

# EL ROL DEL ABOGADO EN LOS CONTRATOS DE OBRA PÚBLICA

## The Role of The Lawyer in Public Works Contracts

Guillermo Mayo Zambrano\*

Recepción: 27/09/2022

Aceptación: 09/06/2023

### Resumen

Con el pasar de los años, la necesidad de regular las relaciones empresariales, económicas y administrativas ha permitido que el campo de acción de la carrera profesional del Derecho se diversifique. Cada vez más abogados eligen especializarse en ramas del derecho distintas del ámbito civil o penal. Hay una inclinación por una especialización en el derecho de la construcción, del consumidor o de la empresa. Así, a partir de su experiencia adquirida en el ejercicio de la profesión como abogado especialista en contrataciones del Estado, el autor explica cómo se relaciona el ejercicio profesional con el proceso de contratación de una obra pública.

**Palabras clave:** obra pública, entidad, procedimiento de contratación, obras por administración directa, obras por contrata

\* Abogado y magíster en Gestión Pública por la Universidad César Vallejo. Egresado de la Maestría en Gestión Pública y egresado de la Maestría en Educación de la Universidad de San Martín de Porres. Docente y capacitador certificado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en contrataciones del Estado. Con experiencia profesional en el OSCE, la Oficina General de Infraestructura del Ministerio del Interior (Mininter), la Oficina de logística del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual (PNCVFS) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, la Oficina de Asesoría Jurídica del Seguro Social de Salud (EsSalud) y el área usuaria de la Unidad Gerencial de Estudios y obras (UGEO) del Programa Nacional de Infraestructura Educativa (Pronied). Con estudios de especialización en Arbitraje, Arbitraje en Contrataciones del Estado, Junta de Resolución de Disputas por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Es profesional certificado por el OSCE con nivel avanzado para laborar en los Organismos de Evaluación de la Conformidad (OEC) de entidades públicas. Su dirección electrónica es [guillermomayozambrano@gmail.com](mailto:guillermomayozambrano@gmail.com).

### **Abstract**

Over the years, the need to regulate business, economic and administrative relations has allowed the field of action of the professional career of law to diversify; Currently, more and more lawyers choose to specialize in other branches of law other than the civil or criminal sphere, favoring a specialization in construction, consumer or business law. Thus, the author, based on his experience acquired in the exercise of the profession as a lawyer specializing in State contracting, explains how professional practice is related to the process of contracting a public work.

**Keywords:** public works, entity, contracting procedure, works by direct administration, contract works

## **I. INTRODUCCIÓN**

El marco contractual de una obra pública en el país es disperso, toda vez que esta puede ser gestionada y ejecutada por la propia entidad<sup>1</sup> o a través de un tercero. Es decir, por contrata. En el presente artículo, se desarrollarán las actuaciones en que cobra protagonismo o intervención el profesional en derecho, durante la planificación y actos preparatorios, selección y ejecución contractual de un procedimiento para la contratación de una obra pública, en el marco de aplicación del régimen general de contratación pública, cuyo contenido se encuentra en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF. A continuación, revisemos cuáles son las modalidades y el marco legal para la contratación de una obra pública en el país.

### **1.1. Obras por administración directa**

Por mandato del artículo 76 de la Constitución Política del Perú (Congreso), la ejecución de obras con manejo de fondos o recursos públicos

---

1 Se denomina bajo el término genérico de «entidad» a aquella comprendida en el artículo 3 del texto único ordenado (TUO) de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a los siguientes a) los ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos; b) el Poder Legislativo, el Poder Judicial y los organismos constitucionalmente autónomos; c) los gobiernos regionales y sus programas y proyectos adscritos; d) los gobiernos locales y sus programas y proyectos adscritos; e) las universidades públicas; f) la juntas de participación social; g) las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno; h) los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado, entre otros.

se realizan obligatoriamente por contrata y licitación pública. Por ello, la ejecución de obras públicas a través de la modalidad de administración directa se convierte en la excepción a la regla general, cuya regulación se encuentra en la Resolución de Contraloría 195-88-CG (Perú, 1988), en que se establecen los requisitos obligatorios y concurrentes para el empleo de esta modalidad, que son los siguientes:

- Contar con la asignación presupuestal correspondiente.
- Emplear sus propios recursos humanos (personal técnico y administrativo). Además de equipos, maquinaria e infraestructura. Solo se puede adquirir insumos y materiales mediante los métodos de contratación previstos en el régimen general de la normativa de contrataciones del Estado.
- Contar con el expediente técnico, aprobado por el nivel competente de la entidad.
- Demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad.
- Tener una unidad orgánica responsable de cautelar la supervisión de las obras programadas.

Según esta modalidad de contratación, el reconocido jurista Juan Carlos Morón Urbina (2016) señala:

la administración directa es excluir de su ámbito —tanto en su formación como en su ejecución— a la regulación de los contratos administrativos para atender la necesidad al no existir ninguna relación bilateral de contenido patrimonial que le es inherente, identificando tres supuestos de autoaprovisionamiento: (i) la provisión interna de bienes, servicios y obras (autoconstrucción); (ii) la provisión con organismos instrumentales por medio de encargos; y (iii) los convenios de cooperación en los que ambas partes colaboran para una finalidad pública pero sin involucrar utilidad para la encargada. (pp. 249-253)

En este escenario, es necesaria la participación de un profesional del derecho que pueda evaluar desde la óptica legal, respecto al cumplimiento de los requisitos formales y legales para la ejecución de una obra bajo la modalidad de administración directa. De lo contrario, se pondría en riesgo el cumplimiento de la persecución de la finalidad pública de la contratación y la atención oportuna de las necesidades de la ciudadanía, además de

las responsabilidades administrativas, civiles o penales de los servidores y funcionarios que intervengan en esta contratación.

La Contraloría General de la República (CGR) ha identificado casos en que algunas entidades públicas —a pesar de cumplir con las condiciones y requisitos técnico y legales para ejecutar una obra pública por administración directa, es decir, contar con el personal técnico-administrativo, equipos necesarios, entre otros— ejecutaron obras bajo esta modalidad. A continuación, señalo algunos casos<sup>2</sup>:

- i) Informe de Orientación de Oficio 015-2022-OCI/0376-SOO: «La municipalidad distrital de La Coipa no cuenta con los equipos necesarios para la ejecución de la obra denominada «Construcción de vías vecinales en el (la) trocha carrozable del CP Pacaypite hasta la localidad Alto Papayal, distrito de la Coipa, provincia de San Ignacio, departamento de Cajamarca, con CIU 2531858» por administración directa».
- ii) Informe de Visita de Control 006-2021-OCI/3475-SVC: «Gerente operacional de Empresa Municipal de Saneamiento Básico de Puno (Emsa Puno) designa a ingeniero economista como residente de obra, en la construcción de infraestructura de almacenamiento taller manto, a su vez se nombra como inspector de obra, da conformidad actúa como juez y parte ocasiona usurpación de funciones y ejercicio ilegal de la profesión en Emsa Puno S. A.».
- iii) Informe de Orientación de Oficio 005-2021-OCI/1318-SOO: «Falta de directiva interna para ejecución y liquidación de trabajos de mantenimiento periódico y rutinario de las vías vecinales que se vienen ejecutando por administración directa, afectaría la transparencia de la ejecución y trazabilidad de los mismos».
- iv) Informe de Auditoría 007-2017-2-0323: «En la ejecución del saldo de obra «Recuperación de la plaza de la bandera en el Distrito de Pueblo Libre, Cercado de Lima y Breña, Provincia de Lima, Lima», bajo la modalidad de administración directa, Fondo Metropolitano de Inversiones (Invermet), efectuó contrataciones irregulares que derivaron en la autorización de pagos en exceso por S/ 86 983.91 y por servicios no ejecutados y ejecutados parcialmente por S/ 14,177.88».

---

2 Portal web de la Contraloría General de la República. [www.gob.pe/9257-acceder-a-los-informes-de-servicios-de-control-realizados-por-la-contraloria](http://www.gob.pe/9257-acceder-a-los-informes-de-servicios-de-control-realizados-por-la-contraloria).

## 1.2. Obras por contrata a través de contrato o convenio:

- Ley de Contrataciones del Estado (LCE)

Como señalé, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece:

«Artículo 76.- *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública*, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. *La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades*» [las cursivas son mías].

Al respecto, a través de la Sentencia 00020-2003-AI/TC, fundamento 11; Sentencia 00017-2011-AI/TC, Fundamento 19, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el precepto constitucional enmarcado en el artículo 76 de la Constitución: «La contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones». Asimismo, en la Sentencia 201/2022, Expediente 00002-2021-PI/TC, fundamento 36, se lee:

«la función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes y servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores».

En mérito a la interpretación del artículo 76 de la Constitución, realizada por el Tribunal Constitucional (TC), la Dirección Técnico Normativa (DTN) del OSCE emitió la Opinión 131-2020/DTN: «La ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado».

En este sentido, el marco constitucional establecido en el artículo 76 de la Constitución se refiere a la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF, que, con las disposiciones que el Organismo Supervisor de las Contrataciones

del Estado (OSCE), en su calidad de organismo técnico especializado en la materia, conforman la normativa de contrataciones del Estado, al cual también se le denomina el «régimen general» de contratación pública en el Perú.

### • Asociaciones público-privadas (APP)

Los proyectos ejecutados bajo la modalidad de asociación público-privada se rigen por el Decreto Legislativo 1362 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 240-2018-EF. Esta modalidad puede surgir a través de una iniciativa de las entidades públicas, como ministerios, gobiernos regionales, locales u otras entidades. También por iniciativas del sector privado presentadas por las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, los consorcios de estas últimas o los consorcios de personas naturales con personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras, presentan iniciativas para el desarrollo de proyectos bajo la modalidad de APP.

Estas iniciativas son presentadas sobre proyectos de salud, energía, educación, turismo, saneamiento, comercio exterior, entre otros<sup>3</sup>. Para ello, la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) tiene a su cargo los proyectos de relevancia nacional que le sean asignados o los que reciba por encargo de los tres niveles de Gobierno para diseñar, conducir, concluir y participar en la etapa de ejecución contractual.

Según el artículo 30 del Decreto Legislativo 1362, independientemente de su clasificación y origen, los proyectos ejecutados bajo la modalidad de APP se desarrollan en las siguientes fases: i) planeamiento y programación, ii) formulación, iii) estructuración, iv) transacción y v) ejecución contractual.

### • Obras por impuestos (OxI)

A través de este mecanismo, las empresas privadas adelantan el pago de su impuesto a la renta para financiar y ejecutar los proyectos de inversión pública a favor de las entidades del gobierno nacional, gobierno regional, gobierno local y universidades públicas. El marco legal impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado. Este mecanismo se encuentra regulado a través del Decreto Supremo 081-2022-EF, que aprueba el texto único ordenado (TUO) de la Ley 29230 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 210-2022-EF.

3 Según Proinversión, a través del siguiente enlace se muestra el portafolio de proyectos de APP: [www.investinperu.pe/es/app/cartera-de-proyectos-de-proinversion](http://www.investinperu.pe/es/app/cartera-de-proyectos-de-proinversion)

El mecanismo de obras por impuestos se sujeta las siguientes fases: 1) fase de priorización, que elige proyectos de inversión que se realizan mediante el mecanismo de obras por impuestos; 2) fase de actos previos, que tiene como objetivo realizar todo acto que permita desarrollar la selección en la siguiente fase; 3) fase de proceso de selección, que elige la empresa privada y la entidad privada supervisora. Finalizada la inversión, la entidad solicita al tesoro público el certificado de inversión pública regional y local (CIPRL) o el certificado de inversión pública gobierno nacional-tesoro público (CIPGN) por el monto invertido, según corresponda. Estos certificados tendrán carácter de no negociable y una vigencia de diez años contados a partir de su emisión.

#### • **Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC)**

El 25 de abril de 2017, a raíz del fenómeno de El Niño que devastó 13 regiones costeras del país, el Estado peruano emitió la Ley 30556, que creó la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios (ARCC), para impulsar el plan integral que permita la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura pública que resultó afectada por el fenómeno climático. Así, se dictaron ciertas normas para regular los mecanismos y procedimientos de contratación a través de las entidades encargadas de ejecutar las obras de reconstrucción como son los ministerios de Vivienda, Transportes, Agricultura, Educación y Salud, así como los gobiernos regionales y locales.

Según el artículo 9 del Decreto Supremo 003-2019-PCM, que aprueba el reglamento de la Ley 30556, las intervenciones que se realizan en la ARCC pueden ser ejecutadas a través del procedimiento de contratación pública especial para la reconstrucción con cambios o a través de las siguientes modalidades: 1) núcleo ejecutor para reconstrucción (NER), 2) convenio o contrato de Estado a Estado, 3) convenios de administración de recursos, 4) administración directa y 5) obras por impuestos.

A continuación, se detalla brevemente en qué consiste cada herramienta de gestión y modalidad de ejecución:

#### **Núcleo ejecutor para reconstrucción (NER)**

Para los fines de las intervenciones de reconstrucción y las soluciones de vivienda, las entidades ejecutoras del Gobierno Nacional podrán implementar acciones de reconstrucción. Para ello, los NER representan

una población organizada a la que se le asignan recursos económicos para la implementación de las intervenciones de reconstrucción y soluciones de vivienda. Los NER están formados por personas de las zonas urbanas o rurales del ámbito de las componentes a implementar.

### **Convenio o contrato de Estado a Estado**

Corresponde a un convenio o contrato suscrito entre el Estado peruano y otro Estado, que realiza la prestación de bienes, servicios y la ejecución de obras, incluidas, de ser el caso, la implementación y la puesta en funcionamiento, para la ejecución de intervenciones complejas o de conglomerados. La contratación de Estado a Estado se regula bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional. Este tipo de contratos o convenios debe incluir cláusulas que consideren: 1) plan de transferencia de conocimientos relacionados con el objeto del acuerdo, 2) plan para el legado del país y 3) compromiso de implementar una oficina de gestión de proyectos (PMO) cuando el objeto incluya la gestión de proyectos.

### **Convenios de administración de recursos**

El numeral 7.1 del artículo 7 del Decreto Supremo 094-2018-PCM, que aprueba el TUO de la Ley 30556, establece que las entidades ejecutoras se encuentran legalmente habilitadas para suscribir convenios de administración de recursos o similares con organizaciones internacionales, según lo dispuesto en la Ley 30356, Ley que Fortalece la Transparencia y el Control en los Convenios de Administración de Recursos con Organizaciones Internacionales, para proveerse de bienes, servicios u obras, con cargo a fondos públicos.

### **Obras por impuestos**

Las intervenciones de construcción y reconstrucción previstas en el plan por ser ejecutadas con el mecanismo de obras por impuestos se encuentran priorizadas a partir de la publicación de la lista a la que se refiere la primera disposición complementaria modificatoria de la ley, en el portal institucional de Proinversión.

Como se observa, con independencia que la obra pública sea ejecutada por administración directa o contrata, se emplean fondos públicos para su ejecución, los que deben ser cautelados y utilizados de manera idónea y eficiente. Por ello, la labor del abogado es importante, no solo en la

evaluación legal sobre el cumplimiento de las condiciones técnico-legales para el empleo de los mecanismos de contratación señalados, sino también en la mitigación de riesgos y posibles controversias que podrían entorpecer o comprometer el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación.

**Tabla 1.** Obras por administración directa y por contrata

Modalidad de ejecución de obra	Marco legal	Descripción
Administración directa	Resolución CGR 195-88-CG	<p>Contar con asignación presupuestal.</p> <p>La entidad debe emplear sus propios recursos humanos (personal técnico y administrativo), además de equipos, maquinaria e infraestructura.</p> <p>Contar con el expediente técnico, aprobado.</p> <p>Demostrar que el costo total de la obra por ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad.</p> <p>Tener una unidad orgánica responsable de cautelar la supervisión de las obras programadas.</p>
Por contrata o convenio	Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF	Corresponde al régimen general de contratación pública reconocido por el artículo 76 de la Constitución, desarrollada por el Tribunal Constitucional.
	Decreto Legislativo 1362 y su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 240-2018-EF, por asociación público-privada	A través de una iniciativa de las entidades públicas o por iniciativas del sector privado presentadas por las personas jurídicas del sector privado, nacionales o extranjeras.
	Decreto Supremo 081-2022-EF, que aprueba el TUO de la Ley 29230 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 210-2022-EF, obras por impuestos	Adelanto del pago de su impuesto a la renta para financiar y ejecutar los proyectos de inversión pública a favor de las entidades del gobierno nacional, gobierno regional, gobierno local y universidades públicas.
	Ley 30556 Decreto Supremo 003-2019-PCM, que aprueba el reglamento de la Ley 30556, por Autoridad para la Reconstrucción con camios (AUCC)	A través de este mecanismo, se busca impulsar el plan integral que permita la rehabilitación, reposición, reconstrucción y construcción de la infraestructura pública que resultó afectada por el fenómeno climático.

## II. EL ROL DEL ABOGADO DURANTE LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La adquisición de bienes, contratación de servicios o ejecución de obras realizadas en la normativa de contrataciones del Estado se desarrollan en tres fases: 1) fase de actuaciones preparatorias, 2) fase selectiva y 3) fase de ejecución contractual (Figura 1).

**Figura 1.** Fases del procedimiento de contratación



La fase de actuaciones preparatorias comprende identificación de las necesidades para la adquisición de bienes, contratación de servicios o ejecución de obras, formulación del requerimiento, determinación del costo de la contratación, entre otras, que corresponden a procedimientos internos realizados según la normativa de contrataciones del Estado, otras disposiciones que regulan diferentes sistemas administrativos y la estructura jurídica que prescribe el objeto a contratar. Esta fase culmina hasta antes de la convocatoria del procedimiento de selección correspondiente.

Con la convocatoria del procedimiento de contratación, se inicia la fase de selección, que, por regla general<sup>4</sup>, parten de la convocatoria, el registro de participantes, la formulación de consultas y observaciones, la absolución de consultas y observaciones e integración de bases, la presentación de ofertas, la evaluación y la calificación de ofertas, el otorgamiento de la buena pro y acaba antes del perfeccionamiento del contrato.

Tras perfeccionarse el contrato, a través de la suscripción del documento o la emisión de orden de compra —en caso de bienes— o emisión de la orden de servicio —en caso de servicios<sup>5</sup>—, se inicia la fase de ejecución

4 El artículo 54 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece: «La convocatoria de los procedimientos de selección, con excepción de la comparación de precios, se realiza a través de la publicación en el Sistema Electrónico de contrataciones del Estado (Seace) », toda vez que, para el empleo de este método de contratación, el órgano encargado de las contrataciones solicitará y obtendrá, de forma física o electrónica, un mínimo de tres cotizaciones que cumplan con lo previsto en la solicitud de cotización y otorgará la buena pro mediante su publicación en el Seace.

5 El numeral 137.1 del artículo 137 del reglamento de la Ley 30225 establece: «El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de subasta inversa electrónica y adjudicación simplificada para bienes y

contractual, la cual culminará con el cumplimiento de las obligaciones contractuales que las partes se hayan comprometido a ejecutar y se materializará a través de la conformidad de la prestación y pago, para el caso de bienes y servicios, y el consentimiento de la liquidación final y pago, para el caso de ejecución de obras y consultoría de obra. Durante esta etapa, pueden suscitarse controversias, las que deberán ser gestionadas según los mecanismos previstos en la normativa de contratación pública.

## 2.1. Durante la fase de actos preparatorios (Tabla 2)

A través de diversos actos administrativos y de gestión interna, la entidad prepara la documentación para la futura convocatoria de la obra pública. Algunas de las actividades preparatorias al procedimiento de selección corresponden a las siguientes:

**Tabla 2.** Actuaciones preparatorias

<b>Actos preparatorios</b>	Declarar viable el proyecto en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.pe)
	Sanear de forma física y legal el terreno para su disponibilidad
	Aprobar el expediente técnico de obra
	Contar con la certificación de crédito presupuestario, según las reglas previstas en la normatividad del Sistema Nacional de Presupuesto Público
	Incluir al Cuadro Multianual de Necesidades (CMN)
	Incluir al Plan Anual de Contrataciones (PAC)
	Aprobar el expediente de contratación
	Elaborar el requerimiento
	La designación de comité de selección cuando corresponda, resultando obligatorio cuando se trata de un proceso de selección por licitación pública
	Aprobar las bases

Durante esta fase, la entidad debe realizar un estricto análisis jurídico respecto al cumplimiento de ciertas condiciones y requisitos que la normativa de

---

servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto del valor estimado no supere los doscientos mil con 00/100 soles (S/ 200 000,00)».

contratación pública prevé, como la aprobación del expediente técnico de obra (ETO), que, si bien consiste en un procedimiento de índole más técnico que jurídico, previamente a su aprobación, requiere contar con la opinión legal. Así, se asegurará que el ETO está siendo aprobado en el marco de la legalidad.

Aprobado el ETO, la entidad cuenta con el insumo indispensable para la elaboración del requerimiento, que consiste en el pedido formulado por el área usuaria<sup>6</sup> de la entidad. Así, para el caso del objeto de contratación de ejecución de la obra, el requerimiento comprende el ETO y los requisitos de calificación según lo previsto en el artículo 29 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las bases estandarizadas aprobadas por el OSCE<sup>7</sup> mediante la Directiva 001-2019-OSCE/CD, Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley 30225.

En este contexto, el requerimiento debe ser elaborado de manera técnica y legal, siguiendo las disposiciones legales de la normativa de contrataciones y las bases estándar aprobadas por el OSCE, las cuales deben corresponder a su última versión, toda vez que, en caso la entidad convocará el procedimiento de selección sin ceñirse a las disposiciones regladas en la normativa de contratación pública o las bases estándar vigentes al momento de su convocatoria, traería la inminente declaratoria de nulidad del procedimiento de selección.

Cito un caso. El Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), a través de la Resolución 00311-2022-TCE-S1, advirtió que una entidad habría previsto requisitos que no se encuentran acorde a lo establecido por el OSCE a través de las bases estándar del procedimiento de selección. Por ello, el TCE dispuso la nulidad del procedimiento de selección, fundamentado en lo siguiente:

*esta Sala ratifica su posición en el sentido que lo establecido en las bases integradas ha vulnerado lo dispuesto en las bases estándar aprobadas por el OSCE*

6 Según el numeral 8.1 del artículo 8 del TUO de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, el área usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.

7 Disponible en [www.gob.pe/es/o/1104](http://www.gob.pe/es/o/1104)

aplicables al caso concreto, en cuanto a la exigencia del requisito de maestría para el personal clave; situación que evidencia una vulneración de lo dispuesto en el numeral 47.3 del artículo 47 del reglamento, así como de los principios de libertad de concurrencia, transparencia, competencia y eficacia y eficiencia, regulados en los literales a), c), e) y f) del artículo 2 de la Ley Resolución 00311-2022-TCE-S1.

Por las consideraciones expuestas, en atención a la facultad otorgada a este tribunal en el artículo 44 de la ley, y en concordancia con lo dispuesto en el literal e) del numeral 128.1 del artículo 128 del reglamento, corresponde *declarar la nulidad de oficio del procedimiento de selección* y retrotraerlo hasta su convocatoria, previa reformulación de las bases. [Las cursivas son mías].

Por otro lado, hay que recordar que, según el numeral 78.1 del artículo 78 del TUO de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019), procede la delegación de competencia de un órgano a otro en una misma entidad, recayendo en el delegante la obligación de vigilar la gestión del delegado.

Así, durante la etapa de actuaciones preparatorias, los servidores o funcionarios que autoricen o aprueben los documentos durante el procedimiento de contratación, como la aprobación del expediente técnico de obra; la aprobación del expediente de contratación; la autorización una contratación directa de bienes, servicios u obras; la designación de comité de selección; la aprobación de las bases, entre otros, deben tener las facultades suficientes para emitir estos actos. De lo contrario, se configuraría una de las causales de nulidad, establecidas en el numeral 44.2 del artículo 44 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece:

#### Artículo 44. Declaratoria de nulidad

44.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado, *en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente*, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

44.2. *El titular de la entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección*, por las mismas causales previstas en el párrafo

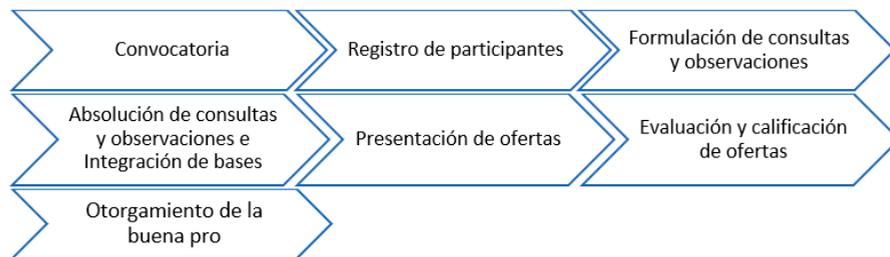
anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas-Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco. [Las cursivas son mías].

En este sentido, la participación del abogado resulta importante para que, de manera previa a la emisión de la documentación, se emita opinión legal sobre su procedencia y verificar que su contenido se encuentre en la legalidad, para evitar causales de nulidad.

## 2.2. Durante la fase de selección (Figura 2)

Durante esta fase, se seleccionará al proveedor con quien la entidad contratará y que, a diferencia de la primera fase correspondiente a las actuaciones preparatorias, se exteriorizarán las actuaciones que realiza la entidad a través de la convocatoria y actos sucesivos hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

**Figura 2.** Etapas de un procedimiento de selección de licitación pública



Ahora bien, según el numeral 41.1 del artículo 41 del TUO de la Ley de Contrataciones, las discrepancias que surjan entre la entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, y las que surjan en los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de acuerdo marco a excepción de las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento, solo pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. Así, a través de este recurso, se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato.

Por otra parte, si bien el artículo 122 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado no establece como requisito de admisibilidad del recurso de apelación que el escrito de apelación consigne la firma de abogado y para la audiencia el impugnante cuente con la asistencia legal de un abogado, en la práctica se aprecia que los participantes y postores que impugnan cualquier actuación durante la fases de selección recurren a un abogado para que les brinde la asesoría legal, permita la presentación de escritos y los represente legalmente durante la audiencia, ya sea ante la entidad contratante o el Tribunal de Contrataciones del Estado, según corresponda.

En este contexto, es común que las entidades públicas implementen en su organización oficinas o unidades especializadas en contrataciones del Estado, donde el rol del abogado cobra particular relevancia en la resolución de recursos de apelación presentados en el marco de un procedimiento de selección, toda vez que, según el artículo 117.1 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la entidad convocante resulta competente para conocer y resolver sobre los recursos de apelación presentados cuando el valor estimado o valor referencial sea igual o menor a 50 unidades impositivas tributarias (UIT), solo exceptuando su presentación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado en estos tres supuestos: 1) cuando el proceso de selección es superior a este monto, 2) cuando se trate de procedimientos para implementar o extender catálogos electrónicos de acuerdo marco y 3) cuando el recurso de apelación se interponga contra la declaración de nulidad de oficio o la cancelación del procedimiento.

### **2.3. Durante la fase de ejecución contractual**

Es durante esta fase del procedimiento de contratación en que quizá el rol del abogado cobra mayor protagonismo, toda vez que las actuaciones que se realizan son propias a la materialización de las obligaciones contractuales pactadas entre la entidad y el contratista en el contrato de obra pública y sobre las cuales pueden surgir más de una controversia, ya sea por su interpretación, incumplimiento, validez, ineficacia, entre otros supuestos. La normativa de contratación pública ha previsto como mecanismos de solución de controversias a la conciliación, al arbitraje y a la Junta de Resolución de Disputas (JRD), según el artículo 45 del TUO de la Ley 30225:

Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual  
45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato

se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje *ad hoc*. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

[...].

45.3. Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La Tabla 3 detalla las diferencias y similitudes más resaltantes entre los tres mecanismos previstos en la normativa de contrataciones del Estado:

**Tabla 3.** Diferencia entre los mecanismos de solución de controversias bajo la LCE

Ítem	Conciliación	Arbitraje	Junta de Resolución de Disputas (JRD)
<b>Objeto contractual</b>	Bienes, servicios y obras.	Bienes, servicios y obras.	Se puede pactar solo para ejecución de obras.
<b>Obligatoriedad</b>	Se debe incluir obligatoriamente en la cláusula de solución de controversias del contrato. No existe una forma escalonada para recurrir a conciliación o arbitraje, salvo pacto en contrario.		Su inclusión es obligatoria para contratos de obra mayores a veinte millones de soles. Debajo de ese monto es facultativa y por acuerdo de partes (artículo 243 del RLCE).
<b>Oportunidad</b>	Una vez que ha surgido la controversia, cualquiera de las partes puede iniciar dentro del plazo de caducidad el proceso de conciliación o arbitraje.		La participación del adjudicador es desde el inicio de obra (JRD obligatoria) o desde que se incluyó en el contrato (JRD facultativa) hasta la recepción total de la obra. Asimismo, participará de las reuniones y visitas periódicas en el lugar de la ejecución de la obra.
<b>Sistema</b>	Autocompositivo.	Heterocompositivo.	Heterocompositivo

<b>Naturaleza</b>	Siempre «institucional» ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Minjus).	La regla general es el arbitraje institucional. Sin embargo, puede ser ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones de soles (numeral 225.3 del artículo 225 del RLCE).	Siempre «institucional» ante un centro que administre JRD a nivel nacional, que cumpla con los requisitos señalados en el numeral 7.1 de la Directiva 012-2019-OSCE/CD-Junta de Resolución de Disputas. El OSCE publicó un listado de centros que cumplirían esta condición:  <a href="http://www.gob.pe/institucion/osce/campañas/2073-listado-de-centros-que-organizan-y-administran-la-jrd">www.gob.pe/institucion/osce/campañas/2073-listado-de-centros-que-organizan-y-administran-la-jrd</a>
<b>Enfoque</b>	Son las partes las que resuelven su controversia. Sin embargo, el conciliador puede brindar fórmulas conciliatorias.	El árbitro resuelve la controversia surgida	El enfoque es integral, pues se busca prevenir y solucionar controversias ya surgidas.
<b>Partes intervinientes</b>	Centro de conciliación, conciliador, contratista y entidad.	Centro (institucional), árbitro, contratista y entidad.	Adjudicador, contratista, entidad.  Para las visitas y reuniones, interviene el contratista, la entidad, el centro que administra la JRD, el supervisor de obra y el residente de obra.
<b>Cantidad de miembros</b>	Interviene un conciliador y secretario del centro.	Árbitro único o tribunal arbitral compuesto por tres miembros resuelven de manera definitiva la controversia.	Adjudicador único o tribunal compuesto por tres adjudicadores, cuyas decisiones son de cumplimiento obligatorio para las partes.
<b>Formación académica de los miembros</b>	Puede ser de cualquier profesión. No especifica la normativa.	Para ser árbitro único o presidente del tribunal, se requiere que el profesional sea abogado.	Cuando la JRD esté integrada por un solo miembro, este debe ser un ingeniero o arquitecto. En caso esté integrada por tres miembros, el presidente debe ser ingeniero o arquitecto. Los demás miembros deben ser expertos en la ejecución de obras.

<p><b>Especialización</b></p>	<p>Debe corresponder a un conciliador certificado por el Minjus. En el caso de contrataciones del Estado, no se especifica profesión o calificaciones que debe cumplir el conciliador.</p>	<p>En caso de árbitro único o presidente del tribunal arbitral, debe contar con capacitaciones en arbitraje y derecho administrativo realizadas por universidades, cada una no menor de 120 horas académicas. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, aunque deben tener conocimiento en contrataciones con el Estado.</p>	<p>Expertos en la ejecución de obras y contrataciones con el Estado.</p>
<p><b>Registro ante el OSCE, Minjus u otra institución</b></p>	<p>Conciliador certificado por el Minjus.</p>	<p>Para desempeñarse como árbitro en los arbitrajes <i>ad hoc</i>, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE (RNA-OSCE). Para desempeñarse como árbitro designado por el Estado en una institución arbitral o <i>ad hoc</i>, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el que haga sus veces. Para la designación residual del presidente del tribunal arbitral en una institución arbitral o <i>ad hoc</i>, el árbitro a designarse debe estar inscrito en el referido Registro Nacional de Árbitros.</p>	<p>Pertenecer al registro de adjudicadores nacionales y/o internacionales del centro encargado de administrar la JRD.</p>

<p><b>Instrumento de la decisión</b></p>	<p>El procedimiento conciliatorio puede concluir con el acuerdo total, parcial o sin acuerdo de las partes. Asimismo, puede ocurrir la inasistencia de las partes a las audiencias. Las entidades registran las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el Seace, dentro del plazo de diez días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad (numeral 224.4 del artículo 224 del RLCE).</p>	<p>El árbitro emite su decisión a través del laudo. El OSCE administra y opera el Banco de Laudos Arbitrales que contiene información relevante del laudo que los árbitros hayan registrado en el Seace. Se recomienda consultar este registro en el siguiente enlace: <a href="http://www.gob.pe/es/p/7735">www.gob.pe/es/p/7735</a></p>	<p>El adjudicador emite decisiones vinculantes respecto a controversias planteadas por las partes. Asimismo, absuelve consultas planteadas por las partes respecto de algún aspecto contractual y/o técnico, las cuales previamente son consultadas al supervisor de la obra y al proyectista, según corresponda (artículo 246 del RLCE). A la fecha no existe un registro público de las decisiones de las JRD.</p>
<p><b>Mecanismos para Impugnar la decisión</b></p>	<p>La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un mecanismo de impugnación de los acuerdos conciliatorios.</p>	<p>El laudo arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes a través del Seace para efecto de su eficacia. Contra este laudo, solo cabe interponer recurso de anulación según el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje o Norma que lo Sustituya (numeral 45.21 del artículo 45 de la LCE).</p>	<p>Cualquiera de las partes que se encuentre en desacuerdo total o parcial con una decisión emitida por la JRD, en un plazo de siete días de notificada, envía a la otra parte y a la JRD una comunicación escrita en que manifiesta las razones de su desacuerdo y su reserva a someter la controversia a arbitraje (numeral 250.5 del artículo 205 del RLCE).</p>

Para la gestión de los mecanismos de solución de controversias previstos por la normativa de contrataciones del Estado, la participación del abogado será siempre requerida y necesaria, ya sea desempeñándose como representante legal, asesor, abogado, árbitro, miembro del tribunal arbitral o la JRD, tanto para el ámbito público o privado.

Sin embargo, su labor no se limita a los mecanismos de solución de controversias, sino también brinda opinión y asesoría legal al sector público y privado, cuando se presentan modificaciones contractuales, como prestaciones adicionales, deductivos de obra, ampliaciones de plazo contractual, nulidad del contrato, intervención económica de la obra, procedimientos administrativos disciplinarios, entre otros supuestos que no solo requerirán de un análisis técnico, sino también jurídico sobre el cumplimiento de las condiciones legales establecidas en la normativa de contratación pública y normas conexas a la naturaleza de la obra.

## CONCLUSIÓN

Independientemente que la obra pública sea ejecutada por administración directa o por contrata, la labor del abogado no solo resulta importante para la evaluación legal de la documentación, sino también para la mitigación de los posibles riesgos y controversias que podrían obstaculizar y comprometer el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación. Por ello, corresponde a cada uno de nosotros seguir con la misma pasión e ímpetu en el camino del aprendizaje y actualización constante que nos permita asumir nuevos retos y diversificar el campo de acción del derecho, para brindar a la sociedad un servicio profesional con idoneidad y probidad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Congreso del Perú (1993). Constitución política del Perú.
- Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019. Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial *El Peruano* (2019). [www.gob.pe/es/i/2039342](http://www.gob.pe/es/i/2039342)
- Del Estado, C. (2014). Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Diario Oficial *El Peruano*. [www.gob.pe/es/o/135](http://www.gob.pe/es/o/135)
- Del Estado, C. (2018). Reglamento de la Ley 30225. Diario Oficial *El Peruano*. [www.gob.pe/es/o/135](http://www.gob.pe/es/o/135)
- Morón Urbina, J. C. (2016). «Las obras por administración directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?». *Ius et Veritas*, 24(53), 246-260. <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.014>
- Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) (2014). Opinión 131-2020/DTN. Plan Copesco Nacional del Ministerio del Exterior y Turismo. Lima, 2 de enero. [www.gob.pe/es/i/1466925](http://www.gob.pe/es/i/1466925)
- Resolución de Contraloría 195-88-CG. *Ejecución de las obras públicas por administración directa*, 18.
- Tribunal Constitucional del Perú, T. C. (2003). Sentencia del Tribunal Constitucional.
- (2011). Sentencia del Tribunal Constitucional.
- (2021). Sentencia del Tribunal Constitucional.