

Nº 18
Segundo trimestre 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 18. Junio 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción	9
-------------------------------	---

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL INCUMPLIMIENTO POR EL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO DE 2016 DE LA REGULACIÓN SOBRE CAUDALES ECOLÓGICOS Y OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES.

D ^a María Soledad Gallego Bernad	15
---------------------------------------------------	----

LA DEMOLICIÓN DE INMUEBLE ORDENADA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

D. Antonio J. Navarro Espejo	47
------------------------------------	----

LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN (II): LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza	109
----------------------------------	-----

EL OBJETIVO DEL CONTRATO PÚBLICO Y SU DIVISIÓN.

D. José Enrique Candela Talavero	175
----------------------------------------	-----

SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR JAIME PINTOS SANTIAGO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS.

D. Jans Erik Caverro Cárdenas	235
-------------------------------------	-----

COMENTARIOS DE SENTENCIAS

RESEÑA SOBRE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Nº 47/2019, DE 8 DE ABRIL DE 2019, SOBRE LA FORMA DE REALIZACIÓN DE LA PRIMERA CITACIÓN DE LA PARTE DEMANDADA AÚN NO PERSONADA, QUE ACUERDA QUE EN EL CASO MENCIONADO DEBIÓ MATERIALIZARSE POR CORREO CERTIFICADO CON ACUSE DE RECIBO AL DOMICILIO DESIGNADO POR LA ACTORA Y NO MEDIANTE LA DIRECCIÓN ELECTRÓNICA HABILITADA.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora..... 283

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Nº 68/2019, DE 28 DE ENERO DE 2019, (Nº DE RECURSO: 4580/2017): LA LEGITIMACIÓN DEL DENUNCIANTE EN UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora..... 299

BASES DE PUBLICACIÓN..... 317

EDITORIAL

Siguiendo el criterio establecido por la OCDE en su Recomendación sobre Integridad Pública de 26 de enero de 2017, el sector público debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito y, por último, demostrar una rendición de cuentas (accountability) real y efectiva.

Además, los sistemas de integridad a los que hace referencia la recomendación de la OCDE, deberían utilizar modelos de control interno y de gestión del riesgo, de forma similar a la metodología utilizada por las empresas del sector privado cuando establecen y gestionan sus sistemas de compliance.

Los códigos éticos son una pieza clave dentro de los sistemas o marcos de integridad. Su aprobación se torna necesaria en un contexto en el que cada vez más, el conjunto de la ciudadanía demanda mayores dosis de transparencia e integridad institucional frente a los casos de corrupción.

El buen gobierno y el derecho a la buena administración, como derecho de los ciudadanos exigen adoptar instrumentos que garanticen su cumplimiento, como es el diseño de una infraestructura ética dentro de un marco de integridad institucional, en el que la elaboración, aprobación y evaluación de un código ético se convierte en una pieza clave.

La finalidad pretendida, no es otra que, promover la ejemplaridad a través de la integridad, trasladando de manera transversal los valores y principios a las políticas que conforman la agenda del sector público, es decir, a la gestión, preservar la imagen de la institución, y fundamental, recuperar la confianza de la ciudadanía en las instituciones.

Otra pieza clave dentro de los marcos de integridad en el sector público, lo constituye el canal de denuncia.

En el ámbito privado, los sistemas de denuncias internas son una clara exigencia directa de programas de compliance y han ido proliferando, desde que, a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La Unión Europea ha dado un paso importante al aprobar el pasado 16 de abril, la Directiva de Protección a los Denunciantes de Corrupción (conocidos en inglés como «whistleblowers»).

De este modo, se pretende proteger a todos aquellos denunciantes que informen sobre corrupción o fraudes en materia de fraude fiscal; blanqueo de capitales; contratación pública; seguridad en los productos y el transporte; protección al medio ambiente; salud pública; protección de los consumidores y protección de datos. Y lo más importante de todo, prohíbe cualquier represalia contra quienes se atrevan a sacar a la luz irregularidades en empresas privadas y organismos públicos.

En el sector público están sujetas "*todas las entidades jurídicas públicas, incluidas las entidades que sean propiedad o estén sujetas al control de una entidad jurídica pública*" (art. 8.9 Directiva). No obstante, se permite a los Estados eximir de la obligación de establecer cauces internos de denuncia a los municipios

de menos de diez mil habitantes o con menos de cincuenta empleados, así como a otras entidades del sector público con menos de cincuenta empleados.

Sin lugar a dudas, la Directiva constituye un hito en temas de ética e integridad, ensalzando el canal de denuncia en pilar fundamental de la estructura de un marco de integridad.

EL CONSEJO DE REDACCIÓN

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**SECCIÓN INTERNACIONAL
COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

ARTÍCULOS DOCTRINALES

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LA RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS

“PUBLIC PROCUREMENT FOR RECONSTRUCTION
WITH CHANGES”

Jans Erik Caveró Cárdenas¹

Especialista en Contrataciones del Estado - Perú

Resumen: El Perú, debido a su ubicación geográfica, es un país sísmico y afectado estacionalmente por el Fenómeno El Niño. El calentamiento del Pacífico oriental ecuatorial desencadena lluvias torrenciales en algunas regiones del país, a consecuencia del cual se tiene infraestructura pública y privada, así como viviendas familiares dañadas. En este escenario, el Estado debe garantizar intervenciones públicas adecuadas, con el propósito de que la afectación de los servicios públicos no empeore las condiciones de vida de los ciudadanos.

El régimen general de contratación pública, en no pocos casos, resulta insuficiente para responder a intervenciones eficaces, toda vez que está diseñada para regular una realidad homogénea, sin tomar en cuenta

¹ Diploma de Estudios Avanzados en Gobierno y Administración Pública por la Universidad Complutense de Madrid; Máster en Administración y Gestión Pública en América Latina por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; Licenciado en Derecho y Especialista en Contrataciones del Estado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

situaciones complejas que justifican un entramado institucional *ad hoc*. Bajo esta perspectiva, el presente trabajo explora el escenario post desastre natural, haciendo énfasis en la implementación de una política de reconstrucción, cuya trayectoria ha revelado aciertos y desaciertos que han permitido introducir procesos de mejora en diversos ámbitos de gestión.

Si bien la reconstrucción comporta la interacción de diversos sistemas de la administración pública, el objeto de análisis se centrará en la contratación gubernamental, debido a su importancia para reestablecer, reponer, construir, ampliar o mejorar la infraestructura dañada. De este modo, se pondrá en evidencia un procedimiento especial de contratación pública, a partir de un nuevo modelo normativo.

Palabras claves: Contratación pública, gestión pública, reconstrucción, administración pública, compras estatales.

Abstract: Peru, due to its geographical location, is a seismic country and seasonally affected by the El Niño Phenomenon. The warming of the eastern equatorial Pacific triggers torrential rains in some regions of the country, as a result of which there is public and private infrastructure, as well as affected family dwellings. In this scenario, the State must guarantee adequate public interventions, with the purpose that the affectation of public services does not worsen the living conditions of citizens.

The general regime of public procurement, in many cases, is insufficient to respond to effective interventions, since it is designed to regulate a homogeneous reality, without taking into account complex situations that justify an *ad hoc* institutional framework. Under this perspective, this work explores

the post-natural disaster scenario, emphasizing the implementation of a reconstruction policy, whose trajectory has revealed successes and failures that have allowed the introduction of improvement processes in various management areas.

While the reconstruction involves the interaction of various systems of public administration, the object of analysis will focus on government contracting, due to its importance to reestablish, replace, build, expand or improve the damaged infrastructure. In this way, a special public procurement procedure will be evidenced, based on a new regulatory model.

Key words: Public procurement, public management, reconstruction, public administration, public purchases.

Sumario: Introducción.-. I. La necesidad de pensar diferente.-. II. Del mecanismo de contratación estatal para la reconstrucción: Sin cambios.-.III. La reconstrucción como oportunidad para pensar diferente: Reconstrucción con cambios.-. IV. El Procedimiento de Contratación Pública Especial para la reconstrucción.-. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN.

El Perú es un país ubicado en el Cinturón de Fuego del Pacífico, siendo afectado por el Fenómeno El Niño - relacionado con el calentamiento del Pacífico oriental ecuatorial- el mismo que desencadena lluvias torrenciales en algunas regiones del país. Por lo tanto, la posibilidad de ocurrencia de sismos, inundaciones, huaycos y otros desastres naturales, resulta potencialmente alta, siendo nefasta la experiencia última acontecida en el verano de 2017.

En este escenario desfavorable, el país no puede permanecer paralizado. El Estado debe garantizar intervenciones públicas adecuadas, con el propósito de que la afectación o interrupción de los servicios públicos no empeore las condiciones de vida de los ciudadanos. Para ello, se hace necesario implementar una gestión del abastecimiento que responda a situaciones imprevisibles y que garantice intervenciones oportunas.

El régimen general de contratación pública, en no pocos casos, resulta insuficiente para responder a intervenciones eficaces, toda vez que está diseñada para regular una realidad homogénea, sin tomar en cuenta situaciones complejas que justifican un entramado institucional *ad hoc*.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo hace énfasis en la implementación de una política de reconstrucción, analizada desde el ámbito de la contratación gubernamental, debido a su importancia para reestablecer, reponer, construir, ampliar o mejorar la infraestructura dañada. De este modo, el trabajo se estructura en cuatro apartados claramente diferenciados.

El primer apartado, de carácter crítico, expresa el mensaje de que todo cambio significativo en las administraciones públicas requiere pensar diferente, pues de otro modo o se preserva el statu quo, o se proponen cambios que no responden adecuadamente a la problemática identificada. El segundo apartado describe la implementación de una política de reconstrucción, uno de cuyos soportes ha sido la utilización del régimen general de contratación pública, dentro del marco legal entonces vigente, Ley N° 30556.

El tercer apartado, por el contrario, da cuenta de un viraje en la política de reconstrucción, siendo indispensable la introducción de modificaciones normativas al marco legal, en diversos ámbitos de gestión, además de la aprobación de un régimen especial de contratación que posibilite compras públicas de modo eficiente y eficaz. Finalmente, el cuarto apartado detalla los rasgos característicos del nuevo modelo de contratación, haciendo hincapié en la creación de una fase nueva en la contratación pública.

Sin duda, el marco regulatorio de la contratación especial resulta clave, lo que no significa soslayar la importancia de otros sistemas vinculados a las finanzas, control, tecnología, organización, entre otros. En todo caso, la hipótesis de este trabajo es que el régimen general de contratación, en contextos de desastres naturales, no garantiza la adquisición oportuna y eficaz de bienes, servicios, consultorías y obras.

Debo advertir que al momento de preparar esta colaboración estaba en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado, Ley Nº 30225, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1341. A partir del 30 de enero del 2019 ha entrado en vigencia un “nuevo” marco legal, en virtud al Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, que introduce algunos cambios en el régimen general de contratación.

I. LA NECESIDAD DE PENSAR DIFERENTE.

En las administraciones públicas no es fácil pensar diferente. El común denominador de los servidores y funcionarios públicos es que usualmente gestionan los bienes y servicios de una forma preestablecida, bajo parámetros preconcebidos, con tabúes, prejuicios, y cierto temor por la innovación. El resultado aflora por sí solo: Carencia de motivación para romper paradigmas.

Esta tendencia no es casual, pues la cultura organizativa es el ambiente que se respira en una organización, los rituales y costumbres, las leyendas, los símbolos, es decir, se edifica mediante la articulación de mitos, valores e ideología (Ramió 2013:45). Bajo esta perspectiva, las administraciones públicas tienen subsistemas que moldean, de forma diferente, el comportamiento y la actitud del personal a su servicio.

Pero la falta de incentivos para pensar diferente no solo se circunscribe a un elemento endógeno a la administración pública, sino también a factores exógenos que no se pueden soslayar. Desde una visión conservadora del ente rector de las contrataciones estatales, pasando por la presencia de un grupo corporativista que reivindica la verdad del conocimiento en este campo; involucramiento poco significativo del sector privado pequeño y mediano (PYMES), por sí o a través de sus representantes gremiales; carencia de adecuados programas de fortalecimiento a este nivel; avance imparable de la corrupción, entre otros factores, coadyuvan para la preservación del statu quo.

En el Perú, la contratación pública no ha sido la excepción, pues sobre ella no se ha pensado diferente. Si bien la investigación empírica sobre los sistemas de compras públicas en Latinoamérica es limitada (Rozenwurcel y Bezchinsky, 2012), las experiencias que más han avanzado son México, Chile, Brasil, cada modelo con sus propias particularidades, sin que ello signifique desconocer los esfuerzos de los países centroamericanos en la implementación de compras públicas socialmente responsables (CEGESTI, 2012). De este modo, la facilitación del acceso de las PYMES a los mercados de compras estatales, la utilización intensiva de las TIC para optimizar la gestión del abastecimiento,

la erradicación de la corrupción, son todavía retos pendientes en la región.

Los cambios experimentados en el modelo peruano fueron modestos, en algunos casos, e inocuos en otros. Las enmiendas a las leyes de contrataciones y sus reglamentos no fueron resultado de estudios empíricos o investigaciones científicas, ni surgieron a partir de *benchmarking* realizadas previa evaluación de contexto. Por el contrario, coyunturas políticas, voluntades individuales, así como la influencia de modelos desarrollados por organismos privados (contratos FIDIC), fueron el impulso para implementar modificaciones normativas.

De esta manera, sin pensar diferente, se han aprobado marcos regulatorios de contratación estatal impuestos por isomorfismo mimético o isomorfismo institucional, obviando un análisis adecuado del contexto socio político. Me atrevo a pensar que tal imposición se debe a una moda, aunque no descarto, pese a su complejidad para escenarios fuera de la Unión Europea, la idea de la consolidación de un Derecho Administrativo Global, tal cual sostiene Antonio Moreno (2010) cuando se refiere a una tendencia hacia la formación de un derecho global de la contratación pública.

Es más, en el Perú se han aprobado modificaciones normativas considerando un enfoque netamente jurídico, dejando de lado aspectos de carácter logístico o de gestión del abastecimiento. El resultado ha sido más que evidente: Disposiciones normativas sin aplicación operativa, o métodos de contratación que no tienen mayor relevancia práctica.

Precisamente la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, introduce figuras como la Subasta Inversa Electrónica Corporativa y la Selección de Consultores

Individuales. Sin embargo, se trata de procedimientos que no han tenido mayor impacto para el sistema de compras públicas. De acuerdo con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, a noviembre 2018, se han convocado 8 Subastas Inversas Electrónicas Corporativas y 217 procesos de Selección de Consultores Individuales, con una inversión ascendente a 872 millones de soles (OSCE:2018).

Similar conclusión cabe plantear sobre la Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards*), mecanismo de solución de controversias para ejecución de obras mayores a S/. 5 millones de soles, cuya utilización no ha sido recurrente en los proyectos emblemáticos del país. Si bien pueden ensayarse diversas causas que sustentan la raíz del problema, razón no le falta a Hernández (2014) cuando precisa que los *Dispute Boards*, pese a ser una realidad, no son aún conocidos por la generalidad, tal y como es el caso del arbitraje.

De este modo, considero que en el Perú existen escenarios diversos que justificarían la adopción de regímenes especiales de contratación: En el ámbito de la salud, la adquisición de medicamentos y equipos biomédicos; la recuperación de infraestructura y servicios públicos afectados como consecuencia de desastres naturales; la compra de productos alimentarios en el marco de programas sociales de lucha contra la pobreza; el mejoramiento y equipamiento de infraestructura educativa; entre otros escenarios.

A la luz de lo anteriormente expuesto, se puede concluir que el régimen general de la contratación pública está pensado, en cuanto a sus formalidades, plazos, procedimientos, entre otros aspectos, para situaciones regulares y normales. En virtud a su naturaleza, no responden a contextos de emergencias naturales que, debido a su esencia, no se pueden prevenir ni planificar.

Cuando hay desastres naturales, los servicios públicos se interrumpen o paralizan, siendo indispensable recuperar la infraestructura a través de intervenciones oportunas y céleres.

A modo de ilustración se tiene que una licitación pública para ejecución de obra, en el régimen general, puede demorar entre dos y tres meses, siempre que no existan recursos impugnativos. Empero, si hay recurso de apelación interpuesto, la resolución por el Tribunal de Contrataciones puede suponer unos dos meses adicionales. Cuatro meses aproximadamente, un tercio de año, no puede estar paralizada la prestación de servicios básicos, menos aún el servicio de salud pública que tiene impacto en la vida e integridad de las personas.

II. DEL MECANISMO DE CONTRATACIÓN ESTATAL PARA LA RECONSTRUCCIÓN: SIN CAMBIOS.

Con posterioridad al terremoto del 15 de agosto del año 2007, ningún desastre natural generó más daño y afectación a la infraestructura pública y privada del país que el Fenómeno El Niño Costero, ocurrido en el verano del 2017. Según el Plan Integral de Reconstrucción con Cambios (2017:11), la ejecución de las intervenciones para rehabilitar la infraestructura dañada, incluyendo obras y actividades de prevención de inundaciones fluviales, pluviales y de movimientos de masas, así como la implementación de acciones de fortalecimiento de capacidades institucionales, supone una inversión de S/. 25,655 millones de soles. De este total, el 77% se orienta a obras de reconstrucción, el 21% a obras de prevención y el 2% a mejorar las capacidades de las entidades ejecutoras.

Gráfico 1: Inversión de los componentes del Plan Integral

Región	Inversión		
	Reconstrucción	Prevención	Total
Piura	5,696,356,372	1,844,551,747	7,540,908,119
La Libertad	3,643,311,002	642,200,349	4,285,511,351
Áncash	3,320,558,893	195,439,631	3,515,998,524
Lambayeque	2,081,901,720	1,032,639,846	3,114,541,566
Lima	1,848,038,707	332,154,617	2,180,193,324
Tumbes	370,754,450	413,250,998	784,005,447
Arequipa	814,359,248	-	814,359,248
Ica	470,784,317	257,957,346	728,741,663
Cajamarca	673,741,505	53,742,871	727,484,376
Huancavelica	440,739,361	50,000,000	490,739,361
Ayacucho	323,860,587	50,832,651	374,693,238
Junín	47,670,607	-	47,670,607
Loreto	27,135,328	-	27,135,328
Varios	-	573,508,632	573,508,632
Fortalecimiento de capacidades institucionales y productivas	450,000,000		450,000,000
Total	19,759,212,097*	5,446,278,687*	25,655,490,783

Fuente: Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2017).

Naturalmente, la política pública de la reconstrucción priorizó la intervención en las regiones más afectadas y en los sectores de educación, salud, vivienda y saneamiento, agricultura, transportes y comunicaciones, en función al cual se diseñó la arquitectura institucional para financiar las compras públicas vinculadas al plan integral. En este contexto, se expide la Ley N° 30556, que crea la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios como entidad ejecutora adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros, encargada de implementar el Plan Integral de la Reconstrucción (PIRCC)².

Este plan contiene el conjunto de intervenciones que deben implementar las entidades ejecutoras que reportaron daños a consecuencia del Fenómeno El Niño. Dado su carácter dinámico, el plan ha experimentado modificaciones respecto a los montos de financiamiento, cambio de entidad ejecutora, modalidad de ejecución, inclusión de nuevas intervenciones o exclusión de otras.

² El plan fue aprobado el 12 de setiembre de 2017 a través del Decreto Supremo N° 091-2017-PCM.

La Ley N° 30556, en su afán por lograr actuaciones eficientes y oportunas, contiene disposiciones referidas a sistemas administrativos diversos: Inversión, contrataciones, organización, presupuesto, control, etc. Sin embargo, para la operatividad del sistema de contrataciones no se aprobó ninguna norma ad hoc tendiente a optimizar la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. En su lugar, privilegiando sólo el factor temporal del procedimiento selectivo, la norma autorizó a las entidades ejecutoras el uso de la Adjudicación Simplificada, independientemente del valor referencial previsto en la convocatoria.³

En efecto, el sistema de compras pública del Perú comprende, *grosso modo*, tres métodos de contratación⁴: Licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada. La decisión de una entidad para utilizar una u otra figura obedece al objeto de contratación y al monto de la misma, cuyos topes están previstos en las leyes anuales de presupuesto. Así, para la adquisición de un bien cuyo costo es mayor a S/ 400 mil soles, debe convocarse una licitación; en caso de servicios y consultorías con montos mayores a los 400 mil soles, se convoca un concurso; en obras, para montos mayores a S/ 1 millón 800 mil se convoca la licitación. Para los tres

³ Siguiendo este criterio, el Decreto Legislativo N° 1355 autorizó al Seguro Social de Salud – ESSALUD a utilizar el procedimiento de adjudicación simplificada, sin tope presupuestal, para la consultoría y ejecución de obras de infraestructura calificadas de alto riesgo hospitalario. La lista de hospitales priorizados comprende 14 establecimientos.

⁴ Los demás métodos de contratación son: Selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contrataciones directas, y, más allá de la terminología, los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

objetos de contratación, si el monto es menor a los mencionados se convoca una adjudicación simplificada.

Convocar una adjudicación simplificada, a diferencia de una licitación o concurso público, tiene las siguientes ventajas: Los plazos del procedimiento son más abreviados⁵; no hay elevación al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado de los cuestionamientos al Pliego Absolutorio de consultas y observaciones; el plazo para el consentimiento de la buena pro, ante la presencia de dos o más ofertas, es de 5 días hábiles en lugar de 8; se subsumen en una sola etapa la evaluación y calificación de ofertas; para ofertas con el mismo puntaje total se incorporan más criterios de desempate, privilegiando a las microempresas y pequeñas empresas.

En cuanto a la garantía de fiel cumplimiento para la suscripción del contrato, en una adjudicación simplificada para ejecución de obra cabe la posibilidad de retener a las microempresas y pequeñas empresas el 10% del pago que le corresponde, en lugar de exigírsele la presentación de una carta fianza equivalente al 10% del contrato original, siempre que el plazo de ejecución sea igual o superior a 60 días y que el pago al contratista considere al menos dos valorizaciones periódicas.

El gráfico siguiente evidencia que, desde abril del año 2017 hasta julio del año 2018, las entidades ejecutoras del Plan Integral de Reconstrucción con Cambios han convocado 255 adjudicaciones simplificadas, involucrando una inversión de S/. 1,578 millones de soles. Servicios y obras fueron los objetos contractuales más convocados durante el periodo 2017 – 2018,

⁵ Así, mientras una licitación o concurso demanda un promedio de 47 días hábiles, entre la convocatoria y la presentación de ofertas, en una adjudicación simplificada este plazo se reduce a un promedio de 17 días hábiles.

teniendo como marco legal autoritativo la referida Ley 30556.

Gráfico 2: Adjudicaciones Simplificadas por objeto contractual.

Objeto	Año		Nº de Procesos	Inversión (En Mill. de S/.)
	2017	2018		
Obras	40	13	53	885.10
Consultorías	10	32	42	23.50
Bienes	0	6	6	5.90
Servicios	74	80	154	663.60
TOTAL	124	131	255	1,578.10

Elaboración propia. Fuente: OSCE

A nivel de gobierno, según el gráfico 3, el gobierno nacional ha convocado el mayor número de adjudicaciones selectivas, por un monto de 868 millones de soles, seguido por los trece gobiernos regionales con 85 procedimientos convocados y un monto de inversión de 628 millones. Finalmente, los municipios realizaron 80 adjudicaciones selectivas, por un monto de 81 millones.

Gráfico 3: Adjudicaciones Simplificadas por nivel de gobierno.

Gobierno	Año		Nº de Procesos	Inversión (En Mill. de S/.)
	2017	2018		
G. Nacional	70	20	90	868.20
G. Regionales	29	56	85	628.40
G. Locales	25	55	80	81.60
Total	124	131	255	1,578.20

Elaboración propia. Fuente: OSCE.

III. LA RECONSTRUCCIÓN COMO OPORTUNIDAD PARA PENSAR DIFERENTE: RECONSTRUCCIÓN CON CAMBIOS.

Después de la renuncia del Presidente de la República en marzo del 2018, el Poder Ejecutivo solicitó autorización al Congreso para legislar en materia de reconstrucción y cierre de brechas en infraestructura y servicios. En este contexto, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1354, norma que introduce modificaciones al marco jurídico de la reconstrucción, Ley N° 30556, con el propósito de superar las limitaciones detectadas. Desde el enfoque de reformas sugeridas por Benavides (2010), en este caso concreto se optó por una reforma basada en liderazgo político.

Los cambios propuestos son variados y comprenden materias disímiles, siendo los más significativos aquellos referidos a inversión pública y a la gestión del abastecimiento. Sin embargo, la redefinición de los componentes del Plan Integral de la Reconstrucción, el procedimiento para el financiamiento de las intervenciones, la transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, los mecanismos de ejecución a través de obras por impuesto, convenio de Estado a Estado, el otorgamiento de competencias y facilidades administrativas en temas de habilitaciones urbanas, saneamiento físico legal, drenaje pluvial, son aspectos que no pueden soslayarse.

En el ámbito de la inversión pública, se introduce la figura de las Intervenciones de Reconstrucción a través de Inversiones (IRI). Estas intervenciones, al considerar las características y niveles de servicio de la infraestructura preexistente, no constituyen proyectos de inversión, no les resulta aplicable la fase de

Programación Multianual, ni requieren declaración de viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Con esta previsión legal, las obras de reconstrucción inician con la elaboración del expediente técnico, sin requerir previamente la elaboración de perfiles o estudios de pre inversión.

En el sistema de compras públicas hubo la necesidad de trascender las adjudicaciones simplificadas autorizadas y dar un salto cualitativo. Para ello, se dispuso aprobar un marco normativo *ad hoc* para la contratación de bienes, servicios, consultorías y obras, lo que se tradujo en la elaboración de un Reglamento especial, cuyo diseño supuso un análisis del régimen general de contratación, el cual, a groso modo, arrojó el siguiente diagnóstico⁶:

- Uniformismo legal: El régimen general de la contratación pública, pensado para situaciones regulares y normales en cuanto a sus formalidades, plazos, procedimientos, entre otros aspectos, no responde adecuadamente a contextos de emergencias naturales, las cuales, dada su condición, no se pueden prevenir ni planificar. Cuando hay desastres naturales, los servicios de salud, transporte, vivienda, educación, se interrumpen o paralizan repentinamente, siendo necesario respuestas diferentes que mitiguen los daños causados.
- Plazos poco razonables en el procedimiento selectivo: Una licitación pública y concurso

⁶ El equipo de profesionales dispuso de 30 días calendarios para preparar y tramitar la aprobación del Reglamento de Contratación Pública Especial. Este equipo estuvo integrado por: Joel Faver, Renato Delgado, Ada Basulto, Víctor Sánchez, Jans Cavero.

público, en el régimen general, dura 47 días hábiles en promedio, siempre que el comité, facultado a modificar el cronograma o calendario establecido en la convocatoria, no disponga la postergación de etapas o actos del procedimiento. Las adjudicaciones simplificadas duran 17 días hábiles aproximadamente (OSCE, 2018).

- Plazos excesivos para resolver controversias durante el procedimiento selectivo: Cuando una empresa, postor o proveedor, interpone un recurso de apelación, se suspenden los trámites exigidos por la Ley de Contrataciones para la suscripción del contrato, lo que afecta el inicio de las prestaciones contractuales. Si bien la norma general prevé que la apelación se resuelve en un plazo no mayor de 10 días hábiles, lo cierto es que este plazo se ve desbordado cuando el recurso es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones.
- Distorsión de la calificación y/o evaluación de ofertas: Este punto es de capital importancia, porque la esencia del procedimiento selectivo ya no es determinar el mejor puntaje técnico y económico para seleccionar al mejor postor, sino que se ha convertido en una etapa de deliberación e interpretación de las características técnicas del objeto contractual, incluido personal clave y equipamiento. De esta manera, el core bussines del comité selectivo ya no es la selección de la mejor oferta, sino un ágora en la que a través de consultas y observaciones se revisan, ajustan o perfeccionan el requerimiento, pese a que éste debió haber sido definido por el área usuaria de la entidad.

- Formalidades de la documentación requerida: Las bases administrativas en el modelo peruano exigen formalidades innecesarias en la documentación que un proveedor debe presentar. Este exceso de solemnidad genera dos contingencias: i) Burocratiza el procedimiento selectivo; y, ii) posibilita que un comité de selección, ante el incumplimiento de una formalidad prescrita, descalifique propuestas que podrían ser competitivas.
- Fragmentación de las etapas del procedimiento selectivo: De acuerdo con la Ley de Contratación Estatal, las etapas del procedimiento selectivo son: Convocatoria, registro, formulación de consultas y observaciones, absolución de consultas y observaciones, integración de bases, presentación de ofertas, evaluación de ofertas, calificación de ofertas, otorgamiento de la buena pro. En medio de esta fragmentación, las etapas más absorbentes son la formulación de consultas y observaciones, así como la absolución de las mismas.
- Transparencia y acceso a la información pública: Si bien la contratación pública se realiza a través del Sistema Electrónico de Adquisición y Contratación Estatal –SEACE-, ello no necesariamente supone un alto grado de transparencia, pues el sistema difunde y publica algunos documentos del procedimiento. Esta publicación limitada se debe a la política institucional del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE-, falta de capacidad de la plataforma electrónica y falta de voluntad política para invertir recursos en potenciar el sistema electrónico. En este contexto, la plataforma difunde lo que el órgano supervisor

creo útil y necesario para cumplir sus funciones, dejando de lado información que puede necesitar la ciudadanía para ejercer su derecho a participar en los asuntos públicos, exigir rendición de cuentas y controlar el destino y uso de los recursos del Estado.

- **Preservación de mecanismos tradicionales de contratación:** En la contratación pública es usual convocar procedimientos con una sola prestación contractual, salvo que se realicen contrataciones por paquete o ítems. Si a ello se suma el hecho de que la ejecución de un proyecto de inversión requiere cumplir el Sistema de Inversión Pública, es necesario llevar a cabo dos procedimientos de selección: El primero, destinado a seleccionar la empresa consultora encargada de elaborar el expediente técnico; el segundo, para seleccionar a la empresa ejecutora de la obra, en función a los criterios técnicos y parámetros de ingeniería estipulados en el expediente técnico.

Teniendo en cuenta el diagnóstico expuesto, se diseñó el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios (en adelante el Reglamento), siendo aprobado el 05 de julio de 2018 a través del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM.

IV. EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL PARA LA RECONSTRUCCIÓN.

El Reglamento, en términos generales, introduce una innovación al sistema de compras públicas para la

reconstrucción; realiza una modificación incremental en el procedimiento de selección; y, plantea algunos cambios en la fase de ejecución contractual. Al constituirse en el marco legal de la contratación pública especial, comprende las siguientes fases:

- Expresión de Interés.
- Actos preparatorios.
- Procedimiento de selección.
- Ejecución contractual.

Es necesario puntualizar que el desarrollo del presente apartado prioriza la fase de expresión de interés, debido a su carácter innovador en la contratación pública. Por el contrario, las otras fases serán desarrolladas con menos profusión, haciendo hincapié en las modificaciones normativas que las diferencian del régimen general de contratación. Los cambios en la fase de ejecución contractual, al ser menores, no serán abordados en esta oportunidad.

4.1. La Expresión de Interés.

Lo más significativo en la gestión del abastecimiento para la reconstrucción ha sido la creación de una fase nueva en la contratación pública, denominada "Expresión de Interés", figura que incluso ha sido recogida por el régimen general, en su nuevo marco normativo, si bien con carácter opcional dejado a la determinación de cada entidad.

Esta fase en la contratación pública, aun cuando su denominación pueda generar confusión, no tiene que ver con la Expresión de Interés que realizan los organismos internacionales o los Estados. Es decir, no estamos ante una precalificación de licitantes, publicadas como un

Anuncio Específico de Adquisiciones que posteriormente permite conformar una lista corta; menos aún se trata de un instrumento de comunicación y marketing que sirve como presentación de la empresa manifestando su intención de participar en la ejecución de un proyecto (ICEX 2015: 16).

Por el contrario, se trata de una fase en la que la entidad publica su necesidad de contratación en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado –SEACE-, con la finalidad de optimizar su posterior requerimiento. La expresión de interés contiene las características técnicas con la descripción objetiva y precisa de los requisitos funcionales del objeto a contratarse, así como las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación. Estas características técnicas dependen del objeto de contratación: En bienes, serán las especificaciones técnicas; en servicios y consultorías, los términos de referencia; y en obras, el expediente técnico o documento equivalente.⁷

La fase de expresión de interés persigue los siguientes objetivos:

- Presentar públicamente una parte del requerimiento, acaso la más importante, tomando en cuenta que éste será definido en la fase de actos preparatorios.
- Difundir las necesidades de la entidad para la determinación de las características técnicas vinculadas a las intervenciones de la reconstrucción.

⁷ Para mayor ilustración revítese el Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, publicado el 06 de julio del 2018.

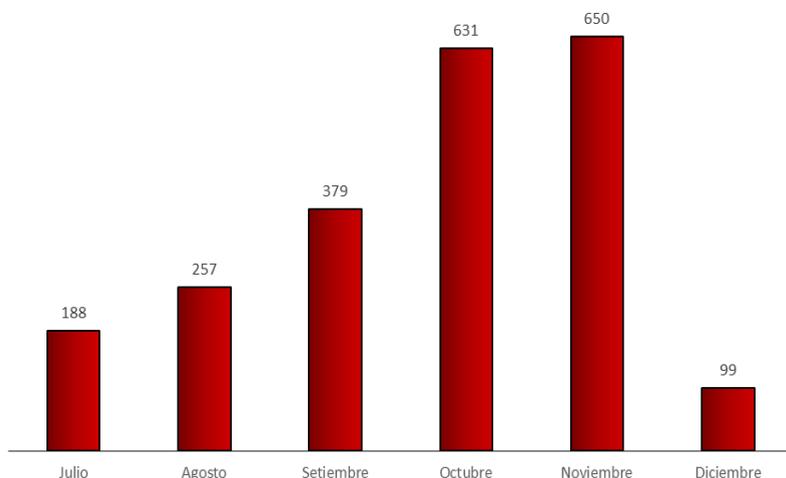
- Dar cuenta preliminarmente de la existencia de pluralidad de postores en el mercado de bienes, servicios en general y de consultoría, obras.
- Absolver consultas técnicas de proveedores interesados en contratar con el Estado. Con esta medida la Entidad procura tener un requerimiento definido en cuanto a sus componentes técnicos. Con un requerimiento claro y preciso, se reducen notablemente las consultas de los participantes durante el procedimiento y la posibilidad de controversias.
- Aligerar los plazos, reducir la carga de actividades del comité, disminuir formalidades propias de la "Absolución de Consulta y Observaciones", reduciéndola a consultas de carácter administrativo.
- Promover mayor transparencia y control en la gestión de las compras públicas, en la medida en que fomenta un *face to face* entre la entidad y los posteriores postores.

Precisamente, una razón fundamental para introducir esta fase fue devolverle a la fase del procedimiento selectivo su adecuada finalidad: Seleccionar al mejor postor bajo las mejores condiciones de precio y calidad. Y es que, con el transcurso del tiempo, la finalidad de la selección se había reducido a un intercambio sin fin de consultas centradas en las características técnicas de la necesidad de contratación, hecho que no sólo distorsionaba la propia calificación y evaluación, sino que

fomentaba la postergación de las etapas del procedimiento de selección.

Según la Gerencia de Análisis y Seguimiento de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2019), en el mes de julio, mes de aprobación y vigencia del Reglamento, se realizaron 188 expresiones de interés; en agosto, 257; en setiembre, 379. En los meses de octubre y noviembre se desarrollaron 631 y 650 expresiones respectivamente. Sin embargo, en diciembre solo se publicaron 99 expresiones de interés, toda vez que se trata del mes de cierre del ejercicio fiscal y en el que no resulta razonable iniciar procesos de contratación pública.

Gráfico 4: Número de Expresiones de Interés (julio-diciembre 2018).



Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

A partir de los datos aportados por la Gerencia de Análisis y Seguimiento se concluye que en total se han realizado 2,204 expresiones de interés desde la vigencia del Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial. De este total, las municipalidades publicaron en el sistema de contrataciones 1,689 expresiones de interés; los gobiernos regionales, 121; y el gobierno nacional, 394. De esta manera, el tercer nivel de gobierno fue el que desarrolló la mayor cantidad de expresiones de interés, según el gráfico siguiente:

Gráfico 5: Expresión de Interés por nivel de gobierno.

Nivel de Gobierno	Nº de Expresiones de Interés	Promedio de Nº de Consultas por Expresión de Interés
Gobierno Nacional	394	17
Concluido	363	18
En proceso	31	2
Gobierno Regional	121	16
Concluido	97	16
En proceso	24	-
Gobierno Local	1,689	4
Concluido	1471	4
En proceso	218	10
Total General	2,204	10

Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

No menos importante constituyen los datos de esta fase por objeto de contratación. El siguiente gráfico resulta ilustrativo:

Gráfico 6: Expresión de Interés por objeto de contratación.

Objeto	Nº Expresiones de Interés	Nº de Expresiones de Interés con Consultas	Promedio de Nº de Consultas por Expresión de Interés
Elaboración y ejecución			
Ejecución de obra	1,320	212	5
Concurso oferta	106	54	13
Ejecución de actividad	75	38	4
Elaboración de expediente técnico	36	19	6
Elaboración de Planes	18	18	88
Adquisición de bienes	15	5	40
Elaboración de estudios básicos	9	9	11
Otros 1/	18	3	8
Supervisiones			
Supervisión de obra	487	98	5
Supervisión de concurso oferta	70	20	18
Supervisión de expediente técnico	18	10	3
Supervisión de Planes	17	17	33
Supervisión de actividad	10	9	7
Otros 2/	5	3	2
Total General	2,204	515	10

Fuente: Gerencia de Análisis y Seguimiento de la RCC (2019).

Cabe insistir que la expresión de interés constituye la fase previa a la formulación del requerimiento a cargo del área usuaria. Por esta razón, podría decirse que esta fase es el insumo más importante del requerimiento, desde el punto de vista técnico, al derivar en un expediente técnico, términos de referencia, especificaciones técnicas, mucho más finos que los publicados inicialmente. En resumen, con esta fase, la entidad ha definido mejor su necesidad de contratación, teniendo expedito el camino para formular el requerimiento que sustente la aprobación del expediente de contratación.

Al ser una fase previa, el Reglamento de la Contratación Pública Especial dispone que para su realización no se requiere que las necesidades de contratación se encuentren incluidas en el Plan Anual de Contrataciones (PAC), ni que cuenten con asignación presupuestal, dos requisitos claves que se concretan en la fase de actos preparatorios y sin los cuales no procede, por mandato legal, convocar un procedimiento de selección.

En esta etapa cobran protagonismo dos actores relevantes: El Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) y el área usuaria de la Entidad, ambos responsables de adoptar las acciones necesarias para optimizar la gestión de la expresión de interés. Si bien la difusión se realiza por el SEACE, sistema oficial y al que tienen acceso los proveedores inscritos en el Registro Nacional de Proveedores - RNP, ello no es óbice para que las entidades publiciten, previamente, sus necesidades de contratación utilizando diversos medios de información. En todo caso, la fase de expresión de interés comprende las tres etapas siguientes:

a) Publicación de la expresión de interés.

Una vez que el área usuaria ha determinado sus especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, y la unidad orgánica competente los ha aprobado u otorgado la conformidad correspondiente, la entidad pública la expresión de interés en el SEACE con la finalidad de que los proveedores interesados, cumpliendo con ciertos requisitos, formulen y remitan virtualmente sus consultas técnicas. Como acertadamente expresa Gimeno (2004), la utilización de medios electrónicos en relación con la publicidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación es un objetivo de gran trascendencia.

Para realizar consultas técnicas, las empresas deben estar inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), salvo las empresas extranjeras no domiciliadas en el país que no estén inscritas en el RNP, quienes podrán realizar sus consultas técnicas previa solicitud de un código de acceso al sistema. Sin embargo, si el proveedor extranjero resulta ganador de la buena pro, la inscripción en el RNP debe presentarla para la

suscripción del contrato, caso contrario pierde la adjudicación.

b) Formulación de consultas técnicas y absolución virtual.

Los parámetros más relevantes de esta segunda etapa se resumen en: i) Los proveedores sólo pueden realizar consultas de carácter técnico, referidas a los términos de referencia (servicios), especificaciones técnicas (bienes), expediente técnico (obras); ii) Sólo serán admitidas las consultas técnicas de proveedores cuyo giro de negocio estén vinculadas al objeto del contrato; iii) No hay prórroga de plazo para la formulación de consultas; iv) La fase de expresión de interés es inimpugnable, es decir no cabe interponer contra ella recursos impugnativos para cuestionarla.

Registrada la expresión de interés, los proveedores cuentan con cuatro días hábiles para formular las consultas técnicas que crean conveniente. Esta formulación se realiza utilizando la plataforma electrónica, el cual requerirá que el proveedor cumplimente los siguientes campos: i) Declaración jurada de no encontrarse impedido para contratar con el Estado; ii) Compromiso de cotizar, siendo indispensable señalar correo electrónico para su comunicación; y, (iii) Designación de hasta dos representantes para concurrir a la absolución presencial de las consultas técnicas.

Transcurrido el plazo improrrogable de los cuatro días hábiles, el sistema inicia el cómputo de los siguientes tres días hábiles que tiene la Entidad para que, a través de su área usuaria, absuelva virtualmente y de carácter preliminar las consultas técnicas planteadas. De este modo, se publica en el SEACE el pliego absolutorio preliminar y un cronograma de reuniones con los

proveedores para la absolución presencial. En esta etapa, la absolución se realiza mediante pliego motivado, indicando expresamente si se acepta la consulta, se acepta parcialmente, o no se acepta la misma.

Asimismo, resulta indispensable que los proveedores formulen sus consultas de manera motivada, concreta y sin ambigüedades, pues de ello depende el sentido de la absolución. A diferencia de la etapa anterior, este plazo de tres días hábiles es un plazo máximo, de forma tal que si la entidad cumple la etapa en dos días, el sistema permite la publicación del pliego y del cronograma de reuniones.

c) Absolución presencial de consultas técnicas y observaciones.

La tercera y última etapa de la fase de expresión de interés es la absolución presencial de consultas, la misma que se desarrolla por temas según el cronograma de reuniones, y cuyo plazo de realización es también de hasta tres días hábiles. A diferencia de las etapas anteriores, el rasgo principal de la absolución presencial es su desarrollo mediante acto público, es decir con presencia de notario público o juez de paz. Esta etapa tiene dos objetivos concretos: i) Ampliación y absolución de la consulta técnica presentada; ii) Validación del Pliego de Absolución de Consultas Preliminar.

En todo caso, el eje central de las reuniones programadas es la optimización de la absolución preliminar virtual, mediante una ampliación de los sustentos técnicos, dando oportunidad a los proveedores que amplíen las consultas técnicas formuladas inicialmente. Concluido el acto público, el área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones suscriben el Acta de Absolución Presencial, siendo facultativa la

suscripción para los proveedores asistentes.

Cabe precisar que la absolución presencial tiene carácter vinculante y no puede ser cuestionada en ninguna vía. Sin embargo, la entidad no puede actuar arbitraria o ilegalmente, toda vez que su área usuaria está obligada a elaborar un informe respecto de la absolución, haciendo hincapié en los fundamentos que ha utilizado para absolver de una manera u otra. Este informe se pone en conocimiento del Órgano de Control Institucional; asimismo, el carácter inimpugnable de la expresión de interés no la exime de la supervisión a cargo del Organismo Supervisor de las Contrataciones.

Gráfico 7: Línea del tiempo de la Expresión de Interés.



Fuente: Reglamento de la Contratación Pública Especial.

4.2. Fase de Actos Preparatorios.

En la gestión de compras públicas del Perú, la fase de actos preparatorios, a groso modo, comprende la realización de los siguientes actos: i) Definición del requerimiento; ii) Estudio de mercado; iii) Certificación o previsión presupuestal; iv) Aprobación del expediente de contratación; v) Designación del órgano a cargo de la selección; vi) Elaboración y aprobación de las bases administrativas.

El requerimiento lo define el área usuaria de la entidad, y –en los procedimientos selectivos de la reconstrucción– comprende las características técnicas de la contratación, al cual se incorporan obligatoriamente los acuerdos y decisiones derivados de la fase de expresión interés, además de las condiciones de ejecución contractual.

Definido el requerimiento, el Órgano Encargado de las Contrataciones (unidad orgánica de la entidad cuya denominación varía dependiendo de sus documentos de gestión: Adquisiciones, Abastecimiento, Logística) procede a realizar el estudio de mercado con la finalidad de determinar el valor referencial de la contratación. Posteriormente, en función a este estudio, se solicita la certificación presupuestal que garantice la disponibilidad de recursos públicos para cubrir la contratación que se va a convocar. Con estos tres actos preparatorios, la autoridad competente aprueba el expediente de contratación.

Naturalmente, entre la aprobación del expediente de contratación y la convocatoria del procedimiento pueden transcurrir días, semanas, e incluso meses, razón por la que el valor referencial fijado inicialmente debe actualizarse. Si en el régimen general se estableció que los bienes y servicios no pueden tener una antigüedad mayor a tres meses, y en obra, no mayor a seis, en el régimen especial se ha estipulado una antigüedad no mayor a seis meses independientemente del objeto contractual. Ciertamente, en obra el cómputo del plazo no corre desde la aprobación del expediente de contratación sino desde la aprobación del presupuesto de obra, cuya fecha es la de aprobación del expediente técnico a cargo de la entidad.

Otra diferencia palpable con el régimen general de contratación es la asunción de responsabilidades de los

miembros del comité de selección⁸. En el régimen especial, los miembros suplentes solo actúan ante la ausencia del titular y se mantienen como titulares hasta la culminación del procedimiento; en el régimen general, el titular reasume sus funciones como titular así haya sido reemplazado por el suplente en uno o más actos. Designado el órgano encargado de la selección, éste elabora las bases administrativas (los pliegos) y las presenta a la autoridad competente de la entidad para su aprobación. Con este acto finaliza esta fase de actos preparatorios.

Un rasgo distintivo de la contratación especial para la reconstrucción es la regulación de una figura no prevista en el régimen general. Se trata del "Concurso Oferta a Precios Unitarios"⁹ (Design-Build), modalidad de ejecución contractual aplicable a obras, que comprende la elaboración del expediente técnico y la ejecución física de la obra, aunque en el modelo peruano puede incluir el equipamiento y la puesta en funcionamiento. En infraestructura vial, es común las dos primeras prestaciones (elaboración + construcción), mientras que en infraestructura educativa y sanitaria es factible

⁸ El Reglamento especial dispone que la contratación de bienes y servicios puede estar a cargo de un comité de selección o del OEC. En caso de obras y consultoría de obras, la Entidad debe designar a un comité de selección, conformado por tres miembros titulares y sus correspondientes miembros suplentes, debiendo uno pertenecer al OEC, y los otros dos miembros tener conocimiento técnico en el objeto de la convocatoria.

⁹ El Concurso Oferta a Suma Alzada también está recogido en el Reglamento especial, si bien su tratamiento es igual a lo previsto en el régimen general: Aplicable sólo para edificaciones, cuyo valor sea superior a 10 millones de soles, y siempre que la entidad ejecutora pertenezca al Poder Ejecutivo. Supone la elaboración del expediente técnico y la ejecución de obra.

contratar, además, el equipamiento y la puesta en funcionamiento de la infraestructura.

Como puede observarse, si el concurso oferta a precios unitarios incluye el equipamiento y la puesta en marcha de la infraestructura, prácticamente se asemeja a un "Llave en Mano" (Turnkey Contract).

Toda vez que al momento de la convocatoria del concurso oferta no se tiene elaborado y/o aprobado el expediente técnico de obra, en el caso de intervenciones de reconstrucción se requiere contar con un Estudio de Ingeniería Básica que sirva como insumo para determinar el valor referencial del procedimiento de selección. En el caso de intervenciones de construcción (proyectos nuevos), el insumo para el valor referencial es el estudio de pre inversión elaborado bajo la normativa del Sistema de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

En cualquier caso, la ventaja del concurso oferta a precios unitarios es que con un único procedimiento se contrata varias prestaciones, aún de naturaleza diferente, evidenciándose una reducción considerable en tiempos y costos. Su desventaja, en cambio, radica en la posibilidad de que el costo de la obra previsto en el expediente técnico se incremente respecto al presupuesto de la oferta. Casualmente, la poca consistencia entre el presupuesto detallado de la oferta y el presupuesto de la obra según el expediente técnico supuso reducir el concurso oferta a su mínima expresión, tal cual está regulado en el régimen general de contratación.

En efecto, al no haber expediente técnico, se desconoce el precio o presupuesto de la obra; y al tratarse de un solo contratista, se dio pie a conjeturas sobre un incremento deliberado de los precios unitarios, con la

finalidad de "sobrevalorar" las obras. Esta situación contingente, en medio de una polarización social como consecuencia de corruptelas en la contratación pública, deslegitima figuras contractuales cuya funcionalidad debe evaluarse en cada caso contrato. Al fin y al cabo, la mala utilización de recursos públicos depende del servidor o funcionario que los gestiona y no así de una herramienta o instrumento que se usa para cumplir una finalidad pública.

Para controlar la variación del precio de la intervención, el Reglamento impone parámetros durante el cumplimiento de las dos prestaciones contractuales. En ejecución física de obra, prohíbe la aprobación de adicionales de obra por errores o deficiencias en el expediente técnico, y no reconoce la ejecución de mayores metrados; en elaboración del expediente técnico, permite la incorporación de partidas nuevas y partidas con mayores metrados que las contempladas inicialmente en el presupuesto detallado de la oferta, manteniéndose inalterable el precio unitario de cada partida. Si bien esta variación no tiene un límite predefinido, cuando el presupuesto del expediente técnico se incrementa en más del 15% respecto del presupuesto detallado de la oferta, la entidad debe comunicarlo a la Contraloría General de la República.

4.3 Fase de Procedimiento de Selección.

El procedimiento de selección presenta las siguientes etapas:

- Convocatoria y publicación de bases.
- Registro de participantes.
- Formulación de consultas administrativas y observaciones.

- Absolución de consultas, observaciones e Integración de las bases.
- Presentación de ofertas, evaluación, otorgamiento de la buena pro.

En esta tercera fase de la contratación, el Reglamento especial no solo fusiona algunas etapas de la misma, sino que abrevia plazos considerablemente y simplifica trámites documentarios tendientes a agilizar la evaluación de ofertas. Bajo esta perspectiva, el plazo de ocho días hábiles entre la convocatoria y la presentación de ofertas, más dos días adicionales tratándose de concursos oferta a precios unitarios, posibilita que al octavo día hábil se pueda adjudicar.

Ahora bien, el procedimiento de contratación pública especial se caracteriza por integrar en una misma etapa la absolución de consultas administrativas, observaciones, e integración de bases. En el mismo sentido, se fusiona en una misma etapa la presentación de ofertas, evaluación de ofertas y el otorgamiento de la buena pro, si bien esta última, por excepción, puede ser pospuesta por la Entidad, hasta un máximo de dos días hábiles.

Un tema clave del procedimiento selectivo es que en la etapa de consultas y observaciones solo se consulta temas referidos a lo administrativo, es decir respecto al contenido de los pliegos, toda vez que las consultas técnicas fueron realizadas y absueltas en la fase de expresión de interés. Con esta previsión, se aligera sustancialmente el trabajo del órgano a cargo de la selección.

De otro lado, la presentación de ofertas se efectúa en acto público. A diferencia del régimen general que establece los conceptos de "requisitos de calificación" y

“factores de evaluación” – disponiendo que en caso de bienes, servicios en general y obras se evalúa primero y luego se califica a los dos postores que obtuvieron mejor puntaje, en tanto que en consultorías se procede de modo inverso – el procedimiento especial prescinde del primer concepto y prevé de manera más sencilla que las ofertas se someten a requisitos de admisibilidad, pasando a evaluación técnica y económica todas aquellas que son admitidas.

Precisamente, la contratación especial exige los siguientes requisitos de admisibilidad de oferta¹⁰:

1. *Declaración jurada señalando que:*
 - a) *No tiene impedimento para ser participante, postor y contratista.*
 - b) *Conoce, acepta y se somete a las bases y documentos del procedimiento.*
 - c) *Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta.*
 - d) *No ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad.*
 - e) *Se compromete a mantener su oferta y/o perfeccionar el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro.*
2. *Declaración jurada de datos del postor con indicación del correo electrónico al que se le notifican las actuaciones del procedimiento de selección y la ejecución contractual.*

¹⁰ Para una mejor ilustración, revítese el artículo 37 del Reglamento.

3. *Declaración jurada que acredite el cumplimiento de las características técnicas.*
4. *Carta de Compromiso de presentación y acreditación del personal especialista y del equipamiento conforme lo señalado en las bases estándar, según corresponda.*
5. *Contrato de consorcio con firmas legalizadas, detallando el porcentaje de obligaciones de cada consorciado respecto del objeto del contrato.*
6. *Carta de Línea de Crédito, emitida por una empresa que está bajo supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros, o estar considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva, conforme a los montos y condiciones señalados en las bases. En procedimientos de selección cuyos valores referenciales sean inferiores a S/ 1 800 000.00 en caso de obras y S/ 450 000.00 en caso de bienes y servicios, se presenta una declaración jurada acreditando que cuenta con solvencia económica para la ejecución del contrato.*
7. *Oferta económica. En el caso de precios unitarios, el detalle mínimo exigido será: Costo Directo, Gastos Generales Fijos, Gastos Generales Variables, Utilidad e Impuesto General a las Ventas. El monto total de la oferta y de los subtotales que lo componen debe ser expresado con dos decimales.*

Además de fusionar declaraciones juradas sobre diversos aspectos en una sola declaración jurada, existen cuatro cambios resaltantes en comparación al régimen general de contratación: En primer lugar, se incorpora como un

requisito de admisibilidad de ofertas la Carta de Línea de Crédito, emitida por una empresa que está bajo supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros, o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva. Con este requisito, se pretende contratar con empresas que demuestran cierta solvencia económica.

En segundo lugar, la oferta económica se presenta con un desagregado mínimo que permita al órgano encargado de la selección una evaluación sumaria, sobretodo tratándose de obras sin modalidad de ejecución contractual y de obras por concurso oferta. El detalle de los precios unitarios por partida será presentado con ocasión a la suscripción del contrato, pues no es objeto de evaluación por el comité, siendo verificado por el área usuaria previo a la suscripción del contrato.

En tercer lugar, y bajo el mismo razonamiento anterior, el postor comunica mediante declaración jurada simple que cumple con el personal clave, la experiencia y el equipamiento necesario para realizar la intervención; sin embargo, a la suscripción del contrato, debe presentar y acreditar el equipamiento y al personal necesario para la ejecución del contrato. En el caso de obra, previo a celebrar el contrato, se acredita al residente y al jefe de obra, mientras que el resto del plantel técnico será acreditado antes de su participación efectiva en la obra.

En cuarto lugar, el régimen especial exige en este momento el contrato de consorcio, en caso corresponda, el cual será válido y vigente respecto al postor adjudicado con la buena pro. Contrariamente, en el régimen general se exige una promesa formal de consorcio, al momento de presentación de ofertas, y posteriormente, para la suscripción del contrato, la

entidad requiere la presentación del contrato de consorcio.

De otro lado, con el propósito de contar con una evaluación ágil, la contratación especial considera como únicos factores de evaluación el precio y la experiencia del postor. Si bien las bases establecen la forma de acreditación, la metodología y el puntaje que se asignará a cada factor, se prioriza contratar a quien oferte el menor precio; cumpla realmente con la experiencia exigida por las entidades; ejecute sus obligaciones contractuales dentro de los plazos previstos, minimizando las solicitudes de ampliaciones de plazo, y como consecuencia, el pago de mayores gastos generales.

Al verificar la oferta económica, el órgano a cargo de la selección está facultado para rechazar las ofertas que no respeten los siguientes límites inferiores: En la contratación de bienes y servicios se rechaza toda oferta por debajo del 80% del valor referencial; tratándose de consultoría y ejecución de obras, se rechazan las ofertas que estén por debajo del 90%. En cualquier caso, la contratación pública especial elimina los límites máximos del régimen general, por lo que tampoco serán admitidas las ofertas que superan el valor referencial definido.

Luego de asignar los puntajes respectivos, según lo previsto en los pliegos, se otorga la buena pro en acto público. A partir del día siguiente, se computa el plazo de cinco días hábiles para el consentimiento de la buena pro, salvo que se trate de un solo postor, supuesto en el cual se produce el consentimiento el mismo día de la adjudicación. Consentida la buena pro, se inicia el plazo

de cinco días hábiles para la celebración del contrato.¹¹

Finalmente, antes de culminar con el presente trabajo, merece la pena destacar los siguientes aspectos favorables del régimen especial:

- El procedimiento de contratación especial no está exento del control que realiza la Contraloría General de la República y los demás órganos que comportan el Sistema Nacional de Control, a través del control concurrente y control posterior.
- El procedimiento de contratación también es supervisado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
- Para una contratación eficaz y eficiente se aplica supletoriamente la Ley y el Reglamento de las Contrataciones del Estado en todo lo no previsto por el Reglamento especial y siempre que no la contravenga. De este modo, las entidades involucradas en la reconstrucción pueden utilizar las contrataciones directas, así como la subasta inversa y el convenio marco. Se trata, en todo caso, de que las entidades contratantes, supletoriamente, tienen libertad para elegir el tipo de procedimiento de adjudicación, con respeto a los principios de transparencia, concurrencia, no discriminación y publicidad (Bermejo, 2008).
- A todo postor le asiste el derecho a interponer el recurso de apelación si considera arbitraria e ilegal

¹¹ Este plazo, de manera desagregada, comprende cuatro días hábiles para la presentación de documentos y un día hábil para la subsanación de observaciones y la firma del documento.

una o más decisiones del comité especial. Dependiendo del valor referencial de la contratación, el recurso puede ser conocido y resuelto por la entidad convocante o por el Tribunal de Contrataciones del Estado. En este último supuesto, el tribunal se avoca a acciones cometidas y a omisiones ilegales o arbitrarias producidas entre la convocatoria del procedimiento y la adjudicación de la buena pro, similar al marco competencial del Tribunal de Contratación Pública en Chile (Escanilla, 2013).

- Finalmente, la contratación especial promueve mayor transparencia que el régimen general, pues el Reglamento dispone que se publique electrónicamente los documentos que comprenden los expedientes de contratación.

CONCLUSIONES.

La aprobación del Procedimiento de Contratación Pública Especial ha significado un hito importante en la gestión del abastecimiento para la adquisición de bienes, servicios y obras, a cargo de las entidades ejecutoras del Plan Integral de la Reconstrucción.

Como toda norma jurídica, el Reglamento que aprueba el mencionado procedimiento no ha estado exento de dificultades y de contingencias diversas que van desde algunos vacíos normativos detectados al momento de su aplicación hasta dudas y críticas respecto a su funcionalidad. Lo que sí ha quedado demostrado es que la casuística experimentada por las entidades ejecutoras, tanto con el procedimiento general, como

con el especial, desborda los supuestos de hecho de la norma, siendo necesario interpretaciones adecuadas apelando a los principios generales de la contratación pública y del propio Derecho Administrativo.

En todo caso, lo fundamental de la política en reconstrucción es la regulación de un procedimiento especial que crea, a diferencia del régimen general, una nueva fase de la contratación, denominada Expresión de Interés. Para algunas entidades, la adaptación al régimen especial ha sido rápida; para otras, varía en función de su organización e institucionalidad. Ciertamente, estamos ante un nuevo escenario que va a reconfigurar también el papel de los órganos de control, pues es evidente que las auditorías deben tomar en cuenta los nuevos tiempos, plazos, y procedimientos instaurados.

Es cierto también que al introducir especialidades procedimentales y reglas propias para la contratación puede dificultarse el acceso general de los licitadores, a los que resultará muy complejo conocerlas todas ellas o poder preparar sus ofertas para participar en los procedimientos convocados (Moreno, 2009). Pero no es menos cierto que los regímenes especiales pueden superar cuellos de botella que el régimen general origina para determinados supuestos, convirtiéndose en parte del problema y no de la solución.

Para encarar este nuevo escenario, las entidades deben potenciar sus órganos encargados de las contrataciones. Esta labor supone un abanico de cambios en la estructura organizacional de la entidad, que van desde la ejecución de planes de fortalecimiento de capacidades en contrataciones, el incremento de personal, la profesionalización de los servidores que laboran en los órganos encargados de las contrataciones, hasta la introducción de mejoras en los procesos y

procedimientos que realiza la entidad para cumplir sus fines institucionales.

Razón no le falta a Belaústegui (2011) cuando puntualiza que contar con una amplia batería de instrumentos, incluyendo especialmente el desarrollo de capacidades en los oficiales de compra, es clave para lograr que las buenas prácticas sean incluidas dentro de la rutina de actividades de compras. Naturalmente, estos cambios serán graduales y deben ajustarse a las reales necesidades de la entidad y a las nuevas exigencias de la sociedad civil que hoy día, como destinatarios de las políticas públicas, demandan más, con mayor fuerza y nuevos mecanismos de presión.

Bibliografía:

1. Benavides, Juan (2010). "Contratación pública y debilidad institucional en infraestructura en Colombia". *Revista de Ingeniería*, N° 32, julio-diciembre, 2010, págs. 80-87. Bogotá: Universidad de Los Andes.
2. Belaústegui, Victoria (2011). *Las compras públicas sustentables en América Latina. Estado de avance y elementos clave para su desarrollo. Red Interamericana de Compras Gubernamentales: Informe preparado para el grupo de trabajo compuesto por los países: Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay y Uruguay en el marco de las actividades de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG)*. Argentina: Universidad Nacional de San Martín.
3. Bermejo, José (2008). "El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios especiales".

- Revista de Administración Pública, N° 176, mayo-agosto, 2008, págs. 115-159. Madrid.
4. CEGESTI (2012) *Panorama actual de las compras públicas responsables en Centroamérica*. San José: CEGESTI.
 5. Gimeno Feliú, José (2004). *La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública*. Documento de Trabajo 2004-03. Departamento de Derecho Público de la Universidad de Zaragoza.
 6. Escanilla, Eduardo (2013). "El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo". Revista Derecho Público Iberoamericano, N° 2, abril, 2013, págs. 103-149. Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo.
 7. Hernández, Roberto (2014). "Dispute boards (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias". En: Biblioteca del Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre: *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Roberto Hernández García (Coord.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre S.C.R.L., págs. 23-32.
 8. ICEX España Exportación e Inversiones (2015). *Elaboración de Expresiones de Interés. Guía práctica para empresas españolas*. Julio 2015.
 9. Moreno Molina, J.A. (2009). "La falta de adecuación de la Ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo. Agua, territorio, cambio climático y Derecho administrativo". Monografía de la Revista Aragonesa de Administración Pública que recoge las ponencias del XVII Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2009, págs. 337-354.

10. Moreno Molina, J.A. (2010). "El nuevo Derecho de la Contratación Pública: De las prerrogativas de la administración a la garantía de los principios generales". En: *La Administración Pública entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baena Del Alcázar*. Comisión Organizadora, Manuel Arenilla Sáez (coordinador). Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, págs. 1525 – 1540.
11. Organización de Estados Americanos (2018). *Curso: Gestión de las Compras Públicas. Módulo 4: Las compras del Estado y las políticas públicas*. Washington: OEA.
12. OSCE (2018). *Informe Mensual Consolidado (noviembre 2018)*. Lima.
13. Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (2017). *Plan Integral de la Reconstrucción con Cambios*. Lima.
14. Ramió Matas, Carles (2012). *Teoría de la organización y administración pública*. España: Editorial Tecnos.
15. Universidad Nacional de San Martín (2012). *Compras públicas en América Latina y el Caribe. Diagnósticos y desafíos*. Guillermo Rozenwurcel y Gabriel Bezchinsky (Comp.). Argentina.

Normas y Reglamentos:

1. Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del gobierno nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, Ley N° 30556.

2. Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2019, Ley N° 30879.
3. Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225.
4. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF.
5. Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 071-2018-PCM.
6. Reglamento de la Ley N° 30556, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2019-PCM.
7. Decreto que aprueba el Plan Integral de la Reconstrucción con Cambios, Decreto Supremo N° 091-2017-PCM.

Consulta a páginas Web:

1. www.rcc.gob.pe
2. www.osce.gob.pe
3. www.mef.gob.pe
4. www.pcm.gob.pe