	150
3.	Obligatoriedad .....	151
4.	La transitoriedad de la implementación del Seace .....	154
5.	Registro de la información .....	155
6.	Condiciones de continuidad del sistema.....	156
7.	Régimen de notificaciones.....	157

## **CAPÍTULO IV LOS PROVEEDORES EN GENERAL**

I.	Generalidades.....	159
1.	Los derechos de los proveedores.....	159
2.	Los consorcios .....	169
II.	Requisitos para ser proveedor. El registro nacional de proveedores .....	170
1.	Conformación.....	171
2.	Inscripción en los Registros del RNP y vigencia de la inscripción .....	172
3.	El caso de los proveedores extranjeros .....	177
4.	Excepciones a la inscripción en el RNP.....	179
5.	Impedimentos .....	179
6.	Inscripción en el Registro de Proveedores de Bienes y en el Registro de Proveedores de Servicios.....	180
7.	Consultores de obras .....	181
8.	Inscripción en el Registro de Ejecutores de Obras .....	190
9.	Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado .....	199

10. Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado y de capacidad de libre contratación .....	200
11. Registro de las entidades contratantes .....	201
12. El caso de los consorcios.....	202
13. La fiscalización posterior en el Registro Nacional de Proveedores .....	204
III. Los impedimentos para ser postor y/o contratista .....	209
1. Los supuestos existentes en cuanto a las personas.....	210
2. Los supuestos de inhabilitación .....	212
3. Lo establecido por el Reglamento.....	214
4. Efectos de los impedimentos .....	214

## **CAPÍTULO V LOS ACTOS PREPARATORIOS**

I. Generalidades. La actividad planificadora .....	217
1. Las actividades de gestión administrativa. La actividad de planificación .....	217
2. El Plan Anual de Contrataciones.....	218
II. Expediente de contratación.....	230
1. Contenido.....	230
2. El caso de los proyectos de inversión pública .....	231
III. El requerimiento. Las características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar .....	233
1. Determinación de las especificaciones técnicas.....	233
2. Normas técnicas .....	234
3. El caso de las obras.....	235
4. Procesos de selección cuyo objeto no es único .....	235
5. Procedimiento de estandarización .....	236
6. Lo señalado por la Nueva Ley .....	238
IV. Estudio de posibilidades que ofrece el mercado.....	239
V. Valor referencial .....	241
1. Valor referencial para ejecución y consultoría de obras .....	241
2. Valor referencial en cobranzas o recuperaciones y en servicios con honorarios de éxito.....	243
3. Antigüedad del valor referencial.....	244
4. Disponibilidad presupuestal .....	245
5. Exoneración del IGV .....	246



6.	Lo establecido por la Nueva Ley en cuanto al valor referencial...	247
7.	Lo establecido por la Nueva Ley en cuanto a la certificación de crédito presupuestario.....	248
VI.	Comité especial.....	249
1.	Designación .....	250
2.	Participación de expertos independientes .....	251
3.	Impedimentos para ser miembro del Comité Especial.....	252
4.	Responsabilidad .....	253
5.	Comité Especial Permanente.....	253
6.	Competencias del Comité Especial .....	253
7.	Quórum y acuerdos.....	256
8.	Intervención de los miembros suplentes.....	257
9.	Responsabilidad, remoción e irrenunciabilidad.....	257
VII.	Las bases .....	258
1.	La importancia de las bases en la contratación administrativa.	259
2.	Contenido mínimo de las bases.....	261
3.	Aprobación de las bases.....	268
4.	Acceso a las bases .....	269
5.	Prepublicación.....	269
6.	Estandarización de las bases .....	270
7.	Límites en la propuesta económica .....	271
8.	Calificación previa .....	272
9.	Sistemas de contratación .....	272
10.	Modalidades de ejecución contractual .....	273
11.	Método de evaluación de propuestas .....	274
12.	Fórmulas de reajuste .....	275

## **CAPÍTULO VI PROCESOS DE SELECCIÓN**

I.	Generalidades.....	277
1.	Los procedimientos concursenciales.....	277
2.	Régimen de notificaciones en los procesos de selección.....	278
3.	Prórrogas o postergaciones .....	279
II.	Las modalidades de procedimientos de contratación .....	279
1.	Licitación pública.....	280
2.	Concurso público .....	280

3.	Adjudicación directa .....	280
4.	Adjudicación de menor cuantía .....	281
5.	Proceso de selección por paquete .....	281
6.	Proceso de selección según relación de ítems .....	283
7.	Prohibición de fraccionamiento .....	283
8.	Los nuevos procesos de selección contenidos en la Nueva Ley .....	285
III.	Fases del proceso de selección .....	287
IV.	Convocatoria .....	288
1.	Publicación en el Seace .....	289
2.	Lo establecido por la normativa internacional .....	290
V.	Registro de participantes .....	290
VI.	Consultas a las bases .....	292
VII.	Observaciones a las bases .....	294
1.	Plazos para formulación y absolución de observaciones .....	295
2.	Elevación de observaciones .....	295
VIII.	Integración de las bases .....	298
IX.	Presentación de propuestas .....	301
1.	Presentación de documentos .....	301
2.	Forma de presentación y alcance de las propuestas .....	302
3.	Contenido de los sobres de propuesta .....	303
4.	Acto de presentación de propuestas .....	307
5.	Subsanación de propuestas .....	311
X.	Calificación y evaluación de propuestas .....	313
1.	Oportunidad para la calificación y evaluación de propuestas ...	314
2.	Procedimiento de calificación y evaluación de propuestas .....	314
3.	Evaluación de propuestas .....	317
4.	Los factores de evaluación para la contratación de bienes .....	324
5.	Factores de evaluación para la contratación de servicios en general .....	327
6.	Factores de evaluación para la contratación de servicios de consultoría .....	329
7.	Factores de evaluación para la contratación de obras .....	332
8.	Acreditación de la experiencia del consorcio .....	336
XI.	Otorgamiento de la Buena Pro .....	337
1.	Acceso a la información .....	338
2.	Solución en caso de empate .....	338

3. Distribución de la Buena Pro.....	339
4. Notificación del otorgamiento de la Buena Pro .....	340
5. Otorgamiento de la Buena Pro a propuestas que excedan el valor referencial.....	340
6. Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro.....	341
XII. Declaración de desierto.....	342
1. El procedimiento a seguir.....	342
XIII. Cancelación del Proceso de Selección.....	344
XIV. La nulidad de oficio del otorgamiento de la Buena Pro.....	346
1. Generalidades.....	346
2. Sustento de la nulidad de oficio .....	348
3. Autoridad competente para declarar de oficio la nulidad de un acto administrativo .....	348
4. Prescripción de la facultad de la Administración de declarar de oficio la nulidad de un acto.....	349
5. Acción o proceso de lesividad.....	349
6. Declaración de la nulidad de oficio de los actos administrativos emitidos por consejos o tribunales regidos por leyes especiales .....	353
7. Conservación del acto.....	353
XV. Los mecanismos de control en los procesos de selección. Las veedurías.....	356
1. Veedurías a los procesos de selección .....	357
2. El control simultáneo. La acción simultánea .....	360
3. Visita de control.....	361

**CAPÍTULO VII**  
**LOS PROCESOS ESPECIALES REGULADOS**  
**POR EL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES**

I. Introducción.....	363
II. Compras corporativas .....	363
1. Generalidades y antecedentes .....	364
2. Alcances del encargo en el caso de compras corporativas .....	365
3. Compras corporativas obligatorias y entidad a cargo .....	366
4. Entidades participantes y entidad técnica.....	368
5. Sustento presupuestal .....	369
6. Compras corporativas facultativas .....	369

7.	Otras compras corporativas .....	371
III.	Selección por encargo.....	373
1.	El concepto de encargo de gestión.....	374
2.	Encargo a una entidad pública.....	378
3.	Encargo a una entidad privada, nacional o internacional .....	379
4.	Encargo a organismos internacionales .....	380
IV.	Subasta inversa.....	383
1.	Generalidades.....	383
2.	Fichas técnicas .....	384
3.	Uso y obligatoriedad de la modalidad de subasta inversa.....	387
4.	Actos preparatorios, proceso de selección y ejecución contractual .....	388
5.	Subasta inversa presencial.....	393
6.	Subasta inversa electrónica .....	398
V.	Convenio marco .....	403
1.	Generalidades.....	404
2.	Reglas para la realización y ejecución de los Convenios Marco .....	406
3.	Actos preparatorios.....	407
4.	Reglas especiales del proceso de selección .....	410
5.	Contratación de bienes y servicios por Convenio Marco. La ejecución contractual .....	416
6.	Responsabilidad del pago.....	419
7.	Vigencia, renovación y revisión del Convenio Marco.....	420
8.	Causales de exclusión de las fichas o del Proveedor del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.....	425
9.	Comportamiento ético de las partes .....	426
VI.	Los procesos electrónicos.....	427
1.	Etapas de los procesos de selección electrónicos.....	427
2.	Propuestas electrónicas .....	429
3.	Contenido de las propuestas electrónicas .....	430
4.	Apertura electrónica de las propuestas técnicas .....	431
5.	Evaluación de la propuesta técnica .....	431
6.	Evaluación y otorgamiento de la Buena Pro.....	432
7.	Acceso y custodia del expediente.....	433
8.	Obligatoriedad.....	433

**CAPÍTULO VIII**  
**LOS PROCESOS ESPECIALES REGULADOS**  
**POR LEYES ESPECIALES**

I.	Introducción.....	435
II.	Procedimiento especial para la realización de eventos .....	435
	1. Requerimiento.....	436
	2. Actuaciones preparatorias .....	437
	3. Selección directa .....	437
	4. Perfeccionamiento del contrato.....	438
	5. Obligaciones, penalidades y otros .....	439
	6. Ampliaciones o reducciones .....	439
	7. Publicación de las contrataciones y control administrativo.....	439
	8. Comunicación sobre presuntas infracciones de proveedores y contratistas .....	440
	9. Supervisión .....	440
	10. Normativa complementaria .....	441
III.	Procesos especiales para empresas estatales.....	441
	1. Generalidades.....	441
	2. El procedimiento .....	442
IV.	El caso de Proinversión.....	442
	1. Generalidades.....	443
	2. Impedimentos.....	444
	3. Tipos de procesos de contratación o adquisición .....	445
	4. Excepción a los tipos de contratación.....	446
	5. Etapas del proceso de contratación o adquisición.....	447
	6. Convocatoria .....	448
	7. Formulación y absolución de consultas .....	449
	8. Propuestas.....	449
	9. Adjudicación de la Buena Pro .....	450
	10. Garantías .....	450
	11. Cancelación del proceso de selección .....	451
	12. Suscripción del contrato .....	452
	13. Impugnación.....	452
	14. Organismos multilaterales.....	452
V.	La adquisición estatal a través de la bolsa de productos.....	453
	1. Los bienes .....	454

2.	Prohibición de prácticas restrictivas de la libre competencia....	456
3.	Informe de mercado .....	457
4.	Sociedades Agentes de Bolsa (SAB) y/o Sociedad Corredora de Productos (SCP) .....	458
5.	Cumplimiento de obligaciones .....	459
6.	Requisitos del proveedor .....	459
7.	Fiscalización, supervisión y control de las operaciones con el Estado .....	459
8.	Las sanciones aplicables .....	461
9.	Resolución de reclamos y el procedimiento aplicable .....	461
10.	Difusión a las MYPE .....	461
11.	Publicidad.....	462
VI.	Régimen aplicable para prevenir y mitigar los factores de riesgo de desastre.....	462
1.	El procedimiento especial .....	463
2.	Adjudicación de menor cuantía.....	464
VII.	Los regímenes especiales aplicables a determinadas entidades públicas .....	464
1.	Las beneficencias públicas .....	464
2.	El caso del Decreto de Urgencia N° 024-2006.....	465
3.	El caso del Decreto de Urgencia N° 054-2011 .....	466
VIII.	Los regímenes especiales que ya no se encuentran vigentes.....	467
1.	Dominio marítimo .....	468
2.	Obras públicas .....	468
3.	El caso del Pronaa .....	469
4.	Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables.....	469
5.	El pliego 028 .....	469
IX.	A modo de conclusión .....	470

## **CAPÍTULO IX SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE EL PROCESO DE SELECCIÓN**

I.	Generalidades. La contradicción administrativa.....	471
1.	El derecho de contradicción administrativa.....	472
II.	Evolución de la solución de controversias en sede administrativa....	475
1.	El recurso de revisión.....	476
2.	La regulación contenida en la redacción final del TUO.....	477

III.	La regulación actual .....	477
1.	Recurso de apelación .....	477
2.	Competencia .....	478
3.	Actos impugnables.....	479
4.	Actos no impugnables .....	479
5.	Plazos de la interposición del recurso de apelación .....	480
6.	Efectos de la interposición del recurso de apelación .....	481
7.	Requisitos de admisibilidad del recurso de apelación .....	481
8.	Trámite de admisibilidad del recurso de apelación .....	483
9.	Improcedencia del recurso de apelación .....	485
10.	Garantía por interposición del recurso de apelación .....	486
11.	Recurso de apelación ante la entidad.....	488
12.	Contenido de la resolución de la entidad .....	491
13.	Recurso de apelación ante el Tribunal. El procedimiento administrativo trilateral .....	492
14.	Tramitación del recurso de apelación por parte del Tribunal de Contrataciones .....	503
15.	Contenido y alcances de la resolución del Tribunal.....	506
16.	Precedentes de observancia obligatoria .....	511
IV.	El proceso contencioso-administrativo.....	512
V.	Lo establecido por la normativa internacional.....	513

## **CAPÍTULO X**

### **EXONERACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN**

I.	Generalidades .....	515
II.	Supuestos de exoneración.....	515
1.	Entre entidades del Sector Público .....	515
2.	En situación de emergencia .....	516
3.	Situación de desabastecimiento .....	518
4.	Secreto militar o policial .....	521
5.	Proveedor único de un bien que no admite sustitutos .....	528
6.	Servicios personalísimos .....	532
III.	Las causales incorporadas por la nueva ley .....	533
IV.	Trámite de las exoneraciones .....	535
1.	Informes previos en caso de exoneraciones .....	535
2.	Formalidades de las contrataciones exoneradas.....	536

3. Publicación de las resoluciones o acuerdos que aprueban las exoneraciones .....	536
4. Procedimiento para las contrataciones exoneradas .....	537
5. Limitaciones a las contrataciones exoneradas .....	538
6. Lo dispuesto por la Nueva Ley en cuanto al procedimiento de exoneración.....	538

## **CAPÍTULO XI**

### **LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

I. Introducción.....	539
1. Interés general .....	540
2. La normativa aplicable .....	541
3. El rol de la ejecución contractual .....	542
II. Celebración del contrato administrativo .....	542
1. Generalidades .....	543
2. Requisitos para suscribir el contrato .....	545
3. Subcontratación .....	548
4. Cesión de derechos y de posición contractual.....	550
5. La obligación de contratar.....	550
6. La nulidad del contrato .....	555
7. Vigencia contractual.....	557
8. Cómputo de los plazos.....	560
9. Fallas o defectos percibidos por el contratista luego del perfeccionamiento del contrato .....	560
10. Responsabilidad de la entidad .....	561
11. Responsabilidad del contratista .....	562
III. Las garantías en la contratación administrativa.....	565
1. Características de las garantías.....	565
2. Garantías que deben ser empleadas.....	566
3. El beneficio para las microempresas y pequeñas empresas....	566
4. El caso de los consorcios.....	567
5. Lo establecido por la Nueva Ley.....	567
6. La fenecida garantía de seriedad de oferta .....	568
7. La regulación de las demás garantías .....	570
8. Excepciones.....	572
9. Ejecución de garantías.....	574



IV.	El incumplimiento contractual. La resolución del contrato .....	575
1.	La resolución contractual .....	576
2.	Resolución por incumplimiento .....	578
3.	El caso de los contratos de obra.....	580
V.	Las modificaciones del contrato administrativo. Adicionales, reducciones y ampliaciones .....	580
1.	Adicionales y reducciones.....	581
2.	El caso de los contratos de obra.....	582
VI.	La culminación del contrato. El pago. Las contrataciones complementarias.....	583
1.	El procedimiento a seguir.....	584
2.	Liquidación del contrato de consultoría de obra .....	585
3.	El pago .....	587
4.	Contrataciones complementarias.....	589
VII.	Los mecanismos de control en la ejecución contractual .....	590
VIII.	A modo de conclusión .....	591

## **CAPÍTULO XII LA REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE OBRA**

I.	Introducción	
1.	Requisitos adicionales para la suscripción del contrato de obra ...	593
2.	Inicio del plazo de ejecución de obra .....	594
3.	Residente de obra .....	596
II.	Adelantos .....	597
1.	Entrega del adelanto directo .....	597
2.	Entrega del adelanto para materiales e insumos.....	598
3.	Amortización de adelantos.....	598
III.	Inspector o supervisor de obra.....	599
1.	Costo de la supervisión o inspección .....	600
2.	Funciones del inspector o supervisor.....	601
IV.	Cuaderno de obra .....	602
1.	Anotación de ocurrencias.....	603
2.	Consultas sobre ocurrencias en la obra.....	603
V.	Valorización de la obra. Los metrados .....	604
1.	El sistema de contratación empleado .....	605
2.	El procedimiento aplicable. El plazo .....	605

3. Reajustes .....	606
4. Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados .....	606
VI. Ampliación de plazo. Gastos generales .....	607
1. Procedimiento de ampliación de plazo .....	607
2. Efectos de la modificación del plazo contractual .....	609
3. Cálculo del gasto general diario.....	610
4. Pago de gastos generales .....	611
VII. Demoras injustificadas en la ejecución de la obra .....	611
VIII. Intervención económica de la obra .....	612
1. El procedimiento a seguir.....	613
2. Cumplimiento de obligaciones .....	615
3. Resolución del contrato.....	615
IX. Prestaciones adicionales.....	615
1. Prestaciones adicionales de obras menores al quince por ciento (15 %) .....	616
2. Prestaciones adicionales de obras mayores al quince por ciento (15 %) .....	619
X. Recepción de la obra .....	621
1. Comité de recepción .....	621
2. Observaciones .....	622
3. Existencia de controversia .....	622
4. Intervención de la obra.....	623
5. Retraso en la subsanación.....	623
6. La recepción parcial .....	623
7. Retraso en la recepción sin responsabilidad del contratista .....	623
8. Vicios ocultos .....	624
XI. Resolución del contrato de obras .....	624
1. El procedimiento a seguir.....	624
2. Responsabilidad del contratista .....	625
3. Responsabilidad de la entidad .....	625
4. Responsabilidad sobre los gastos generados .....	625
5. Solución de controversias .....	625
6. Culminación de la obra .....	626
XII. Liquidación del contrato de obra .....	626
1. Procedimiento de liquidación del contrato de obra .....	626
2. Efectos de la liquidación .....	628
3. Declaratoria de fábrica o memoria descriptiva valorizada .....	628

**CAPÍTULO XIII**  
**SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DURANTE**  
**LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

I.	Introducción.....	629
1.	La aparente antinomia entre el arbitraje y la contratación pública.....	630
2.	Las materias que no pueden ser sometidas a arbitraje .....	632
II.	Inicio del arbitraje .....	633
1.	Convenio arbitral .....	634
2.	Solicitud de arbitraje.....	635
III.	Árbitros .....	636
1.	Impedimentos.....	637
2.	Designación de los árbitros.....	638
3.	Aceptación de los árbitros.....	643
4.	Obligaciones de los árbitros.....	643
5.	Código de ética .....	644
6.	Recusación de árbitros. Causales de recusación .....	645
7.	Registro de árbitros.....	647
IV.	Proceso arbitral .....	649
1.	Instalación .....	650
2.	Acumulación.....	650
3.	Gastos arbitrales .....	651
4.	Organización y administración de arbitrajes .....	652
V.	El laudo arbitral .....	653
1.	Remisión del laudo.....	653
2.	Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo .....	654
VI.	Mecanismos de impugnación. El recurso de anulación .....	655
1.	Generalidades.....	656
2.	Requisitos y tramitación.....	657
3.	Causales de anulación de los laudos arbitrales y su aplicación a la solución de controversias en la contratación pública.....	659
VII.	Impugnación del laudo arbitral a través del proceso de amparo.....	663
1.	Los supuestos de procedencia conforme la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	664
2.	El precedente del Tribunal Constitucional.....	666
3.	Control difuso arbitral .....	668

VIII. Ejecución del laudo .....	669
IX. La junta de resolución de disputas .....	670
1. Aplicación de la Junta de Resolución de Disputas .....	671
2. Su regulación en otras normas .....	671
X. A modo de conclusión .....	671

**CAPÍTULO XIV**  
**LA POTESTAD SANCIONADORA EN MATERIA**  
**DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

I. Introducción.....	673
1. La Administración Pública como filtro .....	673
2. Potestad sancionadora del Tribunal .....	674
3. Los principios de la potestad sancionadora.....	679
4. La obligación de informar sobre supuestas infracciones .....	686
II. Infracciones en materia de contratación administrativa .....	687
1. Las infracciones establecidas en la Ley.....	687
2. Sanciones a consorcios .....	695
3. Causal de imposición de sanción a los expertos independientes.....	696
III. Sanciones.....	696
1. Inhabilitación temporal .....	697
2. Inhabilitación definitiva .....	697
3. Sanciones económicas .....	697
4. Regulación de las sanciones .....	699
5. Sanciones a entidades.....	699
6. Determinación gradual de la sanción.....	700
7. Suspensión de las sanciones.....	702
IV. Sanción a árbitros en materia de contratación pública .....	702
1. La configuración de las infracciones .....	703
2. Procedimiento .....	703
V. Tramitación del procedimiento administrativo sancionador .....	704
1. Indagaciones previas .....	704
2. Inicio del procedimiento. El descargo .....	704
3. Resolución .....	706
4. Recurso de reconsideración .....	706
5. Notificación y vigencia de las sanciones .....	707

6. Publicación en el Registro Nacional de Proveedores .....	709
7. Proceso contencioso-administrativo .....	709
VI. Prescripción.....	710
1. Infracciones cometidas por árbitros .....	710
2. Declaración de la prescripción .....	711
3. Suspensión del plazo de prescripción.....	711

**CAPÍTULO XV**  
**LA RESPONSABILIDAD DE LOS**  
**SERVIDORES PÚBLICOS EN MATERIA**  
**DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

I. Introducción.....	713
1. La naturaleza de la denuncia .....	714
2. Legitimidad activa .....	719
3. Legitimidad pasiva .....	720
4. Improcedencia de las denuncias.....	720
II. Tramitación de la denuncia .....	721
1. Presentación de la denuncia .....	721
2. ¿Descargo?.....	723
III. Efectos de la denuncia .....	723
IV. El procedimiento administrativo sancionador tramitado por la con- traloría general de la república.....	725
1. Generalidades .....	725
2. Competencia .....	726
3. Conductas infractoras .....	727
4. Tipos de sanciones .....	727
5. Graduación de las sanciones.....	728
6. Independencia de responsabilidades.....	729
7. Procedimiento para sancionar .....	730
8. Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas .....	732
9. Prescripción .....	736
10. Las dificultades que muestra este procedimiento .....	736
V. Los supuestos de responsabilidad penal en materia de contrata- ción administrativa.....	737
1. Colusión simple y agravada .....	737
2. Negociación incompatible .....	739

**CAPÍTULO XVI**  
**COLABORACIÓN ENTRE ENTIDADES.**  
**LOS CONVENIOS**

I.	Introducción.....	741
II.	Los deberes que rigen la colaboración entre las autoridades.....	743
	1. Respeto al ejercicio de competencia de otras entidades.....	744
	2. Cesión de datos e informaciones.....	744
	3. Deber de cooperación genérica.....	745
	4. Medios de prueba.....	745
III.	Medios que permiten la colaboración interinstitucional.....	746
	1. Las conferencias entre entidades vinculadas.....	747
	2. Los convenios de colaboración.....	748
	3. Otros mecanismos de colaboración entre entidades.....	749
IV	Regulación de la colaboración entre entidades.....	750
	1. Notificación al administrado.....	750
	2. Responsabilidad de los actores de la colaboración interinstitucional.....	751
	3. Costas para la colaboración interinstitucional.....	751
	Bibliografía.....	753
	Índice general.....	763



