

La nueva normalidad en las contrataciones del estado: análisis sobre la aplicación de la normatividad de contrataciones públicas en los tiempos de pandemia

The new normality in government procurement: analysis on the application of public procurement regulations in pandemic times

ZAMBRANO NAVARRO, Kathia Aurora(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. Régimen general de las contrataciones públicas en el marco del Sistema Nacional de Abastecimiento. III. Fases de las contrataciones y métodos de contratación IV. ¿Cómo contrató el Estado durante el estado de emergencia? V. Marco normativo y problemas concretos de la reactivación de las contrataciones públicas. VI. Conclusiones. VII. Lista de referencias.

Resumen: Este artículo parte de un análisis respecto de la finalidad de las contrataciones públicas como parte del Sistema Nacional de Abastecimiento; así también, brevemente, se desarrolla las fases de las contrataciones y

(*) Abogada por la Universidad Nacional de Cajamarca, con estudios de maestría en Gestión Pública por la Universidad San Martín de Porres, con experiencia profesional y especialización en Derecho Administrativo, Contrataciones con el Estado y Arbitraje en Contrataciones con el Estado.

sus principales actores, quienes están obligados a realizar sus funciones en el marco de una gestión por resultados y cumpliendo los principios que regula la normatividad aplicable. En base a ello, se analiza el impacto del COVID 19 en las contrataciones públicas, la modalidad de contratación utilizada por las Entidades a fin de satisfacer las necesidades estrictamente necesarias durante el estado de emergencia y asilamiento social obligatorio; y, finalmente se reflexiona sobre las principales medidas de la reactivación de los procedimientos de selección, de la ejecución contractual y el inicio o reinicio de la ejecución y consultora de obras respetando los protocolos y normas sanitarias emitidas en razón del COVID 19.

Palabras Clave: Fases de las contrataciones del Estado, finalidad pública, contratación directa, procedimientos de selección, ampliación extraordinaria de plazo, ejecución y consultoría de obras, COVID 19.

Abstract: *This article starts from an analysis regarding the purpose of public procurement as part of the National Supply System; likewise, briefly, the contracting phases and their main actors are developed, who are obliged to carry out their functions within the framework of results-based management and complying with the principles that regulate the applicable regulations. Based on this, the impact of COVID 19 on public contracting is analyzed, the contracting modality used by the Entities in order to satisfy the strictly necessary needs during the state of emergency and compulsory social isolation; and, finally, the main measures of the reactivation of the selection procedures, the contractual execution and the start or restart of the execution and consultancy of works respecting the protocols and sanitary regulations issued by reason of the COVID 19 are reflected.*

Keywords: *Phases of State contracting, public purpose, direct contracting, selection procedures, extraordinary extension of term, execution and works consulting, COVID 19.*

I. Introducción

Al analizar las contrataciones públicas desde la óptica del derecho administrativo, se nos revela que estas son realizadas por el Estado con el propósito de cumplir sus funciones y acorde con políticas públicas definidas a largo plazo; así, toda compra que realizan las entidades no importan en sí mismas, sino que su relevancia está en que el uso de los recursos estatales se utiliza para «alcanzar las tareas públicas en diversos sectores como infraestructura, seguridad, educación, salud, saneamiento o minería. Con ese fin, las entidades adquieren bienes y servicios, crean infraestructura y se valen de colaboradores privados para que asumen cometidos públicos. En conjunto, la intervención de las entidades con sus relaciones contractuales, tiene

un alto impacto en el desarrollo de la economía del país, pues a través de ellos se busca satisfacer las necesidades de la población, se dinamiza el tráfico comercial, se genera empleo y se incide directamente en el producto bruto interno del país» (Moron Urbina & Aguilera B., 2019)

Ergo, resulta de gran trascendencia toda afectación al normal desarrollo de las contrataciones públicas; y dado que la declaratoria de estado de emergencia ocasionó la suspensión de la gran mayoría de contrataciones, tal circunstancia así como su actual reactivación y la forma en que se contrató durante el estado de emergencia, son materia de análisis en este artículo, procurándose aportar tanto a las Entidades como a los proveedores a asumir la responsabilidad que corresponda para lograr satisfacer las variadas y constantes necesidades del Estado, así también se busca contribuir a la comprensión de la finalidad, fases y modalidades de las contrataciones estatales reguladas en el régimen general.

Por ello, es menester de este artículo, centrarnos en el impacto del COVID 19 respecto de las contrataciones públicas del régimen general; es decir, de aquellas comprendidas dentro del ámbito de aplicación del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁾, en adelante la Ley, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 344-2018-EF⁽²⁾ (vigente desde el 30 de enero de 2019) en adelante el Reglamento, así como directivas y opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE⁽³⁾, que denominaremos genéricamente normativa de contrataciones⁽⁴⁾.

- (1) El TUO de la Ley fue aprobado mediante Decreto Supremo N.º 082-2019-EF, y comprende al texto de la Ley N.º 30225 (vigente desde el 09 de enero de 2016) modificado por el Decreto Legislativo N.º 1341 (vigente desde el 03 de abril de 2017) y por el Decreto Legislativo N.º 1444 (vigente desde el 30 de enero de 2019)
- (2) El Reglamento fue aprobado por el Decreto Supremo N.º 344-2018-EF y modificado por el Decreto Supremo N.º 377-2019-EF (vigente desde el 14 de diciembre de 2019), reemplaza al Decreto Supremo N.º 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N.º 56-2017-EF.
- (3) Organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) encargado de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, promoviendo las mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, de acuerdo a lo establecido en la normativa de contrataciones.
- (4) De conformidad con lo indicado en el numeral 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, la Ley de Contrataciones del Estado conjuntamente con el Reglamento y las demás normas de carácter complementario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado (2004).

II. Régimen general de las contrataciones públicas en el marco del sistema nacional de abastecimiento

El Perú, procurando su modernización⁽⁵⁾ y el cumplimiento de su función administrativa, ha puesto especial interés en el desarrollo de los sistemas administrativos, cuya finalidad es regular la utilización de los recursos en las entidades de la administración pública promoviendo la eficacia y eficiencia (Ley N.º 29158, 2007) así, el Sistema Nacional de Abastecimiento⁽⁶⁾ busca asegurar que las actividades de la cadena de abastecimiento público se ejecuten de manera eficiente y eficaz, promoviendo una gestión Inter operativa, articulada e integrada, bajo el enfoque de gestión por resultados (Decreto Legislativo N.º 1439, 2018) Cabe agregar que la cadena de abastecimiento público contempla, entre otras actividades, la gestión de adquisiciones y administración de bienes, servicios y ejecución de obras para el cumplimiento de la provisión de servicios y logro de resultados en las entidades del sector público (Decreto Legislativo N.º 1439, 2018)

Teniendo presente que el Estado adquiere bienes, servicios y ejecuta obras para cumplir con su función administrativa, también debemos tener en cuenta que las contrataciones que se realizan no se limitan a la satisfacción de una necesidad propia de cada entidad, sino que existe un fin mayor que trasciende a la compra, lo que constituye la finalidad pública, por medio de la cual el Estado –a través de las entidades– busca satisfacer las necesidades de la sociedad (Hernández Diez, 2015), lo que encuentra respaldo jurídico en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución; justamente, en razón de ello, la normativa de contrataciones, busca maximizar el valor del dinero para lograr contrataciones oportunas y bajo las mejores condiciones de calidad y precio en el marco de un conjunto de principios previstos en el propio texto normativo incorporando la gestión por resultados y la repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos (Hernández Diez, 2015) Precisándose que, la gestión por resultados implica la evaluación de la compra en función de su contribución a las metas institucionales (Zapico Goñi, 2003); lo que conlleva la priorización del logro de los objetivos estratégicos generales y específicos en el proceso de gestión de los recursos públicos y la evaluación de los resultados se guía, en general, por criterios de eficacia, eficiencia, economía y calidad de la intervención del Estado (CLAD-BID, Albert Serra, 2007)

(5) Un hito en la modernización del Estado peruano es la promulgación de la Ley N.º 27658 - Ley de Modernización del Estado (enero de 2002)

(6) Actualmente regulado por el Decreto Legislativo N.º 1439 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.º 217-2019-EF.

En tal sentido, la finalidad de la Ley es establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos Decreto Supremo N.º 82-2019-EF, 2019. De ello se evidencia la finalidad pública en las compras estatales, de manera que lo trascendente e importante sea el cumplimiento del objetivo y la utilidad de la contratación y no el procedimiento mismo (Hernández Diez, 2015)

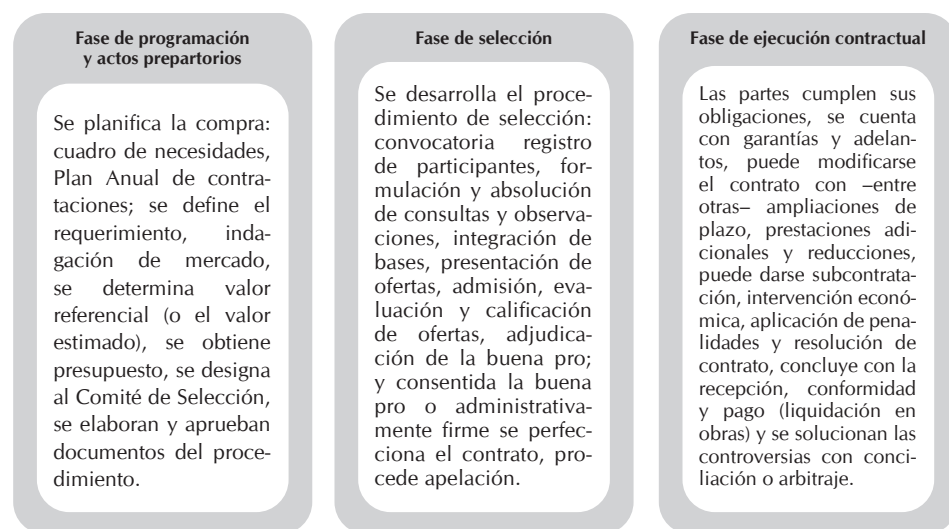
Asimismo, debemos tener presente que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene se fundamenta en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal, así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política del Perú (OSCE, 2018) considerándose éstos como directrices para la compra pública dado que sirven de criterios interpretativos e integradores y sobre todo como parámetros para las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones (OSCE, 2016); siendo los principios desarrollados por la normativa de contrataciones el de libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental, equidad e integridad.

III. Fases de las contrataciones y métodos de contratación

Independientemente de la estructura orgánica de cada Entidad, existen actores principales, dentro de las Entidades, que intervienen activamente en la gestión de las contrataciones; siendo éstos: i) el titular de la Entidad como máxima autoridad ejecutiva, responsable de la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación; ii) el área usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, y por ello participa en la planificación de las contrataciones, y verifica técnicamente las contrataciones efectuadas, para su conformidad; iii) el órgano encargado de las contrataciones, que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos; y, iv) el Comité de Selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación (Decreto Supremo N.º No debemos olvidar además a los privados (parte del mercado) cocontratantes del Estado.

Lo indicado resulta relevante, toda vez que son justamente dichos funcionarios, dependencias y órganos quienes organizan y realizan las contrataciones públicas en respeto de lo previsto por la normativa para cada fase de la contratación, que corresponden a: i) fase de programación y actos preparatorios, ii) fase de selección; y, iii) fase de ejecución contractual (OSCE, 2019); cada una de éstas se encuentra compuesta por determinadas actividades, las que –en resumen– se grafican a continuación:

Gráfico 1
Fases de las contrataciones



En relación con la fase de selección, recordemos que en el Perú rige el principio de licitar los contratos públicos, encontrándose su sustento jurídico en el artículo 76 de la Constitución, en el que se prescribe que el Estado debe contratar previo desarrollo de los procedimientos selectivos de licitación y concurso público, optándose por elegir a su cocontratante mediando la aplicación de un procedimiento especial, demandando la participación de ofertantes de forma amplia por lo regular, o restringida excepcionalmente, compitiendo en ambos casos entre sí de acuerdo con las condiciones preestablecidas (Mandujano Rubin, 2018); es decir, el Estado contrata mediante procedimientos selectivos que aseguren la participación de los particulares interesados, en abierta competencia, con eficiencia y economía, protegiendo los recursos estatales, y con efectivo control; por ello, este principio al igual que el de transparencia, construye el Derecho común de la contratación pública (Mandujano Rubin, 2018)

En tal sentido, la normativa prevé como **métodos de contratación** los procedimientos de selección, y el método especial de contratación a través de los catálogos de Acuerdo Marco. Dentro de los procedimientos de selección tenemos a la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la selección de consultores individuales, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica y la contratación directa; los procedimientos de selección se determinan en razón de la naturaleza de lo que se comprará (bienes, servicios u obras) y al monto de la contratación; y, las contrataciones directas proceden únicamente para determinados supuestos regulados por la norma (*númerus clausus* determinado en el artículo 27 de la Ley)

IV. ¿Cómo contrató el estado durante el estado de emergencia?

Conocido es, que el presente año 2020, el mundo sufre por el brote de enfermedad por coronavirus (COVID 19); virus que fue notificado por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019 (Organización Mundial de la Salud - OMS, 2020) y cuyo vertiginoso contagio generó no solamente que la OMS la declare como pandemia sino que las economías mundiales se vieran severamente afectadas además de las irreparables pérdidas humanas; este panorama no excluye a nuestra realidad; sino que, la llegada del COVID 19 al Perú obligó al gobierno a la adopción de medidas encaminadas a evitar la propagación del virus, circunstancia que afectó nuestra economía e impactó en las contrataciones e inversión del estado en diferentes sectores.

En tal contexto, mediante Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM⁽⁷⁾ se declara el estado de emergencia nacional y aislamiento social obligatorio, así también se declaró emergencia sanitaria por 90 días prevista en el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA prorrogado por el Decreto Supremo N.º 020-2020-SA; cabe precisar que, en el mismo sentido cada sector y nivel de gobierno emitió disposiciones para –en el marco de sus competencias– establecer medidas para contener la propagación del COVID 19.

Como es evidente, las disposiciones normativas antes citadas obligaron a la paralización de la mayoría de actividades económicas en el país; y, el sector público no fue la excepción; tan es así que, en concordancia con lo previsto por el Decreto de Urgencia 26-2020-PCM, el 17 de marzo de 2020 mediante Resolución Directoral N.º 001-2020-EF.54.01⁽⁸⁾ la Dirección General de Abastecimiento Público (ente rector del Sistema Administrativo de

(7) Norma precisada por Decreto Supremo N.º 045-2020-PCM, N.º 046-2020-PCM, N.º 051-2020-PCM, N.º 053-2020-PCM, N.º 057-2020-PCM, N.º 058-2020-PCM, N.º 061-2020-PCM, 063-2020-PCM y 068-2020-PCM; y, prorrogada por los Decretos Supremos 051-2020-PCM, 64-2020-PCM, 75-2020-PCM, 83-2020-PCM y 94-2020-PCM.

(8) Los efectos de esta norma se prorrogaron mediante las Resoluciones Directorales N.º 002-2020-EF.54.01, N.º 003-2020-EF.54.01, 004-2020-EF.54.01 y 005-2020-EF.54.01

Abastecimiento) dispuso la suspensión, a partir del 16 de marzo de 2020, de la convocatoria de procedimientos de selección, del cómputo de los plazos de los procedimientos de selección convocados con anterioridad al 16 de marzo, así como del cómputo de plazos para el perfeccionamiento de los contratos que debieran suscribirse después del 16 de marzo. Por otro lado, el cumplimiento del marco normativo relacionado con el COVID 19, especialmente el aislamiento social obligatorio, provocó la suspensión masiva de los contratos en fase de ejecución contractual; y, la paralización de las actividades administrativas de las Entidades, consecuentemente también se suspendieron los actos relacionados con la fase de programación y actos preparatorios.

No obstante, lo indicado, se estableció que aquellas disposiciones de suspensión de compras públicas, no aplicaban a aquellas contrataciones relacionados con la obligación de garantizar lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM; es decir, las administraciones públicas no pudieron realizar contrataciones de forma normal y la gran mayoría de éstas se suspendieron sin importar la fase en que se encontraban, no obstante, no paralizaron por completo las contrataciones del Estado; nótese al respecto que durante el estado de emergencia los distintos niveles de gobierno siguieron realizando compras, no solamente aquellas generadas por la pandemia como mascarillas, guantes, pruebas de descarte de COVID 19, jabón, alcohol en gel, bolsas para cadáveres, productos de primera necesidad de la canasta básica familiar distribuida por los gobiernos locales⁽⁹⁾, los servicios de desinfección, entre otros; sino que también se realizó contrataciones indispensables para el funcionamiento de las entidades verbigracia vigilancia, alquiler de local, insumos médicos en hospitales, combustible para los patrulleros y ambulancias, recojo de residuos sólidos, entre otras compras consideradas como estrictamente necesarias.

De lo indicado, se colige que durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio no fue posible realizar nuevas convocatorias -a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado —SEACE⁽¹⁰⁾—; pero ello, no impidió que las Entidades realizaran diversas contrataciones, entendidas como estrictamente necesarias. Entonces, ¿cómo contrató el Estado? Pues bien, además de las compras menores a 8 Unidades Impositivas Tributarias -UIT⁽¹¹⁾ las Entidades utilizaron el método de contratación directa.

(9) En cumplimiento de lo regulado por el Decreto de Urgencia N.º 03-2020.

(10) Sistema de uso obligatorio por parte de las Entidades, quienes deben registrar, dentro del plazo de Ley, información sobre su Plan Anual de Contrataciones, las actuaciones preparatorias, los procedimientos de selección, los contratos y su ejecución, así como todos los actos que requieran ser publicados (Decreto Supremo N.º 344-2018-EF, 2018).

(11) Según el artículo 5 de la Ley, esta contratación constituye un supuesto excluido de su ámbito de aplicación, pero bajo supervisión de OSCE (Decreto Supremo N.º 82 – 2019 – EF, 2019)

Al respecto, como ya se ha indicado, la normativa de contrataciones del Estado establece supuestos taxativos en los que carece de objeto realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, toda vez que por razones coyunturales, económicas o de mercado, la Entidad puede requerir contratar directamente con un determinado proveedor para satisfacer una necesidad pública (OSCE, 2019)

En relación con las contrataciones directas, cuyas causales están previstas por el artículo 27 de la Ley, el COVID 19, provocó que las miradas de los titulares de Entidad, áreas usuarias y órganos encargados de las contrataciones viraran hacia la causal de contratación directa por «situación de emergencia»; siendo evidente que no cualquier circunstancia puede ser considerada como emergencia, al respecto, conviene señalar que esta causal prevé cuatro supuestos para su aplicación: i) que derive de acontecimientos catastróficos, ii) situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, iii) situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores; o, iv) emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud (Decreto Supremo N.º 82-2019-2019-EF, 2019)

En tal sentido, delimitaremos nuestro análisis al supuesto de emergencia por acontecimientos catastróficos y al de emergencia sanitaria; sobre éstos, la normativa establece la causal de acontecimientos catastróficos implica 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; y, las emergencias sanitarias son aquellas declaradas por el ente rector del sistema nacional de salud, conforme a la ley de la materia (Decreto Supremo N.º 344 – 2018 – EF, 2018)

Así, tal como lo refiere el OSCE en su Comunicado N.º 11-2020: «(...) resulta de utilidad remitirse a lo dispuesto por (...) el Plan Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres PLANAGERD 2014-2021, (...) concordado con el Glosario de Términos del Compendio Estadístico 2018 de INDECI, se concibe como desastres naturales a aquellos de origen hidrológico, meteorológico, geofísico y biológico, incluyendo en esta última categoría a las pestes, epidemias e infecciones. Atendiendo a lo indicado precedentemente, el brote del Coronavirus (COVID-19), calificado como pandemia por la Organización Mundial de la Salud, y que ha justificado que el ente rector en salud declare mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional, constituye un acontecimiento catastrófico a los efectos de la normativa de contrataciones del Estado, que habilita la aplicación de la causal de contratación directa por situación de emergencia (...)»

por ello deben respetar los principios de la Ley y publicarse en el SEACE, su base normativa es el Código Civil y, de ser el caso, las Directivas con las que cuente cada Entidad para este tipo de compras.

(OSCE, 2020) Asimismo, y como ya se ha indicado, el Ministerio de Salud (sector competente) declaró el estado de emergencia sanitaria a nivel nacional por 90 días, prorrogados por 90 días más. Por ello, las administraciones públicas pudieron realizar compras —durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio— a través de contrataciones directas, método que aun cuando no implica un procedimiento competitivo, encuentra justificación legal y fáctica respecto de las contrataciones necesarias para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido (COVID 19) en la causal de emergencia sanitaria e incluso en la causal de emergencia por acontecimiento catastrófico.

Como se ha indicado, en las contrataciones directas no se realiza un procedimiento de selección competitivo, pero ello de ninguna manera «enerva la obligación de la Entidad de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actuaciones preparatorias, ni de ejecución contractual» (OSCE, 2019), e incluso de las otras actividades de la fase de selección como el perfeccionamiento del contrato, en tal sentido, una vez producida la causal de contratación directa por situación de emergencia, correspondía a cada Entidad observar las condiciones para su empleo, así como las formalidades para su aprobación; sobre este punto, es necesario tener en cuenta que *Las actuaciones preparatorias y contratos que se celebren como consecuencia de las contrataciones directas cumplen con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento (...)»* (Decreto Supremo N.º 344 – 2018 – EF, 2018)

Así también —en general— se prohíbe la regularización de las contrataciones; no obstante, en el artículo 101.4 del Reglamento se prevé la salvedad de la regularización para las contrataciones que se realicen en situación de emergencia, obviamente por la naturaleza de la compra, pero con cargo a una inmediata regularización en el plazo de 10 días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien o prestación del servicio, esta regularización implica la aprobación de la contratación, su sustento, la realización de actuaciones preparatoria o el registro y publicación en el SEACE; asimismo, el proveedor no debe estar impedido, suspendido ni inhabilitado para contratar con el Estado; y éste puede presentar su oferta por cualquier medio de comunicación escrito o digital.

Hasta este punto, queda claro que —en su mayoría— las contrataciones fueron suspendidas en todas sus fases; no obstante, las Entidades —durante el estado de emergencia y aislamiento social obligatorio— debieron seguir realizando contrataciones estrictamente necesarias, para lo cual se utilizó la contratación directa por causal de emergencia; la nota de alerta respecto de dicha situación correspon-

de primero a la nefasta posibilidad de fraccionamiento⁽¹²⁾ de las contrataciones realizadas; y, también a que las contrataciones directas merecen especial seriedad en su concretización pues no se trata de una carta blanca para comprar a cualquier precio y en condiciones de precio desfavorables a la Entidad, sino que en su realización debe buscarse la satisfacción de la necesidad en las mejores condiciones de calidad y precio en el marco de una gestión por resultados, así también al tratarse de contrataciones por causal de emergencia, éstas pudieron realizarse con cargo a regularizar, realidad que si no es inmediatamente afrontada con responsabilidad, orden e integridad por parte de los funcionarios y servidores de la administración pública afectaría la finalidad y principios de las contrataciones públicas lo que se hace tangible en la poca incidencia del gasto en la vida del ciudadano, por todo ello se hace urgente la fiscalización de las contrataciones así realizadas durante el estado de emergencia.

Cabe aclarar que, además de las contrataciones antes indicadas, en mérito a lo dispuesto en la Resolución Directoral N.º 001-2020-EF.54.01, se estableció la salvedad de realizar procedimientos de selección para las contrataciones consideradas esenciales en el marco del cumplimiento de sus funciones; por lo que, deberá revisarse sobre el particular el Comunicado N.º 04-2020 de OSCE del 25 de marzo de 2020, pues a partir del 27 de abril de 2020, el OSCE habilitó la atención de elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones o Bases Integradas, y de recursos de apelación, únicamente de los procedimientos de selección que se convoquen en el marco de dicha normativa; precisándose que en tal caso, los titulares de las entidades públicas, bajo responsabilidad, debieron hacer de conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, los procedimientos que se consideran esenciales en el marco del cumplimiento de sus funciones.

(12) El artículo 20 de la Ley define al fraccionamiento como la contratación de bienes, servicios u obras con la finalidad de evitar el tipo de procedimiento de selección que corresponda según la necesidad anual, de dividir la contratación a través de la realización de dos o más procedimientos de selección, de evadir la aplicación de la norma y su reglamento para dar lugar a contrataciones iguales o inferiores a ocho (8) UIT y/o evadir el cumplimiento de los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública (Decreto Supremo N.º 82 – 2019 – EF, 2019) En tal sentido, la preocupación radica en que por causas ajenas a las presupuestales (que el Reglamento establece como excepción para considerar el fraccionamiento ilegal) las Entidades hayan evitado la aplicación de la Ley realizando compras por montos menores a las 8UIT.

V. Marco normativo y problemas concretos de la reactivación de las contrataciones públicas

Con el aislamiento social obligatorio y el estado de emergencia se marcan dos momentos en cuanto a las contrataciones públicas, el primero acaecido desde el 16 de marzo de 2020 hasta el inicio de las fases de reactivación de la economía; y, el segundo corresponde a la reanudación de las de las contrataciones estatales.

En la fase de reactivación económica y reinicio de actividades, queda claro que las contrataciones deben realizarse en estricto cumplimiento de los protocolos sanitarios dictados por el sector competente; en tal contexto, el 02 de mayo de 2020 se emitió el Decreto Supremo N.º 80-2020-PCM que regula la reanudación progresiva de actividades y el 09 de mayo de 2020 se emite el Decreto Legislativo N.º 1486, que regula disposiciones para mejorar las inversiones públicas, entre ellas la ejecución y consultoría de obras según del régimen general de contrataciones, en razón de ello se aprueba la Directiva 005-2020-OSCE/CD (19 de mayo de 2020). Además, mediante Resolución Ministerial N.º 006-2020-EF.54.01 la Dirección General de Abastecimiento dispone reinicio de procedimientos suspendidos, y el 14 de mayo de 2020 se publica el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF que reglamenta la tramitación de los procedimientos de selección que se reinicien, luego, a partir del 28 de mayo de 2020 el SEACE cuenta con las funcionalidades para el registro del reinicio de los procedimientos de selección que fueron suspendidos.

Lo primero que podemos advertir sobre el reinicio de los procedimientos de selección suspendidos, es que se prevé como punto de partida que la Entidad realice un previo análisis respecto de la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes para evitar la propagación del COVID 19, análisis que se realiza bajo responsabilidad y en razón de la naturaleza de la contratación; siendo que, de estimarse innecesaria la adecuación, los procedimientos o las nuevas convocatorias continuaran desde la etapa en que se suspendieron; pero, si es necesario adecuar el requerimiento debe realizarse la verificación de la disponibilidad de recursos para el cumplimiento de la obligación de pago de la Entidad, con los nuevos costos que genere la implementación aludida.

Por otro lado, atendiendo a que el sector empresarial ha sido duramente golpeado con la crisis que la paralización de actividades generó, se establece como medida para permitir que los proveedores cumplan satisfactoria y oportunamente con sus obligaciones, la entrega de adelantos cuando no se haya previsto inicialmente, e incluso posibilita que las entidades públicas modifiquen las bases del procedi-

miento de selección a fin de incorporar dicha posibilidad; por otro lado, se regula que para el perfeccionamiento del contrato, que la entidad deberá comunicarle al ganador de la buena pro que cuenta hasta con cinco (5) días hábiles adicionales al plazo que le resta para formalizar el contrato, posibilitando con ello que el adjudicado obtenga los documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato.

Respecto del reinicio de los procedimientos de selección que necesitan adecuar su requerimiento, el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF contempla cuatro supuestos dependiendo de la etapa en la que éste se haya suspendido, así tenemos: i) procedimientos que están la etapa de formulación de consultas y observaciones; ii) los que se encuentren en la etapa de absolución de consultas y observaciones, e integración de bases; iii) aquellos casos que se encuentren durante el trámite de emisión del pronunciamiento respectivo por parte de OSCE; y, iv) los casos en que se haya publicado las bases integradas y el procedimiento de selección se encuentre en una etapa posterior. En todos los casos, el denominador común para su reinicio es la adecuación del requerimiento y la publicación del cambio en el SEACE para luego continuar con las etapas posteriores que correspondan; así también en el caso se requiera continuar con la etapa de consultas y observaciones de brindará dos días hábiles a los participantes para ello; asimismo, cuando se haya realizado una etapa posterior a la integración de bases las actuaciones posteriores se tienen por no realizadas, debiéndose efectuar una nueva integración de bases con el nuevo requerimiento, reiniciándose el procedimiento de selección desde dicha integración.

Cabe aclarar que, en ningún caso se trata de una nulidad del procedimiento de selección que obligue a retrotraerlo a una etapa anterior de aquella en la que se presentó el vicio, sino que se regula una adecuación que incorpora al requerimiento los protocolos y normas sanitarias, hecho que no es imputable a la Entidad y que obliga –eventualmente– a la realización de actuaciones preparatorias como la obtención de disponibilidad presupuestal que cubra el costo del nuevo requerimiento. Otro aspecto a resaltar es que en el supuesto de los procedimientos que se cuenten con integración de bases, las actuaciones posteriores se tendrán por no efectuadas; por lo que, tal disposición abarca a los procedimientos en los que inclusive exista adjudicación de la buena pro, o que incluso haya sido objeto de apelación y que haya quedado suspendido el procedimiento durante el trámite de apelación⁽¹³⁾.

(13) Justamente, en razón de dicho aspecto, el Tribunal de Contrataciones mediante Acuerdo de Sala Plena N.º 004-2020/TCE publicado en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2020, determinó que emitirá pronunciamiento sobre el fondo del recurso cuando la Entidad haya informado que no es necesario adecuar normas y protocolos contra el COVID 19 o no

Por otro lado, la Directiva 005-2020-OSCE/CD en concordancia con lo previsto por el Decreto Legislativo N.º 1486, regula que en el caso de ejecución y consultoría de obras se realizará una etapa de adecuación que implica la aprobación de una Ampliación Excepcional de Plazo, adecuación de ambientes y modificaciones contractuales contemplando los nuevos costos de la ejecución de las prestaciones; luego de lo cual se reiniciará la ejecución de la obra aprobándose un nuevo cronograma de ejecución atendiendo a los nuevos rendimientos e implementando los protocolos sanitarios correspondientes. Asimismo, deberá tenerse en cuenta que la cuantificación y costos de la implementación de los protocolos sanitarios de COVID 19, deben respetar los principios de eficiencia, equidad e integridad y se podrán revisar periódicamente el impacto y costos, lo que permitirá su modificación.

Así, mientras la Directiva 005-2020-OSCE/CD regula aspectos relevantes en torno a la reactivación de la ejecución y consultorías de obras, el Decreto Supremo N.º **103-2020-EF se ocupa —principalmente— de la reactivación de los procedimientos de selección; y, aun cuando estos esfuerzos son importantes, resultarían insuficientes si ante vacíos normativos —por ejemplo, con respecto a la ejecución contratos de bienes y servicios—, en la aprobación de la Ampliación Excepcional de Plazo y de los Costos de implementación e impacto del COVID 19 o en la aprobación del nuevo cronograma en la ejecución de obras, las Entidades no actúan en estricto respeto de la finalidad y principios de las contrataciones públicas, analizando cada caso concreto no como una ventana de enriquecimiento para el proveedor sino como el necesario reconociendo de la real afectación del contratista en relación al contrato.**

En este punto, es importante recordar que en estos contratos administrativos debe mantenerse —durante su ejecución— el equilibrio económico financiero, concepto que hace alusión al balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su cocontratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo al sus objetivos, y rentable para su contraparte (Moron Urbina & Aguilera B., 2019); valorando ello, nótese que los sucesos en torno al COVID 19 bien calzan en los supuestos normativos de causales de caso fortuito o fuerza mayor obviamente no imputables al contratista, siendo esta causal prevista por la normativa como causal de resolución del contrato cuando su ejecución resulte imposible, así como para justificar modifica-

haya respondido al requerimiento de dicha información en el plazo de 3 días de notificada; caso contrario, si la Entidad considera necesario adecuar el requerimiento conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N.º 103-2020-EF, la Sala declara que carece de objeto emitir pronunciamiento por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento al haberse producido la sustracción de la materia, y devolverá la garantía al impugnante.

ciones a los contratos, que posibiliten su ejecución sin quebrantar el equilibrio económico financiero del contrato; es el caso, por ejemplo, de las ampliaciones de plazo generadas como consecuencia de la paralización e imposibilidad de los proveedores de cumplir sus obligaciones durante el periodo del aislamiento social obligatorio, así como también por del tiempo que implique (cuando corresponda) la implementación de los protocolos sanitarios para la ejecución de las obligaciones pactadas; del mismo modo, será posible la aprobación de prestaciones adicionales, pues difícilmente una oferta presentada antes del COVID-19 ha previsto el costo de la implementación de protocolos sanitarios todo lo cual debe ser reconocido por la Entidad.

Por otro lado, no puede perderse de vista que la adecuación de los requerimientos a los protocolos y normas sanitarias de lucha contra el COVID aumentan el presupuesto para la satisfacción de la necesidad; y, si la Entidad no cuenta con mayores recursos, no podrá convocar al procedimiento ya planificado, circunstancia que necesita una pronta atención por parte del Ministerio de Economía y Finanzas; así, en cada caso, queda pendiente para las administraciones públicas el enfrentarse a la solución de los problemas que genere la implementación de los requerimientos a las nuevas normas sanitarias, el priorizar y de ser el caso postergar o cancelar la satisfacción de las necesidades y el iniciar o reiniciar las ejecuciones contractuales sin alterar el equilibrio económico financiero de los contratos; de la otra orilla, los proveedores deben entender que no se trata de una oportunidad para afianzarse y sacar provecho a costa de la Entidad sino que las modificaciones a sus contratos deben responder a la estricta necesidad de cubrir los sobrecostos generados a propósito del COVID 19; así también, deberá reevaluarse los requerimientos, a fin de que el mercado pueda cumplir con ellos, por ejemplo en lo que corresponde al requisito de calificación: solvencia económica en lo que se refiere a la línea de crédito, pues actualmente muy pocas empresas quedan solventes y pasibles de ser respaldadas por una entidades del sistema financiero (antes de acreditar haber obtenido la adjudicación de una obra)

Finalmente, debemos entender que, de cara al futuro y en tanto sea necesario el resguardo de la salud e integridad de las personas, toda contratación pública que se realice, deberá previamente someterse al tamiz de determinar si se requiere de la incorporación de los protocolos sanitarios y demás disposiciones que dicten los sectores y autoridades competentes a fin de evitar la propagación del COVID 19; y, de ser así, el cumplimiento de la normatividad especial formará parte de cada contratación desde los actos preparatorios hasta la ejecución contractual. Asimismo, aun cuando se ha implementado una base normativa que, en adición a lo ya regulado, procura la realización de compras públicas eficientes y observando las nuevas circunstancias mundiales a propósito del COVID 19, aún quedan muchos

aspectos que mejorar como —entre otros— la asignación de más recursos a las Entidades, la emisión de lineamientos referentes a ejecución contractual y sobre todo que Entidades y proveedores coadyuven con el cumplimiento del objeto de cada contratación respetando la finalidad y los principios de las contrataciones públicas.

VI. Conclusiones

1. El régimen general de las contrataciones públicas, prevé la realización de compras estatales como parte de la cadena de abastecimiento público; así, en concordancia con la finalidad del Sistema Nacional de Abastecimiento éstas tienen por objetivo coadyuvar la materialización de la función administrativa del Estado, pues trascienden al cumplimiento de una finalidad pública, en tal sentido, la Ley de Contrataciones busca maximizar el valor de los recursos públicos promoviendo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos; todo ello, en el marco del respeto de los principios de las contrataciones desarrollados por dicha normativa.
2. Cada entidad, realiza contrataciones públicas con la participación de su titular, del área usuaria, del órgano encargado de las contrataciones y eventualmente del comité de selección; quienes deben realizar su función circunscribiéndose a lo previsto para cada fase de las contrataciones; las que son: de programación y actos preparatorios, de selección y de ejecución contractual. La fase de selección evidencia cumplimiento del principio de licitar los contratos públicos, organizándose como métodos de contratación además de contratación a través de los catálogos de Acuerdo Marco, los procedimientos de selección de naturaleza competitiva, salvo las contrataciones directas que se realizan por razones coyunturales, económicas o de mercado, y únicamente ante la ocurrencia de un supuesto de hecho previsto en la Ley.
3. Durante el estado de emergencia las contrataciones públicas —en general— fueron suspendidas; no obstante, la administración pública continuó realizando contrataciones necesarias tanto para la lucha contra el COVID 19 como para el cumplimiento de sus fines; en tal contexto, además de las contrataciones efectuadas con supuestos fuera del ámbito de aplicación de la Ley y otras realizadas con procedimientos de selección, se llevaron a cabo contrataciones directas por causal de emergencia; modalidad que no implica la realización de un procedimiento de selección competitivo pero mantiene la obligatorie-

dad de cumplir con las demás fases y actividades inherentes a cada contratación, lo que incluso puede realizarse vía regularización.

4. El reinicio de los procedimientos de selección suspendidos e incluso las nuevas convocatorias, requieren de un análisis previo de la Entidad a fin de determinar la necesidad de adecuar el requerimiento a los protocolos y normas emitidas en razón del COVID 19; de estimarse que se requiere alguna adecuación —la Entidad— deberá incorporar ello en el requerimiento acorde con la etapa en la que se encuentre, lo que eventualmente implica la obtención de una nueva disponibilidad presupuestal.
5. En el caso de ejecución y consultoría de obras, las normas emitidas ponen especial énfasis en la necesidad de aprobación de una Ampliación Excepcional de Plazo, el reconocimiento de gastos generales y de costos de impacto y de adecuación de las normas y protocolos sobre COVID 19, así como la posibilidad de posteriores y justificadas modificaciones al contrato que permitan cumplir con el objetivo del mismo respetando las normas sanitarias y sin romper el equilibrio económico financiero del contrato en el marco de los principios de eficiencia, equidad e integridad, además de otras posibilidades como el otorgamiento de adelantos.
6. Existen regulaciones normativas concretas respecto del reinicio de los procedimientos de selección y el inicio o reinicio de la ejecución de obras, que serán insuficientes si entidades y proveedores no actúan acorde con la finalidad y los principios de las contrataciones públicas; asimismo, resulta importante solucionar otros problemas acaecidos como parte del impacto del COVID 19 como las necesarias modificaciones en la ejecución de contratos, la provisión de mayor presupuesto a cada Entidad para que asuma el costo de adecuar los requerimientos a las normas y protocolos de COVID, la priorización de las contrataciones de acuerdo a casa Entidad, entre otros.

VII. Lista de referencias

- CLAD-BID, A. S. (2007). Modelo abierto de gestión para resultados en el sector público. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* N.º 39. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/3575/357533693007.pdf>, 149-210.
- HERNÁNDEZ DIEZ, S. P. (2015). Apuntes Sobre la Reforma en Materia de Contratación Pública. *Derecho & Sociedad* (44). . Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14392>, 99-107.
- MANDUJANO RUBIN, J. L. (2018). *Compras públicas latinoamericana y su influencia en la contratación estatal peruana*. Huánuco.

- MORON URBINA, J. C., & AGUILERA B. Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal. Colección lo Esencial del Derecho 9*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ONU, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social - ILPES, CEPAL. (agosto de 2003). *CEPAL - SERIE Seminarios y conferencias*. Obtenido de Gestión Pública por resultados y programación plurianual: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6556/1/S038508_es.pdf.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD - OMS. (2020). Obtenido de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.
- OSCE. (07 de diciembre de 2016). *Opinión N.º 194-2016/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Perú.
- OSCE. (16 de agosto de 2018). *Opinión N.º 121-2018/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Lima, Perú.
- OSCE. (09 de julio de 2019). *Opinión N.º 110-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Perú.
- OSCE. (22 de noviembre de 2019). *Opinión N.º 208-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>. Lima, Perú.
- OSCE. (29 de enero de 2019). *Opinión 103-2019/DTN*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/opiniones>.
- OSCE. (2020). Obtenido de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>.
- OSCE. (26 de abril de 2020). *Comunicado N.º 11-2020*. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>. Obtenido de <https://portal.osce.gob.pe/osce/content/comunicados>.
- SANTY CABRERA, L. V. (2015). La Presentación de documentos exigidos en las bases como criterio aplicable en el perfeccionamiento del contrato. *DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA N.º 202*. Recuperado a partir de file:///C:/Users/Kathia/Downloads/01%20Luiggi%20Santy%20Cabrera%20-%20DJ%20Julio_stamped.pdf, 273-284.
- ZAPICO GOÑI, E. (2003). Condiciones para el desarrollo del control por resultados en la gestión pública. *Papeles de economía española*, ISSN 0210-9107, N.º 95, 78-93. index.php/derechosociedad/article/download/18887/19105/.

Derecho Civil y Procesal Civil

