

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

El uso indebido de la contratación directa en pandemia:
Problemática y propuestas de solución

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Eimy Mori Inga

Asesor:

Christian César Chocano Davis


Lima, 2022

Declaración jurada de autenticidad

Yo, Christian César Chocano Davis, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del trabajo académico titulado, “El uso indebido de la contratación directa en pandemia: Problemática y propuestas de solución” de la autora Eimy Mori Inga, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 21/02/2022.
- 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.

Lima, 22 de febrero de 2023

Chocano Davis, Christian César	
DNI: 40988780	Firma 
ORCID https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

Con este trabajo de investigación se pretende poner en evidencia el uso excesivo e injustificado de la contratación directa; es decir, el abuso de la contratación directa, durante pandemia, el cual ha vulnerado el principio de libre competencia, competencia y transparencia que debe regir las contrataciones del estado. Puesto que, algunas entidades estatales amparadas en la normativa vigente, que las faculta a realizar contrataciones directas, a razón de la emergencia sanitaria, han adquirido bienes mediante contrataciones directa, cuando no correspondía usar dicho método de contratación; debido a ello, se busca hacer notar que no es un problema de falta de regulación normativa, sino de inobservancia de las mismas, que viene amparándose en una falta de control y/o fiscalización de las contrataciones directas. Como principales conclusiones del trabajo de investigación son: advertir que diversas entidades estatales han usado indebidamente la contratación directa; confirmar si los principios de libre competencia y transparencia se aplican a las contrataciones directas; asimismo demostrar el uso indebido de la contratación directa vulnera el principio de libre competencia y transparencia; se pretende demostrar que se requiere un adecuado control de las contrataciones directas; por último, señalar propuestas de mejora para superar las deficiencias en las contrataciones directas.

Palabras clave

Contratación directa, Contratación pública, Exoneraciones, Situación de emergencia, Pandemia.

ABSTRACT

The purpose of this research work is to highlight the excessive and unjustified use of direct contracting; that is, the abuse of direct contracting during the pandemic, which has violated the principle of free competition, competition and transparency that should govern state contracting. Since, some state entities, protected by the regulations in force, which empower them to make direct contracting, due to the sanitary emergency, have acquired goods through direct contracting, when it was not appropriate to use such contracting method; due to this, it is intended to point out that it is not a problem of lack of normative regulation, but of non-observance of the same, which is covered by a lack of control and/or supervision of direct contracting. The main conclusions of the research work are: to warn that several state entities have improperly used direct contracting; to confirm whether the principles of free competition and transparency apply to direct contracting; to demonstrate that the improper use of direct contracting violates the principle of free competition, competition and transparency; to show that an adequate control of direct contracting is required; and finally, to point out proposals for improvement to overcome the deficiencies in direct contracting.

Keywords

Direct contracting, Public contracting, Exonerations, Emergency situation, Pandemic.

Contenido

INTRODUCCIÓN	0
CAPÍTULO I.- Las contrataciones públicas en el marco de la emergencia sanitaria.....	1
2.1 Las contrataciones públicas durante el COVID-19	1
2.2 Los tipos de contrataciones que se usaron en pandemia.....	2
1.1.1 Comparación de Precios	3
1.1.2 Catálogos electrónicos de acuerdo marco.....	4
1.1.3 Contrataciones menores o iguales a ocho (8) UIT.....	4
1.1.4 El uso regular de los procedimientos clásicos	5
2.3 Las contrataciones directas en pandemia.	5
1.1.5 La contratación directa: marco normativo general.....	7
1.1.6 La contratación directa dentro del marco normativo del COVID-19	9
1.1.7 Los beneficios del uso de la Contratación Directa	12
CAPÍTULO II.- ¿El uso indebido de la contratación directa vulnera los principios de libre competencia y transparencia?	13
2.4 El uso indebido de la contratación directa en pandemia: Casos.	14
2.5 ¿Es posible aplicar los principios de libre competencia y transparencia a la contratación directa?	19
- Principio de Libre Concurrencia y Competencia	20
- Principio de Transparencia	21
2.6 ¿Existe una vulneración a dichos principios?	22
CAPÍTULO III.- Entonces... ¿Es necesario establecer reglas mínimas de control con la finalidad de garantizar un adecuado uso de la contratación directa?.....	23
2.7 ¿Hace falta una mayor regulación de la contratación directa?	23
2.8 La excepción no se puede volver regla.	25
2.9 Propuestas de mejora para superar las deficiencias en las contrataciones directas.	26
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	27
BIBLIOGRAFÍA	28

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación me permitió profundizar en el procedimiento de contratación directa por situación de emergencia, durante el estado de emergencia sanitaria ocurrido a causa de la pandemia COVID- 19, resulta interesante que durante dicha situación coyuntural las entidades públicas quedaron habilitadas a realizar contrataciones directas, dejando de lado los procedimientos clásicos, como la licitación, concurso público, adjudicación simplificada, entre otros. Se pretendía el aprovisionamiento de bienes y servicios de forma rápida, por lo que la contratación directa resultó ser el mecanismo de contratación idóneo para dicho propósito. No obstante, ello, pretendo advertir que, se ha hecho un uso indebido de la contratación directa durante la pandemia, por parte de las entidades públicas; en ese sentido, se desarrollará las contrataciones públicas en el marco de la emergencia sanitaria, se presentará la normativa vigente, los supuestos de dicha contratación, a fin de presentar el escenario de investigación; asimismo, se presentará dos casos, en aras de evidenciar el uso indebido de la contratación directa, de esta manera, se pretende demostrar si efectivamente hubo una vulneración a los principios de libre competencia, competencia y transparencia, y si dichos principios pueden ser aplicables a la contratación directa; por último, se desarrollará la problemática advertida y las propuestas de solución.

CAPÍTULO I.- Las contrataciones públicas en el marco de la emergencia sanitaria

El 11 de marzo de 2020, el organismo de las Naciones Unidas especializado en salud, la Organización Mundial de la Salud (OMS), clasificó la aparición del COVID-19 como una pandemia, dado que se propagó en centenas de países en el mundo entero, de manera rápida y paralela.

Ante dicho escenario, el 15 de marzo de 2020, el Gobierno Peruano declaró a nivel nacional el estado de emergencia sanitaria, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA. Para afrontar esta pandemia, el Gobierno central emitió normas de distinto índole, tales como: el tratamiento legal al que se sujetan los procedimientos administrativos, en trámite durante la vigencia del Estado de Emergencia; disposiciones sobre el ámbito laboral (trabajo remoto, mixto o presencial); normas para el desarrollo del año escolar en las Instituciones Educativas; directrices para la adquisición de bienes y servicios en las entidades públicas; entre otros. Todo ello en aras de salvaguardar la vida y salud de la población.

Con relación a las directivas de adquisición de bienes y/o servicios en las entidades públicas para afrontar esta pandemia; en este capítulo, se abordará las contrataciones públicas en el marco de la emergencia sanitaria, por ello, en la primera parte de este capítulo, se presentará las contrataciones públicas durante pandemia; posteriormente, en la segunda parte, examinaremos los casos que no correspondían haberse realizado a través de contrataciones directas; por último, en la última parte, señalar propuestas de mejora con relación al uso de la contratación de la contratación directa.

2.1 Las contrataciones públicas durante el COVID-19

El Gobierno Peruano dictó medidas urgentes y excepcionales destinadas a reforzar el sistema de vigilancia y respuesta sanitaria frente al COVID-19 en el territorio nacional, de esta manera dispuso que, las entidades contraten bienes, servicios y obras, en el marco del procedimiento de contratación directa,

dispuesto en el literal b) del artículo 27 del TUO de la LCE y el artículo 100 del RCE.

Así, el MINSA mediante el Decreto Supremo N° 010-2020-SA, aprobó el Plan de Acción, vigilancia, contención y atención de casos del nuevo COVID-19 en el Perú y la relación de bienes o servicios requeridos para las actividades de la emergencia sanitaria COVID- 19, más aún el ente rector de la salud, a través de los Decretos Supremos N° 11-2020-SA y N° 029-2020-SA, incorporó nuevos bienes y servicios que debían ser requeridos para enfrentar la Emergencia Sanitaria.

Asimismo, la Dirección General de Abastecimiento dispuso la suspensión de plazos de procedimientos de selección y otras disposiciones en materia de abastecimiento desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 14 de mayo de 2020; por lo que, durante dicho periodo, no se podían realizar nuevas convocatorias, con excepción de aquellos necesarios para cumplir con el abastecimiento de alimentos y medicina.

De la misma manera, el MVCS con la finalidad de adquirir bienes y servicios necesarios para transportar e instalar los Módulos Temporales de Vivienda dispuso que la adquisición se realice en el marco de la contratación directa por situación de emergencia, estableciendo como plazo para regularizar 30 días de entregado el bien, iniciado el servicio o iniciada la ejecución de la obra, tal como lo señala el reglamento.

Como podemos advertir, todas las disposiciones fueron alineadas a que las entidades públicas puedan abastecerse de bienes, servicios y obras para contrarrestar los efectos de la pandemia.

2.2 Los tipos de contrataciones que se usaron en pandemia

La contratación directa fue uno de los procedimientos más usados durante pandemia, pues otorga la celeridad que no facilitan los procedimientos clásicos, como la licitación, concurso público, adjudicación simplificada, entre otros, ya

que, dado el contexto de la emergencia sanitaria se buscaba el aprovisionamiento de bienes, servicios y obras de forma rápida, por lo que la contratación directa resultó el mecanismo de contratación idóneo para dicho propósito.

Más aún, la contratación directa no fue el único procedimiento que se realizó durante pandemia, también era factible realizar contrataciones de bienes y servicios a través de contrataciones hasta ocho (8) UIT, compras a través de catálogo electrónico de acuerdo marco, concurso público, licitación pública, adjudicación simplificada, subasta inversa electrónica, entre otros.

1.1.1 Comparación de Precios

Mediante la comparación de precios se puede adquirir bienes y servicios de disponibilidad inmediata, bienes que existen en el mercado; es decir, no se requiere que sean fabricados, modificados, suministrados, producidos o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones de las entidades contratante; asimismo, a través de este procedimiento la entrega o implementación de los bienes o servicios es dentro de los cinco (5) días siguientes de formalizada la contratación.

El RLC establece que, el valor estimado de las contrataciones que se realicen aplicando este procedimiento de selección es igual o menor a quince (15) UIT, en el 2020, el monto máximo para poder usar este tipo de procedimiento no debía superar los S/. 64,500.

Debido a los beneficios que ofrece este tipo de contratación, durante el 2020 y 2021, las entidades estatales convocaron 6,186 procesos relacionados a comparación de precios, por lo que, a través de este procedimiento se abastecieron de alimentos, equipos, accesorios, suministros médicos, equipos de limpieza, maquinaria en general, entre otros.

1.1.2 Catálogos electrónicos de acuerdo marco

Dada la situación de emergencia, la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS fue autorizada¹, durante el año fiscal 2020, a realizar los requerimientos a favor del Instituto Nacional de Salud, a efectuar las adquisiciones de bienes y servicios para la obtención, transporte y procesamiento de muestras para el diagnóstico de COVID-19 necesarios para prevenir y atender la emergencia por COVID-19 a nivel nacional.

En dicho dispositivo legal se dispuso que, a través de contrataciones directas se realicen las adquisiciones de bienes y servicios antes señalados.

Cabe señalar que, de acuerdo al Portal de Transparencia COVID – 19 de Perú Compras, durante los años 2020 y 2021², se adquirió 3.470.281 pruebas moleculares, cuyo monto de contratado fue de S/. 300.701.095,88, asimismo se adquirió insumos y equipos de laboratorio para atender la emergencia sanitaria.

1.1.3 Contrataciones menores o iguales a ocho (8) UIT

Las contrataciones menores o iguales a 8 UIT se encuentran excluidas de la aplicación del TUO de la LCE, lo que permite que cada entidad determine sus propias reglas con relación a este tipo de contratación, cuyo objetivo es agilizar la gestión de la entidad para adquirir bienes y/o servicios.

Más aun, cabe precisar que a todas las contrataciones públicas se le aplican los principios establecidos en el TUO de la LCE; por lo que, a las contrataciones menores o iguales a ocho (8) UIT también se aplican los principios de economía, integridad, eficiencia y eficacia, competencia, transparencia, entre otros.

¹ Mediante Decreto de Urgencia N° 028-2020 de 19 de marzo de 2020

² <https://www.perucompras.gob.pe/contrataciones/-contrataciones-emergencia-covid19.php>

El OSCE es el organismo encargado de supervisar este tipo de contrataciones, con excepción de las compras por Acuerdo Marco. En ese sentido, los proveedores no deben encontrarse impedidos para contratar con el estado, ya que de lo contrario le son aplicables las sanciones previstas en la LCE.

1.1.4 El uso regular de los procedimientos clásicos

Como bien se señaló líneas arriba, se suspendió los plazos de los procedimientos de selección y otras disposiciones en materia de abastecimiento desde el 16 de marzo de 2020 hasta el 14 de mayo de 2020; por lo que, durante dicho periodo, no se podían realizar nuevas convocatorias, con excepción de aquellos necesarios para cumplir con el abastecimiento de alimentos y medicina requeridos para hacer frente a la pandemia.

El 14 de mayo de 2020, se facultó reactivar las obras públicas contratadas de acuerdo al régimen general de contrataciones, las cuales fueron paralizadas por la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19; por lo que, durante el 2020 y 2021 también se realizaron los procedimientos de contratación bajo el régimen general.

2.3 Las contrataciones directas en pandemia.

La contratación pública es el proceso a través del cual una entidad pública se aprovisiona de bienes, servicios y obras de forma anticipada y, en conformidad al artículo 1° de la TUO de la LCE, lo debe ejecutar bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo de esta manera la satisfacción del interés público que se ve plasmado en alcanzar las finalidades públicas a favor de la población.

Debido a ello, se ha establecido constitucionalmente que, las adquisiciones de

bienes, servicios u obras que impliquen el uso de fondos públicos deben



realizarse por contrata y licitación pública; no obstante, existe excepciones a dicha regla general, como es la contratación directa, que debido a la facilidad que otorga para la adquisición de bienes, servicios u obras, resultó ser el procedimiento de selección más idóneo para las entidades públicas, pues debido a las circunstancias de la pandemia, se tuvo que dejar de lado los procedimientos competitivos.

1.1.5 La contratación directa: marco normativo general

Desde la Constitución Política del Perú se establece la necesidad de que se efectúe un procedimiento de selección para las contrataciones públicas; es decir, mediante el artículo 76° de dicha carta magna se determina un mecanismo regulado constitucionalmente, a través del cual se dispone que, las adquisiciones de los bienes, servicios u obras con uso de fondos públicos deben ejecutarse necesariamente mediante concurso público, más aún agrega que, la LCE y su Reglamento establecen los procedimientos, las excepciones y las responsabilidades que acarrea el concurso público.

Dentro de dichas excepciones encontramos a la Contratación Directa, pero ¿Qué es la contratación directa? La contratación directa es un procedimiento de selección que faculta a las entidades estatales a contratar excepcionalmente con un determinado proveedor, de acuerdo a los supuestos establecidos en el artículo 27 de la LCE. Su naturaleza es no competitiva, por lo que su desarrollo no incluye la fase de selección (fase característica de los procedimientos de selección clásicos); más aún, con relación a las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual las entidades se encuentran obligadas a cumplir con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías determinados en Ley y su reglamento (Opinión N° 104-2020/DTN)

Durante la vigencia de la normativa anterior, a las contrataciones directas, se las denominaba exoneraciones³ y contaban con seis (6) causales que

³ Artículo 20 del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.

facultaban a las entidades estatales a exonerarse de un procedimiento de selección. En la normativa actual, se establece trece (13) supuestos en los cuales se precisa la no obligación de ejecutar un proceso competitivo, dado que, por razones coyunturales, económica o de mercado las entidades requieren contratar directamente con un determinado proveedor en busca de satisfacer sus necesidades; a continuación, los supuestos detallados:

Cuadro N° 1

Supuestos de Contratación Directa	
a	Contratación entre Entidades
b	Situación de emergencia
c	Situación de desabastecimiento
d	Contrataciones de carácter secreto, secreto militar o por razones de orden interno
e	Proveedor único
f	Servicios personalísimos
g	Servicios de publicidad para el Estado
h	Servicios de consultoría, distintos a las consultorías de obra, que son la continuación y/o actualización de un trabajo previo ejecutado por un consultor individual
i	Contratación de bienes y servicios con fines de investigación, experimentación o desarrollo de carácter científico o tecnológico
j	Adquisición y arrendamiento
k	Contratación de servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y Policía Nacional del Perú
l	Cuando exista la necesidad urgente de la Entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo
m	Contratación de servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados

Elaboración propia

De acuerdo a la LCE se establece que las contrataciones directas se aprueban mediante Resolución del Titular de la Entidad, de acuerdo al Directorio, al Consejo Regional o Municipal, dependiendo si estamos frente a un Gobierno Regional o un Gobierno Local, determinando así supuestos indelegables; más aún el reglamento determina algunos supuestos que califican como delegables, evidenciándose así que no existe una regla general con relación a este punto.

Asimismo, el reglamento establece las condiciones para la configuración de los supuestos antes mencionados, en dicho cuerpo normativo se especifican los requisitos y formalidades para la aprobación de cada supuesto, determinándose las acciones a llevarse a cabo en cada caso.

Uno de los supuestos que analizaremos en este trabajo de investigación será la contratación directa por situación de emergencia, determinado en el literal b) del artículo 27 numeral 1 de la LCE y desarrollado en el literal b) del artículo 100 del RLCE, dado que este procedimiento de selección fue el más usado durante la pandemia del COVID – 19, que se justificaba en base a la necesidad inmediata de adquirir bienes y servicios en todo el aparato estatal.

1.1.6 La contratación directa dentro del marco normativo del COVID-19

Entre los supuestos de contratación directa se encuentra la Situación de Emergencia, a través de la cual se establece que, ante alguno de los siguientes supuestos: a) acontecimiento catastrófico, b) situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional, c) situación que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, d) situación de emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud, las entidades se encuentran habilitadas a contratar de manera inmediata los bienes, servicios u obras estrictamente necesarios, para prevenir los efectos del evento próximo y/o atender los

requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido.

Cabe señalar que este es el único supuesto que admite una regularización posterior; es decir, las entidades no están sujetas a los requisitos formales de la normativa pertinente; debido a que, se permite que se prescindan de los requisitos propios de la fase de actos preparatorios, no es necesario realizar un requerimiento por escrito, derivarlo al órgano encargado de las contrataciones, realizar la adquisición de mercado, aprobar el expediente de contratación, elaborar las bases e incluso se puede pasar por alto las formalidades propias de la etapa de suscripción del contrato, como la emisión del orden de compra de servicios o la suscripción del documento propio del contrato mismo o incluso también de la presentación de garantías.

Más aun, el reglamento establece que, los actos que no se realizaron deben ser regularizados y publicados en SEACE dentro de los diez (10) hábiles siguientes de ocurrido la entrega del bien, o la primera entrega del bien en caso de suministro, o iniciada la prestación del servicio o iniciada la ejecución de la obra.

Durante la pandemia, mediante decretos de urgencia⁴, el Gobierno Peruano amplió dicho plazo de 10 a 30 días hábiles para regularizar la documentación faltante; no obstante, con relación a la ampliación de dicho plazo, el OSCE⁵ precisó que dicha flexibilización es otorgada a determinadas entidades y para determinados requerimientos.

Es decir, el plazo de 30 días hábiles no era aplicable para todas las contrataciones directas por situación de emergencia, sino que estaban definidos para algunos casos en concreto, pues debido a la envergadura de la adquisición se justificaba la ampliación del plazo para que las entidades puedan regularizar los documentos requeridos en la normativa

⁴ Decreto de Urgencia N° 025-2020, Decreto de Urgencia N° 033-2020, Decreto de Urgencia N° 037-2020, Decreto de Urgencia N° 042-2020, Decreto de Urgencia N° 043-2020 y Decreto de Urgencia N° 044-2020.

⁵ Opinión N° 104-2020/DTN de 27 de octubre de 2020.

pertinente. Un claro ejemplo de ello es, el otorgamiento de 30 días hábiles al Ministerio de Vivienda⁶ para que pueda regularizar la adquisición de los módulos temporales de vivienda para la atención de la emergencia del COVID-19.

Ahora bien, con relación al supuesto que debían elegir las entidades para realizar sus contrataciones directas durante la pandemia, son los siguientes:

- Acontecimientos catastróficos (literal b.1 del artículo 100 del RLCE).

El 26 de abril de 2020, el OSCE⁷ precisó, entre otros puntos, que para efectos de la normativa de contrataciones del Estado el COVID-19 (determinado por la OMS como pandemia), constituye un acontecimiento catastrófico; en ese sentido, se precisó que, dicho evento resulta ser una causal de contratación directa por situación de emergencia, que permite a cualquier entidad pública a contratar de manera inmediata bienes, servicios y obras indispensables para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido.

- Emergencias sanitarias (literal b.4 del artículo 100 del RLCE)

Para que las entidades puedan usar este supuesto, se requiere la emisión de la norma que declare la emergencia sanitaria. El Gobierno Peruano mediante D.S. N° 008-2020-SA declaró el estado de emergencia sanitaria, asimismo, dispuso que el MINSA, como ente rector del sistema nacional de salud, determine que bienes y servicios son necesarios a fin de contener los efectos pandemia.

⁶ Decreto de Urgencia N° 033-2020 de 27 de marzo de 2020.

⁷ Comunicado N° 011-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional.

El MINSA⁸ determinó la lista de bienes o servicios requeridos para las actividades de la emergencia sanitaria a nivel nacional, asimismo indicó que, ella como ente rector, el Instituto Nacional de Salud y ESSALUD se encontraban habilitados a contratar los bienes especificados en la mencionada lista.

Con relación al Registro Nacional de Proveedores (RNP), el OSCE señaló que en caso el proveedor no cuente con RNP, la entidad pública podrá contratarlo, priorizando la atención inmediata de la necesidad de emergencia, asimismo agregó que su regularización no resulta necesaria, puesto que carece de fundamento.

Por último, con relación a la Procedencia del pago por adelantado, este será aplicable si la indagación o estudio de mercado muestra que parte del mercado exige tal pago por adelantado, configurándose así el numeral 39.1 del artículo 39 del T.U.O. de la LCE. Se menciona también que, dicha garantía debe ser por el mismo monto del pago⁹, y que deben cumplir con las características y condiciones establecidas por la normativa, para que pueda ejecutarse en caso de incumplimiento.

1.1.7 Los beneficios del uso de la Contratación Directa

Durante la pandemia, la contratación directa resultó ser el procedimiento de contratación idóneo para adquirir bienes, servicios u obras, debido a la inmediatez que ofrece dicho tipo de contratación, pues, a diferencia de otros procedimientos de contratación, como la adjudicación simplificada, a pesar que es uno de los procedimientos más usados para adquirir bienes, servicios y obras, cuenta con 15 días para las actuaciones preparatorias, 15 días más para el procedimiento de selección y 20 días para la suscripción del contrato y adelantos, haciendo un total estimado de casi

⁸ Mediante D.S. N° 10-2020-SA, de 14 de marzo de 2022, se aprobó el Plan de Acción – vigilancia, contención y atención de casos del nuevo COVID – 19 en el Perú, y la relación de bienes o servicios requeridos para las actividades de la emergencia sanitaria a nivel nacional. Asimismo, mediante los Decretos Supremos N° 11-2020-SA y N° 029-2020-SA, de 30 de marzo de 2022 y 15 de octubre de 2020, respectivamente, se modificó el plan de acción y la relación de bienes o servicios solicitados para enfrentar la Emergencia Sanitaria.

⁹ Numeral 171.4 del artículo del artículo 171 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

dos (2) meses¹⁰ como plazo para realizar la contratación, eso sin considerar la ejecución contractual.

De la misma manera, la Licitación Pública y el Concurso Público al ser procedimientos de selección para contratar bienes, servicios u obras de mayor envergadura, requieren de un plazo aproximado de 40 días hábiles¹¹, que va desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro, si es que no se presentan factores que dilatan el calendario previamente establecido, ya que es inevitable que, durante el desarrollo de ambos procedimientos se presenten atrasos debido a postergaciones o recursos impugnativos de los postores, que en ambos casos, provoca que dichos tipos de contrataciones tomen casi el doble del tiempo antes señalado.

Debido al tiempo que toman dichos procesos de selección, y teniendo en cuenta que la pandemia exigía una atención rápida por parte del estado, resultó la contratación directa por situación de emergencia el método de contratación idóneo de las entidades públicas, pues debido a las circunstancias especiales por la que estábamos atravesando, carecía de justificación convocar un procedimiento competitivo.

CAPÍTULO II.- ¿El uso indebido de la contratación directa vulnera los principios de libre competencia y transparencia?

Frente a la pandemia del COVID – 19, el gobierno peruano dispuso que las entidades públicas, principalmente las del sector salud, puedan adquirir de manera más rápida los bienes y servicios, para resistir los efectos que traía consigo dicha enfermedad, y de esa manera menguar las deficiencias sanitarias que padece dicho sector desde muchos años atrás.

Más aún, la contratación directa se volvió el método de contratación ideal, no sólo en el sector salud, sino también en todas las áreas del sector público,

¹⁰https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/capacitaciones/at/Tramite_para_contratacion_de_bienes_y_o_servicios_u_obras_AS.pdf

¹¹ Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 344-2018-EF
<https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Diciembre/31/EXP-DS-344-2018-EF.pdf>

pues, mediante la herramienta de transparencia e inteligencia de negocios del OSCE, más conocida como CONOSCE, podemos encontrar información respecto a las contrataciones directas realizadas durante la situación de emergencia por el COVID-19, advirtiendo que, desde el primer año de la pandemia (2020) se han realizado gran cantidad de contrataciones directas, lo que conllevó a un mayor uso de dicho procedimiento de selección con relación al año anterior (2019), tal como se puede observar en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 2

2018		2019		2020		2021		2022	
Cantidad de procesos	Monto de la contratación	Cantidad de procesos	Monto de la contratación	Cantidad de procesos	Monto de la contratación	Cantidad de procesos	Monto de la contratación	Cantidad (Hasta mayo)	Monto de +contratación (Hasta mayo)
2.236	2.648,6	2.811	2.816,3	9.354	6.786,7	6.350	5.862,5	1.430	1.294,4

Fuente: CONOSCE <https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>

De la verificación de dicho cuadro, podemos constatar que se produjo un aumento del monto de la contratación del año 2020 con respecto al año 2019, advirtiéndose que durante el primer año de la pandemia (2020) se realizó un desembolso de casi el triple respecto del año anterior; lo que pone en evidencia que, ante el apremio de la emergencia sanitaria, fue la contratación directa el medio más usado para atender la mencionada emergencia.

Como se puede apreciar durante la pandemia se han realizado numerosas contrataciones directas; sin embargo, no todas han sido para adquirir bienes, servicios y obras que calificaran como lo estrictamente necesario a efectos de prevenir o atender la emergencia sanitaria, tal como lo establece el literal b) del artículo 100 del RLCE, lo que podría poner en evidencia que se hizo un uso abusivo de dicho método de contratación por parte de las entidades públicas.

De lo señalado previamente, en ese capítulo se buscará evidenciar el uso indebido de la contratación directa a través de dos casos, en los que se analizará si efectivamente hubo una vulneración a los principios aplicables a todas las contrataciones públicas.

2.4 El uso indebido de la contratación directa en pandemia: Casos.

Durante la pandemia, la contratación directa por situación de emergencia fue la más usada, debido a las bondades que ofrece este tipo de contratación; más aún, se ha encontrado casos, advertidos por la CGR y el OSCE, donde se pone en evidencia que, muchas entidades públicas usaron dicho procedimiento excepcional cuando no correspondía, dejándose de lado el uso de un procedimiento de selección regular, inobservando, de este manera, los principios que deben regir las contrataciones públicas y la normativa vigente.

Un claro ejemplo de dicha problemática lo podemos advertir en la contratación directa realizada por el MINEDU, que con la finalidad de adquirir tabletas para los alumnos de bajos recursos y así poder para garantizar la continuidad y la calidad del servicio educativo de la estrategia “Aprendo en Casa - Cierre de brecha digital” inobservó lo dispuesto en la LCE y su reglamento.

El 7 de junio de 2020, el MINEDU publicó el requerimiento integral para la adquisición de tabletas para los estudiantes y docentes de instituciones educativas en situación de vulnerabilidad; después de un mes, el 09 de julio de 2020, la empresa TOPSALE S.A.C. resultó adjudicada en la contratación directa; no obstante, el 27 de julio de 2020 el MINEDU dejó sin efecto la mencionada adjudicación debido a que la empresa antes mencionada no entregó dentro del plazo establecido la garantía de fiel cumplimiento y debido a que se confirmó que, la empresa adjudicada no tenía vínculo comercial con la casa matriz, Lenovo China.

A pesar de lo sucedido, la entidad persistía en la necesidad de adquirir las tabletas, debido a ello, se realizó una nueva convocatoria, así el 14 y el 21 de agosto de 2020 fueron evaluadas y aprobadas las cotizaciones presentadas por las empresas Máxima Internacional S.A., Grupo DELTRON S.A. y TPV PERU S.A.C, quienes finalmente el 22 de setiembre de 2020 fueron adjudicadas, y, por ende, se les otorgó la buena pro de la contratación directa N° 003-2020-MINEDU/VMGP/UE 120.

Es decir, desde la primera convocatoria el 07 de junio de 2020 hasta el otorgamiento de la buena pro, de la segunda convocatoria, el 22 de setiembre

de 2020, transcurrió más de tres (03) meses para realizar la contratación directa de las tabletas, cabe señalar que dicho plazo fue sólo para realizar la contratación, más no para la ejecución contractual.

Con relación a la ejecución contractual, debemos advertir que, mediante Informe de Auditoría N° 3945- 2022-CG/EDUC-AC de 06 de julio de 2022, la CGR advirtió que, el cronograma de entrega de las tabletas no guardaba relación con la inmediatez y celeridad que debía demandar la adquisición y dotación de tabletas.

Es decir, el MINEDU estipuló en su requerimiento que las tabletas podían ser entregadas con un plazo de entre 65 y 120 días, contraviniendo de esta manera el principio de inmediatez que caracteriza a las contrataciones directas por situación de emergencia, pues dicho principio se justifica en que el abastecimiento de las tabletas debía realizarse ipso facto, es decir, sin demora, en el acto, sin mediar tiempo alguno, pues como lo conceptualiza la RAE, la inmediatez significa que tiene cualidad de inmediato, es decir, “*que sucede en seguida, sin tardanza*”, con la finalidad de atender y prevenir las consecuencias provocadas por la situación de emergencia.

Asimismo, cabe mencionar que, la CGR, en dicho informe de auditoría, reparó también que, el MINEDU durante la evaluación de las ofertas aceptó la entrega de cuatrocientos noventa y ocho mil novecientos cuarenta (498 940) tabletas fuera del plazo establecido en el requerimiento; es decir, aceptó un plazo mayor a los 120 días inicialmente establecidos como fecha límite, lo que pone en evidencia, aún más, que los bienes requeridos (tabletas) no se necesitaban de manera urgente.

A pesar que se había otorgado un tiempo adicional para la entrega de los bienes, la última entrega de las tabletas se realizó el día 09 de febrero de 2021, es decir, casi dos meses después de la fecha pactada como el último día de entrega de los bienes (23 de diciembre de 2020).

De lo antes mencionado podemos decir con relación a los plazos que, el MINEDU tuvo tres (03) meses para realizar la contratación directa de las tabletas (desde la primera convocatoria, el estudio de mercado, pasando por la evaluación de las ofertas, hasta la buena pro de la segunda convocatoria); y, para la ejecución contractual el Minedu contó con cinco (05) meses más para la entrega de los bienes. Es decir, el Minedu realizó una contratación directa durante ocho (08) largos meses, justificando dicha compra en la inmediatez que caracteriza dicho procedimiento de selección por el supuesto de situación de emergencia.

Corresponde agregar que, el OSCE¹² le señaló al MINEDU que el supuesto aludido por emergencia sanitaria, no está correctamente aplicado, ya que a través de este supuesto sólo podían contratar bienes y servicios autorizados; más aún, la entidad pudo haber modificado el supuesto de emergencia sanitaria a acontecimiento catastrófico, a pesar de ello, en el informe técnico legal no se sustenta la justificación de la necesidad y procedencia de la contratación directa, tampoco señala si adquisición de las tabletas corresponde a lo estrictamente necesario para disminuir los efectos de la pandemia, omitiéndose además la justificación de porque no debía ejecutarse un proceso de selección abierta.

Otro caso que encontramos es la contratación directa realizada por el Ejército del Perú, mediante dicho método de contratación la entidad buscó la construcción de un velatorio, crematorio, capilla, espacio exterior y adquisición de equipamiento y mobiliario funerario para la Intendencia del Ejército, señaló como supuesto de la contratación directa la situación de emergencia, y como causal de esta la emergencia sanitaria.

No obstante, la causal de emergencia sanitaria no fue usada correctamente por la entidad, dado que, no se encontraba en la lista de entidades intervinientes para realizar las acciones inmediatas desarrolladas en el plan de acción; asimismo a través de esta causal las entidades habilitadas solo podía adquirir bienes y servicios para atender las actividades de la emergencia sanitaria,

¹² Mediante DICTAMEN CD N° 557-2020/DGR-SIRE de 02 noviembre de 2020.

debido a ello, la entidad no se encontraba facultada a usar dicho supuesto, pues el objeto de su contratación directa fue una obra, hecho que fue advertido por el OSCE¹³.

La empresa contratista entregó los trabajos culminados el 23 de diciembre de 2020; no obstante, desde el 18 de enero de 2021, se vienen reportando deficiencias sobre la infraestructura del centro funerario, sin que entidad realice acciones para determinar a quien corresponde asumir dichas deficiencias, la entidad fiscalizadora advirtió fisuras en la infraestructura, pandeo de la mampara, pérgolas y bancas con madera arqueada, problemas de funcionamiento de las electrobombas, asimismo señaló que al 05 de noviembre de 2021, no se ha prestado el servicio funerario en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y mediados de julio de 2021. De esta manera la entidad no cumple con el principio de inmediatez que establece la normativa para usar la contratación directa por emergencia.

Cabe señalar que este centro funerario y crematorio del Ejército, construido mediante contratación directa, es una sucursal del centro funerario de Jesús María que posee la entidad, más aún, la CGR advirtió que desde el 15 de julio de 2021 al 18 de noviembre de 2021 se han realizado 38 cremaciones, de las cuales sólo una (01) de ellas tuvo como consecuencia de fallecimiento el COVID – 19, es decir las 37 cremaciones restantes fueron por otras causas de fallecimiento.

La entidad mediante su Informe Técnico Legal N° 002/T-11.8/SINGE/2020 no sustenta por qué construir un velatorio, crematorio, resulta estrictamente necesario para atender los efectos de la pandemia o para prevenir los efectos de esta; más aún, señala que, mediante esta contratación buscó cumplir con la finalidad pública de brindar los servicios de salud y agregó que busca también cumplir con la finalidad de cumplir con la normativa del procedimiento para la inhumación o cremación del cadáver, al respecto, debemos mencionar que dichas finalidades no se encuentra alineada a los objetivos asignados a la entidad.

¹³ Dictamen CD N° 454-2020/DGR-SIRE de 14 de setiembre de 2020

Asimismo, el OSCE emitió el DICTAMEN CD N° 302-2021/DGR-SIRE de 21 de enero de 2021, producto de una supervisión de oficio a los documentos presentados por la UNAC, a consecuencia de la contratación directa N° DIRECTA-PROC-4-2020-UNAC-1, a través del cual la mencionada universidad contrató 4,722 servicio de datos, internet ilimitado por medio de chip telefónico móvil para los estudiantes y docentes que pertenecen a hogares en condición de pobreza o pobreza extrema; no obstante, de la revisión de los informes (técnico y legal) registrados en el SEACE, el OSCE reparó que la UNAC omitió brindar el análisis que justifique si lo contratado corresponde a lo estrictamente necesario para superar la situación de emergencia, o si por el contrario, deberá realizar contrataciones de forma posterior.

Ahora bien, corresponde analizar si los casos antes mencionados debían ser atendidos mediante un procedimiento de selección posterior, a través del cual se garantice la concurrencia de postores, como las licitaciones públicas o concursos públicos, con el objetivo de procurar la competencia de varios postores y así conseguir la oferta más beneficiosa para poder cumplir con la finalidad pública de cada entidad estatal.

2.5 ¿Es posible aplicar los principios de libre competencia y transparencia a la contratación directa?

El artículo 2° de la LCE establece que, todas las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, como: libertad de concurrencia, transparencia, competencia, eficacia y eficiencia, entre otros. Es decir, la contratación directa al ser un tipo de contratación estatal, también le corresponde cumplir con los principios antes referidos, puesto que, le servirán de criterio interpretativo para la correcta aplicación en sus procedimientos de contratación, ante vacíos legales, podrá buscar luces en los principios a fin de poder realizar una correcta interpretación; por último, los principios son criterios de comportamiento del personal de la entidad que desarrolla las contrataciones.

- **Principio de Libre Concurrencia y Competencia**

A través de este principio se dispone que, en los procedimientos de contratación se deben promover la concurrencia, pluralidad y participación de postores, garantizándose de este modo el libre acceso y participación de los proveedores, evitándose así exigencias y formalidades costosas e innecesarias, quedando totalmente prohibido la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.

Para Guzmán Napuri (2009, p. 208) este principio tiene dos ámbitos, el primero, enfocado hacia la entidad, en el sentido que, la pluralidad de proveedores, favorece a las entidades públicas, pues éstas obtendrán la oferta o propuesta más favorable para satisfacer sus necesidades, a cambio de un menor precio; con relación al segundo ámbito, señala que, la competencia es un instrumento para promover la economía, ya que no sólo obtengo la propuesta más favorable, sino que debido a mi comportamiento (convocar a proceso de selección) es que estímulo el mercado.

Al respecto debo señalar que este principio se encuentra alineado a lo establecido en el artículo 76 de la Constitución, que establece que todos los procesos de contratación se efectúen mediante contrata pública; no obstante, dicho dispositivo admite excepciones, como la contratación directa, facultándose a las entidades, en estos casos a omitir el proceso de selección.

En ese sentido, la contratación directa por situación de emergencia, siempre y cuando cumpla con todo lo establecido en los dispositivos legales, es decir, la entidad contrate de forma inmediata y directa los bienes, servicios u obras necesarios para prevenir los efectos de la pandemia, o atender los requerimos generados por esta, dicha contratación justificaría no realizar una convocatoria que permita encontrar un proveedor que además de satisfacer la necesidad pública me ofrezca un mejor precio en el mercado.

Considero entonces que, si no se cumple con lo mencionado en párrafo precedente, no se justificaría que las entidades omitan el proceso de selección,

pues si a pesar de ello, se persistente en realizar una contratación directa, cuando no corresponde, se estaría vulnerando el principio de libre concurrencia y competencia, ya que activar la contratación directa implica un trato directo con un solo proveedor, inobservando así el principio de libre concurrencia y competencia, que busca atraer más proveedores.

- **Principio de Transparencia**

Mediante el principio de transparencia se garantiza que la información que vayan a recibir los proveedores sea completamente clara, no ambigua, que no admita confusión, a fin de que las reglas desde el inicio sean comprendidas por todos, es decir, desde el inicio de la convocatoria hasta el fin de la misma, garantizándose de esta manera la concurrencia de postores.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional en su STC N° 0020-2003-AI, fundamento N° 13, menciona que: “(...) el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general.”

En las contrataciones directas no hay convocatoria, se omite este proceso, debido a que hay un trato directo con un determinado proveedor; sin embargo, el principio de transparencia, según el TC, implica un control de los productos a adquirir, es decir, no basta que se haya realizado un adecuado procedimiento de selección, ni que las etapas hayan sido debidamente elaboradas, sino que también se debe supervisar que la compra resulte útil para cumplir con los fines y objetivos como entidad, o en caso de servicios, se debe verificar que el contratista cumplió efectivamente con su prestación. De esta manera garantizo que la gestión de la entidad se encuentre alineada a usar mecanismos de rendición de cuentas, en aras de una gestión transparente.

Por ejemplo, la entidad con la finalidad de cumplir con el principio de transparencia, debe regularizar todos los documentos que requiere la entidad, por lo que, a pesar que se haya vencido el plazo se debe cumplir con dicha

regularización, posteriormente se verificará el deslinde de responsabilidades por la regularización fuera del plazo.

2.6 ¿Existe una vulneración a dichos principios?

Con relación al principio de libre competencia y competencia, las entidades públicas se encuentran obligadas a realizar procesos de contratación donde sea efectivo el libre acceso y participación de los proveedores, con la finalidad de que las entidades tengan la opción de elegir la oferta más beneficiosa para ella; más aún, puntualiza que, cualquier práctica, acción o disposición que atente contra los principios de libre competencia y competencia se encuentran proscritos.

Al respecto, debo señalar que, usar la contratación directa para adquirir tabletas que no se requerían con urgencia, durante pandemia, dado que la entidad permitió la entrega de dichos bienes se realizará fuera del plazo establecido, sin mediar justificación alguna, debe considerarse una práctica que atente contra el principio de libre competencia y competencia; ya que usar la contratación directa cuando no corresponde, neutraliza dichos principios, evitándose de esta manera la competencia de proveedores.

Corresponde agregar también, que no sólo se estaría vulnerando los principios antes mencionados, sino también lo establecido en el artículo 76° de Constitución Política del Perú, el cual dispone que las adquisiciones de los bienes, servicios u obras con uso de fondos públicos deben ejecutarse necesariamente mediante concurso público, y que las excepciones deben estar debidamente justificadas.

Como hemos visto, tanto en la contratación de las tabletas, como en la contratación para la construcción de un velatorio, crematorio, no se encontraban debidamente justificadas, en ese sentido las entidades contratantes de dichos conceptos, no tuvieron justificación para llevar a cabo dichas contrataciones, inobservando de ese modo los principios rectores de la contratación estatal.

Asimismo, debemos señalar que, los casos antes señalados también vulneraron el principio de transparencia, ya que al usar una contratación directa cuando no corresponde impide que se someta los requerimientos a convocatoria pública, dejando de lado la publicidad.

De esta manera, se permitió un uso indebido, excesivo y abusivo de dicho método de contratación, convirtiéndose así en un instrumento para eludir las contrataciones públicas abiertas, cuya principal característica es la concurrencia de postores.

En resumen, dichos casos ponen evidencian el abuso de la contratación directa, en pandemia, por parte de las Entidades Públicas, transgrediendo así el principio de competencia y transparencia que rigen las contrataciones públicas, pues los bienes y/o servicios adquiridos mediante las contrataciones directas antes mencionadas, debieron ser ejecutadas a través de un procedimiento de selección abierta, mediante el cual se encamine a conseguir el mejor escenario en cuanto a precio y calidad de los bienes a contratar.

CAPÍTULO III.- Entonces... ¿Es necesario establecer reglas mínimas de control con la finalidad de garantizar un adecuado uso de la contratación directa?

2.7 ¿Hace falta una mayor regulación de la contratación directa?

Considero que no hace falta una mayor regulación con relación a la contratación directa, tanto la LCE como su reglamento son claros al señalar cuando corresponde su uso, por ejemplo, durante la pandemia, las entidades estatales usaron dos supuestos: acontecimiento catastrófico y emergencia sanitaria. Con relación al primer supuesto todas las entidades, sin excepción, se encontraban habilitadas a contratar de manera directa con cualquier proveedor, para abastecerse de manera inmediatamente de bienes, servicios en general, consultorías u obras que resultaran estrictamente necesarias, tanto

para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, como para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido.

Con relación al segundo supuesto, nos refiere que, el Ministerio de Salud, Instituto Nacional de Salud y ESSALUD podían adquirir los bienes y/o servicios señalados en la relación para enfrentar la Emergencia Sanitaria. Es decir, esta causal no admitía que otras entidades, más que las señaladas, puedan contratar de manera directa los bienes señalados en el plan de acción emitido por el ente rector de Salud.

Más aún, el OSCE, como organismo supervisor de las contrataciones del Estado, y debido a las reiteradas consultas por parte de entidades públicas, emitió durante pandemia la Guía de contratación directa bajo situación de emergencia¹⁴, a través del cual responde 28 preguntas que pueden surgir durante el uso de la contratación directa.

Asimismo, dicho organismo, mediante su Dirección Técnico Normativa ha emitido opiniones relacionadas a la contratación directa por situación de emergencia, a través de los cuales establece criterios técnicos legales sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado. Por ejemplo, con relación a la aprobación de contratación directa con un proveedor inhabilitado para contratar en la etapa de perfeccionamiento del contrato¹⁵; con relación a la ampliación de plazos en las contrataciones directas¹⁶; a la declaratoria de nulidad de contrato¹⁷, entre otros, el OSCE ha señalado una postura jurídica que sirve a las entidades públicas y público en general para una correcta interpretación normativa vigente.

Por su parte, la CGR realizó control preventivo y concurrente de las contrataciones directas durante pandemia y advirtió que, antes de pandemia dichas contrataciones presentaba ciertos defectos, las mismas que durante la emergencia sanitaria se fueron incrementando y convirtiendo en

¹⁴<https://www.gob.pe/institucion/osce/campa%C3%B1as/1181-consulta-la-guia-de-contratacion-directa-bajo-situacion-de-emergencia>

¹⁵ Opinión N° 098-2020/DTN de 13 de octubre de 2020

¹⁶ Opinión N° 144-2015/DTN de 01 de setiembre de 2015

¹⁷ Opinión N° 192-2019/DTN de 05 de noviembre de 2019

irregularidades; debido a ello, el Contralor General de la República, Nelson Shack, puso sobre aviso que el empleo desproporcionado del procedimiento de selección excepcional evidencia hábitos alejados a la normativa de contratación estatal; en ese sentido, sugirió una modernización de los preceptos legales. (Shack, N. 2021, p.15)

Es decir, a partir de la información y recomendación que manifiesta el Contralor General de la República, debemos señalar dos puntos; por un lado, existe un uso excesivo de la contratación directa durante pandemia, y lo podemos confirmar a través de los casos antes presentados; por otro lado, con relación a la sugerencia de la modificación normativa, debemos precisar que el OSCE con relación a la contratación directa, ha publicado comunicados donde puntualiza orientaciones respecto a la repercusión de la normativa en el contexto de la pandemia; a pesar de ello, las entidades públicas han hecho caso omiso a dichas indicaciones, por lo que ha surgido casos en los cuales no se justifica por qué se usa la contratación directa en lugar de un proceso de selección abierta, como una licitación y/o concurso público.

Al respecto, considero que, no hace falta una mayor regulación normativa, dado que tenemos una LCE y su reglamento que son suficientemente claros, precisos con relación a la aplicación de la contratación directa y sus supuestos, asimismo contamos con opiniones del OSCE, una guía que ayudan a interpretar la normativa vigente. Considero que el problema no va por el tema regulatorio, sino se encuentra en la aplicación de la normativa, es decir en los operadores, quienes ejecutan las compras públicas.

2.8 La excepción no se puede volver regla.

Como ya lo mencioné líneas arriba, la contratación directa es un procedimiento de selección excepcional, el cual debe darse en algunos supuestos establecidos. La pandemia es uno de ellos; sin embargo, desde que este inicio, parecería que la contratación directa se ha vuelto la regla, ya que algunas entidades del estado sólo pueden adquirir bienes, servicios y obras mediante dicha modalidad contractual.

En ese sentido, considero que Entidades estatales, como MINEDU, UNAC, el Ejercito Peruano, entre otros, abusaron del uso de la contratación directa, durante pandemia, vulneraron el principio de competencia y libre concurrencia, puesto que correspondía utilizar otro método de contratación, el cual implique la concurrencia de proveedores. Todo ello, a fin de obtener la propuesta más beneficiosa en aras de cumplir con la finalidad pública de cada entidad.

2.9 Propuestas de mejora para superar las deficiencias en las contrataciones directas.

Rebaza et al., (2020, p. 13) afirman que, durante la pandemia, para poder aprovisionarse de bienes urgentes y necesarios, como alimentos de primera necesidad, medicamentos, equipos médicos, entre otros, las entidades públicas quedaron habilitadas a vincularse contractualmente con un determinado proveedor, sin haber pasado por un procedimiento de selección, lo que permitió que las condiciones y la fiscalización para las dichas contrataciones sean más indulgentes.

Al respecto, debemos señalar que, durante pandemia, efectivamente se han flexibilizado los controles a las contrataciones directas en las entidades públicas; pues, a pesar que el OSCE, mediante sus acciones de supervisión de oficio, ha observado que algunas contrataciones directas no cumplen con el requisito de inmediatez, tampoco con la debida justificación de su uso, se persiste su utilización como modalidad de adquisición para bienes que no pertenecen a lo estrictamente necesario, cuya finalidad debería ser prevenir o atender la emergencia sanitaria.

Entonces, el problema no pasa por una cuestión de regulación normativa, pues como ya vimos, existen preceptos que regulan la contratación directa, además

opiniones y comunicados del OSCE que establecen directrices de cómo se deben ejecutar dichas contrataciones; no obstante, se hace un mal uso de ellas, pues se adquieren bienes, servicios u obras que no se encuentran vinculadas a la emergencia sanitaria. Por ello, el problema radica en la gestión y la falta de control en las entidades públicas, ya que, a pesar de la claridad de la norma, siguen usando la contratación directa cuando no corresponde, en el contexto de la pandemia.

En ese sentido, como propuestas de mejora para superar las deficiencias en las contrataciones directas presentamos las siguientes:

- Primero, capacitar al personal encargado de realizar las compras públicas, no sólo una capacitación cada tanto tiempo, sino que sea habitual, por ejemplo, una vez por mes, a cargo del personal del OSCE.
- Implementar alertas interinstitucionales, es decir, que participe el OSCE, CGR, Ministerio Público, Poder Judicial. Un ejemplo sería cuando el OSCE advierta que cierta contratación no cumple con lo especificado en la normativa pertinente, advierta a la CGR de dicha situación, para que esta de acuerdo a sus funciones pueda realizar el control respectivo.
- Implementar una plataforma unificada para que se envíen alertas en el tiempo a todos los organismos antes mencionados.
- Se debería limitar el uso de las contrataciones directas, de esta manera se disminuyen los riesgos de uso.
- Condicionar el uso de las contrataciones directas, a fin de advertir responsabilidades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Durante el estado de emergencia sanitaria las entidades públicas han realizado un uso indebido de las contrataciones directas, afectando así el principio de libre competencia y transparencia.

- Entidades estatales, como MINEDU, UNAC, el Ejercito Peruano, entre otros, abusaron del uso de la contratación directa, durante pandemia, vulneraron el principio de competencia y libre concurrencia
- No hace falta una mayor regulación normativa, dado que tenemos una LCE y su reglamento que son suficientemente claros, precisos con relación a la aplicación de la contratación directa y sus supuestos, asimismo contamos con opiniones del OSCE, una guía que ayudan a interpretar la normativa vigente.
- El problema radica en la gestión y la falta de control en las entidades públicas, ya que, a pesar de la claridad de la norma, siguen usando la contratación directa cuando no corresponde, en el contexto de la pandemia.
- Se recomienda capacitar al personal encargado de realizar las compras públicas
- Se recomienda Implementar alertas interinstitucionales
- Se recomienda implementar una plataforma unificada de control de entidades.

BIBLIOGRAFÍA

- Shack, Nelson (2021). El control en los tiempos de Covid-19: Hacia una transformación del control. *Contraloría General de la República del Perú*. Lima, Perú. Recuperado a partir de https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/documento_trabajo/2020/Documento_de_trabajo_El_control_en_los_tiempos_de_COVID-19.pdf
- Alianak, Raquel (2021). Un aspecto olvidado en las contrataciones directas por causal de emergencia, covid-19: la logística. *Revista Do Direito*, (64). Recuperado a partir de <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi64.17111>
- Rebaza et al., (2020). Corrupción En Tiempos De COVID-19: una perspectiva regional sobre contrataciones públicas. *Lawyers Council for civil & Economic Righths*. Recuperado a partir de <https://www.vancecenter.org/wp-content/uploads/2020/05/Corrupcion-en-Tiempo>

[s-de-COVID-19-Una-Perspectiva-Regional-sobre-la-Contratacion-Publica.-Lawyers-Council.pdf](#)

- Chocano, Christian (2020). Integridad, competencia restringida y COVID-19: retos para la contratación pública peruana. *Revista Internacional de Derecho*. Recuperado a partir de <https://revistadederecho.uwiener.edu.pe/index.php/rider/issue/view/11>
- Guzmán Napurí, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 204-216. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022>
- Chocano Davis, C. (2019). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. *Revista De Derecho Administrativo*, (18), 35-65. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22856>
- El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). (2020). Guía de orientación contratación directa bajo situación de emergencia. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/860968/Gu%C3%ADa_de_Contrataci%C3%B3n_directa_bajo_situaci%C3%B3n_de_emergencia.pdf
- Pedreschi Garcés, W. (2015). Aproximaciones al Régimen de Contratación Directa en la Nueva Ley de Contrataciones Del Estado A propósito del Proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, cuya publicación fuera dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15. *Derecho & Sociedad*, (44), 163-174. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14398>
- OSCE (2020) Comunicado N° 011-2020: Orientaciones de la Dirección Técnico Normativa respecto del alcance de la normativa de contrataciones en el marco del Estado de Emergencia Nacional. Recuperado a partir de

<https://www.gob.pe/institucion/osce/campa%C3%B1as/1181-consulta-la-guia-de-contratacion-directa-bajo-situacion-de-emergencia>

- Ministerio de Economía y Finanzas (2018). Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 344-2018-EF Recuperado a partir de <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2018/Diciembre/31/EXP-DS-344-2018-EF.pdf>

