

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**Título de la tesis:**

**A 2 AÑOS DE LA DECLARACIÓN DE LA PANDEMIA OCACIONADA POR LA COVID-19: LOS PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA BAJO LA CAUSAL DE ACONTECIMIENTO CATASTRÓFICO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO (PERÍODO ABRIL 2020 – DICIEMBRE 2021)**

Tesis para obtener el título profesional de **ABOGADO**

**Autor:**

ARRUE PAJARES ISRAEL DAVID

**Asesor:**

MOSCOL SALINAS ALEJANDRO MARTIN

**Lima, 2023**



# PUCP

Sistema  
de Bibliotecas

## INFORME DE SIMILITUD

Yo, **ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

A 2 AÑOS DE LA DECLARACIÓN DE LA PANDEMIA OCACIONADA POR LA COVID-19: LOS PROBLEMAS DE LA CONTRATACIÓN DIRECTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA BAJO LA CAUSAL DE ACONTECIMIENTO CATASTRÓFICO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE EVITACIÓN DEL DAÑO (PERÍODO ABRIL 2020 – DICIEMBRE 2021)

del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

### ISRAEL DAVID ARRUE PAJARES

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 24%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 08 de agosto de 2023
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 31 de agosto de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <b>MOSCOL SALINAS, ALEJANDRO MARTIN</b>	
DNI: 09855438	Firma 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-1125-3065">https://orcid.org/0000-0003-1125-3065</a>	
Firmado digitalmente por: MOSCOL SALINAS ALEJANDRO MARTIN Motivo: Soy el autor del documento Fecha: 13/09/2023 23:22:04-0500	



*A mi padre, mi madre y mi hermano, por su paciencia, y a cualquier persona que a través de una lectura de la presente tesis pueda encontrar una manera de elaborar una mejor.*

## **RESUMEN**

La presente es una investigación aplicada, orientada hacia la Sociología, que busca describir y explicar la irregularidad en la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico, en el contexto pandémico de la COVID-19 (período abril 2020 – diciembre 2021); así como aportar criterios para su sustentación, por parte de las entidades, en sus informes técnico y/o legal.

Para ello, mediante la aplicación de una metodología dogmática (interárea y exegética) y mixta de investigación, pone a prueba la hipótesis de que, es a partir de finales de 2020, cuando se presentó una sobreutilización de este procedimiento, debido a la falta de extraordinariedad del acontecimiento.

Sobre el particular, se observa que si bien es la extraordinariedad una característica que ha dejado de poder ser atribuible al COVID-19; no es suficiente a la hora de determinar exactamente desde cuándo, ni si se debería hacer prevalecer esta causal frente a la de emergencia sanitaria.

Por ello se considera necesaria su interpretación conforme al criterio de la certeza, inferido a partir de los principios de evitación del daño. Así, luego de estudiar algunas de las variables asociadas con este parámetro se llega a la conclusión de que —como regla general— es a partir del 29.12.20 cuando se determina la irregularidad de la precitada utilización.

Sin perjuicio de ello es necesario tomar en cuenta algunos aspectos adicionales como: las características de las nuevas variantes, las olas epidémicas de contagio, la disponibilidad de los objetos contractuales o el marco legal.

## **ABREVIATURAS:**

APP: Asociación Público Privada.

C.C.: Código Civil.

CEPLAN: Centro Nacional de Planeamiento Estratégico.

CGR: Contraloría General de la República.

COVID-19: SARS-CoV-2.

DTN: Dirección Técnico Normativa del OSCE

EsSalud: Seguro Social de Salud.

LBSC: Listado de Bienes y Servicios Comunes.

LCE: Ley de Contrataciones del Estado.

LGS: Ley General de Salud.

LOPE: Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

LPAG: Ley del Procedimiento Administrativo General.

MEF: Ministerio de Economía y Finanzas.

MERS: Síndrome Respiratorio de Oriente Medio.

MIDIS: Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

MINCETUR: Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

MINEDU: Ministerio de Educación.

MINSA: Ministerio de Salud.

OEC: Órgano Encargado de las Contrataciones.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

OSCE: Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

PAC: Plan Anual de Contrataciones.

PERUCOMPRAS: Central de Compras Públicas PERUCOMPRAS.

PIA: Presupuesto Institucional de Apertura.

PNP: Policía Nacional del Perú.

POI: Plan Operativo Institucional.

RAE: Real Academia de la Lengua Española.

RENIEC: Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

RNP: Registro Nacional de Proveedores.

ROF: Reglamento de Organización y Funciones.

SARS: Síndrome Respiratorio Agudo Grave.

SBN: Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.

SEACE: Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.

SEDAPAL: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima.

SINAGERD: Sistema Nacional de Riesgos de Desastres.

SINAGRID: Sistema Nacional de la Gestión del Riesgo de Desastres.

SINAPLAN: Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico.

SNA: Sistema Nacional de Abastecimiento.

TUO de la LCE: Texto Único Ordenado de la Ley de Constataciones del Estado.

TUO de la LPAG: Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

UIT: Unidad Impositiva Tributaria.

**PALABRAS CLAVE:**

Contratación directa, situación de emergencia, acontecimiento catastrófico, extraordinariedad, principios de evitación del daño.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	8
Antecedentes y justificación de la investigación	8
Situación problemática y formulación del problema	10
Objetivos de la investigación e hipótesis	15
CAPÍTULO 2: REVISIÓN DE LA LITERATURA ESPECIALIZADA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN	15
CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	17
Metodología dogmática	18
Metodología mixta	19
CAPÍTULO 4: DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO	20
La contratación pública como fenómeno complejo	20
La contratación pública desde el derecho administrativo	21
El universo contractual y los contratos de aprovisionamiento	23
Las etapas del proceso de contratación pública en los contratos de aprovisionamiento	24
Los métodos de contratación pública en los contratos de aprovisionamiento	26
La contratación directa	30
La contratación directa por situación de emergencia	33
CAPÍTULO 5: APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN, PRESENTACIÓN DE HALLAZGOS Y ANÁLISIS	35
Aplicación de la metodología dogmática	36
Sobre la primera dificultad: la calificación de la COVID-19 al momento de la emisión del Comunicado N.º 11-2020	37
Sobre la segunda dificultad: la calificación de la COVID-19 con posterioridad a la emisión del Comunicado N.º 11-2020	39
Un análisis de la extraordinariedad	40
Discusión de hallazgos de la metodología dogmática	41
Introducción a los principios generales de evitación del daño	44
Sobre la primera dificultad advertida y el principio precautorio	46
Sobre la segunda dificultad advertida y el principio preventivo	49
Aplicación de la metodología mixta	51
Incidencia del Comunicado N.º 011-2020 en la contratación directa	51
Las estimaciones de los objetos contractuales a necesitar	54
Discusión de los hallazgos de la metodología mixta: la planificación	58

## **INTRODUCCIÓN**

Con relación al COVID-19 podemos afirmar que, desde sus inicios, hemos estado continuamente expuestos a una significativa cantidad de información sobre sus más terribles consecuencias: fallecimientos, incertidumbre, cuarentenas, empobrecimiento, conflictos sociales, políticos, éticos y religiosos.

Sin embargo, también es cierto que a raíz de esta situación se propiciaron grandes avances en términos de ciencia (Haseltine William A., 2021; País, 2020), digitalización del trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 2020, p.26) e implementación y desarrollo de herramientas tecnológicas que, en nuestro contexto, llegaron a cambiar — en buena medida— la forma de administrar justicia (Carrasco Gil, 2020).

Quizás por ello, al menos en un principio, fueron escasos los estudios que abogaron por un cambio en el enfoque: de los desafíos y complicaciones que supuso la propagación de la COVID-19 (propio de un análisis prospectivo) hacia uno que evaluara las medidas implementadas para mitigar y controlar sus efectos adversos (correspondiente a un análisis ex post facto).

En este contexto, la presente es —fundamentalmente— una investigación aplicada y dogmática (interárea y exegética) orientada hacia la Sociología que, por medio de la utilización de herramientas cualitativas y cuantitativas de investigación, examina el problema de la irregularidad en la utilización de una de las más eficaces medidas para flexibilizar el proceso de contratación pública: la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico; durante el periodo comprendido entre abril de 2020 a diciembre de 2021.

Así, partiendo de la hipótesis de que, efectivamente a finales de 2020, se presentó una sobreutilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico, en atención a que, en los hechos —debido a la falta de extraordinariedad— la COVID-19 había dejado de poder ser subsumida dentro de los alcances del acontecimiento catastrófico; se observa que, si bien, desde el plano dogmático es posible corroborar la hipótesis; se presentan algunos problemas metodológicos de cara: i) a la comprobación de si debería prevalecer la configuración de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico, frente a la causal de

emergencia sanitaria; y ii) la determinación del momento, en específico, a partir del cual se produjo la referida desnaturalización.

En atención a ello, se considera necesario realizar una interpretación de la extraordinariedad conforme al criterio de la certeza, extraído a partir de la dicotomía existente entre los principios —para nosotros generales— de evitación del daño.

De esta manera, mediante la aplicación de una metodología mixta determinamos que las entidades a partir del 29.12.20 pudieron anticipar en sus instrumentos de gestión y/o planificación las estimaciones de los bienes, obras o servicios que fueran a requerir.

En ese sentido, llegamos a la conclusión de que la referida irregularidad en la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico, se presenta —como regla general— a partir de dicha fecha. Siendo necesario, sin embargo, tomar en cuenta algunos de los matices adicionales que pudieran presentarse en el caso concreto en función a: la disponibilidad de los objetos contractuales, las olas epidemiológicas de contagio, las características de nuevas variantes y/o el marco legal.

Consiguientemente, de cara a futuros rebrotes, enfermedades o pandemias, se recomienda profundizar en la supervisión de la etapa de planificación de la contratación pública, y la utilización de métodos alternativos de contratación como la licitación pública, la comparación de precios, la subasta inversa electrónica, las fichas de homologación o los catálogos electrónicos de acuerdo marco.

## **CAPÍTULO 1: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **Antecedentes y justificación de la investigación**

Históricamente hemos venido siendo testigos de cómo la tradicional manera de relacionarse de la Administración Pública ha dejado de ser la de la típica actuación autoritaria y unilateral para comenzar a abrirse paso hacia una forma de relacionamiento de tipo bilateral, mediante la suscripción de diferentes tipos de pactos, acuerdos o contratos (Huapaya Tapia, 2013; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017). Sea en el Antiguo Régimen, para la satisfacción de las necesidades propias de la Corona o, posteriormente, en los Estados democráticos de Derecho y/o de una economía social de mercado para —entre otros— la defensa y promoción del bien común o del interés general (Meilán Gil, 2011, p. 142).

En cualquiera de las formas en las que estos últimos se manifiesten como, por ejemplo: la generación de empleo, la dinamización del tráfico comercial, el cumplimiento de requerimientos sociales o, en términos generales, la promoción del desarrollo económico y/o la gestión eficiente de los recursos públicos (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 17).

La importancia que significa la contratación pública para los países de la región es, pues, evidente; no por nada representa el 11 % y 30 % del producto bruto interno (PBI) de sus economías, según el Banco de Desarrollo de América Latina (2021). Pero lo que debería ser aún más prioritario es su investigación, especialmente en un escenario pandémico (o similares) como el de la COVID-19.

En primer lugar, debido a que, a diferencia de lo que sucedería con —por ejemplo— la indebida licitación para la construcción de una carretera, la contratación pública juega un papel fundamental para sopesar algunos de los desafíos y complicaciones que suponen enfermedades como esta. En el caso de la COVID-19, solo los hospitales que contaron con suministros médicos adecuados, como equipos de protección personal (EPP), pudieron salvar las vidas de los contagiados sin poner en riesgo la de su propio personal; la falta de recursos y de infraestructura pusieron en peligro la capacidad del sistema sanitario para hacer frente a la pandemia, y la escasez de equipos esenciales como ventiladores y oxígeno medicinal tuvo efectos aún más devastadores y directos en la vida de las personas (Sanchez-Graells, 2020, p. 1).

Y en segundo lugar, porque si bien —por sí sola— ya representaba la contratación pública una de las actividades gubernamentales más propensas a riesgos de despilfarro, mal uso y corrupción<sup>1</sup> (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico & Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, p.43), esta situación no hizo más que acrecentarse con la llegada de este tipo de circunstancias<sup>2</sup>. Considerando que, a consecuencia de los controles escasos que generan la confusión y el desorden imperantes, no es infrecuente la aparición de proveedores o malos funcionarios que convengan fraccionar sus necesidades, o —direccionando la contratación— vender o comprar, respectivamente, bienes y suministros que no sirvan, sobrevalorados, sin la calidad requerida o con fechas vencidas; cuando no simplemente los desaparecen o desvían (Díaz Bravo, 2020; Jiménez Mayor, 2020; Linares Jara, 2008; J. C. Morón Urbina, 2020, 2022).

Así, para el caso específico de la COVID-19 pudimos apreciar, preocupantemente: i) una situación de incertidumbre con respecto a aquello que fuera necesario adquirir o

contratar, ii) un aumento en la cantidad de recursos a ejecutar en un entorno de alta volatilidad de los precios de mercados de bienes y servicios, y iii) una restricción en la capacidad operativa del Estado y la ciudadanía para ejercer el control social (Contraloría General de la República, 2021, p. 30).

Sin perjuicio de ello, en tercer y último lugar, consideramos necesario ahondar en este tipo de investigaciones por los efectos económicos que traen consigo, normalmente, este tipo de situaciones. Tan solo en el caso peruano —a marzo de 2021— el PBI se contrajo en aproximadamente un 11%, lo que resultó en más de 3 millones de peruanos sumidos en la pobreza (Contraloría General de la República, 2021, p.7-19). Esta realidad reduce aún más el margen de maniobra con el que cuentan los funcionarios y servidores públicos para el cumplimiento de sus funciones. Y es que cada necesidad insatisfecha por el Estado, se traducirá en una carga aún más difícil de soportar para un creciente grupo de personas.

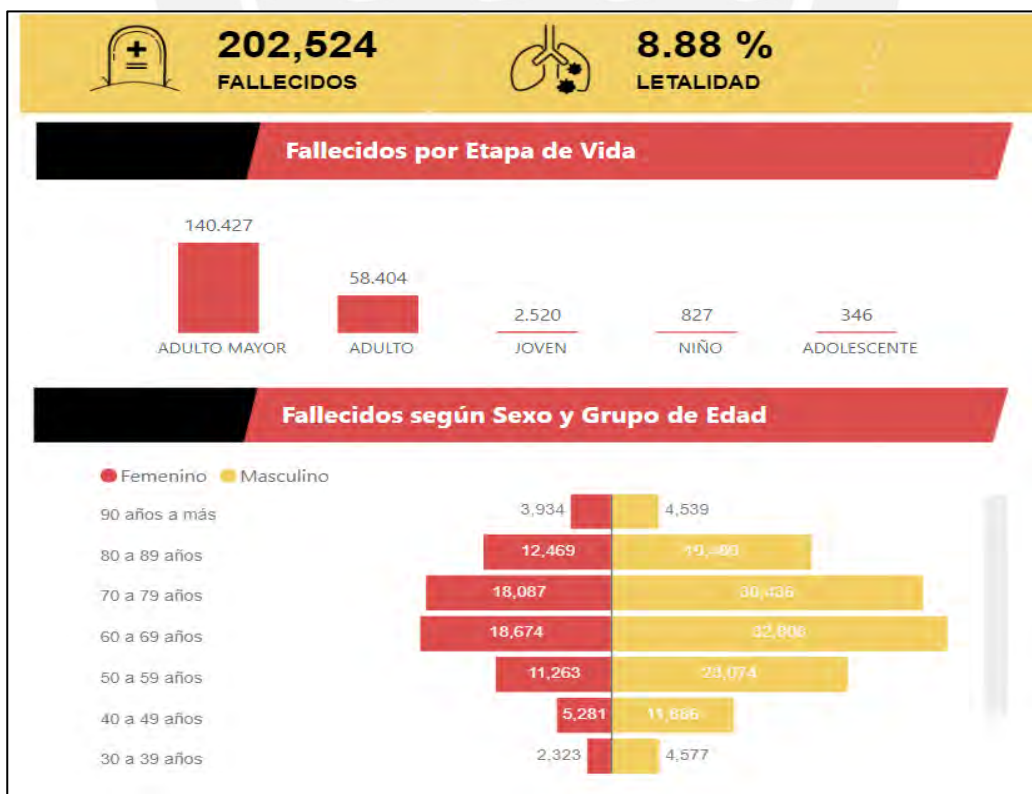
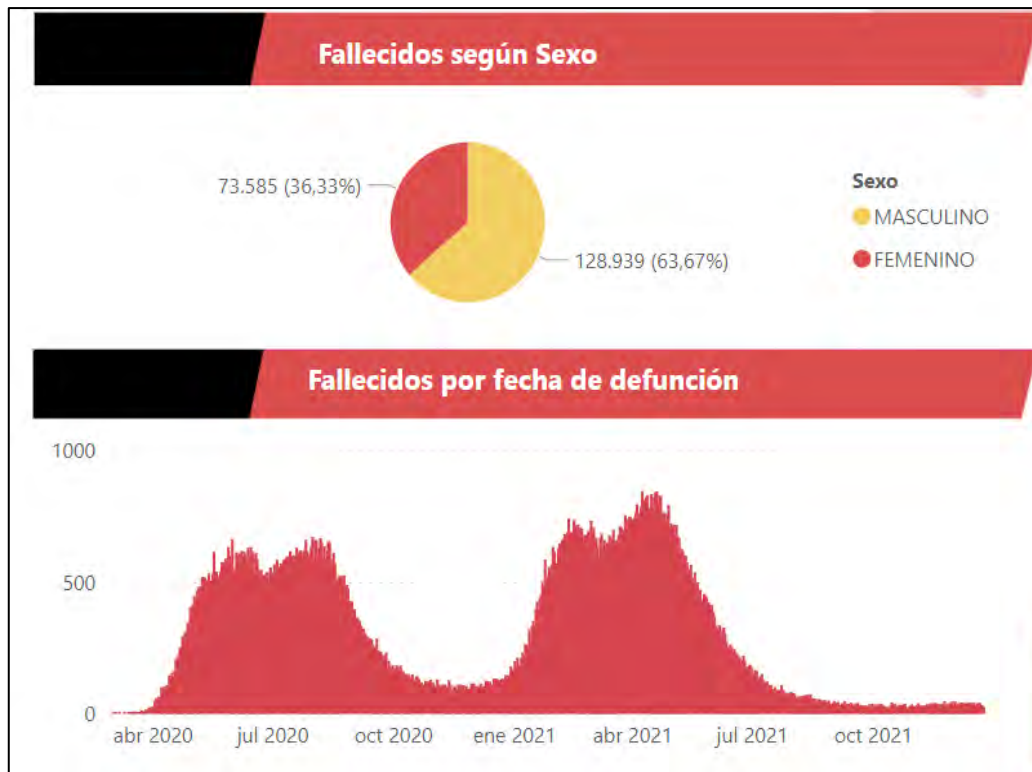
### **Situación problemática y formulación del problema**

Ahondando, pues, en la situación problemática y la formulación del problema, la COVID-19 puede ser descrita como una enfermedad infecciosa cuyo contagio se produce, principalmente, mediante la transmisión —a través del contacto entre las membranas mucosas más expuestas de las personas (como las de los ojos, la nariz o la boca) y las gotas, aerosoles o partículas acuosas que las personas infectadas expulsan al toser o estornudar— del SARS-CoV-2. Un nuevo tipo de coronavirus recién descubierto el 31 de diciembre de 2019, luego de que la Comisión Municipal de Salud de Wuhan, provincia de Hubei (China), notificara a la OMS de la aparición de varios casos de neumonía; y de que, posteriormente, el Comité Internacional de Taxonomía de esta última, identificara su secuencia genética (OMS, 2021a).

Así, de conformidad con esta misma fuente, de entre los diferentes casos de personas que se contagiaron con la cepa del tipo salvaje de la COVID-19, alrededor del 80% se recuperaron sin la necesidad de recibir tratamiento hospitalario alguno. Pero alrededor del 15 % restante de personas desarrolló una enfermedad grave, requiriendo —entre otras cosas— oxígeno, y el otro 5% llegó a un estado crítico, precisando de cuidados intensivos.

Estos dos últimos grupos, a su vez, podían presentar complicaciones tales como: insuficiencia respiratoria, síndrome de dificultad respiratoria aguda, septicemia, choque septicémico, tromboembolia o insuficiencia multiorgánica, sin perjuicio de otras lesiones cardíacas, hepáticas o renales.

Sobre el particular, resultan esclarecedoras las siguientes gráficas extraídas al 3 de enero de 2021<sup>3</sup>, del portal del Ministerio de Salud: Sala Situacional COVID-19. (Ministerio de Salud, 2021).



En ese mismo sentido el siguiente gráfico, tomado del apartado correspondiente de la página web de la agencia de noticias Reuters (Reuters COVID-19 Tracker, 2022) que, sobre la base de información oficial publicada por el Ministerio de Salud, muestra las siguientes tendencias de contagios y muertes, desde el primero de enero de 2020 al 23 de enero de 2022:



En este contexto, es de destacar que, luego de que: i) en el extranjero, el 13 de enero del 2020, se registrara el primer caso de COVID-19 fuera de China, ii) el 6 de marzo de 2020, se diera a conocer el primer caso de COVID-19 en el Perú, y iii) el 11 de marzo de 2020, la OMS declarara al COVID-19 como una pandemia, por su alto grado de contagiosidad y expansión en más de cien países de manera simultánea; prevaleció entre los funcionarios y servidores públicos, sobre todo durante los primeros meses, una sobrecogedora situación de incertidumbre con respecto a qué tipo de contrataciones realizar para mitigar el riesgo al derecho individual y colectivo a la salud producido, y palear las repercusiones de su materialización en campos como el de la salud mental, el empleo, la pobreza, la política o, a grosso modo, el del desarrollo de las actividades productivas (Contraloría General de la República, 2021, p.17-23).

En ese sentido, el gobierno emitió todo un espectro de decretos de urgencia instando a la utilización de la contratación directa por situación de emergencia, pero: i) solo a un determinado grupo de entidades (limitación subjetiva), ii) con respecto una lista limitada de bienes y servicios (limitación objetiva) y iii) en relación a un determinado objetivo (limitación circunstancial) .

Al respecto, resultan ilustrativas las siguientes disposiciones:

- i) El Decreto de Urgencia N.º 026-2020, de fecha 15 de marzo de 2020, que —de manera excepcional— autorizó al MINEDU a que, durante el año fiscal 2020, pueda realizar contrataciones para la adquisición, distribución y entrega de kits de higiene a las universidades públicas.
- ii) El Decreto de Urgencia N.º 028-2020, de fecha 19 de marzo de 2020, que facultó a PERUCOMPRAS a que durante el año 2020 —a requerimiento y favor del Instituto Nacional de Salud— realice la contratación de los bienes y servicios necesarios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras de diagnóstico de COVID-19.
- iii) El Decreto de Urgencia N.º 031-2020, de fecha 23 de marzo de 2020, que permitió:
  - a. A la RENIEC —a requerimiento y favor del MINSA— efectuar, durante el año 2020, la contratación de los bienes y servicios necesarios para la ampliación de la capacidad de su línea de atención telefónica y la implementación de una plataforma digital de servicios en la nube.
  - b. A la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios —a requerimiento y favor del MINSA— realizar, durante el año 2020, las contrataciones relacionadas con la adquisición, instalación y puesta en funcionamiento de los hospitales provisionales, entre otros bienes y servicios que se detallaron como susceptibles de ser requeridos por los hospitales o institutos.
  - c. Al MINCETUR —a requerimiento y a favor del MINSA— ejecutar, durante el año 2020, las contrataciones destinadas a la obtención de los bienes y servicios indispensables para la alimentación y alojamiento temporal de las personas que, durante la emergencia sanitaria, retornaban del extranjero.
- iv) El Decreto de Urgencia N.º 033-2020, de fecha 27 de marzo de 2020, que habilitó: a) a los gobiernos locales, efectuar la adquisición y distribución de bienes de primera necesidad de la canasta básica familiar en favor de la población vulnerable<sup>4</sup>, y b) al Ministerio de Vivienda, la contratación de los bienes y servicios necesarios para el transporte e instalación de los Módulos Temporales de Vivienda.

- v) El Decreto de Urgencia N.º 42-2020, de fecha 19 de abril de 2020<sup>5</sup>, que facultó al RENIEC, contratar —en favor y requerimiento del Programa Pensión 65 del MIDIS— los bienes y servicios necesarios para la implementación de una plataforma de comunicación con respecto a los hogares beneficiarios de un subsidio monetario.
- vi) El Decreto de Urgencia N.º 43-2020, de fecha 20 de abril de 2020, que —de manera similar al Decreto de Urgencia N.º 031-2020— autorizó al MINCETUR y a los gobiernos regionales, a la contratación de servicios de alojamiento temporal y alimentación para las personas que retornen a su domicilio habitual, pero ya no solo del extranjero sino también del interior del país.

A partir de todo ello lo lógico hubiera sido asumir que, por más que en ninguno de estos instrumentos (o ningún otro) se precisara la causal de emergencia sanitaria aplicable, esta última se encontrara referida a la de emergencia sanitaria, declarada el 11 de marzo de 2020 —mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA— luego de que la OMS estableciera que la COVID-19 constituía una pandemia.

Lo que además hubiera sido acorde con la definición de emergencia sanitaria brindada en el Decreto Legislativo N.º 1156 (del año 2013) y su reglamento (del año 2014) que, en los artículos 6, literal e), y 5, numeral 5, respectivamente; encasillan a la pandemia dentro de la causal de emergencia sanitaria (correspondiente a la de situación de emergencia).

Sin embargo, el problema a tratar viene dado por el hecho de que el OSCE —rompiendo el afán tuitivo de solo un grupo de entidades contraten lo mismo y de la misma manera— fue mucho más allá<sup>6</sup> y, haciendo uso de su función interpretativa<sup>7</sup>, definió al COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico<sup>8</sup> en el Comunicado N.º 11-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional<sup>9</sup>, de fecha 26 de abril de 2020.

Provocando, en buena medida, tal y como tendremos oportunidad de profundizar más adelante (en el capítulo 5), una multiplicación exponencial en el uso de la contratación directa por situación de emergencia. Y, de esta manera, una sobreexposición de la contratación pública a múltiples irregularidades en cuanto a la elección de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico.

## **Objetivos de la investigación e hipótesis**

En este orden de ideas, partimos de la hipótesis de que se presentó una sobreutilización del procedimiento descrito desde finales de 2020, habida cuenta de que la extraordinariedad, uno de los requisitos para la configuración de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico, ha dejado de poder ser predicable de la COVID-19.

Se plantean, por lo tanto, tres objetivos para su verificación, uno general y dos específicos.

El primero: el general, la demostración de la inviabilidad de la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico para evitar o mitigar los efectos de la COVID-19 a finales de 2020. Mientras que los otros dos, los específicos: i) cotejar, desde lo dogmático, la posibilidad de que la COVID-19 siga circunscribiéndose dentro de los alcances del acontecimiento catastrófico al mismo tiempo que de los de la emergencia sanitaria) y ii) determinar, desde lo práctico, la segunda parte de la hipótesis, es decir, desde cuándo podría haberse producido dicha desnaturalización.

De manera que parte importante de los bienes, obras o servicios que, finalmente, se contrataron mediante el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia, pudieran haberse adquirido o adjudicado mediante procedimientos de selección competitivos.

## **CAPÍTULO 2: REVISIÓN DE LA LITERATURA ESPECIALIZADA Y ESTADO DE LA CUESTIÓN**

La pandemia de COVID-19 ha desatado una serie de desafíos en todo el mundo en cuanto a la adopción de las medidas necesarias para combatirlo y evitar su propagación. En este contexto, en el caso peruano, la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico se ha mostrado como una pieza clave. Habida cuenta de la necesidad de inmediatez en la adquisición de ciertos bienes o servicios como equipos de protección personal, ventiladores o pruebas de diagnóstico que —entre otras condiciones— impusieron la flexibilización del proceso de contratación pública.

Así, al momento en el que empezaron a redactarse las primeras páginas de la presente investigación (inicios de 2021) muy poco se había escrito en Perú sobre la problemática de la utilización de la contratación directa por situación de emergencia en un contexto

pandémico. La mayoría de autores, cuando no la trataban desde una perspectiva pre-pandémica, se aproximaban a ella por medio de guías o recomendaciones (OSCE, 2021).

Mientras que en lo poco que se había elaborado sobre el tema, se describían datos aislados del fenómeno, pero sin argumentar ninguna postura en específico (Alvarado León, 2021); o se los utilizaba para concluir soluciones abstractas o indeterminadas. Como, por ejemplo, la reforma del Estado constitucional para la mejor atención de una emergencia sanitaria o la promoción —en resumidas cuentas— de la publicidad, transparencia, eficiencia o rigurosidad en la supervisión (Chocano Davis, 2020; Landa Arroyo, 2020; Villavicencio Benites, 2021).

Finalizado el año 2021, sin embargo, la situación cambió para bien. Es de destacar la prevalencia de sendos documentos que empezaron a aportar datos tangibles y de amplia gama para argumentar posiciones (Banco Mundial, 2020; Contraloría General de la República, 2021; Contraloría General de la República, 2023; Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, 2021). Lo que contribuyó, enormemente, al enriquecimiento de la presente investigación.

Ya que además de contextualizarnos, de una mejor manera, sobre las circunstancias que rodearon la calificación del Comunicado N.º 11-2020; nos suministró la posibilidad de contar con una mayor cantidad de variables cuantitativas y cualitativas para la corroboración de la hipótesis; a saber: la volatilidad de los precios de mercado a consecuencia de la alta demanda de determinados productos, la indisponibilidad —por lo mismo— de la oferta de algunos bienes y servicios, el retraso en las cadenas de suministro, la capacidad de vigilancia y control, o el tiempo con el que contaban las entidades para tomar las decisiones.

Mención aparte, sin embargo, amerita la especial contribución al presente trabajo de obras como *El derecho a la protección de la salud en el Perú* (Vignolo Cueva, 2022) y *Los principios en el Derecho Ambiental* (Gorosito, 2017). A través de las cuales se construyó —en buena medida— el entramado conceptual necesario para la evaluación de desde cuándo la subsunción de la COVID-19 dentro de la causal de acontecimiento catastrófico habría devenido en inviable.

En ese sentido, si bien es cierto que: i) desde el 27 de octubre de 2022, finalizó el estado de emergencia nacional, ii) desde el 5 de mayo de 2023, la Organización Mundial de la Salud declaró que la COVID-19 dejó de ser una “emergencia de salud pública de interés internacional” (PHEIC, por sus siglas en inglés) (Organización Panamericana de la Salud, 2023), y iii) desde el 25 de mayo de 2023, venció la última prórroga a la

emergencia sanitaria de 90 días que dispuso el Ministerio de Salud; ello no puede querer decir que investigaciones como esta, que busquen aportar criterios para la justificación, por parte de las entidades, de la utilización de la contratación directa por situación de emergencia en el contexto de la COVID-19, hayan quedado desactualizadas y/o dejado de tener vigor.

En primer lugar, porque el riesgo de futuros rebrotes, enfermedades o nuevas pandemias sigue siendo una realidad palpable.

En la misma línea de lo señalado por el director general de la Organización Mundial de la Salud, Tedros Adhanom Ghebreyesus; que la COVID-19 haya dejado de ser considerado una PHEIC no quiere decir que haya dejado de ser una amenaza para la salud pública mundial. En efecto, solo ha dejado de ser una PHEIC, para pasar a constituir “un problema de salud establecido y persistente” (Organización Panamericana de la Salud, 2023).

Sin embargo, es necesario recordar, además, que la historia de la humanidad ha estado constantemente definida por marcados episodios de enfermedades infecciosas, cuyos efectos han causado importantes estragos tanto a nivel local como global. Así, por ejemplo, podemos mencionar el caso de la gripe española, la gripe aviar, el SARS, el MERS o, más recientemente, la influenza H1N1 (gripe porcina), el ébola, la poliomielitis, el zika o el dengue.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, es necesario tomar en cuenta en segundo lugar que la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico no se ha limitado nunca a las crisis sanitarias.

De hecho, su utilización típica se ha encontrado siempre referida a inundaciones, terremotos, incendios forestales o urbanos, sequías extraordinarias, etcétera; que —a este respecto— son los acontecimientos que constituyen las catástrofes y calamidades por excelencia (*Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, p. 954).

Consiguientemente, las lecciones aprendidas en este trabajo de investigación deberían poder ser también aplicables con respecto a una amplia gama de catástrofes y/o calamidades cuya duración excediera lo previsto.

Así, pues, se espera que este trabajo pueda servir como una valiosa referencia de cara a futuras investigaciones, legislaciones o profesionales del derecho, que busquen entender y mejorar las prácticas de contratación pública en situaciones de emergencia.

### **CAPÍTULO 3: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

Este capítulo describe la metodología a utilizar en la presente investigación

En ese sentido, en correspondencia con el objetivo general y los objetivos específicos descritos en el apartado anterior, se despliegan dos enfoques metodológicos complementarios entre sí: uno dogmático y otro mixto, para corroborar la hipótesis.

### **Metodología dogmática**

Utilizando una metodología dogmática, nuestro análisis se centra en un estudio exegético (a efectos de poder determinar el contenido concreto de normas jurídicas en función a otras y/o la voluntad del legislador) e interárea (por su comprensión de múltiples áreas del derecho) de la categoría jurídica del acontecimiento catastrófico, que permite a las entidades utilizar la contratación directa por situación de emergencia (Fernández Flecha et al., 2015, pp. 18–20).

En atención a ello, realizamos una revisión exclusiva de fuentes documentales, como la normativa vigente aplicable (nacional e internacional), la doctrina y las decisiones administrativas relevantes. Sin que por ello nos restrinjamos, necesariamente, al derecho administrativo, o al derecho administrativo de los contratos públicos.

En circunstancias normales esto no nos debería representar mayor complejidad, puesto que el acontecimiento catastrófico se encuentra claramente definido en el numeral 1 del literal b) del artículo 100 del reglamento de la LCE. Pero, como profundizaremos, con relación al COVID-19 la situación cambia.

No solo porque desde la declaración de la emergencia sanitaria, ya teníamos, tal y como su nombre lo indica, una causal lo suficientemente explícita como para subsumir un evento de este tipo. Sino también porque, esta última es una interpretación legal, de acuerdo con los artículos 6, literal e) y 5, numeral 5, del Decreto Legislativo N.º 1156 y su reglamento, respectivamente; que establecen que una pandemia constituye — precisamente— una emergencia sanitaria.

Sin perjuicio de ello, no podemos dejar de tener en consideración que, adicionalmente, en lo correspondiente a la configuración del acontecimiento catastrófico, ni la norma, la doctrina o la casuística administrativa se preocuparon por establecer un criterio objetivo a partir del cual se pudiera determinar algo que nos parece fundamental para este tipo de situaciones: exactamente desde cuándo un acontecimiento catastrófico calificado como tal, podría dejar de serlo. En buena cuenta debido a que no consideraron la posibilidad de que un evento como este pudiera extenderse durante un periodo tan largo de tiempo.

En atención a ello, haciendo uso de esta y otras instituciones (como las de la responsabilidad civil o administrativa), y principios (como los —para nosotros, generales— principios de evitación del daño), el referido análisis se aboca a la tarea de desarrollar un entramado conceptual lo suficientemente sólido como para, por sí solo: i) especificar las circunstancias bajo las cuales la tipificación de un evento como catastrófico debería prevalecer por sobre la de emergencia sanitaria (o viceversa); ii) y determinar desde cuándo un acontecimiento susceptible de ser calificado como catastrófico, podría dejar de serlo.

### **Metodología mixta**

Hecho esto, queda pendiente —evidentemente— la tarea de verificar, en la realidad, la materialización de estas circunstancias, condiciones y parámetros. De este modo, orientando el estudio hacia la Sociología, tomamos prestadas algunas de sus principales nociones y fundamentos para determinar, mediante el uso de herramientas tanto cualitativas como cuantitativas dos variables en específico, a saber: i) el incremento en el uso de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico y ii) el grado de predictibilidad en cuanto a las estimaciones de los bienes, obras o servicios que se fueran a necesitar a fines de 2020 para el año siguiente.

Ciertamente, un primer aspecto a tomar en cuenta viene dado por saber si, efectivamente, hubo un aumento en la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico a consecuencia de la calificación, como tal, de la COVID-19 en el Comunicado N.º 11-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional.

Para ello, elaboramos una serie completa de gráficos comparando su uso durante los años que consideramos más relevantes, es decir, el 2019, 2020 y 2021; a partir de una solicitud de acceso a la información pública con la que, amparados en el principio de transparencia del TUO de la LPAG, y el TUO de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, le requerimos al OSCE los datos de todas aquellas contrataciones registradas durante esos mismos años (a partir de su buscador privado).

Pero, otro aspecto sobre el que el vale la pena profundizar es el grado de predictibilidad de las estimaciones que pudieron hacer las entidades, a fines de 2020, sobre los bienes, obras o servicios que fueran a necesitar para el año siguiente. Explorar sobre cómo influyó aquel en los procesos de planificación y de toma de decisiones de las entidades

puede aportar información valiosa con relación a la incertidumbre que debería rodear al evento que se califica como acontecimiento catastrófico. Y es que si bien este último, a casi un año desde su aparición, pudiese parecer —más bien— cotidiano, no podría dejar de ser un acontecimiento catastrófico, si los requerimientos que pudiese generar se mantuvieran como impredecibles.

Con esa intención, se realiza un diagnóstico de la evolución y/o continuidad de los objetos contractuales que fueron adquiriendo las entidades, a través del SEACE, durante esos mismos años.

#### **CAPÍTULO 4: DESARROLLO DEL MARCO TEÓRICO**

Con este capítulo se desarrollan algunas de las nociones más elementales que consideramos necesarias para comprender el contenido de la presente investigación, así como los fundamentos teóricos que respaldan nuestro estudio.

Para ello, de manera muy introductoria, realizamos un análisis sobre la comprensión que desde el derecho administrativo se hace de la contratación pública. Para, posteriormente, ubicar a la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico en el esquema general de contratos administrativos, estatales o de la Administración, que celebran nuestras autoridades públicas.

##### **La contratación pública como fenómeno complejo**

El proceso de contratación pública es un fenómeno complejo, que amalgama una serie de actividades y operaciones propias de la gestión pública<sup>10</sup>, con un conglomerado de sendas regulaciones pertenecientes a una rama específica del derecho administrativo: el derecho administrativo de los contratos públicos, en términos de Linares Jara (2021b).

De ahí el cierto grado de responsabilidad que tienen los juristas al pretender resolver el problema de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, desde la exclusividad del derecho; sin tomar en cuenta sus limitaciones. Algunas de las cuales se manifiestan en la ausencia de las habilidades comerciales necesarias en el sector público, y su falta de conocimiento técnico y económico del mercado y de sus cadenas de distribución (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017; Sastre Díez, 2021). Pero también, en las deficiencias y precariedades de la organización y funcionamiento de las instituciones y servicios públicos estatales (Vignolo Cueva, 2022, p. 29).

## **La contratación pública desde el derecho administrativo**

Consiguientemente, desde el punto de vista del derecho administrativo de la contratación pública, esta última se encuentra relacionada, principalmente, con el estudio del marco regulatorio correspondiente a los contratos estatales o administrativos. Con todas las dificultades que esta última categoría jurídica acarrea, a consecuencia tanto de la falta de una legislación general y uniforme (al igual que la existente en países también influenciados por el derecho francés como es el caso de Colombia, España o Argentina), como de las nuevas tendencias de actuación en Estados constitucionales, sociales y democráticos de derecho, que incentivan una constante evolución de la técnica contractual (Chávez Marín Augusto Ramón, 2016; Danós Ordoñez, 2006; Martín Tirado, 2011; J. C. Morón Urbina & Aguilera).

Así, por ejemplo —típicamente— dentro del objeto de estudio de la contratación pública, podemos encontrarnos, a su vez, con el estudio de los convenios administrativos<sup>11</sup>. Lo que no tiene mucho sentido, habida cuenta de que en ellos no necesariamente se verán involucradas prestaciones de carácter patrimonial o un ánimo de lucro, tal y como lo exige el artículo 1351 del Código Civil para que un negocio jurídico sea considerado contrato. Y es que, por su intermedio, únicamente se formalizan los acuerdos a los que hubieran llegado las entidades, entre ellas o con el sector privado, para dar solución a una misma problemática administrativa<sup>12</sup> (Chávez Marín Augusto Ramón, 2016; Martín Tirado, 2011; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017).

Sin embargo, no por ello es menos cierto que podemos empezar a encontrar similitudes en todas las categorías jurídicas involucradas dentro del proceso de contratación pública, en razón a una misma naturaleza jurídica que comparten desde su inicio hasta su culminación (Danós Ordoñez, 2006, p. 9).

Sobre el particular, no fueron tanto cuestiones dogmáticas, como históricas, las que justificaron en un inicio su elaboración. Tal y como comenta Meilán Gil, su origen estuvo inicialmente vinculado a la necesidad política de que las controversias que estuvieran relacionadas con la enajenación de bienes nacionales en favor del Estado (para la consolidación de la entonces incipiente Revolución Francesa) fueran resueltas en tribunales especiales, nombrados por la Administración e independientes de los tribunales ordinarios (a los cuales se les consideraba supeditados al Antiguo Régimen). Los que, finalmente, desembocarían en el Consejo de Estado (2011, pp. 142–143).

¿Significa ello, como señala —entre otros— Linares Jara, que los contratos administrativos no son más que una reminiscencia de origen histórico (2006, p. 306) y

que, por lo tanto, los contratos estatales, del Estado o en ejercicio de la función pública, no son más que contratos a secas, pero con modulaciones de derecho público<sup>13</sup>, es decir, sin una sustantividad propia (2021a)?

Desde luego que no. Y es que posiciones como la recientemente referida no han de tener en cuenta que el contrato administrativo no es la única categoría de derecho administrativo que debe su desarrollo a su origen histórico. En este sentido, por el ejemplo, el caso del acto administrativo, cuyo desarrollo en la Francia de 1812 estuvo igualmente vinculado al mantenimiento de los privilegios<sup>14</sup> necesarios para la adopción y ejecución de las numerosas medidas que hicieron real e irreversible el camino revolucionario (Meilán Gil, 2011, pp. 111–114).

Así, el desarrollo de estas modulaciones de derecho público a las que se hizo referencia no es consecuencia de una pura exégesis legal o jurisprudencial —que, por lo demás, hubiera devenido en perjudicial<sup>15</sup>— sino de una serie de reglas, principios y procesos que, desde la dogmática, fueron acompañando a su origen histórico (Cassagne, 1999, p. 193).

En efecto, con posterioridad a su origen histórico, comenzaron a proponerse teorías como la del criterio subjetivo, la teleológica, la de la voluntad de las partes, la de la jurisdicción aplicable, la del objeto, la de los servicios públicos involucrados, la de la utilidad pública, o la de las cláusulas exorbitantes (Guzmán Napurí, 2020; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017); que comenzaron a fundamentar una disociación entre contratos privados y administrativos a partir de su vinculación con —por ejemplo— el interés público, el servicio público (Meilán Gil, 2011, p. 143), la naturaleza de las partes involucradas, la subordinación del contratista, la existencia de prerrogativas públicas exorbitantes<sup>16</sup> (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 22) o, en su mayor parte, la posición contractual privilegiada de la Administración, su régimen de responsabilidad y la forma en la que con respecto a ella es ejercido el control jurisdiccional<sup>17</sup> (Cassagne, 1999, p. 224).

De ahí que nuestro Tribunal Constitucional indique en el párrafo 34 de la sentencia recaída en el expediente N.º 005-2003-AI/TC (proceso de inconstitucionalidad contra los contratos-ley de Telefónica del Perú) que el régimen sustantivo de los contratos administrativos se encuentra —en mayor o menor medida— matizado por el contenido en concreto que pueda tener, en uno u otro momento, el contrato administrativo, el régimen jurídico aplicable<sup>18</sup> y/o el desarrollo que se establezca con respecto a este en la doctrina o la jurisprudencia pertinente (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 43).

## **El universo contractual y los contratos de aprovisionamiento**

En este contexto, dentro de la tipología general de los contratos administrativos, encontramos a los contratos de aprovisionamiento (o para la adquisición de bienes, servicios, suministros, consultorías o ejecución de obra), los contratos que habilitan actividades en recursos naturales<sup>19</sup> (que incluyen a las concesiones para la explotación de este tipo de recursos), los contratos de APP y otras formas de promoción de la inversión privada<sup>20</sup> (con los que se comprende a las concesiones para prestación de servicios públicos o la explotación de bienes de dominio público u obras públicas de infraestructura), los contratos relativos a la administración del patrimonio estatal o para la disposición de los bienes del Estado<sup>21</sup>, los contratos de personal relativos al servicio civil<sup>22</sup>, los contratos financieros del Estado<sup>23</sup>, los contratos-ley o convenios de estabilidad jurídica<sup>24</sup>, los convenios administrativos y a los contratos administrativos por extensión<sup>25</sup> (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, pp. 45–53).

En las siguientes líneas nos abocaremos, exclusivamente, al desarrollo de los contratos de aprovisionamiento. A pesar de que comparta con los otros tipos de contratos, varias de sus características, fases y procedimientos<sup>26</sup> (Danós Ordoñez, 2006, pp. 15–16).

Los contratos de aprovisionamiento (regidos bajo los alcances del artículo 3, numeral 3 del TUO de la LCE) se encuentran referidos a todos aquellos contratos por los que las entidades del estado, haciendo uso de su presupuesto público, se abastecen de los bienes, obras o servicios que consideren necesarios para el cumplimiento de sus finalidades públicas.

En este orden de ideas, de acuerdo con el anexo de definiciones del reglamento de la LCE: (i) el objeto contractual *bien*, engloba tanto a los bienes muebles como los inmuebles<sup>27</sup>; (ii) el objeto contractual *servicio*, a todas aquellas actividades que comprometan la prestación de servicios en general, consultoría en general o consultoría de obras<sup>28</sup>; y (iii) el objeto contractual *obra*, a todas aquellas contrataciones por las que una entidad encargue a un contratista, bajo su responsabilidad, la realización de una o más prestaciones de ingeniería civil con resultados directamente apreciables en el inmueble, sobre la base de estudios o de un expediente técnico aprobado con anterioridad y el pago de una retribución económica<sup>29</sup> (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 63).

Sin perjuicio de ello, un contrato de obra —a su vez— puede presentar las siguientes modalidades: i) obra completa, por el que se le entrega a un contratista el expediente técnico de obra para que este último se encargue de la construcción; ii) proyecto y obra

(concurso oferta), con el que ya no es la entidad sino el contratista quien formula el expediente técnico; iii) llave en mano, en el que el contratista se compromete, adicionalmente, a poner en funcionamiento la construcción o infraestructura que realizó; y, finalmente, iv) rendimiento garantizado, donde el contratista, además de elaborar el expediente técnico y poner en funcionamiento la construcción de la infraestructura que realizó, debe garantizar ciertos resultados o rendimientos (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, pp. 63–65).

En cada uno de estos objetos contractuales el precio a abonar al contratista puede definirse bajo un esquema de suma alzada, precios unitarios, mixto, de tarifas o de porcentajes.

Sin ahondar en el detalle de cada uno de ellos, el sistema de contratación a suma alzada resulta aplicable cuando las magnitudes y cantidades de la prestación, así como el plazo de ejecución, son consignables de manera precisa en las bases. El sistema de contratación por precios unitarios, en cambio, resultará válido cuando estas magnitudes o cantidades no puedan determinarse con precisión. Por lo que la valoración de la prestación ha de realizarse tomando como referencia el avance de las sub-prestaciones de obra en el tiempo (Guzmán Napurí, 2020, pp. 296–298).

### **Las etapas del proceso de contratación pública en los contratos de aprovisionamiento**

Mencionábamos que uno de los elementos fundamentales para la identificación de los contratos de aprovisionamiento era el ejercicio del presupuesto público por parte de las entidades. Pues bien, ese solo ejercicio del presupuesto público determina que, a nivel constitucional, sea necesario el involucramiento de una serie importante de requisitos que, consolidados, darán nacimiento a los métodos de contratación pública (Guzmán Napurí, 2020, p. 8).

Y es que aunque —como señalamos— la normativa no especifique de manera clara aquello que debemos entender por un proceso de contratación pública (Guzmán Napurí, 2020, p. 344), sí que es bastante explícita cuando determina que, esta última, se encontrará estructurada en, por lo menos, tres etapas: i) la etapa de planificación y actuaciones preparatorias, ii) la etapa de selección y iii) la etapa de ejecución.

Al respecto, como señalamos en el capítulo 3 correspondiente a las metodologías de investigación, la primera parte (planificación) de la primera etapa del proceso de contratación pública es fundamental para la verificación en la realidad, del esquema conceptual que nos llevaría a afirmar que la COVID-19 haya dejado de poder ser

catalogado como un acontecimiento catastrófico. Por lo que su desarrollo se reserva para el capítulo 5.

Sin perjuicio de ello, adelantamos que el TUO de nuestra LCE es muy sucinto en cuanto a la regulación de esta parte. La redacción de las tres únicas disposiciones referidas a ella (art. 15.1, art. 15.2 y art. 15.3) induce a pensar que se agota en la elaboración del PAC, pero ello no es así.

Ahora bien, la fase de actuaciones preparatorias incluye al conjunto de actividades destinadas a la adquisición, por alguno de los métodos de contratación que veremos a continuación, de aquello que previamente se haya determinado como necesario para cumplir alguna finalidad pública (Zambrano Olivera, 2009, p. 156).

En ese sentido se abarca con ella: i) la aprobación del PAC, ii) la formulación de la necesidad o, técnicamente, del requerimiento, iii) la elección del procedimiento de selección, método especial de contratación, sistema de contratación o modalidad de ejecución contractual a utilizar; iv) la aprobación del expediente de contratación<sup>30</sup>, v) la designación del comité especial<sup>31</sup>, vi) la realización del estudio de mercado y determinación del valor estimado o referencial de la contratación, vii) la aprobación del presupuesto institucional y del certificado del crédito presupuestario, viii) el resumen ejecutivo y ix) la elaboración de las bases<sup>32</sup> (Guzmán Napurí, 2020; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017; Zambrano Olivera, 2009).

Habiéndose determinado aquello, es en la segunda etapa: la etapa de selección, en donde se especifica el procedimiento de selección o método especial de contratación a utilizar. Sobre la base del objeto contractual<sup>33</sup>, la cuantía y/o la circunstancia en particular que la promueve (Guzmán Napurí, 2020, p. 143).

Sin perjuicio de las variaciones que se pudieran presentar dependiendo del método de contratación por el que se opte, por regla general, se siguen los siguientes actos para su desarrollo: i) convocatoria, ii) absolución de consultas (relativas al esclarecimiento de las bases), iii) absolución de observaciones (relacionadas con una posible vulneración a la normativa de contrataciones pública, y la posibilidad de ser elevadas ante el OSCE), iv) integración de las bases, v) presentación y admisión de ofertas (cuando se acredite el cumplimiento de los requerimientos técnicos mínimos, entre otros aspectos formales), vi) calificación<sup>34</sup> y evaluación de las ofertas (en tres fases: evaluación de la propuesta técnica, económica y jerarquización comparativa), y, finalmente, vii) adjudicación de la buena pro (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017; Retamozo Linares, 2013).

Por último, con la etapa de ejecución contractual se cautela el adecuado cumplimiento de las prestaciones a las que las partes se hubieran comprometido, no solo en el contrato finalmente suscrito, sino también por medio de la oferta presentada y aceptación tácita de los documentos del procedimiento de selección que establecen las reglas obligatorias y definitivas para las partes; todo ello en el marco de lo dispuesto en el artículo 138, inciso 1 del reglamento de la LCE.

### **Los métodos de contratación pública en los contratos de aprovisionamiento**

Desde que el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, al igual que el artículo 143 de su predecesora: la Constitución de 1979, disponen que es obligatorio llevar a cabo una contrata o licitación pública para la adquisición o enajenación de bienes y/o la contratación de obras y suministros, y la realización de un concurso público para la adquisición de servicios y proyectos; queda claro que en nuestro país, al menos en principio, el régimen contractual proscribió la contratación directa entre los privados y la Administración (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 100).

Su posterior desarrollo a través del TUO de la LCE y su reglamento, por lo tanto, determina la presencia adicional de nueve métodos de contratación por concurso que, entre otras cosas, se caracterizarán por ser concurrenciales y una excepción al principio de unidad de vista de los actos administrativos.

Procedimientos administrativos concurrenciales porque, en ellos, los intereses de los administrados —si bien distritos entre sí— confluyen de manera paralela. A diferencia de lo que sucedería con, por ejemplo, el desarrollo de un procedimiento administrativo trilateral, en donde se contraponen (Guzmán Napurí, 2020, pp. 344–354). Y, una excepción al principio de unidad de vista del acto administrativo porque, conforme se vaya avanzando por cada una de sus actuaciones, regirá el principio de preclusión. Lo que significa que el incumplimiento de cualquiera de las reglas previstas —bajo sanción de nulidad— para estas actuaciones, supondrá no solo la nulidad de esa actuación sino también la de las subsiguientes. Debiéndose retrotraer el procedimiento de selección (o método especial de contratación por acuerdo marco) al momento anterior en el que se produjo su vulneración (Guzmán Napurí, 2020, pp. 344–354).

Dicho esto, dentro de los diez métodos de contratación previstos en nuestro ordenamiento, nueve serán procedimientos de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, concurso de proyectos arquitectónicos, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica y contratación directa; y un método especial de contratación pública: la contratación por

convenio o acuerdo marco. Cuya utilización dependerá, principalmente, del objeto contractual y del monto de la contratación.

En las siguientes líneas anotamos algunas de sus principales peculiaridades, con excepción de la contratación directa, a cuyo desarrollo —por su importancia— nos dedicaremos, exclusivamente, en el apartado siguiente:

### **Licitación pública**

Este procedimiento de selección tiene por objeto la contratación de bienes, suministros y obras con una cuantía mayor o igual a los S/ 400,000 para bienes, o a los S/ 2,800.000 para obras; de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022.

### **Concurso público**

Mediante este procedimiento de selección se contratan servicios o consultorías con una cuantía mayor o igual a S/ 400,000, de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022.

### **Concurso de proyectos arquitectónicos**

Este procedimiento de selección es, en realidad, una modalidad del concurso público. En ese sentido, por medio de este procedimiento, se contratan servicios de consultoría de obra para la elaboración de expedientes técnicos de obras urbanas<sup>35</sup>.

### **Adjudicación simplificada**

La adjudicación simplificada permite la contratación de bienes, servicios (con excepción de los que, como veremos, se desarrollen bajo el procedimiento de selección de consultores individuales) u obras, cuya cuantía sea mayor a los S/ 36,800 y menor o igual a los S/60,000 de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022.

Tiene la ventaja de que presenta plazos más cortos con relación a la licitación o concurso público. Por eso mismo no contempla la elevación de cuestionamientos al pliego de absolución de consultas u observaciones, ni a la integración de las bases.

### **Selección de consultores individuales**

Con la selección de consultores individuales, en cambio, se contratan servicios de consultorías (con excepción de las de obras) que no necesiten apoyo profesional adicional al de los consultores individualmente considerados. La experiencia y calificaciones de la persona natural, por lo tanto, serán lo determinante.

Su cuantía debe ser mayor a los S/ 36,800 y como máximo hasta los S/ 60,000; de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022<sup>36</sup>.

### **Comparación de precios**

Este procedimiento tiene por objeto la contratación exclusiva de bienes y servicios de disponibilidad inmediata (distintos a los de consultoría), sencillos de obtener en el mercado y fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante. En ese sentido deben tener un plazo de entrega o implementación no mayor a los 5 días desde que es formalizada la contratación<sup>37</sup>.

Su cuantía debe ser mayor a los S/36,800 y menor o igual a los S/60,00, de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022.

### **Subasta inversa electrónica**

La subasta inversa electrónica permite la contratación de bienes y servicios comunes con ficha técnica<sup>38</sup> y ubicados en el LBSC de PERUCOMPRAS. De manera que el proveedor que ofrezca la mejor propuesta económica obtendrá automáticamente la buena pro.

Su cuantía debe ser mayor a los S/ 36,800 de acuerdo con la Ley de Presupuesto del año 2022.

### **Método especial de contratación por convenio o acuerdo marco**

Antiguamente denominado convenio marco y gestionado por el OSCE (hoy por PERÚ COMPRAS), es —paradójicamente— una de las últimas modalidades más recientes de nuestro derecho interno para agilizar los procesos de contratación pública (Prada Carnero, 2021; Vargas Fernández, 2022).

En términos generales, involucra la contratación mediante los denominados *catálogos electrónicos de acuerdo marco*, que funcionan como una suerte de tienda virtual en la que los proveedores —previamente seleccionados por PERUCOMPRAS— ofrecen sus bienes y servicios a las entidades para que estas últimas, en caso de requerirlos, contraten con ellos mediante una metodología enteramente electrónica, que conduzca la emisión de órdenes de compra o de servicio, sin tener que pasar por procedimientos de selección (Prada Carnero, 2021; Vargas Fernández, 2022).

En ese sentido, se requiere de una primera etapa: la etapa centralizada, en donde PERUCOMPRAS determine los bienes y servicios a ser incorporados en los catálogos electrónicos de acuerdos marco que, tal y como se puede desprender de su nombre, a

su vez, agruparán a los acuerdos en donde se establecerán las obligaciones y derechos de las partes durante su vigencia. De manera que, luego de que los representantes de marca registren las fichas-producto, se convoque a una licitación o concurso público en donde se determine quien o quienes serán sus proveedores. Hecho esto, en la siguiente etapa: la etapa descentralizada, las entidades contratan con los proveedores adjudicados mediante catálogos electrónicos de acuerdo marco (Guzmán Napurí, 2020; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017; Prada Carnero, 2021; Vargas Fernández, 2022).

Con todo, en los siguientes cuadros, se aprecia la distribución de cada una de las actuaciones a desarrollar durante la tramitación de cada uno de los métodos de contratación que nuestro ordenamiento jurídico prevé:

<b>Concurso público de consultorías</b>	<b>Adjudicación simplificada de bienes y servicios en general</b>	<b>Adjudicación simplificada de obras</b>	<b>Adjudicación simplificada de consultorías</b>	<b>Licitación pública / Concurso público de servicios en general</b>
Convocatoria	Convocatoria	Convocatoria	Convocatoria	Convocatoria
Registro de participantes	Registro de participantes	Registro de participantes	Registro de participantes	Registro de participantes
Formulación de consultas y observaciones	Formulación de consultas y observaciones	Formulación de consultas y observaciones	Formulación de consultas y observaciones	Formulación de consultas y observaciones
Absolución de consultas y observaciones. Integración de las bases	Absolución de consultas y observaciones. Integración de las bases	Absolución de consultas y observaciones. Integración de las bases	Absolución de consultas y observaciones. Integración de las bases	Absolución de consultas y observaciones. Integración de las bases
Presentación de ofertas	Presentación de ofertas	Presentación de ofertas	Presentación de ofertas	Presentación de ofertas
Admisión de ofertas	Admisión de ofertas	Admisión de ofertas	Admisión de ofertas	Admisión de ofertas
Calificación de ofertas	Evaluación de ofertas	Evaluación de ofertas	Calificación de ofertas	Evaluación de ofertas
Evaluación de ofertas	Calificación de ofertas del 1.º y 2.º lugar	Calificación de ofertas del 1.º y 2.º lugar	Evaluación de ofertas	Calificación de ofertas del 1.º y 2.º lugar
Otorgamiento de la buena pro	Otorgamiento de la buena pro	Otorgamiento de la buena pro	Otorgamiento de la buena pro	Otorgamiento de la buena pro
<b>Selección de consultores individuales</b>	<b>Comparación de precios</b>	<b>Subasta inversa electrónica</b>	<b>Método especial de contratación por acuerdo marco</b>	
Convocatoria	Informe favorable	Convocatoria	Etapa de identificación de rubros	

Registro de participantes	Solicitud de cotización	Registro de participantes y presentación de ofertas	Etapa de definición de estructuras ficha— producto
Recepción de expresiones de interés	Obtención de mínimo 3 cotizaciones	Apertura de ofertas y presentación de lances	Etapa de elaboración de la documentación asociada a la convocatoria
Calificación y evaluación	Otorgamiento de la buena pro	Otorgamiento de la buena pro	Etapa de análisis de resultados
Otorgamiento de la buena pro	—	—	—

**Fuente: elaboración propia.**

### **La contratación directa**

En este contexto, supone la contratación directa un procedimiento de selección radicalmente distinto a cualquiera de los anteriormente mencionados. Tal es así que, en doctrina —con razón— se ha precisado que la normativa, equivocadamente, la define como un procedimiento de selección en los artículos 21 y 22 del TUO de LCE, o 53 de su reglamento; cuando lo correcto hubiera sido referirse a ella como un supuesto de exoneración del procedimiento de selección (Guzmán Napurí, 2020, p. 471) tal y como lo hacía nuestra LCE anterior, el Decreto Legislativo 1017, en su artículo 20.

Regulada en nuestro ordenamiento desde el 9 de julio de 1997 con la Ley N.º 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), de la misma manera que una multiplicidad de países como Colombia, Argentina o Uruguay, que la regulan exactamente con ese mismo nombre (Linares Jara, 2008; Muratorio, 2020; Nessar & Ruocco, 2020); España o Italia, con la regulación del procedimiento negociado (Cozzio & Parisi, 2020; García Álvarez, 2020); Brasil, por medio de la dispensa de la licitación pública (Saideles Genro, 2020, p. 49); México, a través de la regulación de la adjudicación directa; o Bolivia con la contratación por excepción; la contratación directa, se muestra como una clara excepción a la regla general de que la contratación pública debe pasar —obligatoriamente— por cada una de cada una de las tres etapas anteriormente mencionadas, sea por i) razones de conveniencia administrativa, celeridad o eficacia en el cumplimiento del interés público, o ii) de imposibilidad fáctica en la utilización de algún otro procedimiento o método especial de contratación (Linares Jara, 2008, p. 133)

De este modo, se podrá elegir a un determinado proveedor como contratista sin la necesidad de la concurrencia, puja u oposición entre oferentes que supone el desarrollo de las actividades previstas en la etapa o fase de selección<sup>39</sup> (Pedreschi, 2015, pp. 164–165); con la única salvedad de que este último no se encuentre impedido suspendido o

inhabilitado para contratar con el Estado, cuente —salvo excepciones— con RNP y cumpla con las condiciones y características requeridas en las bases, de conformidad con el artículo 102, inciso 1 del reglamento de la LCE. Lo que no es óbice para que — en principio— siga siendo obligatoria la realización de los demás actos correspondientes a la etapa de planificación, actuaciones preparatorias y de ejecución contractual, de conformidad con el artículo 102, inciso 2 del reglamento de la LCE.

Por ello se dirá también que es el único procedimiento de selección no competitivo previsto en nuestra normativa. Queriendo especificar con ello que en él se encuentra mellado, determinadamente, el principio de competencia, regulado en el inciso e) del artículo 2 del TUO de la LCE.

Ahora bien, en la actualidad, el artículo 27 del TUO de la LCE y el artículo 100 de su reglamento, prevén una lista taxativa de 13 supuestos que habilitan a su utilización por medio de un procedimiento particular de aprobación<sup>40</sup>. En las siguientes líneas especificamos algunas de sus principales características, con excepción de la contratación directa por situación de emergencia, a cuyo desarrollo nos abocaremos de manera independiente en el siguiente acápite.

#### **Contratación directa bajo el supuesto de contratación entre entidades**

Este supuesto se dará cuando se demuestre como eficiente y técnicamente viable la contratación con otra entidad pública proveedora, siempre y cuando, esta última no sea —a su vez— una empresa del Estado o realice actividad empresarial de manera habitual.

#### **Contratación directa por situación de desabastecimiento**

Permite la utilización de la contratación directa frente a una situación extraordinaria o imprevisible de que se suscite la ausencia inminente de un bien, servicio o consultoría; de tal forma que se comprometa, de manera directa, la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones de una entidad.

Consiguientemente solo se habilita este supuesto durante el tiempo y por la cantidad que sea estrictamente necesaria para superar la situación.

#### **Contratación directa por secreto, secreto militar o razones de orden interno**

Se prevé para cuando las fuerzas armadas, PNP o alguno de los órganos conformantes del Sistema de Inteligencia Nacional requiera, con opinión favorable de la Contraloría General de la República (de acuerdo con la Directiva 007-2021-CG/B140), un objeto

contractual distinto al que fuese necesario para el normal desenvolvimiento de sus funciones.

Este último, a su vez, deberá encontrarse contenido en la lista aprobada por la PCM mediante decreto supremo refrendado por el sector correspondiente (de conformidad con el Decreto Supremo N.º 052-2001-PCM).

### **Contratación directa por proveedor único**

Permite la contratación directa en aquellos supuestos en los que existan bienes, servicios en general o consultorías que solo puedan obtenerse por medio de un proveedor determinado. Sea porque solo exista un proveedor en el mercado o este última sea quien cuente con los derechos exclusivos (Ortega López, 2018, p. 47).

### **Contratación directa de servicios personalísimos**

En este escenario se permite la contratación directa para la adquisición de servicios especializados, profesionales, artísticos, científicos o tecnológicos; siempre y cuando no quepa la subcontratación y sean brindados por personas naturales.

En ese sentido, es necesario que el proveedor acredite su especialidad y experiencia.

### **Contratación de servicios de publicidad para el Estado**

Refiere a la contratación directa para la contratación de servicios de publicidad en medios de comunicación.

### **Contratación directa de servicios de consultoría individual**

Para la continuación y/o actualización de una consultoría previamente adjudicada mediante el procedimiento de selección de consultores individuales.

### **Contratación directa de bienes o servicios de carácter científico o tecnológico**

Permite a las entidades (precisadas en la ley de la materia) contratar directamente bienes, servicios en general o de consultoría con fines de investigación, experimentación o desarrollo científico o tecnológico. Siempre y cuando el resultado de estas contrataciones permanezca en la entidad.

### **Contratación directa para la adquisición o arrendamiento de inmuebles**

Otorga a las entidades la posibilidad de utilizar la contratación directa para adquirir o arrendar bienes inmuebles existentes. De ser necesario, con el correspondiente acondicionamiento, habilitación, equipamiento, etcétera.

### **Contratación directa de servicios de asesoría legal, contable o económica para la defensa de funcionarios y ex funcionarios**

Con este supuesto se prevé la contratación directa de servicios especializados en asesoría legal, contable, económica o afines, para la defensa por actos funcionales — en procesos judiciales o arbitrales— de entidades públicas, funcionarios, exfuncionarios, servidores, exservidores, miembros y ex miembros de las fuerzas armadas o policiales.

### **Contratación directa de prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resultado o declarado nulo**

Regulada para aquel escenario en el que, como consecuencia de la resolución de un contrato o su declaración de nulidad, sea necesaria la ejecución urgente del saldo de la prestación.

De acuerdo con el artículo 167 del reglamento de la LCE, se debe haber recibido — previamente— una negativa al requerimiento de ejecución por parte de los proveedores que, participando en el procedimiento de selección, no obtuvieron la buena pro.

### **Contratación directa de servicios de capacitación**

Por último, se permite contratar directamente cuando se requieran servicios de capacitación por instituciones acreditadas u organismos internacionales especializados, conforme a las normas del Sistema Nacional de Evaluación, Acreditación y Certificación de la Calidad Educativa o los lineamientos establecidos por el sector educación, respectivamente.

### **La contratación directa por situación de emergencia**

Es, pues, la contratación directa por situación de emergencia la categoría jurídica que — particularmente— nos interesa en cuanto al desarrollo de la presente investigación. Sobre el particular, no muestra, en realidad, cambios sustanciales con respecto a su regulación primigenia en artículo 22 de la Ley N.º 26850; ni —a nivel comparado— con relación a instrumentos internacionales<sup>41</sup>, o al procedimiento negociado sin publicidad español [también denominado contratación de emergencia] (García Álvarez, 2020, p. 13), el procedimiento negociado sin publicación italiano [también denominado contratación de suma urgencia o de protección civil] (Cozzio & Parisi, 2020, p. 26), la dispensa a la licitación pública por emergencia brasilera (Saideles Genro, 2020, p. 49) o la contratación de emergencia argentina (Muratorio, 2020, p. 63).

En todos estos ordenamientos, aunque se considere a la contratación directa como un procedimiento de selección excepcional; la contratación directa por situación de

emergencia se presenta como el procedimiento de selección más excepcional y restrictivo de todos.

Al punto de que constituirá no solo una contravención a la regla de carácter general de que la contratación pública debe tener que pasar obligatoriamente por cada una de sus tres etapas; sino también, a la regulación de la propia contratación directa (Pedreschi, 2015, pp. 166–167).

Y es que la contratación directa por situación de emergencia permite a las entidades prescindir, además de las actuaciones correspondientes a la etapa de selección (como es propio de las contrataciones directas), de la mayoría de actuaciones inherentes a la etapa de actos preparatorios<sup>42</sup>, del procedimiento regular para su aprobación y de los requisitos formales para el perfeccionamiento del contrato<sup>43</sup> (de conformidad con el artículo 100 del reglamento de la LCE). Bajo la única condición de que se regularicen dentro de un plazo máximo de —en principio— 10 días hábiles<sup>44</sup>, posteriores a la fecha de entrega del bien, primera entrega en caso de suministros, o inicio de la ejecución del servicio u obra.

En razón a su singular excepcionalidad, el ordenamiento jurídico habilita su utilización exclusiva en supuestos igualmente excepcionales vinculados con un estado público y notorio (que no necesite prueba) de particular peligro o riesgo para la seguridad, salubridad, defensa o seguridad de la población (Pedreschi, 2015, p. 166).

En este orden de ideas, tanto el literal b) del artículo 27 de la LCE, como el del artículo 100 de su reglamento, especifican que una contratación directa por situación de emergencia puede configurarse por: i) un acontecimiento catastrófico, definido como un acontecimiento de carácter extraordinario ocasionado por la naturaleza o la acción u omisión del obrar humano que genere daños afectando determinada comunidad; ii) una situación que afecte la defensa o seguridad nacional, por la que debería entenderse una circunstancia que amerite enfrentar agresiones de orden interno o externo que menoscaben la consecución de los fines del Estado; iii) una situación que suponga un grave peligro —debidamente comprobado— de ocurrencia inminente de alguna de las dos situaciones anteriores; o iv) una emergencia sanitaria, declarada como tal por el ente rector del Sistema Nacional de la Salud conforme a la ley de la materia.

Del mismo modo, dispone una serie de requisitos importantes —a modo de candados— para impedir su aplicación: i) la inmediatez y ii) la contratación de lo estrictamente necesario.

La inmediatez en la contratación refiere a que esta última, en atención a la urgencia de sus causales, tiene que darse –obligatoriamente– dentro de un plazo razonable, contado a partir de la ocurrencia del fenómeno que motivó la situación de emergencia.

A este respecto, podemos remitirnos al ejemplo previsto por Santofimio Gamboa (2000, p. 271):

Por ejemplo, en caso de terremoto, la urgencia manifiesta se justificaría para atender a los heridos, abrir las vías públicas, evitar epidemias, etc., pero no para reconstruir la ciudad, construir palacios municipales o demás asuntos por el estilo. Tendría asimismo causa ilícita acudir a la urgencia manifiesta para la realización de obras o la prestación de servicios que darían tiempo para escoger al contratista a través de licitación pública o la contratación directa, como, por ejemplo, la reconstrucción de la muralla vial de una ciudad, la ampliación de un acueducto, la compra de vehículos, etc.

Conectado con lo anterior, el requisito de la contratación de lo estrictamente necesario implica que —tal y como sucede para el caso de la contratación directa por situación de desabastecimiento— únicamente se contrate aquello que sea rigurosamente indispensable para superar la situación que se originó. Es decir, los bienes, servicios en general, consultorías u obras que resulten imprescindibles para la prevención de los efectos del evento futuro próximo a producirse o la atención de los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido. Debemos entender, por lo tanto, que –de corresponder– la entidad contratará bajo un procedimiento de contratación competitivo los demás bienes, servicios en general, consultorías u obras que requiera.

## **CAPÍTULO 5: APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN, PRESENTACIÓN DE HALLAZGOS Y ANÁLISIS**

Este capítulo se enfoca en la aplicación de la metodología referida al problema de investigación: la irregularidad en la elección de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico durante el periodo comprendido entre abril de 2020 a diciembre del 2021. Que —recordemos— vino dado por la calificación que hizo el OSCE de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico en el Comunicado N.º 11-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional, de fecha 26 de abril de 2020.

Problemática que se agravó por la falta de criterios o parámetros con los que evaluar la sustentación de su elección, en los informes técnico y/o legal, a los que las entidades

se encuentran obligados de acuerdo con el literal b) del artículo 100 del reglamento de la LCE.

En ese sentido, empezaremos (como precisamos) con el ejercicio de una metodología dogmática, para estudiar —desde una perspectiva teórica— la viabilidad de circunscribir al COVID-19 dentro de los alcances del acontecimiento catastrófico, teniendo en cuenta que: i) ya existiría una causal presuntamente aplicable: la de emergencia sanitaria; y ii) en la medida de lo posible, necesitamos determinar el momento específico a partir del cual podría haberse producido la desnaturalización de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico.

Dilucidada, en este contexto, la relevancia de los principios —para nosotros— generales de evitación del daño: el principio precautorio y el de prevención; desentrañamos si en la realidad, mediante la aplicación de una metodología mixta, se verificaron los parámetros y condiciones necesarios para corroborar la hipótesis.

### **Aplicación de la metodología dogmática**

Precisa —con razón— Meilán Gil que, en consideración al dinamismo que lleva consigo el particular apego que mantienen entre sí la política y el derecho administrativo, es especialmente relevante la construcción de una serie de herramientas dogmáticas y categorías jurídicas que nos permitan, de un modo estable y duradero, el sometimiento de la actividad realizadora de los poderes públicos al servicio del interés general<sup>45</sup> (2011, p. 30). De ahí la importancia de mantener su sistematización<sup>46</sup> frente a todo tipo de pragmatismo o arbitrio que pretenda implementar soluciones a problemas jurídicos sin un mínimo de correspondencia o compatibilidad con sus postulados<sup>47</sup> (2011, p. 114). Y es que, una respuesta flexible, no tiene por qué ser también una respuesta improvisada (Vignolo Cueva, 2022, p. 28).

En esta línea, una de las principales desavenencias que tenemos con la calificación de la COVID-19 efectuada por el OSCE es que se muestra —en dos momentos— como incompatible con todo lo que (como hemos visto en el capítulo anterior) se ha teorizado sobre la justificación de las excepciones a los procesos de libre competencia, y su utilización, en ese sentido, de manera estricta y restrictiva en correspondencia con dichos fundamentos o presupuestos (Ibáñez, 2003, p. 127).

## Sobre la primera dificultad: la calificación de la COVID-19 al momento de la emisión del Comunicado N.º 11-2020

Y es que, en efecto, ya desde un primer momento (el de la emisión del Comunicado N.º 11-2020) teníamos una dificultad lo suficientemente intrincada: la COVID-19 ya había sido subsumido con anterioridad, mediante el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA<sup>48</sup>, a la causal de emergencia sanitaria. Y esta lectura era, además, acorde con los precitados artículos 6, literal e) del Decreto Legislativo N.º 1156, y 5, numeral 5 de su reglamento; que definen —expresamente— a una pandemia declarada por la OMS como una de las causales que constituyen una emergencia sanitaria<sup>49</sup>.

En este punto es importante dejar en claro, en primer lugar, que la emergencia nacional y la emergencia sanitaria son dos conceptos completamente distintos e independientes, aunque en casos excepcionales como este, complementarios.

La primera —a la que hicimos mención en el capítulo 2— fue declarada mediante Decreto de Urgencia N.º 044-2020-PCM (sucesivamente prorrogado hasta el 27 de octubre de 2022), tiene como fundamentos legales al numeral 1 del artículo 137 de la Constitución Política del Perú que regula los estados de excepción y al artículo XII del Título Preliminar de la LGS, y se encontró destinada a la reducción del incremento del número de contagios por COVID-19, mediante la restricción del ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y a la seguridad personal, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión o de tránsito; con el apoyo de las fuerzas armadas (Asociación Médica Peruana, 2022; Dávila, 2020).

No obstante que, de acuerdo con su artículo 4, se garantizaba: la adquisición, producción y abastecimiento de alimentos, productos farmacéuticos y combustible; la asistencia a servicios de salud, el cuidado de personas dependientes o en situación de vulnerabilidad, los servicios de entidades financieras, seguros y pensiones; los servicios prestados por hoteles y centros de alojamiento con la exclusiva finalidad de cumplir con la cuarentena, así como los servicios que presten los medios de comunicación y call center; entendiéndose que todas las demás actividades que no se encontraran vinculadas con la situación de emergencia, fuesen indispensables en términos productivos o industriales, o tuvieran que realizarse obligatoriamente por caso fortuito o fuerza mayor; quedaban suspendidas (Barchi Velaochaga, 2020, p. 25).

La emergencia sanitaria, en contraposición, tiene una finalidad ligeramente distinta: la protección de las condiciones sanitarias destinadas a proteger la salud y condiciones de vida de los pobladores (Asociación Médica Peruana, 2022; Dávila, 2020). En este

contexto, tanto el TUO de la LCE como su reglamento, definen a la emergencia sanitaria como aquella situación declarada como tal por el ente rector del sistema nacional de salud y conforme a la ley de la materia.

Esta situación no puede sino encontrarse referida a la promulgada a nivel nacional por el plazo de 90 días calendario<sup>50</sup> (el mismo día en el que la OMS declaró que la COVID-19 constituiría una pandemia), mediante Decreto Supremo N.º 008-2020-SA, debidamente refrendado por la ministra de salud en su calidad de autoridad en salud, en los términos del artículo 79 de la LGS y conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N.º 1161<sup>51</sup> (Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud).

Si esto es así, resulta una contravención al principio lógico-jurídico de tercero excluido o de no contradicción<sup>52</sup> pretender como lo hace el OSCE —explícitamente, en la Guía de Orientación: Contratación Directa (OSCE, 2021, p. 3)— que la COVID-19 es también un acontecimiento catastrófico. Porque se estarían previendo frente a un mismo evento dos causales distintas con efectos contradictorios (Nevárez Moncayo et al., 2020, p. 439).

Y es que, por definición (y concordancia con lo dispuesto en los artículos 23 y 20 del Decreto Legislativo 1156 y su reglamento, respectivamente) la emergencia sanitaria siempre plantea una doble limitación: subjetiva, en cuanto a las entidades interventoras (susceptibles de utilizar la causal), y objetiva, con relación a los bienes y servicios necesarios para afrontar la emergencia.

De ahí que cuando el Decreto Supremo N.º 008-2020-SA declaró la emergencia sanitaria, también exhortó —entre otras medidas— al MINSA a que, dentro del plazo de 72 horas, apruebe mediante decreto supremo el plan de acción y la relación de bienes y servicios necesarios para enfrentar la pandemia por parte del Instituto Nacional de Salud, EsSalud, CENARES, el propio MINSA y las sanidades de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú, así como sus entidades adscritas.

Lo que finalmente se hizo mediante Decreto Supremo N.º 010-2020-SA, de fecha 14 de marzo de 2020 (modificado posteriormente por Decreto Supremo N.º 012-2020-SA); en el que se precisó, en su anexo II (y su modificatoria el Decreto Supremo N.º 029-2020-SA), la relación de bienes y servicios a ser requeridos por las actividades de la emergencia sanitaria.

Sin embargo, no sucede lo mismo con la causal de acontecimiento catastrófico. Que, al no estar condicionada a ningún tipo de declaración ni norma alguna, tal y como señala el OSCE, es una causal más amplia y general. Lo que significa que puede aplicarla cualquier entidad y con respecto a cualquier objeto contractual, en el marco de sus competencias; incluso —tajantemente— con respecto a los objetos contractuales que no hayan sido incluidos en el Plan de Acción y Relación de bienes y servicios y sus modificaciones (OSCE, 2021, p. 3).

Sobre la segunda dificultad: la calificación de la COVID-19 con posterioridad a la emisión del Comunicado N.º 11-2020

Mención aparte requiere el segundo momento, representado por el hecho de que la COVID-19 haya dejado de poder ser calificada como un acontecimiento catastrófico.

Habíamos referido antes, en el capítulo 3, que si bien el acontecimiento catastrófico se encuentra claramente definido en el numeral 1 del literal b) del artículo 100 del reglamento de la LCE; ello no quiere decir que este cuerpo normativo (ni ningún otro) haya contemplado, al mismo tiempo, que pudiera mantenerse durante un periodo tan largo de tiempo.

De ahí que, con respecto a la COVID-19, sea tan difícil la evaluación de los —por nosotros— denominados requisitos o candados para la configuración de la contratación directa por situación de emergencia: la inmediatez y la contratación de lo estrictamente necesario.

Como vimos, la inmediatez en la contratación directa por situación de emergencia está pensada para el aseguramiento de la necesidad que determinó su configuración como tal, pero ¿cómo podría determinarse aquella con respecto a necesidades que son, más bien, inmanentes, y que vienen perdurando en el tiempo por un periodo mayor al año?

Evidentemente resultarían insuficientes en este aspecto la contratación de prestaciones adicionales, la contratación complementaria o la modificación convencional.

Las prestaciones adicionales por el máximo de 25% que suponen con respecto al monto del contrato original, la contratación complementaria porque se encuentra proscrita para las contrataciones directas, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 101 del reglamento de la LCE; y la modificación convencional porque, en el marco del artículo 34, numeral 10 del TUO de la LCE, al igual que la contratación complementaria, requiere de la aparición de hechos sobrevinientes a la presentación de las ofertas (a este respecto la opinión 132-2017/DTN).

Lo mismo con respecto al candado de la contratación de lo estrictamente necesario, que compele a las entidades a la utilización exclusiva de la contratación directa por situación de emergencia en aquello que fuera imprescindible para la satisfacción de la necesidad (y que, como vimos, resultaba también aplicable a la situación de desabastecimiento): ¿cómo puede determinarse la contratación de lo estrictamente necesario en la satisfacción de una necesidad que —seguramente— va a seguir presentándose a lo largo del año, o incluso excediendo este periodo de tiempo?

#### Un análisis de la extraordinariedad

En este contexto se sostiene que la COVID-19, ha dejado de ser un acontecimiento catastrófico porque ha dejado de cumplir con uno de los requisitos fundamentales para su configuración: la extraordinariedad.

Sobre el particular, ya desde el lenguaje coloquial, era posible sostener que la COVID-19 haya dejado de ser un acontecimiento extraordinario, para convertirse en uno ordinario, sobre la base de la consideración de que —a casi dos años desde que, en nuestro país, fuera diagnosticado el primer caso confirmado de COVID-19 (6 de marzo de 2020)— este último se ha transformado en algo con lo que debemos lidiar dentro del orden o regla natural común, que es la definición de lo ordinario según la RAE. Hablándose incluso en los medios de comunicación, nacionales e internacionales, de una nueva normalidad (Biernath, 2022).

En razón de ello, mediante la conceptualización jurídica, llegamos a la misma conclusión.

Si bien podría considerarse que existen determinadas particularidades en cuanto a su definición, dependiendo de la rama del ordenamiento jurídico y de las instituciones que se utilicen como referencia; al nivel general de cualquiera de los *ius commune*<sup>53</sup>, existe una noción lo suficientemente uniforme de la extraordinariedad, para la determinación<sup>54</sup> del caso fortuito o la fuerza mayor, ambos eximentes de responsabilidad civil<sup>55</sup> o administrativa<sup>56</sup>.

Así, tal y como señala De Trazegnies, una mejor forma de aproximarnos al fenómeno de la extraordinariedad desde lo jurídico es, no tanto a partir de la consideración de lo inusual o poco común que pudiera resultar un evento (por la ambigüedad o vaguedad de los conceptos); sino, del análisis de la tipicidad o atipicidad del fenómeno con relación al específico giro del negocio o actividad económica que desarrolle una persona a quien se le pueda imputar responsabilidad (2001, pp. 336–338).

De esta manera, por ejemplo, con respecto a la configuración en los hechos de un fenómeno de ruptura de nexo causal susceptible de dispensar a una persona de tener que asumir responsabilidad civil<sup>57</sup> o administrativa, De Trazegnies precisa lo siguiente:

(...) podríamos decir que los daños producidos por [una] bomba [dentro de un cine] son un caso fortuito [que eximiría de responsabilidad a la empresa propietaria del cine por los daños resultantes] porque el riesgo de terrorismo es atípico para una actividad de exhibición de películas. Pero si el incendio dentro del cine se hubiera producido porque la colilla arrojada por un espectador incendió las cortinas y convirtió al local en una hoguera, el empresario sería responsable, aunque pudiera probar que ejerció la mayor diligencia y que de ninguna manera existe culpa de su parte; porque en este caso estaríamos ante un riesgo típico de la exhibición cinematográfica. Dentro de este orden de ideas, la bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador (aun si se prueba la ausencia de culpa de la empresa exhibidora), no lo sería (De Trazegnies, 2001, p. 338).

Desde este punto de vista, si bien hubiera podido resultar razonable (fuera de las consideraciones esbozadas en el apartado anterior sobre la calificación de la COVID-19 al momento de la emisión del Comunicado N.º 11-2020) que la COVID-19 fuera categorizado por el OSCE como un supuesto de acontecimiento catastrófico, sobre todo durante los primeros meses de propagación de la enfermedad; a finales de 2020 (fecha en la que se escriben las presentes líneas) atendiendo a que constituye un riesgo típico de cualquier actividad, definitivamente ha dejado de poder ser clasificado como tal.

Así como nadie podría (o debería) alegarlo como un eximente de responsabilidad civil para justificar un incumplimiento o un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (Nessar & Ruocco, 2020, p. 75); o, como un eximente de responsabilidad administrativa, frente a la comisión de una infracción relacionada —por ejemplo— con la prevención de su contagio; teniendo en cuenta su ordinariedad<sup>58</sup>. No debería tampoco poder ser utilizado como un justificante para la utilización de la contratación directa por situación de emergencia, que como precisamos en el capítulo 4, es un procedimiento de selección doblemente excepcional.

### **Discusión de hallazgos de la metodología dogmática**

Dicho esto, es importante considerar que si bien el ejercicio de la metodología dogmática nos ha permitido dejar en claro que la COVID-19, a finales de 2020, ha dejado de poder ser catalogada como un supuesto de acontecimiento catastrófico y que se encuentra injustificado el uso de la contratación directa por situación de emergencia bajo esta causal; i) no se ha terminado de resolver, bajo parámetros jurídicos, el problema de la

conurrencia de las dos causales existentes para su utilización, con efectos jurídicos contradictorios entre sí, ii) ni se ha establecido desde cuándo podría haberse producido dicha desnaturalización.

Lo primero a consecuencia de que la aquiescencia que podríamos tener (al menos en un comienzo) con respecto a la calificación de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico debido a su extraordinariedad; nada nos dice, en términos jurídicos, sobre si este parámetro debería o no prevalecer con relación a la subsunción del mismo fenómeno, pero dentro de la causal de emergencia sanitaria.

Máxime cuando esta última interpretación no solo es más acorde con todo el espectro de decretos de urgencia que, como vimos en el apartado anterior: Situación problemática y formulación del problema, del capítulo 1: Planteamiento del Problema de investigación; también planteaba limitaciones subjetivas y objetivas (además de las circunstanciales). Sino que al mismo tiempo se trata de una calificación legal (incluso debidamente reglamentada).

Y es que con respecto a la calificación del OSCE de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico, por más de que, a tenor del título del propio comunicado y las funciones que de acuerdo con el ROF del OSCE le corresponden a la DTN, no fuera más que el resultado de uno en ejercicio de la función administrativa consultiva<sup>59</sup>, es decir, para el asesoramiento no vinculante de aquellas entidades que ejerzan una función administrativa activa (Dromi, 2005; Franco Arias, 2015); la sola emisión de un comunicado de este tipo debiera, por lo menos, generarnos una sensación de extrañeza, pues, estos últimos —en principio— solo deberían importar la comunicación o publicidad de disposiciones jurídicas previas<sup>60</sup>.

Pensar de otro modo mermaría severamente la seguridad jurídica<sup>61</sup> de los administrados toda vez que se le exigiría el estar pendientes no solo de las disposiciones que periódicamente se publican en el diario o boletín oficial: El Peruano, sino también de las páginas web o redes sociales de las entidades en dónde, entre otras muchas cosas, podrían encontrar información jurídica relevante.

Aunque sea verdad que, en la misma línea de lo resuelto en “I Pleno Jurisdiccional en Materias Constitucional y Contencioso Administrativo de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema”, en nuestro ordenamiento jurídico podamos encontrar incluso resoluciones, comunicados o decretos que —con vocación de permanencia— modifiquen, innoven o deroguen el ordenamiento jurídico de manera directa, general y abstracta o no consuntiva<sup>62</sup> (Gordillo, 2013; J. Morón Urbina, 2003) cuando en estricto las resoluciones, ni mucho menos los comunicados, deberían poder

hacerlo porque no tienen naturaleza normativa<sup>63</sup>, y los decretos son, únicamente, el instrumento para su publicación<sup>64</sup>.

Lo mismo con respecto al segundo punto. No obstante que reflexionar sobre la extraordinariedad de un acontecimiento en términos de su habitualidad con respecto a la actividad administrativa, nos arroja mayores luces a la hora de determinar si debería o no ser clasificado como catastrófico; ello no significa que nos posibilite determinar, de un modo general (para todas las entidades) y con un mayor grado de exactitud, desde cuándo ese mismo acontecimiento habría dejado de serlo.

Y esto último es muy importante de cara a su supervisión porque por más información que sea suministrada por las entidades a los órganos de control, y/o observaciones que realice el OSCE en cuanto a, por ejemplo, la insuficiencia o inexistencia de informes técnicos y legales, la invocación de normas que no le son aplicables a la entidad, la precisión del agotamiento o no del requerimiento, o la ausencia de programación en el PAC; sigue siendo muy difícil (al menos a futuro<sup>65</sup>) encontrar una forma de controlar el error, la arbitrariedad y/o las desviaciones ilícitas<sup>66</sup> de una decisión de gestión<sup>67</sup> y, en ese sentido, de minimizar los riesgos que supone frente a los principios jurídicos de la contratación pública que desplaza, a saber: principalmente: la libertad de concurrencia y competencia<sup>68</sup>, la igualdad de trato<sup>69</sup>, la integridad<sup>70</sup> y la transparencia<sup>71</sup> (Alvarado León, 2021; Díaz Bravo, 2020; Linares Jara, 2008; J. C. Morón Urbina, 2016, 2020, 2022).

Ciertamente, detrás de cada uno de los principios licitatorios específicos o, en general, de los de la contratación pública, subyacen siempre —con independencia de la forma en la que han sido conceptualizados— normas de naturaleza constitucional relacionadas con la necesidad de: i) generar competencia efectiva en la contratación; o (ii) lograr mejores resultados en la compra pública (Ipenza Peralta & Becerra Farfán, 2017; Linares Jara, 2008; Moreno Molina, 2015; Retamozo Linares, 2013). Y esto es lo que precisamente se restringe con la supresión de la etapa de selección y regularización de los actos preparatorios<sup>72</sup> en la contratación directa por situación de emergencia, cuando lo determinante es la brevedad, la discrecionalidad o el trato directo con el proveedor (J. C. Morón Urbina, 2016, p. 337).

Peor aun cuando se prohíbe, para la contratación directa, la interposición de mecanismos impugnatorios administrativos que sí están permitidos en otros procedimientos de selección, como las observaciones a las bases y la apelación de los actos de formación, adjudicación y/o perfeccionamiento del contrato [sea ante el titular

de la entidad o el OSCE<sup>73]</sup> (J. C. Morón Urbina, 2022, p. 196); o en distintas legislaciones<sup>74</sup> como la de Brasil, para el análisis de los presupuestos de la dispensa de la licitación por emergencia (Saideles Genro, 2020, p. 50).

Complicándose, en este sentido, la realización de un control participativo, preventivo, oportuno y efectivo por parte de los ciudadanos que asegure: i) a los administrados, el no tener que recurrir a las instancias del Poder Judicial, con todas las complicaciones que ello supone en términos de que no se resuelva en un plazo razonable, solo tenga implicancias al nivel del reconocimiento de una indemnización, etcétera; y ii) a la propia administración, la selección de la oferta más conveniente y el restablecimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos (Díaz Bravo, 2020; Linares Jara, 2008; J. C. Morón Urbina, 2020, 2022).

#### Introducción a los principios generales de evitación del daño

A partir de ello es importante señalar que si bien es cierto que las normas —por sí solas— no se encuentran en la capacidad de evitar que estos riesgos sucedan, sí que pueden cuanto menos, como señala Linares Jara citando a Héctor Mairal, ayudar a evitarlos, dejando de ser el origen de los mismos y/o suprimiendo o atemperando sujeciones, obstáculos, formalismos o poderes exagerados de la Administración Pública que, a la postre, pueden significar arbitrariedad de la Administración Pública o indefensión de los particulares (Linares Jara, 2021b).

En ese sentido, aprovechando que —como hemos visto en el capítulo 4— los conceptos jurídico administrativos no tienen por qué ser estáticos, sino que se encuentran, más bien, sujetos a un constante desarrollo dependiendo de las necesidades del sistema normativo o, como decía la STC N.º 005-2003-AI/TC, al régimen jurídico aplicable y/o lo que establezca con respecto a ellos en la jurisprudencia o la doctrina pertinente; sorteamos cada una de las dificultades anotadas afrontando la que consideramos su principal fuente: la ausencia de una fundamentación conceptual lo suficientemente rigurosa que nos permita evaluar, con cierto margen de precisión, uno de los pocos (pero aun así determinantes) aspectos que se pueden controlar en el marco de una contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico: la motivación de su elección; por medio de una interpretación de la extraordinariedad acorde con el parámetro de la certeza, extraído a partir de la dicotomía existente entre los principios de evitación del daño.

Y es que, independientemente del anteriormente referido (en la nota al final n.º 17) reconocimiento expreso o no de la categoría jurídica del contrato administrativo, lo cierto

es que en nuestro país —ni para la doctrina, el OSCE o el Ministerio de Justicia— queda la menor duda de que las actuaciones que se desarrollen en el marco de los procedimientos correspondientes a las etapas de actuaciones preparatorias o la fase de selección, son actos administrativos<sup>75</sup> y —en ese sentido— tanto a la resolución que aprueba la contratación directa como a cualquier otro acto que se desenvuelva en el marco de las anteriores dos etapas, les resulta plenamente aplicable el régimen sustantivo del TUO de la LPAG o en su caso la LCE. Debiendo —cuando menos— seguir un procedimiento normativo previo a su emisión, mantener un régimen general de notificaciones y, en lo que nos interesa, ser obligatoriamente motivados, en este caso en los informes técnico y/o legal, según el literal b) del artículo 100 del reglamento de la LCE; y de conformidad con el numeral 4 del artículo 3 de la LPAG y su artículo 6, y el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los exp. 03891-2011-AA/TC (parágrafo 17) y 03399-2010-PA/TC [parágrafo 5] (Herrera Guerra, 2018).

A este respecto, la forma en la que —tradicionalmente— se entienden los principios se encuentra condicionada inevitablemente por las relativamente antiguas polémicas vinculadas con la predominancia o subordinación entre los sistemas de normas-regla y los modelos de normas-principio.

Sobre el particular, Robert Alexy —sobre la base de la propuesta de Dworkin— decía ya desde finales del siglo pasado que, si bien en un modelo de normas-principio, el sistema jurídico se encuentra comprendido no solo por normas-regla sino también, y de un modo considerable, por principios jurídicos; estos últimos —a diferencia de lo que pensaba Hart— deberían permitir igualmente la existencia de una única respuesta correcta en los casos en los que las normas-regla no la determinen. Y la única respuesta correcta o verdadera sería aquella que mejor se pueda justificar en su correspondencia con la Constitución, las reglas del Derecho o sus precedentes, por medio de una teoría substantiva como la ponderación (Alexy, 1993, p. 8).

En este orden de ideas, los principios —a diferencia de las reglas— son normas inmediatamente finalistas, prospectivas y/o con pretensión de complementariedad y parcialidad, al establecer una suerte de correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción (Avila & Sánchez, 2011, p. 70). Consiguientemente, no se limitan a la resolución de los problemas de lagunas, analogía o equidad, sino que también cumplen una función interpretativa o un carácter informador del ordenamiento jurídico dotado por el carácter normativo de la Constitución o, en nuestro contexto, el propio TUO de la LCE cuando establece en su artículo 2 que (bajo responsabilidad según su artículo 9 las

contrataciones deben desarrollarse con arreglo a los principios establecidos en ella, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales del derecho público que resulten pertinentes (Alvarado, 2019; Meilán Gil, 2011).

Así las cosas, como señala Gorosito, si bien para el caso de la mayoría de principios jurídicos su promulgación se efectúa a partir de la realización de un proceso inductivo con respecto a otras instituciones; para el caso de los principios de raigambre ambiental —como el de los precitados— su desarrollo se encontrará vinculado con la implementación de un proceso inverso (es decir, deductivo) con relación a otros de su misma clase (normalmente consagrados en la Declaración de Estocolmo de 1972, la Carta Mundial de la Naturaleza de 1982 o la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992<sup>76</sup>); o los denominados: principios generales o inmanentes al derecho (2017, pp. 111–112).

Y, de entre las distintas clasificaciones que reciben los principios ambientales en, por ejemplo, básicos u operacionales, sustanciales o procesales, estructurales o funcionales; nos es particularmente relevante aquella clasificación que distingue los principios que rigen la evitación del daño, de los que tienen que ver con la restauración de lo dañado, o se derivan del principio de contaminador-pagador: el precautorio o de precaución (también denominado de cautela) y el preventivo o de prevención (Gorosito, 2017, pp. 111–112).

#### Sobre la primera dificultad advertida y el principio precautorio

Típicamente, suele remitirse a la “Vorsorgeprinzip” alemana de los años 70 (Gorosito, 2017, p. 120), la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 que dispuso la obligación del Estado de evaluar los efectos potenciales de las actividades relacionadas con la polución (Lorenzetti, 2008, p. 81), o al principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; para explicar el origen del principio precautorio.

Sin embargo, lo cierto es que con la llegada de la modernidad, por la importancia de su contenido y alcance, ha sido definido en una serie importante de tratados internacionales<sup>77</sup> que lo fueron recogiendo a lo largo del tiempo (Tacuri Hidalgo & Valarezo Román, 2019; Villafañe, 2020).

Mientras que en nuestro país se encuentra recogido de manera idéntica a como lo está en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, en el artículo 7 de la Ley N.º 28611 (Ley General del Ambiente) y el artículo 5 de la Ley N.º 28245 (Ley General del Sistema Nacional de Gestión Ambiental).

Y, con otro tenor, en el artículo 108 de la Ley N.º 29763 (Ley Forestal y de Fauna Silvestre), el artículo 139 del Decreto Supremo N.º 018-2015-MINAGRI (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la Gestión de Forestal), y el artículo 111 del Decreto Supremo N.º 019-2015-MINAGRI (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la Gestión de la Fauna Silvestre).

No obstante, su desarrollo constitucional en múltiples sentencias como la STC N.º 0048-2004-PI/TC, en su fundamento 18.

A partir de ello se le puede definir como aquella respuesta que se organiza, jurídicamente, frente a un escenario de incertidumbre científica, para facultar a los Estados a prohibir o restringir determinados comportamientos cuando representen, al menos por medio de indicios razonables<sup>78</sup>, un peligro de daño grave o irreversible para alguno de los bienes que el ordenamiento jurídico esté fuertemente llamado a proteger, típicamente, el medio ambiente, pero también por ejemplo la salud (Cafferatta, 2004; Gorosito, 2017; Vargas-Chavez & Amparo Rodríguez, 2017).

Esto último a consecuencia de que por su marcada preeminencia antropológica se ha ido acercando a otras materias relacionadas ya no solo con el medio ambiente sino también con la salud o integridad de las personas, sin menoscabo de la bioseguridad, el comercio internacional o incluso la protección animal (Artigas, 2006; Fabbricotti, 2015; Gorosito, 2017).

Y es que, en efecto —contemporáneamente— dentro de los riesgos más representativos en esta materia podemos encontrar los riesgos sanitarios y los derivados de nuevos virus y enfermedades (Granja-Arce, 2017, pp. 11–17).

De ahí que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en la STC 3510-2003-AA/TC, fundamento 4; o la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-23/17, de fecha 15 de noviembre de 2017, vincularan el principio de precaución con la obligación de los Estados de proteger el derecho a la vida y la integridad personal, de conformidad con lo regulado en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, pp. 50–73).

En atención a ello, es posible sostener que, durante los primeros meses de la propagación de la enfermedad, era completamente legítimo que, siguiéndose la línea de muchos países como Italia (Cozzio & Parisi, 2020, pp. 18–19), España (García Álvarez, 2020, p. 12), Argentina (Muratorio, 2020, p. 59), Brasil (Saideles Genro, 2020,

p. 47), Uruguay (Nessar & Ruocco, 2020, p. 73) o Chile (Díaz Bravo, 2020, p. 83); se ejerciera un conjunto de actividades e instrumentos legales, relacionados con las atribuciones de la policía profiláctica (o preventiva) y represiva, para identificar, detectar y evitar el contagio de COVID-19 (vg. vacunas, limitación de ingresos a países, etc.) y/o mitigar su impacto<sup>79</sup> [vg. cuarentenas, aislamientos, clausuras de locales, etc.] (Vignolo Cueva, 2022, p. 26).

Pues, pese a que la eficacia de estas medidas se estimaba, pero no se podía asegurar<sup>80</sup> (Vignolo Cueva, 2022; Villafañe, 2020) existía un riesgo de daño grave e irreversible para la salud o integridad de las personas, cuanto menos<sup>81</sup>; así como un panorama de total incertidumbre<sup>82</sup> con respecto a —entre otros— la identificación de su genoma, sus mecanismos de propagación, como infecta las células humanas, la fiabilidad de los test diagnósticos, el tipo de enfermedad que causaba en los humanos, los tratamientos que requeriría y las estrategias en salud pública a adoptar. Agravada por la sobreexposición a la información a través de los medios electrónicos y redes sociales (Cañelles López & Jimenez Sarmiento, 2021; Cardenas Bras, 2021; Casasola, 2020; Rey et al., 2020).

Pero, algo sobre lo que todavía no se ha puesto suficiente énfasis es en que la calificación, en el Comunicado N.º 011-2020, de la COVID-19 como un supuesto de acontecimiento catastrófico que habilita a la contratación directa por situación de emergencia se legitima —incluso por sobre la causal de la situación de emergencia— en términos jurídicos, precisamente, por este mismo principio.

Y es que, efectivamente, no es más que el reflejo de aquellas medidas que se adoptaron en otros ámbitos para paliar los efectos de la COVID-19, por ejemplo, mediante confinamientos y distanciamiento social, restringiendo el libre tránsito, el derecho a la reunión, al trabajo o a la educación; pero aplicado al ámbito de la contratación pública.

Efectivamente, antes que cerrarle la posibilidad a la gran mayoría de entidades de contratar directamente por situación de emergencia los bienes, obras o servicios que, bajo su consideración, pudieran necesitar para mitigar los efectos de la COVID-19 y/o de sus consecuencias, lo más acorde con el principio precautorio sería que más bien se les permitiera, de forma tal que tuviéramos un procedimiento lo suficientemente flexible como para que se pudiera contratar todo lo que pudiera evitar el daño grave o irreversible, en este caso—principalmente— a la salud.

Después de todo, las entidades a las que hacía mención el Decreto Legislativo N.º 1156 y su reglamento, no eran las únicas que fueran a necesitar de un mecanismo célere y

eficaz que les permitiera, en este contexto, sobrellevar los efectos desastrosos que venía causando la pandemia.

### Sobre la segunda dificultad advertida y el principio preventivo

El segundo problema era determinar en qué momento luego de acaecidos los primeros meses de la pandemia dejamos de encontrarnos frente a un escenario de incertidumbre científica. Y aquí es donde consideramos aplicable la otra cara de su misma moneda dentro de los principios de evitación del daño, el principio preventivo.

Este último principio, mucho más antiguo que el principio precautorio, a nivel de los tratados internacionales, se encuentra recogido de la misma manera en el principio 21 de la Conferencia de Estocolmo de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972 y el principio 2 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de 1992; para destacar la obligación de los Estados de prevenir el daño, sin importar la jurisdicción en donde se materialice.

Pero al nivel del derecho interno, por su parte, tenemos también importantes dispositivos normativos que lo reconocen, como el artículo IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, sin perjuicio de su interesante desarrollo a nivel constitucional en trascendentales sentencias como la STC N.º 1206-2005-AA/TC, en su fundamento 6.

En función a ello, puede definírsele como el que refiere a la necesidad, ineludible en la actualidad, de implementar mecanismos para la prevención de un daño futuro, en lugar de simplemente dedicarse a la reparación del daño, allí donde se cuente con el conocimiento técnico necesario de que este último pudiera ocurrir. Atendiendo a las actividades de control a las que la Administración Pública se encuentra obligada<sup>83</sup> (Leiva, 2020; Moya Marchi, 2013, p. 182).

De ahí que sea prácticamente transversal a cada una de las ramas del ordenamiento jurídico. Así, independientemente del derecho ambiental<sup>84</sup>, podemos encontrar manifestaciones de él en campos tan disímiles como, por ejemplo, los del derecho administrativo<sup>85</sup>, el derecho civil obligacional<sup>86</sup>, la responsabilidad civil extracontractual<sup>87</sup>, el derecho laboral<sup>88</sup>, el derecho penal<sup>89</sup> o el derecho procesal<sup>90</sup>.

Dicho esto, sostenemos que el principio precautorio fue desplazado por el principio preventivo porque —como hemos visto— el primero tiene como presupuesto jurídico base un escenario de incertidumbre científica con respecto a un riesgo de ocurrencia de daño grave o irreversible a alguno de los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento

(Gorosito, 2017, p. 120). Pero, como veremos, en el ámbito contractual, esto último es lo que ha desaparecido.

Sobre este aspecto, podemos remitirnos al fundamento 4 de la STC 3510-2003-AA.

El "principio precautorio" o también llamado "de precaución" o "de cautela" se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. **Este** [el principio de prevención] **exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente.** [Sin embargo] **aquel** [el principio precautorio] **opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos** [el destacado es nuestro].

Y es que, si bien entre los años 2019 y mediados de 2020, hubo importantes avances en cuanto a la identificación, caracterización y mecanismos de contagio del virus, de manera que —por ejemplo— se identificó la secuenciación de su genoma, se estableció su pertenencia a la familia de los coronavirus (que también causaron los brotes de SARS en 2003 y MERS en 2012), y se determinó que se contagiaba principalmente de persona a persona a través de pequeñas partículas líquidas expulsadas por una persona infectada al toser, estornudar, hablar, cantar o respirar; aunque también que podía sobrevivir en superficies durante horas o incluso días. Fue recién para finales de 2020 en donde se marcó un hito importante en cuanto a su entendimiento. Llegándose incluso a aprobar y distribuir vacunas como las de Pfizer-BioNTech, Moderna, Johnson & Johnson, AstraZeneca-Oxford y Sinopharm en todo el mundo que, entre otras, demostraron ser altamente efectivas para prevenir la enfermedad.(OMS, 2021a).

Y este escenario de certidumbre científica fue precisamente lo que se logró traducir — como verificaremos en el siguiente apartado— al ámbito contractual público durante esa misma época, por medio de una de las actuaciones fundamentales no solo de los actos preparatorios sino también del proceso de contratación pública en general: el requerimiento.

Es, pues, con relación a ello que sostenemos la finalización de la situación de extraordinariedad de la COVID-19 que motivó y legitimó, excepcionalmente, la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico. Y, a partir de ello, el restablecimiento al régimen general de contratación pública de la COVID-19. Sin que, tal y como sucede en Uruguay, sea necesario siquiera dictar un nuevo acto administrativo en ese sentido (Nessar & Ruocco, 2020, p. 79).

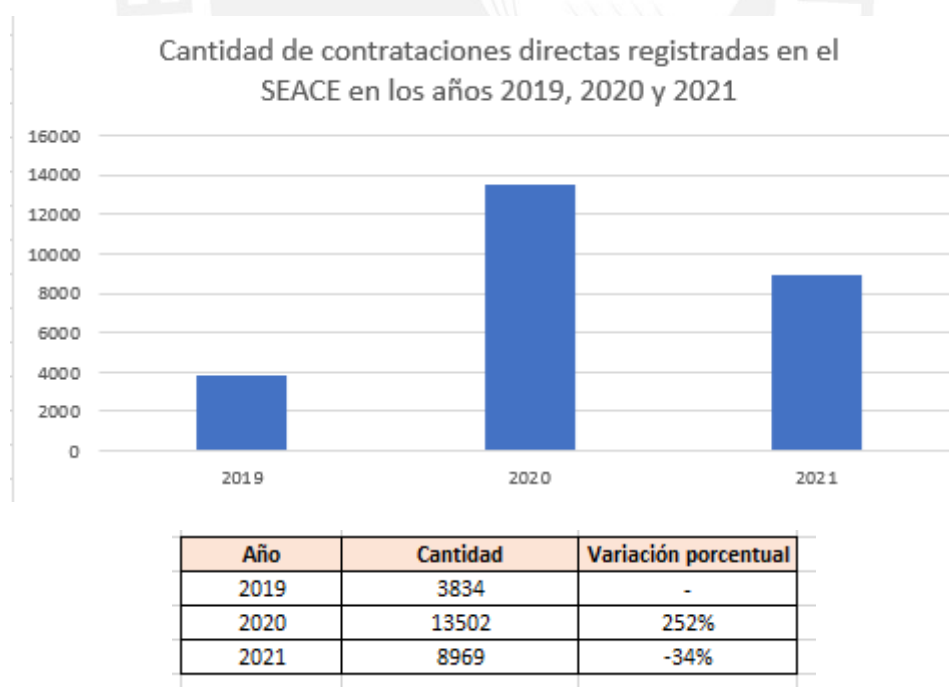
### **Aplicación de la metodología mixta**

En este contexto, por medio de la aplicación de una metodología mixta que nos permita combinar tanto las herramientas cuantitativas como las cualitativas de investigación, verificamos cada uno de los factores relacionados con esta incertidumbre en el ámbito de la contratación pública para corroborar la hipótesis.

### **Incidencia del Comunicado N.º 011-2020 en la contratación directa**

En ese sentido, en primera instancia, debemos evaluar la incidencia del Comunicado N.º 011-2020 en la contratación directa, ya que esto nos permitirá analizar cómo las condiciones acaecidas durante los años 2019, 2020 y 2021, afectaron la forma en que se realizan las contrataciones; sin perjuicio de que —a su vez— nos permitirá ratificar, a la fecha, la relevancia del presente trabajo.

En razón de ello, amparados en el principio de transparencia y el TUO de la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública; presentamos una solicitud de acceso a la información pública, requiriéndole al OSCE el otorgamiento de los datos de todas aquellas contrataciones directas que se registraron en el SEACE durante esos mismos años.

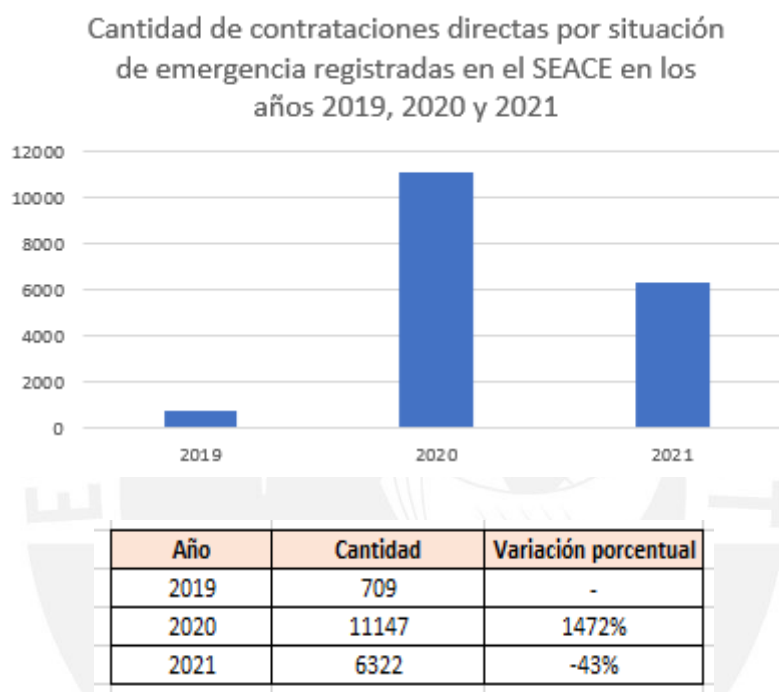


**Fuente: elaboración propia**

Como se puede apreciar, entre el 2019 y 2020 tuvimos una variación porcentual de 252%. Lo que significa que —para el año 2020— la cantidad de contrataciones directas registradas en el SEACE se multiplicó (aproximadamente) por 3 (aproximadamente) con

respecto a la cantidad de contrataciones directas que se registró en el año 2019; no obstante, la reducción porcentual de 34% que se muestra para el año 2021, es decir, de 1.5 veces (aproximadamente) lo registrado en el 2020.

Sin embargo, afinando un poco más el enfoque para comparar, ya no la cantidad de contrataciones directas registradas en el SEACE durante los años 2019, 2020 y 2021; sino la cantidad de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE durante esos mismos periodos de tiempo, tenemos lo siguiente:



**Fuente: elaboración propia**

Esto quiere decir que, más específicamente, entre los años 2019 y 2020, encontramos una diferenciación porcentual ya no de 252%, sino de 1472%. De manera que, para el año 2020, la cantidad de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE fue —en realidad— de 15 veces la cantidad de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el 2019.

Consiguientemente el impacto que tuvo la precitada calificación en la utilización de la contratación directa por situación de emergencia fue mucho mayor; a pesar de la reducción porcentual de 43%, esto es, de 1.7 veces lo registrado para el 2020.

Con todo, es necesario indicar que para el año 2020, la contratación directa fue, no solo el procedimiento más utilizado, sino también al que mayor monto se le adjudicó, muy

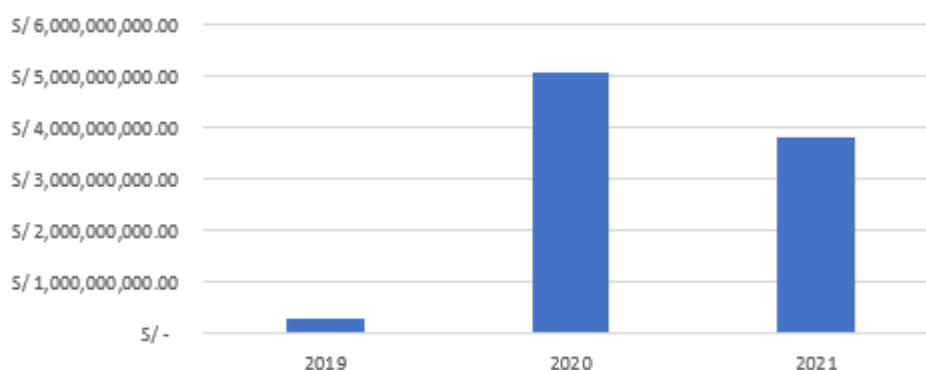
por encima de la licitación pública, el concurso público o las adjudicaciones simplificadas (Chocano Davis, 2020, p. 60).

Sin perjuicio de ello, en el siguientes gráfico se detallan las cantidades de contrataciones directas registradas en los años 2019, 2020 y 2021, en atención a cada uno de los supuestos específicos de la contratación directa.

<b>Supuesto de la contratación directa</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>	<b>2021</b>
Actualización o continuación trabajo de consultoría	2	1	1
Arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles existentes	742	489	629
Asesoría legal para defensa funcionarios	113	78	101
Con fines de investig., experim. o desarrollo de carácter científico	241	99	134
Derivado de contrato nulo	77	65	103
Desabastecimiento Inminente	640	669	484
Entre Entidades	4	22	5
Proveedor único	925	676	877
Publicidad estatal	328	237	290
Servicios de capacitación de interés institucional	38	12	14
Servicios personalísimos	15	7	9
Situación emergencia	709	11147	6322

Mientras que, en segundo lugar, representamos en los siguientes diagramas la incidencia monetaria que conllevó la aplicación de la contratación directa por situación de emergencia durante el mismo periodo de tiempo:

**Monto de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE en los años 2019, 2020 y 2021**



Año	Monto	Variación porcentual
2019	S/ 294,090,329.97	-
2020	S/ 5,098,036,555.50	1633%
2021	S/ 3,808,578,689.47	-25%

**Fuente: elaboración propia**

Se puede apreciar, por lo tanto, que el monto total de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE durante el año 2020 representó —en último término— 17 veces el monto total de contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el año 2019. Y que esta disparidad, se redujo para el 2021, año en el que el monto total de contrataciones directas por situación de emergencia que se registró en SEACE terminó siendo 12 veces el monto del 2019<sup>91</sup>.

A partir de todo ello, y a modo de conclusión, se verifica en todos los gráficos una correspondencia entre la emisión del Comunicado N.º 11-2020 y el pico que se muestra en la cantidad y monto de las contrataciones directas por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico registradas en el SEACE.

Pero también otra entre su decrecimiento y, como hemos ido precisando, la certeza que fuimos adquiriendo para finales de 2020 sobre el virus, traducida o no al ámbito de la contratación pública.

#### Las estimaciones de los objetos contractuales a necesitar

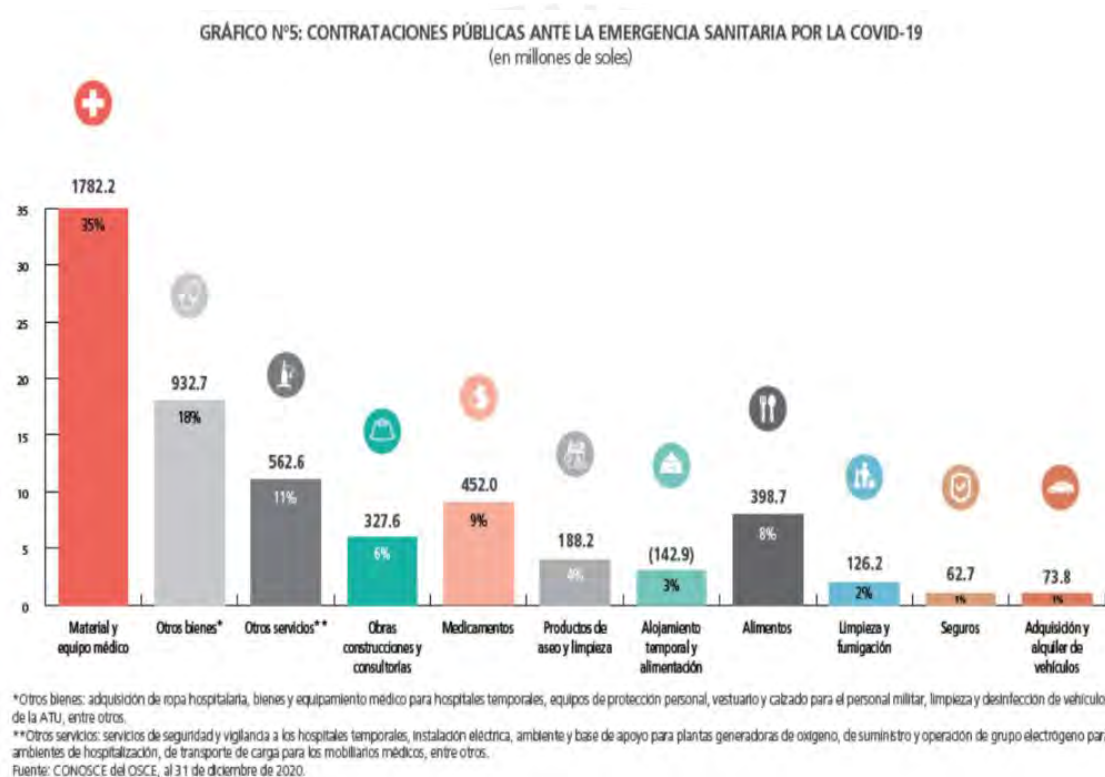
Si, como hemos dicho, lo que buscamos es la verificación en los hechos de aquellos factores que nos permitan determinar —para la generalidad de los casos— la concretización de la certeza científica que se fue adquiriendo sobre el virus al campo de la contratación pública, no nos queda de otra que enfocarnos en el requerimiento.

Una actuación que es importantísima para el presente análisis no solo porque es de los pocos actos que se puede analizar en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, sino también porque, como hemos visto en el capítulo 4 correspondiente al marco teórico, es también fundamental para la elección del procedimiento de selección o método especial de contratación a utilizar.

En efecto, de conformidad con la Opinión N.º 002-2020/DTN, esta última es la solicitud, por parte del área usuaria o la dependencia que cuente con conocimiento técnico en la entidad, para contratar un bien, servicio u obra a efectos de satisfacer una necesidad o finalidad pública. En ese sentido, con él se describen de manera objetiva y precisa las

características, propiedades funcionales y condiciones de ejecución de los bienes, servicios u obras necesarios para la satisfacción de una necesidad pública (Guzmán Napurí, 2020, pp. 261–270).

En este orden de ideas, de conformidad con lo dispuesto por nuestro controlador general, Nelson Shack Yalta, de acuerdo con las cifras del Sistema de Inteligencia de Negocios del OSCE, solo entre marzo y diciembre de 2020, con la emergencia sanitaria se llevaron a cabo 7503 procesos de contratación directa por 504,9.6 millones de soles en los rubros de material y equipos médicos, equipos de limpieza, medicamentos, estructuras para establecimientos médicos y otros afines conforme al siguiente diagrama (Shack, 2021).



Esto quiere decir que los suministros médicos, equipos de limpieza y medicamentos, sin perjuicio de los centros de atención médica; fueron los principales objetos contractuales que se consideraron necesarios para la lucha contra la pandemia. Pero, dentro de estos objetos se investigó y probó también con respecto a numerosos medicamentos, terapias y medidas preventivas que, aunque se mostraron prometedoras al inicio, luego se demostró que eran ineficientes o hasta incluso perjudiciales.

Así, un primer ejemplo de ello fueron las restricciones al libre tránsito y aglomeraciones que, en 2020, de acuerdo con la misma información obtenida a partir de la solicitud de acceso a la información pública, llegaron a generar —por lo menos— 499 procesos de contratación directa por S/ 78,853, 966.21 soles, en atención a los servicios de

alojamiento temporal y alimentación que requerían aquellas personas que, como precisamos, tuvieron que pasar la cuarentena en lugares ajenos a su domicilio habitual. Sobre el particular, a pesar de que fueron medidas ampliamente adoptadas en todo el mundo para evitar el colapso de los sistemas de salud, también se cuestionaron luego por su drasticidad, a consecuencia de la falta de capacidad que tenían los Estados para el cumplimiento real de estas restricciones por parte de la población y su capacidad efectiva para realizar pruebas y el rastreo de los contagios; sin perjuicio de su impacto en la salud mental, la interrupción de la educación y el daño a la economía (Barría, 2020; Brooks et al., 2020; Park et al., 2022; Stroom et al., 2021).

En ese sentido, la siguiente información consignada en el portal de Reuters anteriormente citado (Reuters COVID-19 Tracker, 2022), en donde se refleja la flexibilización de la política de cierres implementada a partir del 15 de marzo de 2020 hasta el 23 de enero de 2022 :

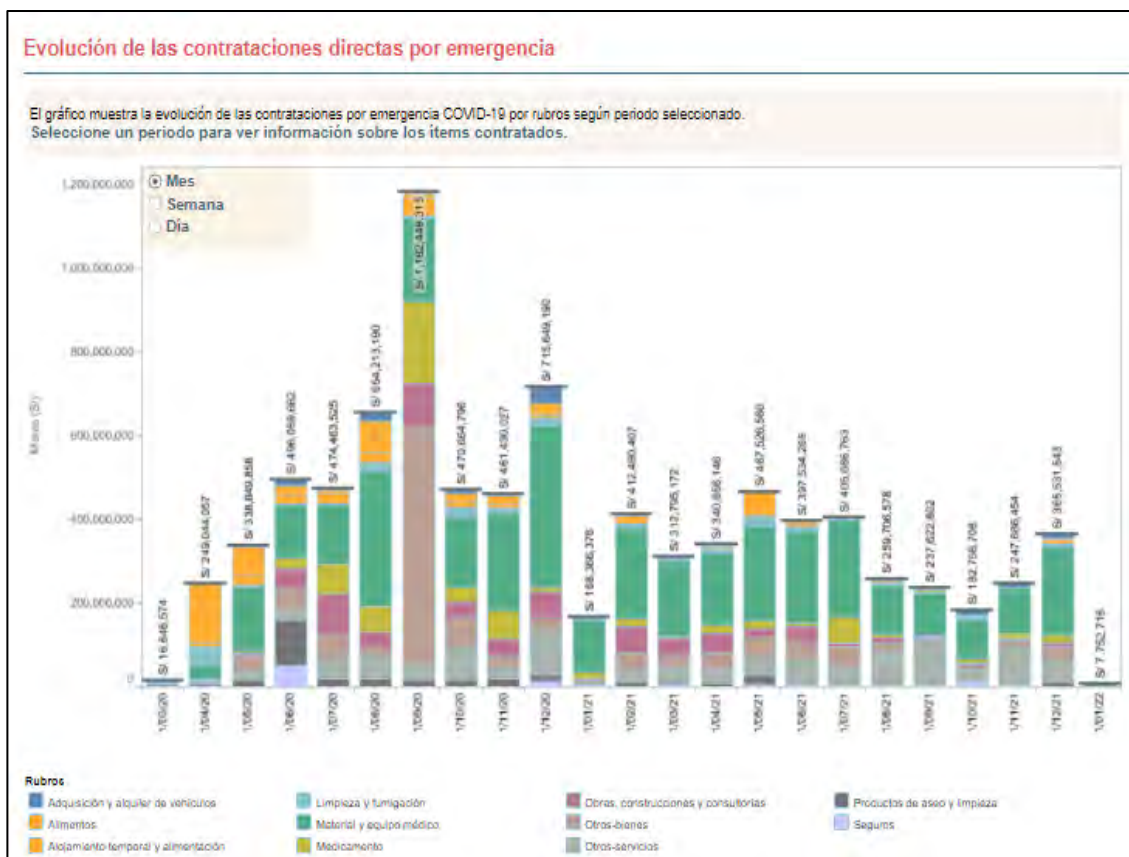


Pero esta es solo una entre las muchas de las medidas que en un inicio se plantearon como necesarias, pero que más adelante, se descubrieron como inadecuadas.

Pues, lo mismo sucedió con respecto al uso de mascarillas de tela (que en el 2020 generaron 14 contrataciones directas por S/ 9,799,481.90 soles), cuando estudios posteriores demostraron que las mascarillas quirúrgicas y N95 ofrecían una mejor protección contra la transmisión del virus; la desinfección exagerada de superficies (que en el 2020 por lo menos adjudicaron S/ 137,168,987.00 soles en 199 contrataciones directas), toda vez que la transmisión del COVID-19 ocurría principalmente mediante el contacto cercano con personas infectadas; o la administración de ciertos medicamentos como, entre otros, la ivermectina (que se utilizaba para el tratamiento de ciertas infecciones parasitarias), la hidroxiclороquina y la cloroquina (Anthes, 2021; Chughtai

et al., 2020; DeSimone, 2023; Huerta, 2021; Lescano & Pinto, 2020; Liu et al., 2021; OMS, 2021b).

A partir de ello, dinamizando el gráfico en el tiempo durante el periodo comprendido entre los años 2020 y 2021, de acuerdo a los datos extraídos del CONOSCE; se muestra una tendencia a la uniformización en los requerimientos de la contratación directa por situación de emergencia correspondiente al estado de la certeza que se fue adquiriendo científicamente sobre el virus:



Se corrobora, por lo tanto, entre los años 2020 y 2021 un descarte casi completo en la adquisición y alquiler de vehículos, los servicios de alojamiento temporal y alimentación; una reducción considerable los rubros de otros bienes y servicios, así como en la adquisición de productos de aseo y limpieza, seguros, y servicios de limpieza y fumigación, y una tendencia —independiente del monto mensual de contratación por las entidades— a la continuidad en la compra de material y equipos médicos, medicamentos, y obras, construcciones y consultorías.

A partir de todo ello podemos determinar, pues, que la certeza científica que se fue adquiriendo a nivel internacional sobre el virus tuvo su correlato en el ámbito contractual, reflejándose en un mayor conocimiento con respecto a lo que las entidades fueran a necesitar y haciendo menos plausible la justificación de la utilización de la contratación

directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico. En ese sentido, se verifican en la realidad algunas de las condiciones que, para fines de 2020, hicieron —como regla general— irregular la utilización de la contratación directa por situación de emergencia. Con las salvedades que veremos en el siguiente acápite.

### **Discusión de los hallazgos de la metodología mixta: la planificación**

Todo esto debería poder llevarnos a hacer un mayor hincapié en la etapa de planificación y presupuestación de las entidades públicas, a las que hace referencia el artículo 15 del TUO de la LCE.

En efecto, a partir del enfoque dogmático que hemos elaborado, y las condiciones que hemos verificado desde una metodología mixta, solo se encontraría justificado utilizar la contratación directa por situación de emergencia en aquellos escenarios que reflejen una situación de incertidumbre con respecto a algún aspecto fundamental del requerimiento.

Y si, como es el caso para fines de 2020, esta —como regla general— no se presenta, correspondería planificar la contratación mediante un procedimiento competitivo.

En este orden de ideas, ¿desde cuándo las entidades debieron planificar los procedimientos competitivos? Para el año 2021, habiendo pasado casi un año desde la propagación del COVID-19 en el Perú, como máximo, desde el 29 de diciembre de 2020. Esta es, pues, la fecha a partir de la cual se puede definir la irregularidad en la utilización de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico (nuevamente) para la generalidad de los casos, porque existía certeza en los requerimientos y se encontraba habilitada la posibilidad de utilizar alguno de los procedimientos competitivos previstos para el año siguiente.

Sobre el particular, en el capítulo correspondiente del marco teórico, ya habíamos adelantado que, si bien el TUO de la LCE pareciera indicar que, dentro del proceso de los contratos de aprovisionamiento, la etapa de planificación se agota con la elaboración del Plan Anual de Contrataciones (PAC), cuando en su capítulo I “Planificación” del título II “Proceso de Contratación” únicamente se refiere al PAC en su artículo 15, ello no es así.

Esta primera etapa se da como resultado de la interacción de una serie de sistemas funcionales o administrativos<sup>92</sup>, definidos en el Título V de la Ley N.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (LOPE) como el conjunto de principios, normas, procedimientos, técnicas e instrumentos mediante los cuales se organizan las

actividades de la Administración Pública y requieren ser realizadas por todas o varias de entidades de los poderes del Estado. De entre los que se encuentran, principalmente, como sistemas administrativos: el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones, el SINAPLAN, el Sistema Nacional de Presupuesto Público y el SNA; y como funcionales: el SINAGRID, al cual hemos considerado por su particular vinculación con la COVID-19.

En este contexto, de conformidad con el Decreto Legislativo N.º 1088, Ley del Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y del Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, que regula este último sistema administrativo; la planificación a cargo de cada una de las entidades debe darse, obligatoriamente, en el marco del ciclo de planeamiento estratégico para la mejora continua compuesto principalmente por 4 fases: 1) el conocimiento integral de la realidad, 2) el futuro deseado, 3) las políticas y planes coordinados y 4) el seguimiento y la evaluación de las políticas y planes para la mejora continua (CEPLAN, 2019, pp. 16–31).

Así, es en la segunda fase en donde debieron reconocerse los riesgos para la asunción de los compromisos de las entidades. Dentro de estos riesgos se encuentran —evidentemente— los riesgos de emergencias sanitarias y/o de desastres (en este caso de la COVID-19) definidos en el reglamento de la Ley N.º 29664, Ley que crea el Sistema Nacional de la Gestión del Riesgo de Desastres, como la probabilidad de que la población y sus medios de vida sufran daños y pérdidas a consecuencia de su condición de vulnerabilidad y el impacto de un peligro (CEPLAN, 2019, pp. 21–39).

Pero, ahora bien, ahondando en la formulación del PAC; y la justificación de la fecha máxima que hemos brindado como corte para la planificación de las contrataciones públicas que antes se desarrollaban por medio de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico en el marco de procedimientos competitivos, es necesario decir que esta última contiene todas las contrataciones de bienes, servicios y obras a realizar el siguiente año con independencia del régimen de aplicación y la fuente de financiamiento<sup>93</sup>, mediante la utilización del código asignado en el catálogo CUBSO<sup>94</sup> (Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras), así como la consignación del tipo de procedimiento de selección que corresponda, los niveles de centralización o desconcentración de la atribución de contratar, y la fecha prevista para la convocatoria (Guzmán Napurí, 2020, pp. 252–259).

En este orden de ideas, su aprobación deberá darse obligatoriamente por el titular de la entidad o el funcionario al que se le hubiera delegado esta atribución, típicamente la

Secretaría General o la Oficina General de Administración (OGA), dentro de los 15 días hábiles siguientes a la aprobación del PIA<sup>95</sup>.

Un instrumento de gestión propio del Sistema Nacional de Presupuesto Público pero aplicable porque, de conformidad con el Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público N.º 1440, toda actuación de las entidades que genere gasto (disposiciones legales o reglamentarias, actos administrativos o de administración, contratos o convenios), debe supeditarse a los créditos presupuestarios autorizados bajo sanción de nulidad y/o responsabilidad civil, penal o administrativa del titular de la entidad y de la persona que genera el acto (Guzmán Napurí, 2020, pp. 250–251).

Así, toda vez que para la generalidad de los casos (salvo, tal vez el de, por ejemplo, los gobiernos locales, de conformidad con el inciso 16 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Municipalidades) el PIA para el 2021 fue aprobado y publicado el 6 de diciembre de 2020 mediante la Ley N.º 31084, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal. La fecha máxima para la aprobación del PAC con las contrataciones a realizar fue el 29 de diciembre de 2020.

Esta es, pues, de conformidad con todo lo visto en el presente trabajo, la fecha a partir de la cual las entidades debieron haber hecho uso de contrataciones en el marco de procedimientos competitivos; por la certeza que se fue adquiriendo en el ámbito contractual de los aspectos fundamentales del requerimiento.

No obstante, antes de finalizar el presente trabajo, es necesario recalcar que esta es una regla general. Aplicable en atención a que, a medida que nos acercábamos al 2021, se fue restableciendo la normalidad. Pasando de un escenario de indisponibilidad de objetos contractuales debido a una serie de factores como la incertidumbre económica y las políticas gubernamentales que interrumpieron las cadenas de suministros globales [habida cuenta de los cierres de fábricas, las restricciones de viaje o escasez de mano de obra] (Chavez, 2021; Wisniewski, 2023); a otro en el que las restricciones comenzaron a levantarse, se aceleró la digitalización de muchos servicios, y ciertas empresas y trabajadores se adaptaron al trabajo remoto y/o adoptaron las necesarias para mitigar los impactos negativos en sus cadenas de suministros, reanudándose la producción (Cerdeiro & Hansen, 2022; Ernst & Young, 2021). Sin perjuicio de que, a diciembre de 2020, varias de las vacunas que se desarrollaron recibieron la autorización para su uso de emergencia, y comenzaron los programas de vacunación en muchos países.

Pero esto no quiere decir que, para bien o para mal, a futuro y para el caso específico de algunos requerimientos en el marco de esta u otro acontecimiento catastrófico similar, puedan presentarse algunos factores que —nuevamente— determinen una situación de incertidumbre con respecto a ciertos aspectos del requerimiento como su disponibilidad o el plazo de ejecución. Atendiendo a las epidémicas de contagio, las características de las nuevas variantes o el marco legal.

Así, por poner un ejemplo, mientras que, de acuerdo con el observatorio de precios del portal del Sistema de Inteligencia de Negocios del OSCE: CONOSCE, la disponibilidad de la mayoría de objetos contractuales, como es el caso de los paquetes de 50 unidades de mascarillas tipo N-95 o de las pruebas rápidas para la detección del virus (IGG / IGM COVID-19), comenzó a normalizarse, como se puede inferir del hecho de que pasaron, para el caso de las mascarillas, de un precio promedio de S/14.27 soles en 2020 a S/10.4 soles en 2021, y de S/ 30.69 en 2020 a S/ 24.03 en 2021, con relación al caso de las pruebas rápidas. Para el mismo año (2021) la disponibilidad de otros objetos contractuales como el oxígeno medicinal comenzó a verse afectada, elevándose de un precio por m<sup>3</sup> promedio de S/ 6.16 en 2020 a S/ 6.47 en 2021.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

La doctrina de nuestro país, lamentablemente, antes que intentar construir nociones teóricas para el afrontamiento de los problemas de inseguridad jurídica que la pandemia trajo consigo, o de los eventos que en el futuro afectarán o pondrán en riesgo la salud o la integridad pública; se ha dedicado a responder desde la generalidad e indeterminación (Vignolo Cueva, 2022, p. 19).

En este contexto, por medio del presente trabajo, hemos abordado el problema de las elecciones irregulares de la contratación directa por situación de emergencia bajo la causal de acontecimiento catastrófico durante el periodo comprendido entre abril de 2020 a diciembre de 2021. Generado a consecuencia de la emisión del Comunicado N.º 11-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional; y agravado por la falta de criterios para justificarla en la elaboración de los informes técnico y legal a los que las entidades se encuentran obligados de acuerdo con el literal b) del artículo 100 del reglamento de la LCE.

En ese sentido, luego de hacer un repaso de las principales instituciones jurídicas desarrolladas en el seno de la contratación pública, para explicar las particularidades que dentro de ella mantiene la contratación directa por situación de emergencia bajo la

causal de acontecimiento catastrófico como un procedimiento de selección doblemente excepcional; constatamos la insuficiencia de la extraordinariedad (que define al acontecimiento catastrófico) para corroborar la hipótesis de que durante el periodo descrito sí se presentó dicha irregularidad, habida cuenta de que no nos permite determinar desde cuándo la COVID-19 podría haber dejado de ser un acontecimiento catastrófico ni en qué casos debería prevalecer por sobre la causal de emergencia sanitaria.

A partir de ello desentrañamos la relevancia de su interpretación conforme al criterio de la certeza, extraído a partir de la dicotomía existente entre los principios generales de evitación del daño: el principio precautorio y el preventivo, que debería no ser apreciable en algunos de los aspectos esenciales del requerimiento para legitimar su utilización.

Así, se verifica que, en el caso concreto, es a partir del 29.12.20 cuando se deslegitima —como regla general— su uso por sobre la emergencia sanitaria y/o la convocatoria de procedimientos competitivos. Ya que, luego de esa fecha, la mayoría de entidades debieron haber planificado estos últimos en el PAC y encontrarse en la posición de ejecutarlos.

Algo que no se hubiera podido determinar por sí solo recurriendo exclusivamente al criterio de la extraordinariedad, ya que por más ordinario que sea un acontecimiento catastrófico (como podría ser el caso de la COVID-19) seguiría legitimando la utilización de la contratación directa por situación de emergencia si se mantuviera una situación de incertidumbre en cuanto a alguno de todos los aspectos que pudiera influir fundamentalmente en el requerimiento como la disponibilidad de los objetos contractuales que pudieran verse afectadas por características de las nuevas variantes, las olas epidémicas de contagio o el marco legal.

Por todo lo expuesto, recomendamos la utilización de algunos de otros los métodos contratación alternativos previstos en nuestro derecho interno: subasta inversa electrónica, comparación de precios o catálogos electrónicos de acuerdo marco. Sin perjuicio de una mayor difusión de las fichas técnicas o de homologación.

Tanto las fichas de homologación, como la ficha técnica del LBSC, necesaria para la utilización de una subasta inversa electrónica; o el método especial de contratación por acuerdo marco; tienen la ventaja de ser obligatorias en el marco del numeral 10 del artículo 29 del reglamento de la LCE. En ese sentido, las dos primeras permiten uniformizar los requerimientos, estableciendo las características técnicas específicas y/o requisitos de calificación y/o condiciones de ejecución, de manera que sea más difícil

su direccionamiento, sobrevaloración o fraccionamiento, entre otros riesgos de los que líneas arriba hemos advertido. Sin embargo, la contratación mediante catálogo electrónico por acuerdo marco reduce no solo los riesgos antes advertidos, sino que también—en buena medida— los costos administrativos relacionados con la realización de los procedimientos de selección y, al mismo tiempo, facilitan las decisiones de compra y su supervisión.

Sin perjuicio de ello, debería evaluarse la posibilidad de incorporación de otros mecanismos de publicidad que faciliten la transparencia en las contrataciones directas por situación de emergencia; así como de otras instituciones provenientes del derecho comparado, como bien podrían ser la tramitación de urgencia, que se da en países como España (García Álvarez, 2020, p. 13) o Italia (Cozzio & Parisi, 2020, p. 25) y que, a diferencia de lo que sucede en nuestro país, presuponen únicamente la reducción a la mitad de los plazos de tramitación de los procedimientos ordinarios<sup>96</sup>; o la estipulación de pasos previos<sup>97</sup> a la utilización de la contratación directa que se exige en países como Argentina.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. Fontamara.

Alvarado León, K. (2021). *ULIMA - Webinar: Todo sobre las contrataciones directas por situación de emergencia—YouTube*.

[https://www.youtube.com/watch?v=mpknHpCfw2o&list=PL3\\_mJTvQH0R509rip0vdzKxV0cMXQqely&index=4](https://www.youtube.com/watch?v=mpknHpCfw2o&list=PL3_mJTvQH0R509rip0vdzKxV0cMXQqely&index=4)

Alvarado, M. (2019). *Contrataciones del Estado*. Ediciones Gubernamentales.

Anthes, E. (2021). ¿Ya podemos dejar de limpiar todo obsesivamente? *New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2021/04/15/espanol/coronavirus-superficies-limpieza.html>

Arias Ramírez, B. (2006). Las medidas provisionales y cautelares en los sistemas universal y regionales de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH*, 43, 79–158.

Artigas, C. (2006). El derecho precautorio en el derecho y la política internacional. En *Ingeniare Revista chilena de ingeniería* (Vol. 17, Número 3).

- Asociación Médica Peruana. (2022). *Emergencia nacional y emergencia sanitaria*.  
<https://amp.pe/emergencia-nacional-y-emergencia-sanitaria/>
- Avila, H., & Sánchez, L. C. (2011). *Teoría de los principios*. Marcial Pons.
- Banco de Desarrollo de América Latina. (2021). *Menos corrupción en las contrataciones y compras públicas gracias a los datos abiertos* | CAF.  
<https://www.caf.com/es/conocimiento/visiones/2021/06/menos-corrupcion-en-las-contrataciones-y-compras-publicas-gracias-a-los-datos-abiertos/>
- Banco Mundial. (2020). *Construyendo sistemas de salud resilientes en América Latina. Lecciones aprendidas de la pandemia de COVID-19*.
- Barchi Velaochaga, L. (2020). El derecho en los tiempos del COVID-19: La fuerza se ha hecho “viral” y la excesiva onerosidad, también. En *Derecho de los Desastres: Covid-19*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Barría, C. (2020). Coronavirus: 5 efectos devastadores que la pandemia tendrá en las economías de América Latina (y 1 motivo para la esperanza). *BBC News Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-52251104>
- Biernath, A. (2022). *El hombre que ha estado encerrado en casa desde el comienzo de la pandemia sin ver a nadie por miedo a contagiarse*. BBC News Mundo.  
<https://www.bbc.com/mundo/noticias-62883907>
- Bocanegra Sierra, R. (2005). *La teoría del acto administrativo*. Iustel.
- Brooks, S. K., Webster, R. K., Smith, L. E., Woodland, L., Wessely, S., Greenberg, N., & Rubin, G. J. (2020). *The psychological impact of quarantine and how to reduce it: Rapid review of the evidence*.  
<https://www.thelancet.com/action/showPdf?pii=S0140-6736%2820%2930460-8>
- Cafferatta, N. (2004). *El principio precautorio*.
- Cañelles López, M., & Jimenez Sarmiento, M. M. (2021). *Covid-19: La pandemia de las incertidumbres* [The Conversation]. <https://theconversation.com/covid-19-la-pandemia-de-las-incertidumbres-172642>

- Cardenas Bras, D. (2021). La incertidumbre en los tiempos de COVID-19. *Revista de Nutrición Clínica y Metabolismo*, 1(4).  
<https://revistanutricionclinicametabolismo.org/index.php/nutricionclinicametabolismo/article/view/254>
- Carrasco Gil, A. (2020, mayo 5). *Una transformación latente y otra pendiente: El Poder Judicial frente al COVID-19*. IDEHPUCP. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/una-transformacion-latente-y-otra-pendiente-el-poder-judicial-frente-al-covid19/>
- Casasola, S. (2020). Covid-19: Comunicar las ciencias desde la incertidumbre. *Temas y debates*, 1(40).  
[http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1853-984X2020000300017](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-984X2020000300017)
- Cassagne, J. C. (1981). *El acto administrativo*. Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot.
- CEPLAN. (2019). *Guía para el Planeamiento Institucional*.
- Chávez Marín Augusto Ramón. (2016). Los convenios celebrados por la Administración con los particulares: Fundamentos, aproximación conceptual y rasgos característicos. *Revista de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 1(Compendio de artículos con temas afines a la jurisdicción de lo contencioso administrativo).
- Chocano Davis, C. (2020). Integridad, competencia restringida y COVID-19: Retos para la contratación pública peruana. *Revista Internacional de Derecho*, 1(1), 56–73. <https://doi.org/10.37768/unw.rid.01.01.004>
- Chughtai, A. A., Seale, H., & Macintyre, C. R. (2020). Effectiveness of Cloth Masks for Protection Against Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2. *Emerging infectious diseases*, 26(10). <https://doi.org/10.3201/eid2610.200948>

- Contraloría General de la República. (2021). *Control en la pandemia por la COVID-19: Informe de gestión del control gubernamental en la Emergencia Sanitaria a los 365 días*.
- Contraloría General de la República. (2023). *Reporte Técnico: Principales resultados del análisis a las contrataciones sin proceso. Periodo 2018 a 2022*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-23/17*.
- Cozzio, M., & Parisi, N. (2020). Contratación pública y COVID-19: Normativa, contratación de emergencia e impacto en la ejecución de otros contratos en la Unión Europea. El caso de Italia. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- Danós Ordoñez, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista De Derecho Administrativo*, 2, 9–44.
- Dávila, C. (2020). *¿Cuál es la diferencia entre el estado de emergencia nacional y la emergencia sanitaria declarada por el gobierno?* BDO Perú.  
<https://www.bdo.com.pe/es-pe/publicaciones/business-services-outsourcing/alerta-laboral/¿cual-es-la-diferencia-entre-el-estado-de-emergencia-nacional-y-la-emergencia-sanitaria-declarada-po>
- De Trazegnies, F. (2001). *La Responsabilidad Extracontractual—Fernando de Trazegnies (Tomo I).pdf*. Fondo Editorial PUCP.
- DeSimone, D. C. (2023). *Medicamentos para la COVID-19: ¿hay alguno que sea eficaz?* [Mayo Clinic]. <https://www.mayoclinic.org/es/diseases-conditions/coronavirus/expert-answers/coronavirus-drugs/faq-20485627>
- Díaz Bravo, E. (2020). La contratación pública en tiempos de crisis sanitaria global. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- Dromi, J. Roberto. (2005). *Derecho administrativo*. Gaceta Jurídica.
- Enciclopedia Jurídica Básica*. (1995). Editorial Civitas S.A.

- Estudio Payet, Rey, Cauvi, P. A. (2020). *Coronavirus (COVID-19) Comunicados de Entidades Estatales y Privadas*.
- Fabbricotti, A. (2015). *Il principio di precauzione nel diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO)*. January 2014.
- Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistemática (Análisis de las funciones de incentivación o desincentivación y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. En A. Editores (Ed.), *Estudios sobre la Responsabilidad Civil* (pp. 233–279).
- Fernández Flecha, M. de los Á., Urteaga Crovetto, P., & Verona Badajoz, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Franco Arias, B. (2015). El Carácter Vinculante de las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. *Derecho & Sociedad*, 44, 391–402.
- Galinelli, B., & Migliore, A. (2015). Administración y gestión pública ¿De qué hablamos cuando hablamos de gestión? En *Estudios sobre Gestión Pública: Aportes para la mejora de las organizaciones estatales en el ámbito provincial* (pp. 11–35).
- Gálvez Nieto, J. (2015). El enfoque de la nueva normativa en materia de contratación estatal. ¿Un nuevo horizonte o más de lo mismo? A propósito de la nueva Ley N° 30225 y su Reglamento. *Administración Pública & Control*, 25, 12–13.
- García Álvarez, G. (2020). Contratación pública de emergencia y COVID-19: Luces y sombras. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- Gestores Públicos Perú. (2020). *La gestión de las contrataciones públicas en época de emergencia (Mesa Redonda)*.  
[https://www.youtube.com/watch?v=8ToCPSBsvwU&ab\\_channel=GestoresPúblicosPerú](https://www.youtube.com/watch?v=8ToCPSBsvwU&ab_channel=GestoresPúblicosPerú)

- Gómez Nestares, J. R. (2015). Análisis de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su proyecto de Reglamento. *Administración Pública & Control*, 22.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas: Teoría general del derecho administrativo*. Fundación de Derecho Administrativo.
- Gorosito, R. (2017). *Los principios en el Derecho Ambiental*. 103–135.
- Granja-Arce, H. (2017). *Riesgos ambientales y principio de precaución: Una perspectiva desde el derecho administrativo* (Temis, Ed.; pp. 9–25).
- Guzmán Napurí, C. (2020). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Gaceta Jurídica SA.
- Haseltine William A. (2021). *How COVID Changed Science*. How COVID Changed Science. <https://www.scientificamerican.com/article/how-covid-changed-science/>
- Herrera Guerra, J. L. (2018, diciembre 20). *Los actos contractuales administrativos – Prometheo CDA*. <https://prometheo.pe/los-actos-contractuales-administrativos/>
- Huapaya Tapia, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura (Con especial referencia al marco jurídico de promoción de la inversión privada en el Perú). *Ius Et Veritas*, 46.
- Huerta, E. (2021). La desinfección de superficies en la era del covid-19: Estas son las nuevas recomendaciones de los CDC. *CNN Español*. <https://cnnespanol.cnn.com/2021/04/06/covid-19-desinfeccion-superficies-podcast-orix/>
- Ibáñez, S. G.-V. (2003). *El contrato administrativo*. Civitas.
- Ipenza Peralta, C. A., & Becerra Farfán, M. H. (2017). Criterios para implementar las compras públicas sostenibles. *Administración Pública & Control*, 40.
- Jiménez Mayor, J. (2020). *Gestión pública y políticas anticorrupción*. Gaceta Jurídica.
- Landa Arroyo, C. (2020). *Constitución y emergencia sanitaria* (Vol. 1). Palestra Editores.

- Leiva, C. F. (2020). La delimitación de la función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial Argentino. En *Revista IUS* (Vol. 14, Número 46, p. 25). [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472020000200243&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472020000200243&lng=es&nrm=iso&tlng=es)
- Lescano, J., & Pinto, C. (2020). Ivermectina dentro del protocolo de tratamiento para la COVID-19 en Perú: Uso sin evidencia científica. *Salud y Tecnología Veterinaria*, 8(1), 27–34. <https://doi.org/10.20453/stv.v8i1.3789>
- Linares Jara, M. (2006). El contrato administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, 285–308.
- Linares Jara, M. (2008). *Contratación Pública Derecho Local, Internacional y de la Integración*. Servicios Gráficos S.A.
- Linares Jara, M. (2021a). Aplicación del régimen sustantivo de la ley del procedimiento administrativo general en la ejecución de los contratos del Estado y en sede arbitral de los actos administrativos contractuales. En *Estudios sobre Derecho Administrativo: A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General: Vol. I* (pp. 403–429). Derecho y Sociedad.
- Linares Jara, M. (2021b). *El enfoque sistemático del abastecimiento público y la relegación del Derecho Administrativo de los Contratos Públicos*. Prometheo CDA. <https://prometheo.pe/el-enfoque-sistemico-del-abastecimiento-publico-y-la-relegacion-del-derecho-administrativo-de-los-contratos-publicos/>
- Liu, I. T. T., Vinay, P., & Darrow, J. J. (2021). How Effective Are Cloth Face Masks? *Health & Medicine*. <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/2022-01/reg-v44n4-1.pdf>
- Lorenzetti, R. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*. Editorial Porrúa SA.
- Martín Tirado, R. (2011). Reformas a los mecanismos de colaboración administrativa a propósito de los diez años de vigencia de la ley 27444. *Derecho PUCP*, 67, 309–327. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201102.015>
- Meilán Gil, J. L. (2011). *Categorías jurídicas en el derecho administrativo*. Iustel.

- Ministerio de Salud. (2021, enero 3). *Sala Situacional COVID-19 Perú*.  
[https://covid19.minsa.gob.pe/sala\\_situacional.asp](https://covid19.minsa.gob.pe/sala_situacional.asp)
- Moreno Molina, J. A. (2015). Principios generales de la contratación pública en el reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. *Derecho y Sociedad*, 44.
- Morón Urbina, J. (2003). El vicio de la derogación singular de las normas reglamentarias. *Ius Et Veritas*, 13(26), 86–98.
- Morón Urbina, J. C. (2016). *La contratación estatal: Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado*. Gaceta Jurídica SA.
- Morón Urbina, J. C. (2020). *Conversatorio “Hacia una nueva Ley de Contrataciones del Estado”*—YouTube. <https://bit.ly/3sybLkp>
- Morón Urbina, J. C. (2022). *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública* (T. lo Blanch, Ed.).
- Morón Urbina, J. C., & Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (Vol. 148). Fondo Editorial PUCP.
- Moya Marchi, F. (2013). El principio de precaución. En *Cuadernos del Tribunal Constitucional* (Vol. 52). Tribunal Constitucional. <https://bit.ly/3AV0EpK>
- Muratorio, J. (2020). Contratación pública y COVID-19 en la República Argentina. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- Nessar, S., & Ruocco, G. (2020). COVID-19 y la contratación pública en Uruguay. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- OMS. (2021a). *Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)* [Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)].  
<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>
- OMS. (2021b). *La OMS desaconseja usar ivermectina para tratar la COVID-19 si no es en ensayos clínicos*. <https://www.who.int/es/news-room/feature->

stories/detail/who-advises-that-ivermectin-only-be-used-to-treat-covid-19-within-clinical-trials

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El teletrabajo durante la pandemia de COVID-19 y después de ella Guía práctica*. [www.ilo.org/publns](http://www.ilo.org/publns).

Organización Panamericana de la Salud. (2023, mayo 6). *Se acaba la emergencia por la pandemia, pero la COVID-19 continúa*. <https://www.paho.org/es/noticias/6-5-2023-se-acaba-emergencia-por-pandemia-pero-covid-19-continua#:~:text=El%20anuncio%20fue%20hecho%20por,salud%20p%C3%BAblica%20de%20importancia%20internacional>.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico & Banco Interamericano de Desarrollo. (2020). *Panorama de las administraciones públicas en América Latina y el Caribe 2020: Recensión de una reciente publicación de la OCDE y el BID | La Ley—El Ángulo Legal de la Noticia*. <https://publications.iadb.org/es/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020>

Ortega López, I. A. (2018). La problemática y abuso de las contrataciones directas en materia de arrendamiento de inmuebles: El caso del arrendamiento de inmueble por parte del OSCE. *Administración Pública & Control*, 54.

OSCE. (2021). *Guía de orientación: Contratación Directa bajo situación de emergencia*. <https://www.gob.pe/institucion/osce/campañas/1181-consulta-la-guia-de-contratacion-directa-bajo-situacion-de-emergencia>

Ospina Salinas, E. (2011). El derecho a la seguridad y salud en el trabajo: Principios. *Derecho y Sociedad*, 181–183.

Pachas Bustillo, J. L. (2015). Las contrataciones sin proceso como un supuesto de inaplicación de la Ley de Contrataciones del Estado. *Administración Pública & Control*, 16.

- País. (2020). *Coronavirus: 7 avances científicos que se han logrado gracias a los (enormes) esfuerzos de investigación provocados por la pandemia*. BBC News. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-54190048>
- Park, D., Boudier-Revéret, M., & Min Cheol, C. (2022). *The pros and cons of entry restrictions: Are entry restrictions really effective in preventing the spread of SARS-CoV-2?* <https://ejournal.yujm.org/journal/view.php?doi=10.12701/yujm.2021.01599>
- Pedreschi, W. (2015). Aproximaciones Al Regimen De Contratacion Directa En La Nueva Ley De Contraciones Del Estado. *Revista Derecho & Sociedad*, 44, 163–174.
- Prada Carnero, D. (2021). *Curso: Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco (PERÚ COMPRAS)*. [https://www.youtube.com/watch?v=PgdHq\\_kIzlc&ab\\_channel=ENCAPCAPACITACIONES](https://www.youtube.com/watch?v=PgdHq_kIzlc&ab_channel=ENCAPCAPACITACIONES)
- Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción. (2021). *Informe sobre corrupción durante el estado de emergencia por COVID-19 en el Perú*.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Perú (PNUD). (2020). *Vulnerabilidades, más allá de la pobreza. Series de investigación PNUD Perú*. <https://bit.ly/3AKYGYZ>
- Quiroz, A. W. (2005). Costos históricos de la corrupción en el Perú Republicano. En *El pacto infame: Estudios sobre la corrupción en el Perú* (pp. 75–99).
- Ramírez Parco, G. (2019). La potestad inspectora o fiscalizadora y el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. En *La proyección del derecho administrativo peruano: Estudios por el centenario de la facultad de derecho de la PUCP* (pp. 419–443). Palestra Editores.
- Reggiardo Saavedra, M., & LiendoTagle, F. (2012). Aproximaciones a la litigiosidad en el Perú. *Themis*, 62.

- Retamozo Linares, A. (2013). *CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y NORMAS DE CONTROL : ANÁLISIS Y COMENTARIOS* (Gaceta Jurídica, Ed.).
- Reuters COVID-19 Tracker. (2022). *Perú: Los datos, gráficos y mapas más recientes sobre el coronavirus*. <https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/es/countries-and-territories/peru/>
- Rey, J., Ladero, V., & Muñoz, E. (2020). Covid-19 genera miedo e incertidumbre. El peligro de los escépticos y los sarcásticos ante la pandemia. *Asociación Española para el Avance de la Ciencia*. <https://aeac.science/articulo/covid-19-genera-miedo-e-incertidumbre-el-peligro-de-los-escepticos-y-los-sarcasticos-ante-la-pandemia/>
- Saideles Genro, G. (2020). Contratación pública de emergencia en Brasil durante el COVID-19. En *Impacto de la crisis sanitaria por COVID-19 en la contratación pública europea y latinoamericana*. Thomson Reuters.
- Salcedo, A. (2020). *Principio de Precaución*. [https://www.youtube.com/watch?v=\\_aLZYdGvVc8&ab\\_channel=AlejandroSalcedo](https://www.youtube.com/watch?v=_aLZYdGvVc8&ab_channel=AlejandroSalcedo)
- Sánchez Povich, L. A. (2019). El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. En *La proyección del derecho administrativo peruano: Estudios por el centenario de la facultad de derecho de la PUCP* (pp. 445–467). Palestra Editores.
- Sanchez-Graells, A. (2020). Procurement in the Time of COVID-19. *Northern Ireland Legal Quarterly*. <https://ssrn.com/abstract=3570154> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3570154>
- Santofimio Gamboa, J. O. (2000). *Delitos de celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia.

- Sastre Díez, S. (2021). ¿Cambiará la pandemia el derecho de la contratación pública? *Afduam Extraordinario*.
- Segovia Cabrera, M. E. (2005). *El principio de prevención como objeto de la sanción en el derecho penal paraguayo: Vol. VII* (D. Cristaldo Raskin., Ed.). Cooperación Técnica Alemana GTZ. <https://bit.ly/3HmD8En%3E>
- Shack, N. (2021). *El control en los tiempos de Covid-19: Hacia una transformación del control*. (pp. 7–98). Contraloría General de la República del Perú. <https://bit.ly/3Eb2OBZ>
- Shack, N., Perez, J., & Portugal, L. (2020). Cálculo del tamaño de la corrupción y la conducta funcional en el Perú: Una aproximación exploratoria. *La Contraloría General De La República - Peru*, 1–68.
- Stroom, M., Eichholtz, P., & Kok, N. (2021). Avoiding Crowded Places During COVID-19: Common Sense or a Complex Strategic Decision? *COVID-19 and Behavioral Sciences*, 12. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2021.700640/full>
- Tacuri Hidalgo, A. A., & Valarezo Román, J. A. (2019). El principio precautorio y su influencia en el derecho ambiental ecuatoriano. *Revista Científica Multidisciplinaria: Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas (REMCA)*, 5–21.
- Toscaino, W. (2020). El problema de los deberes de protección en su evolución histórico dogmática [Pontificia Universidad Católica Del Peru]. En *Pontificia Universidad Católica del Perú*. <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10153>
- Vargas Fernández, G. (2022). *Sobre catálogos electrónicos de acuerdo marco*. Al día con las contrataciones públicas. [https://www.youtube.com/watch?v=3QKImXi8VVM&ab\\_channel=OSCETV](https://www.youtube.com/watch?v=3QKImXi8VVM&ab_channel=OSCETV)
- Vargas-Chavez, I., & Amparo Rodríguez, G. (2017). *Principio de precaución: Desafíos y escenarios de debate* (Temis, Ed.).

Vignolo Cueva, O. (2022). El derecho a la protección de la salud en el Perú. En *Salud Pública Derecho asistencial y regímenes de vacunación*.

Villafañe, L. (2020). *La plena aplicación del principio precautorio frente al COVID-19: El contraejemplo brasilero – Economis*. <https://economis.com.ar/la-plena-aplicacion-del-principio-precautorio-frente-al-covid-19-el-contraejemplo-brasilero/>

Villavicencio Benites, L. F. (2021, enero 5). <https://prometheo.pe/afectacion-al-principio-de-transparencia-en-la-ejecucion-contractual-de-las-contrataciones-directas-realizadas-en-el-marco-de-la-emergencia-sanitaria-por-covid-19/>. Prometheo.

Zambrano Olivera, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, 0(7), 155–163.

---

<sup>1</sup> Corrupción que, en palabras del reconocido historiador Alfonso W. Quiróz, ha significado, para nuestro país, una desviación de entre el 20% a 30% del valor presupuestario a asignar, de entre 3 a 4 por ciento del PBI, y de entre 40% a 50% de nuestras posibilidades históricas de desarrollo, sin tomar en cuenta otros costos institucionales claves, como el deterioro del crédito interno y externo (2005, p. 91).

<sup>2</sup> Para el año 2019, de hecho, ya alrededor del 15% del presupuesto público ejecutado se había perdido por corrupción e inconducta funcional, generando un perjuicio económico extrapolado de 23 mil millones soles. Siendo el sector salud, conjuntamente con el de transporte y educación, donde se concentraron las obras e inversiones ejecutadas que generaron las mayores pérdidas (Shack et al., 2020, pp. 5–56).

<sup>3</sup> A este respecto es necesario tener en cuenta que los porcentajes de fallecidos, fallecidos según sexo o grupo etario, y de letalidad, pueden ser ligeramente menores a los que lo fueron durante los primeros meses de la pandemia puesto que, a enero de 2021, si bien fueron apareciendo variantes más mortales o contagiosas como la Delta o la Ómicron, a febrero de 2021, empezamos a contar también con vacunas; sin perjuicio de las correspondientes a los ensayos clínicos que, formalmente empezaron el 9 de setiembre de 2020 [algunas de ellas vinculadas al vacunagate] (Contraloría General de la República, 2021, p. 24).

<sup>4</sup> En este contexto, se dispuso el uso obligatorio de la “Plataforma para la Transparencia de la Gestión Pública en la Emergencia Sanitaria COVID-19 para la contratación de las canastas de alimentos a cargo de los gobiernos locales”, mediante Resolución de Contraloría N.º 102-2020-CG de fecha 3 de abril de 2020.

<sup>5</sup> Y posterior Decreto de Urgencia N.º 44-2020 de fecha 21 de abril de 2020.

<sup>6</sup> Y es que hubo muchas voces que comenzaron a ver en la contratación directa la oportunidad perfecta para reformular el supuestamente burocrático sistema de contratación pública. A este respecto, por ejemplo, foros como el denominado: “La gestión de las contrataciones públicas en época de emergencia”(Gestores Públicos Perú, 2020). Pese a que, irónicamente, una de las razones que fundamentó la reforma de la antigua LCE, de acuerdo a su exposición de motivos fue, precisamente, la necesidad de superar la visión reguladora, controlista y formal del proceso de contratación pública (Pedreschi, 2015, p. 164).

<sup>7</sup> De acuerdo a lo regulado en el literal n) del artículo 52 del TUO de la LCE.

<sup>8</sup> Toda vez de que —en los términos del propio comunicado— ya había determinado el INDECI que las epidemias e infecciones tenían el carácter de desastre natural, de acuerdo con el Plan Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres (PLANAGERD) 2014-2021.

---

<sup>9</sup> Al mismo que se puede acceder por medio del presente enlace: <https://bit.ly/3RYFo9l>.

<sup>10</sup> Entendida, de acuerdo con Chiara y Di Virgilio, como aquella rama del conocimiento encargada de la articulación eficaz y eficiente de los recursos técnicos, políticos, organizacionales, humanos y financieros del Estado, para la producción — en general— de bienes de consumo individual o colectivo, que puedan satisfacer necesidades de la sociedad en general (Galinelli & Migliore, 2015, p. 18).

<sup>11</sup> Regulados en el subcapítulo III del capítulo II del Título II de la LPAG, de manera similar a la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común española, que crea el marco jurídico necesario para la celebración de los convenios administrativos a partir del criterio de colaboración.

<sup>12</sup> Por medio, entre otros, del intercambio de información, beneficios, o del trabajo conjunto (Chávez Marín Augusto Ramón, 2016; Martín Tirado, 2011; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017).

<sup>13</sup> Que irían desde el compromiso de finalidades públicas, la obligación de la Administración Pública de actuar bajo los límites del principio de legalidad en su vertiente positiva, el perfeccionamiento documental o la importancia de los procedimientos de selección y los principios de publicidad, transparencia o igualdad; hasta la subordinación jurídica del contratista, el reconocimiento de prerrogativas exorbitantes y la sujeción del contrato a una serie de sistemas administrativos relacionados con el planeamiento estatal y las regulaciones propias la preservación del equilibrio económico financiero y su eficacia frente a terceros [por ejemplo, por medio de la imposición de servidumbres o del cobro de peajes] (Morón Urbina & Aguilera 2017, pp. 26–99).

<sup>14</sup> Que hasta ese momento eran exclusividad del rey. Y es que, efectivamente, se diseñó al acto administrativo como la primigenia manera de privar a los actos de la Administración de la esfera de control y competencia de los tribunales ordinarios (Meilán Gil, 2011, pp. 111–114).

<sup>15</sup> Siendo puestas al servicio de intereses o fines particulares (Cassagne, 1999, p. 193).

<sup>16</sup> Que en nuestro ordenamiento jurídico vienen representadas, típicamente, por: las prerrogativas de imposición de sanciones por incumplimiento del contratista, la anulación de actos contractuales, la cancelación de los procesos de selección, la dirección, control y reasunción de las prestaciones a cargo del contratista; así como la interpretación, anulación, resolución, modificación o revocación unilateral del contrato, entre otras (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 26).

<sup>17</sup> A este respecto resulta representativo que algunos de los elementos observados por la doctrina para la identificación de los contratos administrativos puedan encontrarse también en ordenamientos jurídicos ajenos a los de raigambre francesa, como Alemania, Italia o aquellos pertenecientes al common law. En ellos, a pesar de que se niega el reconocimiento de la categoría: contrato administrativo, se permite la entrada en juego —sea por desarrollo legal, jurisprudencial o contractual<sup>17</sup>— de una serie importante de cláusulas que, no siendo típicas de este derecho, permiten su reconducción a esta institución (Meilán Gil, 2011, pp. 142–145).

<sup>18</sup> Habida cuenta de las variaciones que podría haber en su intensidad, del mismo modo que en los contratos civiles, como los contratos de consumo o adhesión, no siempre se manifiestan de la misma manera los presupuestos jurídicos clásicos de: igualdad entre las partes o libertad contractual. En este orden de ideas, existirán contratos más próximos al derecho civil, como la contratación directa (Pachas Bustillo, 2015, p. 51), los contratos bancarios o financieros, y los contratos para la donación o arrendamiento de bienes en favor del Estado; y otros más incorporados a un régimen administrativo clásico, como los necesarios para la concesión de servicios u obras, o para la contratación de obras públicas (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 43).

<sup>19</sup> Esta última categoría engloba a todos aquellos contratos que fungen como títulos habilitantes para que el Estado pueda, según las leyes sectoriales, otorgue derechos de aprovechamiento a los privados con respecto a los recursos que forman parte de su patrimonio. En ese sentido, en el marco del artículo 19 de la Ley N.º 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, se comprenden con ella modalidades: licencias, autorizaciones, permisos, contratos de acceso y explotación, etcétera. Sin perjuicio de ello, en este contexto, destaca particularmente la concesión en recursos naturales. La cual presenta, a su vez, múltiples modalidades en su interior dependiendo del recurso natural del cual se trate: minería, actividad forestal, hidrocarburos, aguas, pesca, entre otros (Danós Ordoñez, 2006; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017)

<sup>20</sup> Con los que, a partir del derecho inglés, se comprende una amplia gama de contratos con los que se fomenta la utilización de capital privado y, en ese sentido, la distribución de riesgos en la creación, desarrollo, mejora, operación o mantenimiento de la infraestructura pública; la provisión de servicios públicos o de servicios vinculados, y el desarrollo de proyectos de investigación o de innovación tecnológica. Así, dentro de ellos encontramos a la asociación en participación, el contrato de gerencia, el contrato de riesgo compartido (joint venture), el contrato de especialización de servicios (outsourcing) y a la concesión que, en el marco de los artículos 66 y 73 de la Constitución Política del Perú, se encuentra sujeta a una multiplicidad de regímenes legales dependiendo del tipo de bienes: recursos naturales (como vimos), infraestructura, etcétera; las actividades que puedan ser otorgadas en concesión: como los servicios públicos, o el nivel de gobierno (Danós Ordoñez, 2006; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017)

<sup>21</sup> No estando el Estado facultado únicamente a actuar como comprador, sino también como vendedor (y, por ende, autorizado a obtener ganancias), dentro de esta categoría se encuentran los contratos que la Administración celebra con los privados a efectos de definir sus situaciones jurídicas con respecto a bienes de dominio privado o de dominio público (a través de la concesión). Se rigen bajo las disposiciones que regulan al sistema administrativo de gestión de los bienes del Estado, cuyo ente rector es SBN. En principio se utiliza para este tipo de operaciones el procedimiento de subasta pública (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, pp. 46–47).

---

<sup>22</sup> Para la incorporación de personal en subordinación al ejercicio de funciones públicas (Danós Ordoñez, 2006; J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017)

<sup>23</sup> Para el endeudamiento interno o externo del Estado (Danós Ordoñez, 2006, p. 15).

<sup>24</sup> De manera que sea posible impedir que acuerdos a los que se haya arribado bilateralmente con el Estado luego se modifiquen unilateralmente por este último, en ejercicio de su poder legislativo. Así, se aplicaría ultractivamente el marco legal vigente al momento de la suscripción del convenio pese a ser derogado con posterioridad (Danós Ordoñez, 2006, p. 15).

<sup>25</sup> Siendo estos últimos aquellos a los que les resulte aplicable una regulación administrativa intensa, pese a no tener dentro de su estructura signataria a la Administración sino, típicamente, empresas estatales que no ejerzan una función pública o involucren recursos públicos. En ese sentido, comprendemos a los suscritos entre concesionarios para la interconexión de los servicios de telecomunicaciones o infraestructura, o los que tienen que ver subcontratación de un contratista del Estado, entre otros (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, pp. 51–52).

<sup>26</sup> Tal es así que el TUO de la LCE, para centrarse en los contratos de aprovisionamiento ha considerado necesario diferenciarlos de los supuestos que se encuentren fuera de su ámbito de aplicación. De este modo, dentro los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LCE, pero sujetos a supervisión por parte del OSCE tenemos a: las contrataciones menores o iguales a 8 UIT, la contratación de servicios públicos, los convenios de colaboración, las contrataciones derivadas de donaciones de una organización internacional, las contrataciones que realice el Estado peruano con otro Estado y las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país. Mientras que, por otro lado, dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LCE y de la supervisión por parte del OSCE están: los contratos bancarios o financieros, las contrataciones que efectúe el Ministerio de Relaciones Exteriores para atender la realización en el Perú del cambio de mando o de cumbres internacionales, la contratación de servicios brindados por notarios públicos, árbitros o instituciones arbitrales, conciliadores o centros de conciliación, o miembros o adjudicadores de la junta de resolución de disputas; las contrataciones derivadas de operaciones de endeudamiento externo, los contratos de locación de servicios con presidentes de directorios estatales, la compra de bienes mediante remate público, las asociaciones público privadas y proyectos en activos, y las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.

<sup>27</sup> Desde este punto de vista, para algunos, incorpora también a la contratación de los servicios de suministro. Esto, sin embargo, es un error, ya que con ellos no se compromete únicamente la entrega periódica de bienes, sino también la de servicios (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 60).

<sup>28</sup> Tanto las consultorías en general como las consultorías de obra involucran la contratación de servicios profesionales altamente calificados, a diferencia de los servicios en general. Sin embargo, la consultoría de obra tiene la particularidad adicional de que es contratada para la elaboración del expediente técnico de obra, la supervisión de la elaboración del expediente técnico de obra o la supervisión de obras.

<sup>29</sup> Precisa el precitado anexo que, dentro de este objeto contractual, se encuentran prestaciones para la realización de labores de construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación o habilitación de bienes inmuebles (tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros) que requieran dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales o equipos.

<sup>30</sup> En el que se identifica un historial con todas aquellas actuaciones administrativas que, en lo sucesivo, se desempeñarán.

<sup>31</sup> Para el caso de licitaciones públicas, concursos públicos o selección de consultores individuales. Puesto que, de acuerdo con el artículo 43 del reglamento de la LCE, el OEC se encargará obligatoriamente de la contratación directa y la comparación de precios, y, salvo disposición de la entidad en contrario, de la subasta inversa electrónica y la adjudicación simplificada (Gómez Nestares, 2015, p. 34).

<sup>32</sup> Que pueden ser definidas como el conjunto de reglas generales correspondientes al procedimiento de selección, el perfeccionamiento y la ejecución del contrato, redactadas de manera unilateral por la Administración Pública, y a las que se adhiere el postor con su participación (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 124). Sin perjuicio de que, en algunos procedimientos de selección, lo que tengamos sea una solicitud de expresión de interés o de cotización. Así, para el caso la licitación pública, el concurso público, la adjudicación simplificada, la subasta inversa electrónica y la contratación directa, las bases contienen —como mínimo— el detalle de las características de los bienes, servicios u obras a contratar, conteniendo, dentro de sí, las especificaciones técnicas, los términos de referencia, la ficha de homologación, la ficha técnica o el expediente técnico de obra (según corresponda), el lugar de la entrega, elaboración o construcción del objeto contractual; el calendario del proceso de selección, el valor referencial con sus respectivos límites o fórmulas de reajuste, el sistema o la modalidad de ejecución contractual, el método de evaluación de las propuestas, las garantías (de fiel cumplimiento o adelantos), el señalamiento de las entregas parciales del terreno, la proforma del contrato y las condiciones para el cobro de penalidades, pagos o el perfeccionamiento de contrato (Guzmán Napurí, 2020, pp. 322–325).

<sup>33</sup> Para el caso de contrataciones que involucren diferentes tipos de objetos contractuales, el objeto contractual general se determina en función de la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el valor referencial o estimado, de acuerdo con el artículo 53, inciso 3 del reglamento de la LCE.

<sup>34</sup> Se descalificarán las ofertas cuando sean contradictorias, impidan su valoración unívoca, se encuentren condicionadas, determinen un precio excesivamente bajo o alto para el presupuesto establecido, o se encuentren incompletas. Sin perjuicio de ello, durante el momento correspondiente a la calificación, también puede declararse su inadmisibilidad cuando no se cumpla con lo solicitado o no se llegue al puntaje mínimo (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 136).

<sup>35</sup> En él, de manera adicional al comité de selección se constituirá un jurado independiente compuesto por 3 arquitectos de reconocida experiencia y trayectoria, con la finalidad de asignar el puntaje al factor propuesta arquitectónica. Esta asignación —en principio— se realizará de manera inapelable, aunque indirectamente se podría hacer medio de la interposición de un recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro (Guzmán Napuri, 2020, p. 350).

<sup>36</sup> En las solicitudes de expresión de interés, los contratistas aceptan el precio fijado en los documentos del procedimiento de selección, conjuntamente con la documentación que sustente los requisitos de calificación y factores de evaluación.

<sup>37</sup> Emitido el informe por parte del OEC que deja constancia de las condiciones, se obtienen 3 cotizaciones como mínimo (conjuntamente con las declaraciones juradas de no estar impedidos) de tal manera que, entre ellos, se escoja al postor que cotizó el precio menor.

<sup>38</sup> De acuerdo con el artículo 111, inciso 1 del reglamento de la LCE; su adopción es obligatoria para las entidades a partir del día calendario siguiente de su publicación en el SEACE, siempre y cuando dicho bien o servicio no se encuentre incluido en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, en cuyo caso la entidad deberá determinar la alternativa que resulte más eficiente entre este procedimiento de selección o el método especial de contratación por acuerdo marco, previa autorización de PERUCOMPRAS.

<sup>39</sup> En la práctica, sin embargo, sí que se darán algunas de las actividades propias de la fase de selección, sin las cuales resultaría materialmente imposible la contratación. A este respecto, por ejemplo, el registro de la convocatoria en el SEACE, el otorgamiento de la buena pro o la celebración del contrato.

<sup>40</sup> Que implica, en los términos del artículo 101 del reglamento de la LCE, la elaboración de los actos preparatorios, la suscripción de los informes técnico y legal que justifiquen la utilización de la contratación directa, y su aprobación por parte del titular de la entidad, un acuerdo de directorio o un acuerdo del consejo regional o municipal, para el caso de las entidades públicas, empresas del Estado, o gobiernos regionales o municipios, respectivamente. Sin perjuicio de las excepciones que permiten su delegación en determinados supuestos como: proveedor único, servicios de publicidad para el Estado, adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, servicios de asesoría legal contable y económica para la defensa de funcionarios y ex funcionarios, contratación de prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o declarado nulo, y contratación de servicios de capacitación.

<sup>41</sup> Como, por ejemplo, el literal f del numeral 1 del artículo 9.8 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos o el numeral 5 del artículo 30 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional<sup>41</sup> (Chocano Davis, 2020, p. 60).

<sup>42</sup> Como, por ejemplo, la inclusión de la contratación en el PAC, la aprobación del expediente de contratación y la aprobación de las bases. Con una previa determinación —si bien es cierto— de la necesidad, las características técnicas del bien, el servicio u obra a contratar; el presupuesto institucional o la indagación de mercado (Alvarado León, 2021).

<sup>43</sup> Entre los que se encuentran —por ejemplo— de acuerdo con la Opinión 098-2020-OSCE/CD: su celebración por escrito, la presentación de las garantías de fiel cumplimiento y/o de adelantos, del contrato de consorcio (de ser el caso), del número de cuenta bancaria o interbancaria (para el caso de proveedores que no se encuentren domiciliados en el Perú), de la vigencia de poder, o de los requisitos de calificación (para los casos de obra y consultorías) de obra que se encuentren referidos a la capacidad técnica y profesional.

<sup>44</sup> Si bien se emitieron dispositivos normativos que lo incrementaron de 10 hasta 30 o 45 días hábiles. En ese sentido, el artículo 6 numeral 4 del Decreto de Urgencia N.º 025-2020, el artículo 5 del Decreto Supremo 109-2020, o el artículo 11 del Decreto de Urgencia N.º 012-2021.

<sup>45</sup> Desde una perspectiva constitucional, propia de los Estados democráticos de Derecho contemporáneos.

<sup>46</sup> Entendida como la formulación de todos los aspectos comunes o fundamentales que mantengan en su seno las soluciones prácticas que se desarrollen en el ámbito de la normativa o jurisprudencia.

<sup>47</sup> En ese sentido señala también Cavani que, como estudiantes, juristas u operadores del derecho, debemos ser especialmente rigurosos en la elección, justificación, cuestionamiento, refinamiento o perfeccionamiento de los conceptos o categorías jurídicas, toda vez que de ello depende el adecuado tratamiento de los problemas jurídicos a los que nos enfrentemos, máxime cuando en lenguaje que utiliza el Derecho es un lenguaje técnico (2018, p. 338).

<sup>48</sup> De la misma manera en la que también se hizo en muchos países como Argentina, mediante Ley 27.541, de fecha 21 de diciembre de 2019 (Muratorio, 2020, p. 59); Italia, el 31 de enero de 2020 (Cozzio & Parisi, 2020, p. 18); Brasil, por medio de la portaria 188, de fecha 3 de febrero de 2020 (Saidales Genro, 2020, p. 47); Chile, mediante Decreto Supremo 4/2020, de fecha 5 de febrero de 2020 (Díaz Bravo, 2020, p. 84); o —posteriormente— España, el 12 de marzo de 2020, mediante Real Dec. Ley 7/2020 (García Álvarez, 2020, p. 13); y Uruguay, el 13 de marzo de 2020, mediante Dec. 93/2020 (Nessar & Ruocco, 2020, p. 73).

<sup>49</sup> Sobre el particular, no sería la primera vez que OSCE se remitiera, eventualmente, a la normativa especial de la materia cuando la Ley de Contrataciones del Estado resulte insuficiente para la definición de alguno de los elementos a los que esta última refiere (a este respecto, por ejemplo, la Opinión 054-2018/DTN).

<sup>50</sup> Sucesivamente prorrogado hasta el 25 de mayo de 2023, fecha en la que venció la última prórroga dispuesta por el Ministerio de Salud mediante Decreto Supremo N.º 003-2023-SA.

<sup>51</sup> Modificado por Ley N.º 30895.

---

<sup>52</sup> Desarrollado en una serie de sentencias como las recaídas en los expedientes 00191-2013-PA/TC, 02095-2020-PA/TC, 01856-2014-PA/TC y 04437-2018-PA/TC, a raíz de vinculación con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

<sup>53</sup> Es decir, tanto del derecho civil (como *ius privatum*), como del derecho administrativo [como *ius publicum*] (Meilán Gil, 2011, pp. 17–18).

<sup>54</sup> En conjunto con la imprevisibilidad e irresistibilidad.

<sup>55</sup> En el artículo 1315 del C.C con relación a la inejecución de una obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso; o, como se puede desprender a partir de una lectura en conjunto con el resto de su articulado, con respecto a la obligación de responder frente a un daño causado.

<sup>56</sup> En el artículo 257, inciso 1, literal a) del artículo 257 del TUO de la LPAG, ante la comisión de una infracción administrativa.

<sup>57</sup> En los términos de los artículos 1315. y 1372 del C.C, en concordancia con lo resuelto por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, cuando en el tercer fundamento de la Casación 3470-2015 precisa que para que una persona responda civilmente frente a otra se deberán presentar por lo menos los siguientes elementos de la responsabilidad: i) antijuricidad, ii) factor de atribución, iii) nexo causal o relación de causalidad y iv) el daño.

<sup>58</sup> De hecho, en países como Chile, la constatación del brote de COVID-19 ha sido suficiente para que su CGR disponga que constituye un caso fortuito o fuerza mayor (Díaz Bravo, 2020, pp. 84–85).

<sup>59</sup> Referido en el numeral 2.9 del artículo V del TUO de la LPAG.

<sup>60</sup> En ese sentido, la sentencia, del 5 de setiembre de 2013, recaída en el Expediente A.P. N. ° 6859-2012 Lima, de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

<sup>61</sup> Esta última exige certeza sobre la existencia del derecho y confianza sobre las formas en la que el mismo pudiera generarse y aplicarse, de manera que no se sorprendan negativamente las expectativas previamente depositadas —o que se pretendan depositar— en la ciudadanía y, al mismo tiempo, se garanticen y respeten valores como los de la autonomía privada, eficacia, imparcialidad, minimización de disputas e interdicción de tratos arbitrarios (Reggiardo Saavedra & Liendo Tagle, 2012, p. 228).

<sup>62</sup> Con relación una serie de supuestos de hecho independientes de la aplicación al caso concreto.

<sup>63</sup> A este respecto, la importante cantidad de comunicados de contenido reglamentario que fueron emitidos por las entidades a raíz de la pandemia ocasionada por la COVID-19 (Estudio Payet, Rey, Cauvi, 2020).

<sup>64</sup> De ahí que Meilán Gil precise que tanto la dación de un acto administrativo (en el que, por ejemplo, se designe un funcionario público) como la publicación de un reglamento (en el que se regulen los aspectos que debería cumplir ese mismo funcionario) podrían aparecer bajo la misma forma de un decreto, emitido incluso por el mismo órgano (Meilán Gil, 2011, p. 135).

<sup>65</sup> Es decir, para el caso de futuros rebrotes, enfermedades, pandemias y/o acontecimientos catastróficos de larga duración.

<sup>66</sup> Esto es especialmente relevante considerando que, según el artículo 74 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, este organismo solo supervisa muestras, ya sean aleatorias o selectivas, es decir, una pequeña parte del total de contrataciones.

<sup>67</sup> Sería muy fácil para una entidad alegar que escogió a un determinado proveedor o contratista sobre la base de la inmediatez o la urgencia que la situación de emergencia amerita, cuando en la realidad quisiera ocultar otras intenciones.

<sup>68</sup> De acuerdo con el artículo 2, literales a) y e) del TUO de la LCE, la libertad de concurrencia implica la promoción, por parte de las entidades públicas, del libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación pública que realicen. Mientras que, por otro lado, la competencia, implica el establecimiento de condiciones de competencia efectiva que permitan obtener la propuesta más ventajosa y, en ese sentido, satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

Podemos colegir por lo tanto que si, como hemos sostenido en el primer capítulo del presente trabajo, en la contratación directa las entidades pueden, por razones de eficiencia, elegir directamente a un determinado proveedor como contratista, con los únicos requisitos de no encontrarse impedido, suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado, contar con RNP y cumplir con las características y condiciones requeridas en las bases; el mantenimiento de la calificación realizada por el OSCE implica un riesgo de vulneración de los principios de libertad de concurrencia y competencia. De manera absoluta, según las directivas de la entidad [si es que las tuviera (Gálvez Nieto, 2015, pp. 46–47)], cuando la contratación directa suponga el análisis exclusivo de una única oferta; o de manera relativa, cuando la contratación directa represente —únicamente— la convocatoria restringida a una mínima de candidatos (Linares Jara, 2008, p. 132)

<sup>69</sup> Recogido también en la legislación comparada y acuerdos internacionales, el artículo 2, literal b) del TUO de la LCE; dispone que, según el principio de igualdad, en el plano de los derechos y deberes de los postores hacia el Estado los proveedores deban disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas (Linares Jara, 2008, p. 158); no siendo posible el establecimiento de diferencias entre los postores por razones de orden subjetivo sino, únicamente, por

---

el mérito de su oferta (J. C. Morón Urbina & Aguilera, 2017, p. 84). En ese sentido, la sentencia recaída en el expediente STC 0020-2003-AI, cuando en su fundamento 13 precisa que únicamente existirá trato igualitario allí donde, bajo ninguna circunstancia, se advierta tendencia o preferencia alguna para beneficiar a un postor determinado.

Pues bien, desde que en el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia lo más cercano a la convocatoria como un mecanismo para recibir ofertas es la indagación de mercado; su mantenimiento implica claramente su puesta en riesgo. Y es que, finalmente, solo determinados proveedores (a los que la entidad invite a cotizar) podrán presentar sus ofertas.

<sup>70</sup> En los términos del literal j) del artículo 2 del TUO de la LCE, se encuentra intrínsecamente vinculado con la honestidad y veracidad que deben guardar los participantes de un proceso de contratación pública (Ipenza Peralta & Becerra Farfán, 2017, p. 52).

En ese sentido, toda vez que la contratación directa, no se elige necesariamente la mejor propuesta atendiendo a un criterio de selección, sino a uno de necesidad; el principio de integridad no hace más que ponerse en riesgo con utilización de la contratación directa, por los exagerados poderes que se le otorga a la Administración Pública para el direccionamiento del proceso y las imitaciones en cuanto al acceso ciudadano a la información pública y su capacidad de vigilancia (Shack, 2021, p. 17).

<sup>71</sup> Señala el artículo 2 literal c) del TUO de la LCE que las entidades se encuentran obligadas a la proporción de información clara y coherente durante todas las etapas de la contratación pública. En ese sentido, este principio implica la accesibilidad de los postores, contratistas y terceros a toda la información que la entidad posea, administre o cree; antes, durante y después de todo proceso de selección, Con la finalidad —no solo de promover su participación— sino también la de facilitar la crítica pública y el control social sobre los actos estatales (Linares Jara, 2008, p. 164).

En ese sentido, en la línea de lo resuelto en la precitada STC 0020-2003-AI, fundamento 13; toda vez de que con la contratación directa no se puede asegurar: i) la calidad de los productos a adquirir, ii) los resultados de la evaluación de las propuestas, ni iii) el manejo de los recursos destinados a la compra en general; debemos señalar también su posición de riesgo.

<sup>72</sup> Dejando de lado, algunas de las desavenencias prácticas que genera este mecanismo como el plazo excesivamente corto previsto para algunas entidades, o de la imposibilidad de regularizar el contrato en aquellas oportunidades en las que, por ejemplo, el titular de la entidad o la autoridad correspondiente —pese a encontrarse en etapa de ejecución— no aprueba la contratación directa o anula directamente el contrato, entre otras cosas, por haber verificado que el postor se encontraría inhabilitado para contratar (Alvarado León, 2021).

<sup>73</sup> Dependiendo del valor estimado o referencial.

<sup>74</sup> En ciertos ordenamientos incluso la proscripción de la impugnación ha llegado a ocupar la regulación de un principio independiente denominado de contradicción (Linares Jara, 2008, p. 160).

<sup>75</sup> Entendido como toda declaración de un órgano del Estado, en ejercicio de la función administrativa, caracterizada por un régimen jurídico exorbitante al derecho común con efectos jurídicos individualizables con relación a terceros (Cassagne, 1981, pp. 107–108) o una declaración jurídica unilateral de derechos u obligaciones que incide en situaciones jurídicas concretas, reconociéndolas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas, de manera directa. En ese sentido también el parágrafo 35 de la Ley alemana del procedimiento administrativo que sobre el particular dispone que el acto administrativo es toda disposición, resolución u otra medida de autoridad adoptada por un órgano administrativo y dirigida a la regulación de un caso particular en el ámbito del Derecho Público con efectos inmediatos frente a terceros (Bocanegra Sierra, 2005, p. 54).

<sup>76</sup> Originariamente considerada soft law. Pero declarada, posteriormente, ius cogens o de observancia obligatoria, a consecuencia de su implementación —con carácter vinculante— en diversos mecanismos de refrenda internacional, como tratados internacionales o la praxis de varios países (2017, pp. 106–113).

<sup>77</sup> Como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (suscrita por el Perú el 7 de junio de 1993), el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo relativo al Convenio sobre la Prevención de la Contaminación del Mar por Vertimiento de Desechos y Otras Materias, el Convenio Internacional sobre el Control de los Sistemas Antiincrustantes Perjudiciales en los Buques, el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Acuerdo sobre la Aplicación de las Disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, o el Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono. Sin perjuicio de la legislación interna de varios de los países integrantes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), como Antigua y Barbuda, Argentina, Canadá, Colombia, Cuba, Ecuador, México, República Dominicana, Uruguay y Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017, p. 73).

<sup>78</sup> No es, pues, necesaria la acreditación de la existencia real y tangible de un daño, sino en su lugar, la posibilidad de que pudiera existir un riesgo de que se pudiera generar un daño si no se adoptan las medidas de precaución necesarias. Ya que lo que se busca es evitar la afectación de manera irreparable o a gran escala del medio ambiente o la salud de las personas (Tacuri Hidalgo & Valarezo Román, 2019, p. 139).

<sup>79</sup> De acuerdo con el documento técnico “Normas publicadas a consecuencia del coronavirus COVID-19” por parte de la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria (DGDNCR) y de la Dirección de Sistematización Jurídica y Difusión (DSJD) fueron exactamente, solo entre el primero de febrero de 2020 al 12 de mayo de 2020, 326

---

<sup>80</sup> Vale la pena en este punto tener en cuenta lo sucedido en países como Brasil, en donde, al menos inicialmente, su se consideró innecesaria la adopción de medidas para contener la infección, puesto se sospechó que, eventualmente, la enfermedad se resolvería por sí sola (Villafañe, 2020).

<sup>81</sup> Ya que implicaba otras afecciones sociales o económicas, que perjudicaron sobre todo a determinados grupos de poblaciones vulnerables como, por ejemplo, los pueblos indígenas (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en Perú (PNUD), 2020, p. 6).

<sup>82</sup> Tengamos presente que el principio de precaución se ciñe sobre la probabilidad de un riesgo, no sobre la certeza del mismo, requiriendo para su aplicación tan solo una relación de causalidad difusa, en un contexto de incertidumbre o disenso científico (Moya Marchi, 2013, p. 183).

<sup>83</sup> De ahí que, por ejemplo, se realicen estudios de impacto ambiental de manera previa al otorgamiento de licencias ambientales o evaluaciones ambientales antes de otorgar permisos para el vertimiento sobre aguas (Salcedo, 2020).

<sup>84</sup> En ese sentido, la profesora Gabriela Ramírez: “el ejercicio de la potestad de inspección o de fiscalización en materia de protección del medio ambiente implica necesariamente la interacción entre el Derecho del medio ambiente y el Derecho Administrativo (...) La potestad inspectora en materia ambiental cumple 3 finalidades: (i) como agente de verificación del cumplimiento por parte de los administrado de los deberes que el ordenamiento le ha impuesto, (ii) como instrumento de mitigación de los posibles daños que las actividades extractivas podrían generar en el medio ambiente (...) (iii) como agente intimidatorio en la sociedad, es decir, que los particulares tengan claro que la Administración ejerce un control permanente para el cumplimiento de las obligaciones que se han impuesto en relación a la protección del medio ambiente” (Ramírez Parco, 2019, p. 425)

<sup>85</sup> El profesor Lucio Sánchez Povich comenta con relación al artículo 239, inciso 1 del TUO de la LPAG que, recién con la reforma del Decreto Legislativo 1272 de 2016 a la LPAG, podría decirse que la potestad fiscalizadora de la Administración Pública —a diferencia de la potestad sancionadora— obtuvo un importante desarrollo común en cuanto a sus características y principios estructurales. En ese sentido, destaca el denominado “enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de bienes jurídicos protegidos”, conforme al cual, puede identificarse la existencia de un rasgo definitorio de lo que es la esencia de fiscalización administrativa: su carácter preventivo, con respecto a cualquiera de las obligaciones que imponga el derecho administrativo, sea cual sea su origen, normativo o derivado de la celebración de contratos públicos, actos administrativos o cualquier otra forma de actuación administrativa, como consecuencia del fin público o de los intereses generales que con ellas se desea conseguir (Sánchez Povich, 2019, pp. 447–448). Se persigue, por lo tanto, la prevención del incumplimiento a efectos de evitar que se consuma una infracción y su posterior sanción, o el restablecimiento de la situación legal procurada por el ordenamiento jurídico; sobre la base del conocimiento e identificación de los particulares de sus obligaciones, y su conducción ordenada y progresiva hacia su cumplimiento (Sánchez Povich, 2019, p. 458).

<sup>86</sup> Con, por ejemplo, la integración a la relación jurídico obligacional de los deberes de protección como deberes accesorios, por parte originariamente del reconocido jurista alemán, Heinrich Stoll. De esta manera se dirá que, en nuestro ordenamiento jurídico, como consecuencia de la aplicación del artículo 1314 del CC y la previsión del deber de diligencia, se deberán desplegar todas aquellas prestaciones que, adicionales a las destinadas para el cumplimiento de la obligación principal, fuesen necesarias para la prevención de daños que se generen en la esfera patrimonial o personal del acreedor con ocasión del cumplimiento de esta (Toscano, 2020, pp. 130–131).

<sup>87</sup> En el que mucho se ha teorizado acerca de su función preventiva, tanto en el civil law como en el common law, a la hora de determinar si alguna de las partes debería responder sobre el daño causado. Sobre este aspecto el profesor Gastón Fernández Cruz cuando precisa que “no hay duda (...) que el nuevo concepto de prevención, que persigue descubrir al sujeto que presuntamente está en mejor posición para reducir la probabilidad de que acontezcan sucesos dañosos, sobre la base del análisis económico de la asignación de los recursos a través del mercado, de manera tal que se produzca una repartición o distribución óptima interna de los riesgos (...) ha calado en cultores contemporáneos del civil law, principalmente italianos, alemanes y franceses, que acogen hoy a la función preventiva como una de las funciones fundamentales de todo sistema de responsabilidad civil” (Fernández Cruz, 2001, pp. 24–25).

<sup>88</sup> En este campo, la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, Ley N.º 29783, cristaliza a la prevención como principio; disponiendo que por su intermedio se busca asegurar que el empleador cumpla con garantizar en el centro de trabajo el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de las personas que presten servicios o se encuentren dentro del ámbito del centro de labores. En ese sentido, doctrinariamente se dirá que la prevención funge como la piedra angular que procura que el empleador se encargue, con medidas específicas, de la reducción de los riesgos y peligros que se generen en su centro de labores como consecuencia del tipo de gestión empresarial que se desarrolle (Ospina Salinas, 2011, p. 182).

<sup>89</sup> Se dirá en este campo que la prevención puede ser definida como una figura que orienta la sanción penal hacia un fin: evitar la lesión o puesta en peligro de la norma penal en el futuro (Segovia Cabrera, 2005, p. 61).

<sup>90</sup> Con el desarrollo de las medidas cautelares que, de acuerdo con nuestros artículos 608 y 611 del Código Procesal, tienen por finalidad el aseguramiento de la decisión definitiva. En ese sentido, uno de los autores más emblemáticos del derecho procesal moderno, Calamandrei, precisa: “las cautelares nunca constituyen un fin por sí mismas, sino que están ineludiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva, el resultado práctico de la cual aseguran preventivamente. Nacen, por decirlo así, al servicio de una providencia definitiva, con el oficio de preparar el terreno y de aprontar los medios más aptos para su éxito (Sotero Garzón, 2015, p. 41)”. Sobre este aspecto, en el derecho internacional, las medidas cautelares —también llamadas medidas provisionales— se configuran del mismo modo como una característica inherente a los tribunales supranacionales, de tal manera que estos últimos, de manera adicional al

---

caso de los tribunales nacionales, se encuentran facultados para la emisión de medidas provisionales de carácter preventivo, con el objeto de salvaguardar derechos en un determinado proceso (Arias Ramírez, 2006, pp. 86–87).

<sup>91</sup> A este respecto resulta necesario indicar que de las 575 contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE y enviadas por el OSCE como consecuencia de la solicitud de acceso a la información pública que se les planteó, 10 fueron registradas sin la precisión de su monto referencial. Por lo tanto, el monto de las contrataciones directas por situación de emergencia registradas en el SEACE para el año 2019 debe considerarse como referencial. Sin perjuicio de ello, este problema no se presentó al momento de calcular el monto de las contrataciones directas por situación de emergencia para los años 2020 y 2021, puesto que dicha información se obtuvo a partir del apartado: Ver estadísticas de contrataciones COVID-19, del portal del Sistema de Inteligencia de Negocios del OSCE: CONOSCE, cuya base de datos se alimenta no solo de la información que aparece en el SEACE sino también del RNP.

<sup>92</sup> Serán funcionales cuando tengan por finalidad asegurar el cumplimiento de políticas públicas y requieran la participación de todas o varias entidades del Estado; mientras que, por otro lado, serán administrativos cuando tengan por finalidad regular la correcta utilización de los recursos de las entidades.

<sup>93</sup> De conformidad con la Directiva N.º 002-2019-OSCE/CD; el PAC deberá prever todos los procedimientos de selección a convocar en el año, las compras corporativas y/o procedimientos por encargo a otra entidad o a un organismo internacional, los procedimientos de selección no convocados en el ejercicio anterior, los procedimientos de selección declarados nulos o desiertos el año anterior, las contrataciones efectuadas por Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco, las contrataciones que se sujeten a regímenes especiales, así como algunas de las consideradas como supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la LCE (contrataciones derivadas de operaciones de endeudamiento externo, contrataciones derivadas de donaciones de una organización internacional, las contrataciones que realice el Estado con otro Estado, y las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país. En ese sentido, no se considerarían las contrataciones con montos menores o iguales a 8UIT (adicionalmente de acuerdo con el numeral 7.3 de la Directiva N.º 003-2016-OSCE/CD) y el procedimiento de comparación de precios. En principio la contratación directa por situación de emergencia tampoco debería poder incluirse en el PAC, sin embargo, el procedimiento excepcional de regularización permite su inclusión el PAC con posterioridad a la realización de la referida contratación.

<sup>94</sup> El código CUBSO es una herramienta, basada en un estándar de categorización internacional, en la que sistemáticamente se clasifican e identifican mediante una codificación los bienes, servicios en general y obras a ser requeridos por las entidades. De esta forma se puede disponer de información homogénea entre todas las entidades (Guzmán Napurí, 2020, p. 254).

<sup>95</sup> Sin perjuicio de ello, antes de la aprobación del PIA, el OEC -en coordinación con las áreas usuarias- elabora tanto un proyecto de PAC como de PIA, sobre la base del cuadro consolidado de necesidades que contiene una descripción general de lo que se va a contratar y su monto estimado (que puede diferir del valor estimado o referencial en tanto estos últimos valores son, como veremos más adelante, producto de una indagación de mercado). Una vez aprobado el PIA, el proyecto de PAC se ajustará a él y será aprobado por el titular de la entidad o el funcionario encargado (Guzmán Napurí, 2020, p. 250).

<sup>96</sup> Siempre que ello responda a una necesidad inaplazable o cuya adjudicación sea preciso acelerar por una motivación de interés público.

<sup>97</sup> Estos serían i) consultar la nómina de proveedores del rubro que se encuentren inscritos en el registro correspondiente al momento de efectuarse las invitaciones, ii) invitarse como mínimo a 3 proveedores y iii) solicitar el respectivo precio testigo o valores de referencia (Muratorio, 2020, pp. 63–64).