

Asimismo, el artículo 2 del Reglamento preceptúa que es competencia exclusiva del Ministerio de Economía y Finanzas el diseño de políticas sobre dicha materia y su regulación, incrementando la incertidumbre sobre el particular. Como resultado, y a fin de darle coherencia al sistema, debemos considerar al sistema de contratación administrativa como un subsistema del Sistema Nacional de Abastecimiento, el cual a su vez tendría como ente rector al Ministerio de Economía y Finanzas.

Lo antes señalado es consistente con lo dispuesto por el Reglamento de Organización y Funciones de dicho ente<sup>(247)</sup>. A su vez, en su interior, la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad es la encargada de formular y proponer la política, medidas y regulaciones sobre contrataciones del Estado, que promuevan la eficiencia en la asignación de recursos de manera consistente con las leyes y acuerdos internacionales relacionados a las contrataciones públicas.

## II. LOS ÓRGANOS RESPONSABLES AL INTERIOR DE LA ENTIDAD

La normativa contractual prescribe<sup>(248)</sup> que cada entidad identifica en su Reglamento de Organización y Funciones u otros documentos de organización y/o gestión al órgano encargado de las contrataciones, de acuerdo con lo que establece el presente Reglamento. Se establece asimismo en la norma las atribuciones que el órgano encargado de las contrataciones posee, que son la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. En este

Derecho Público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas. Su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada”.

(247) Decreto Supremo N° 117-2014-EF:

### “Artículo 2.- Competencias

2.1 El Ministerio de Economía y Finanzas, de conformidad con las leyes respectivas, tiene competencias en materias de carácter económico, financiero, fiscal, escalas remunerativas y beneficios de toda índole en el Sector Público, previsional público y privado en el ámbito de su competencia, inversión pública y privada, presupuesto público, endudamiento público, tesorería, contabilidad, tributario, ingresos no tributarios, aduanero, arancelario y contrataciones públicas; así como en armonizar la actividad económica y financiera nacional para promover su competitividad, la mejora continua de productividad y el funcionamiento eficiente de los mercados; y las demás que se le asignen por Ley.

2.2 El Ministerio de Economía y Finanzas ejerce sus competencias a través del cumplimiento de funciones orientadas al logro de los objetivos y metas del Estado, en el marco de la política nacional económica y financiera.

(248) Artículo 4 del Reglamento.

orden de ideas, la supervisión de la ejecución del contrato compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función

### 1. El titular de la entidad

Ahora bien, la Ley<sup>(249)</sup> señala aquellos funcionarios y órganos que están a cargo de las contrataciones. En primer lugar, el titular de la entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y en el Reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contrataciones del Estado.

Ahora bien, conforme lo dispuesto por la Ley, el Titular de la entidad puede delegar la autoridad que se le otorga<sup>(250)</sup>. En verdad antes nos encontramos propiamente ante una desconcentración, para que exista consistencia con lo señalado por la Ley del Procedimiento Administrativo General, sin embargo el Decreto Legislativo N° 1272 ha incorporado la delegación al interior de las entidades dentro del Texto Único Ordenado de la norma. De hecho, muchas entidades, los primeros días del año, emiten una resolución en la cual efectúan dicha delegación, la cual se dirige en general a la Secretaría General y a la Oficina General de Administración o la que haga sus veces.

Esta delegación muestra sin embargo algunas excepciones, como son la declaración de nulidad de oficio, la aprobación de las contrataciones directas, salvo aquellas que disponga el reglamento de acuerdo a la naturaleza de la contratación, así como las modificaciones contractuales establecidas en la norma (artículo 34-A, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1341) y los otros supuestos que se establece en el reglamento, como veremos más adelante en este libro.

La norma establece además que puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra. Este siguiente nivel de decisión, en el Poder Ejecutivo sería en general la Secretaría General. Esta es una novedad del Decreto Legislativo N° 1341, puesto que la redacción original de la norma establecía que esta facultad era indelegable, y tiene por finalidad darle agilidad a dicha autorización.

### 2. El área usuaria

Asimismo, el área usuaria, conforme lo dispuesto por la Ley y el Reglamento, es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos que son formulados por otras dependencias de la entidad.

(249) Artículo 8 de la Ley.

(250) Numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley.



Resolución Ministerial, establece los lineamientos y criterios para la utilización del encargo<sup>(269)</sup>.

## 7. Responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos

En este punto la Ley señala que los funcionarios y servidores que interviene en los procesos de contratación por o a nombre de la entidad, con independencia del régimen jurídico que los vincule a esta, son responsables, en el ámbito de las actuaciones que realicen, de organizar, elaborar la documentación y conducir el proceso de contratación, así como la ejecución del contrato y su conclusión. Es preciso señalar que el Decreto Legislativo N° 1341 ha aclarado este punto respecto de la redacción original de la norma.

Ello implica, en primer lugar que las responsabilidades corresponden a todos los que participen del proceso de contratación, incluso a aquellos que no estén sometidos a algún régimen de personal de la entidad, como por ejemplo locadores de servicio. Asimismo, dicha responsabilidad se encuentra presente en todas las etapas del proceso de contratación.

Se señala además que ello debe ocurrir de manera eficiente, bajo el enfoque de gestión por resultados, a través del cumplimiento de las normas aplicables y de los fines públicos de cada contrato, conforme a los principios establecidos en la Ley y a los cuales nos hemos referido anteriormente<sup>(270)</sup>. Como ya se ha dicho, el concepto de eficiencia va a estar presente en toda la normativa contractual. Por otro lado, la Ley ha incorporado con claridad la gestión por resultados, que no se notaba con claridad en la normativa derogada y que es fundamental para que las decisiones se tomen de manera adecuada.

Se señala además que, de corresponder la determinación de responsabilidad por las contrataciones, esta se realiza de acuerdo al régimen jurídico que vincule a las personas antes señaladas con la entidad, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que correspondan. Ello implica la generación de responsabilidad administrativa, penal y civil; y dentro de la primera, la responsabilidad disciplinaria y la responsabilidad ética, conforme las normas respectivas.

Ello es clave puesto que los mecanismos para hacer efectiva dicha responsabilidad varían si es que nos encontramos ante funcionario público o no, y si estamos ante el primer caso cual es el régimen aplicable, sea el del servicio civil, el de la carrera administrativa, el contrato administrativo de servicios,

entre otros, incluso en el caso en el las labores sean realizadas por locadores de servicio.

La norma derogada establecía en este punto que en caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas en la ley, se establece que se aplicará, de acuerdo con su gravedad, las sanciones establecidas en el ordenamiento, que son la amonestación escrita, la suspensión sin goce de remuneraciones de treinta (30) a noventa (90) días, el cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce (12) meses; así como la destitución o despido<sup>(271)</sup>. Dicha disposición ya no es necesaria en la normativa actual, puesto que se debe emplear el procedimiento disciplinario que regula la Ley del Servicio Civil y su Reglamento, como pasaremos a señalar a continuación.

### Conflictos de interés

El Decreto Legislativo N° 1341 ha incorporado un importante precepto respecto a las responsabilidades esenciales de quienes participan de la contratación administrativa, que es que las entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en la Ley<sup>(272)</sup>.

Para estos efectos, el Reglamento define conflicto de intereses como aquella situación o relación en la que los intereses personales, laborales, económicos o financieros del servidor pudieran estar en conflicto con el interés público o el cumplimiento de las funciones y deberes a su cargo. Esta definición fue incorporada al Reglamento por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

En este punto, el Reglamento preceptúa que los integrantes del comité de selección solo pueden ser removidos por caso fortuito o fuerza mayor, por cese en el servicio, conflicto de intereses u otra situación justificada, mediante documento debidamente motivado<sup>(273)</sup>. El conflicto de interés es clave en el caso del comité de selección puesto que impide que pueda decidir de manera objetiva, lo que a su vez permite otorgar la buena pro al postor que sea el más idóneo.

En el mismo orden de ideas, el Reglamento preceptúa<sup>(274)</sup> que los integrantes del comité de selección no pueden renunciar al cargo encomendado, salvo conflicto de intereses. Se establece que en este caso, la renuncia se presenta por escrito detallando las razones que sustentan el conflicto

(271) Artículo 46 de la Ley derogada.

(272) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1341, pp. 7-8.

(273) Numeral 23.6 del artículo 23 del Reglamento.

(274) Numeral 23.7 del artículo 23 del Reglamento.



de intereses. Incurrir en responsabilidad el servidor que temeraria o maliciosamente alega un conflicto de intereses inexistente con la finalidad de sustraerse del cumplimiento de sus obligaciones.

La norma establece, además<sup>(275)</sup> que los integrantes del comité de selección se encuentran obligados a actuar con honestidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, debiendo informar con oportunidad sobre la existencia de cualquier conflicto de intereses y de comunicar a la autoridad competente sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el desempeño de su encargo, bajo responsabilidad.

Por otro lado, el Reglamento preceptúa<sup>(276)</sup> que el titular de la entidad puede delegar, mediante resolución, la facultad de resolver los recursos de apelación, estableciéndose que en ningún caso dicha delegación pueda recaer en los miembros del comité de selección, en el órgano encargado de las contrataciones de la entidad o en algún otro servidor que se encuentre en una situación de conflicto de intereses que pueda perjudicar la imparcialidad de la decisión.

### Actuación discrecional

Ahora bien, la norma establece además que la facultad establecida para actuar discrecionalmente se ejerce para optar por la decisión administrativa debidamente sustentada que se considere más conveniente, dentro del marco que establece la Ley, teniendo en consideración los criterios establecidos por la cuarta disposición final complementaria de la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de responsabilidad administrativa funcional<sup>(277)</sup>.

Como ya lo hemos señalado anteriormente, la discrecionalidad implica la posibilidad de optar por determinadas acciones dentro del marco de la legalidad, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, lo cual explica la necesidad de establecer un marco de acción en el ámbito de la Contratación Administrativa, a fin de que ello no sea arbitrario.

### El procedimiento disciplinario

Los servidores y funcionarios públicos estarían sometidos a un procedimiento disciplinario, a fin de poder imponer las sanciones como resultado

de la vulneración de la normativa administrativa, vulnerando o poniendo en peligro bienes jurídicos. Ahora bien, el procedimiento disciplinario, contrariamente a lo señalado por la gran mayoría de las normas legales en el Perú, no es un procedimiento administrativo, puesto que este último está diseñado para culminar en un acto administrativo, mientras que el procedimiento disciplinario culmina en un acto de administración interna.

A este nivel es necesario señalar que nos encontramos ante una importante variación a esquemas sancionadores propios, por ejemplo, de la actividad privada. Las entidades que poseen personal sujeto al régimen de la actividad privada deben adecuarse a este esquema sancionador, derivado más bien de una concepción estatutaria publicista del manejo del personal de la Administración.

Ello explica la utilización de las sanciones antes señaladas aplicables tradicionalmente al régimen de la carrera administrativa y de los esquemas de la actividad privada, en los que cabría más bien el despido—en el caso del régimen laboral de la actividad privada—o la resolución del contrato, en el caso de la contratación administrativa e incluso civil. Como lo hemos señalado líneas arriba, el procedimiento disciplinario cobra especial importancia en el contexto de la contratación administrativa, donde se encuentra en juego importantes bienes jurídicos relacionados con la satisfacción de necesidades públicas y el uso adecuado de los recursos públicos.

### Lo dispuesto por la Ley del Servicio Civil sobre el particular

En este orden de ideas, la Ley del Servicio Civil<sup>(278)</sup> dispone que la autoridad del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia inicia el procedimiento de oficio o a pedido de una denuncia, debiendo comunicar al servidor por escrito las presuntas faltas y otorgarle un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar el descargo y las pruebas que crea conveniente para su defensa.

Para tal efecto, la norma preceptúa que el servidor civil tiene derecho a conocer los documentos y antecedentes que dan lugar al procedimiento, para efecto de tutelar su derecho de defensa. La norma establece que vencido el plazo sin la presentación de los descargos, el proceso queda listo para ser resuelto.

Se establece además que, cuando la comunicación de la presunta falta es a través de una denuncia, el rechazo a iniciar un procedimiento disciplinario debe ser motivado y notificado al que puso en conocimiento la presunta falta, si estuviere individualizado. Ello permite darle un trámite eficiente a las

(275) Numeral 25.5 del artículo 25 del Reglamento.

(276) Numeral 103.1 del artículo 103 del Reglamento.

(277) Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley.

(278) Artículo 93 de la Ley N° 30057.



denuncias, sin que ello suponga que el denunciante sea parte del procedimiento disciplinario.

De manera previa al pronunciamiento de las autoridades del proceso administrativo disciplinario de primera instancia, y luego de presentado los descargos, la norma establece que el servidor civil procesado puede ejercer su derecho de defensa a través de un informe oral, efectuado personalmente o por medio de un abogado, para lo cual se señala fecha y hora única.

Asimismo, la norma dispone que la autoridad del procedimiento disciplinario de primera instancia realice las investigaciones del caso, solicitando los informes respectivos, examinando las pruebas que se presenten a fin de imponer las sanciones que correspondan. En este caso tenemos claramente separación de autoridades, existiendo una que realiza la instrucción y otra encargada de la sanción disciplinaria.

Finalmente, la norma preceptúa que, durante el tiempo que dura el procedimiento disciplinario el servidor civil procesado, según la falta cometida, puede ser separado de su función y puesto a disposición de la oficina de recursos humanos. Mientras se resuelve su situación, el servidor civil tiene derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedido de hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco (5) días o presentar renuncia.

### **Supervisión de la contratación administrativa**

La entidad debe supervisar el proceso de contratación en todos sus niveles, directamente o a través de terceros. Este precepto se encontraba establecido también la norma derogada. Es preciso señalar que la supervisión en este caso constituye un mecanismo de control, que permite el cumplimiento de las obligaciones de los servidores involucrados, así como de los contratistas.

Como resultado, y en cuanto a la ejecución contractual, la Ley derogada preceptuaba que la entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas, cuyo incumplimiento generaba la resolución del contrato. Esta disposición ya no la encontramos en la normativa vigente.

Se dispone con claridad en la Ley que el hecho que la entidad no supervise los procesos no exime al contratista de cumplir con sus deberes ni de la responsabilidad que le pueda corresponder. Dicha responsabilidad se hace efectiva a través del respectivo procedimiento administrativo sancionador, conforme lo dispone la Ley y el Reglamento.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1341 ha incorporado un importante precepto preceptuando que, cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento.

De hecho el Reglamento preceptúa<sup>(279)</sup> que durante la ejecución de la obra, debe contarse, de modo permanente y directo, con un inspector o con un supervisor, según corresponda. Se señala en la norma que el inspector es un profesional, funcionario o servidor de la entidad, expresamente designado por esta, mientras que el supervisor es una persona natural o jurídica especialmente contratada para dicho fin. En el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra. A ello nos referiremos con detalle más adelante en este libro.

Asimismo, la norma señala que el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este. Dicha norma sin embargo no se pronuncia expresamente sobre el particular, siendo que el efecto del inicio del proceso arbitral generará determinados efectos en el contrato de supervisión dependiendo del conflicto existente.

### **III. EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE**

La norma define<sup>(280)</sup> que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público, constituye pliego presupuestal y que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. El elevado nivel de autonomía se justifica claramente en la necesidad de que ejerza sus atribuciones sin influencia, sea económica o política.

La norma preceptúa además que el OSCE cuenta con un órgano de defensa jurídica, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas que rigen el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, redacción que es más clara que aquella que se encontraba contenida en la Ley derogada. Ello se debe a la existencia de determinados controversias jurídicas que pueden presentarse, en particular respecto del Tribunal de Contrataciones del Estado.

<sup>(279)</sup> Numeral 159.1 del artículo 159 del Reglamento.

<sup>(280)</sup> Artículo 51 de la Ley.



Se señala además que su personal está sujeto al régimen laboral de la actividad privada, tanto culmine el proceso de implementación al régimen del Servicio Civil<sup>(281)</sup>. El régimen laboral se encontraba señalado también en la Ley derogada y tiene como ventaja ser más flexible que el de la carrera administrativa teniendo en cuenta las especiales competencias del OSCE.

La naturaleza de OSCE es de lo que se denomina un organismo técnico especializado<sup>(282)</sup>. Dichos entes se crean, por excepción, cuando existe la necesidad de planificar y supervisar, o ejecutar y controlar políticas de Estado de largo plazo, de carácter multisectorial o intergubernamental que requieren un alto grado de independencia funcional. Ejemplos de esto son la Autoridad Portuaria Nacional, adscrito al sector Transportes y Comunicaciones; así como el Instituto del Mar del Perú (Imarpe), adscrito al Sector Producción.

Si bien OSCE constituye un organismo técnico especializado, su antecesor inmediato, Consucode, constituía un organismo ejecutor<sup>(283)</sup>. En este caso es evidente que nos encontramos ante una política de Estado que debe controlarse y ejecutarse, que es la realización eficiente de la contratación administrativa, para fines de satisfacer necesidades públicas.

Asimismo, se crea un organismo técnico especializado cuando se requiere establecer instancias funcionalmente independientes que otorgan o reconocen derechos de los particulares, para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas; que resulten oponibles a otros sujetos de los sectores Público o Privado. El ejemplo más evidente de esto es el Indecopi—que constituye nuestra agencia de competencia— o la Oficina de Normalización Previsional - ONP.

Estos organismos, que gozan de independencia para ejercer sus funciones, están dirigidos por un Consejo Directivo, como veremos más adelante. Asimismo, se sujetan a los lineamientos técnicos del Sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias. Finalmente, su política de gasto es aprobada por el Sector al que están adscritos, en el marco de la política general de Gobierno.

(281) Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley.

(282) ROF de OSCE:

**Artículo 3.- Naturaleza Jurídica del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE**

El OSCE, es un organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de Derecho Público y constituye pliego presupuestal.

(283) Decreto Supremo N° 034-2008-PCM, el que califica los organismos públicos.

## 1. Antecedentes

Un remoto antecesor del OSCE era el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Dicho ente era definido<sup>(284)</sup> como una institución pública descentralizada, con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa, integrante del Subsector Vivienda y Construcción del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción, que se encontraba encargada de resolver en última instancia administrativa las discrepancias que se produzcan entre las entidades licitantes, contratantes y los postores o contratistas de obras públicas a nivel nacional.

En aquella época, el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas contaba con el Tribunal de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas y con la Dirección Ejecutiva. Esta última era la encargada de cumplir y tramitar las Resoluciones y Acuerdos del Tribunal y de coordinar la acción administrativa y técnica del Consucop, siendo que su titular era nombrado por el Tribunal.

Posteriormente, la redacción original de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado crea el Consucode, definiéndolo un organismo público descentralizado que se encontraba adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de Derecho Público y que gozaba de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

El presidente del Consucode era el titular del Pliego presupuestario y máxima autoridad administrativa de la institución. Era nombrado por Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros. Por otro lado, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones es el órgano jurisdiccional del Consejo, el cual carecía de atribuciones administrativas.

## 2. Funciones del OSCE

En primer lugar, la Ley derogada establecía que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tiene por funciones, en primer lugar, velar y promover el cumplimiento y difusión de la ley, su reglamento y normas complementarias y proponer las modificaciones que considere necesarias. No obstante ello, no podíamos afirmar con dicha normativa que sea el ente rector del sistema administrativo de abastecimiento establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, como ya lo hemos indicado anteriormente.

Ahora bien, la norma actual amplia y aclara esta importante atribución, señalando que corresponde al OSCE velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, lo cual implica la maximización del valor de los

(284) Artículo 1 del Decreto Ley N° 26143.



Asimismo, se establece que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.

En la Ley y el Reglamento el área usuaria posee determinadas atribuciones que también fueron modificándose según ha evolucionado la normativa contractual, conforme veremos más adelante. Posee entonces una importancia crucial en el proceso de contratación, desde las actuaciones preparatorias hasta la ejecución contractual.

Así, para elaborar el cuadro consolidado de Necesidades, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, consolida y valoriza las contrataciones de bienes, servicios en general, consultorías y obras. Asimismo, para elaborar el proyecto del Plan Anual de Contrataciones, el órgano encargado de las contrataciones, en coordinación con el área usuaria, debe determinar el monto estimado de las contrataciones de la entidad<sup>(251)</sup>.

Asimismo, el Expediente de Contratación se inicia con el requerimiento del área usuaria<sup>(252)</sup>, siendo que las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, contienen la descripción objetiva y precisa de las características y/o requisitos funcionales relevantes para cumplir la finalidad pública de la contratación, y las condiciones en las que debe ejecutarse la contratación.

Además, el área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación.

Por otro lado, la recepción y conformidad, con lo que culmina la ejecución contractual, es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la norma preceptúa que la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección<sup>(253)</sup>.

### 3. El órgano encargado de las contrataciones

Por otro lado, el órgano encargado de las contrataciones es aquel órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento al interior de una entidad<sup>(254)</sup>. En general, este órgano

es denominado logística o abastecimientos y depende la oficina general de Administración (OGA) o la que haga sus veces, dependiendo de los instrumentos de gestión de cada entidad.

Además la Ley preceptúa que la entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El reglamento establece su composición, funciones, responsabilidades, entre otros.

El reglamento establece además que los servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, deben ser profesionales y/o técnicos certificados<sup>(255)</sup>. Ello tiene por finalidad generar una actuación eficiente de los servidores del área encargada de las contrataciones.

La norma preceptúa además que el OSCE establece las estrategias, los procedimientos y requisitos para la certificación, incluyendo niveles y perfiles, entre otros<sup>(256)</sup>. La redacción original del Reglamento establecía, además, que mediante directivas el OSCE establece las estrategias, los procedimientos y requisitos para la acreditación de las instituciones o empresas con la finalidad de que estas capaciten a los operadores en aspectos vinculados con las contrataciones del Estado. Ello fue dejado sin efecto por la reforma proveniente del Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

Ahora bien, el Reglamento derogado establecía que los funcionarios y servidores del órgano encargado de las contrataciones de la entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de contratación, deberán ser profesionales y/o técnicos debidamente certificados, debiendo como mínimo poseer capacitación técnica en contrataciones públicas o gestión logística en general, no menor a ochenta (80) horas lectivas; experiencia laboral en general, no menor a tres (3) años; y experiencia laboral en materia de contrataciones públicas o en logística privada, no menor de un (1) año.

Los requisitos antes señalados tenían por finalidad otorgar la mayor eficiencia posible a dichos servidores. En este orden de ideas, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF incorporó una disposición que establecía que los requisitos señalados podrán ser precisados o modificados mediante directiva emitida por el OSCE, lo cual tiene por finalidad otorgarle mayor flexibilidad a esta regulación.

(251) Artículo 5 del Reglamento.

(252) Artículo 8 del Reglamento.

(253) Artículo 143 del Reglamento.

(254) *Ibidem*, p. 50.

(255) Numeral 4.3 del artículo 4 del Reglamento.

(256) Numeral 4.4 del artículo 4 del Reglamento.



Como resultado, la Directiva N° 013-2017-OSCE/CD establece los lineamientos para la certificación por niveles de profesionales y técnicos que laboren en los órganos encargados de las contrataciones de las entidades que, en razón de sus funciones, intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación pública, en el contexto de lo preceptuado por el Reglamento.

Se establece además que los servidores del OEC que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de la contratación, deben ser profesionales o técnicos certificados de acuerdo a los niveles y perfiles establecidos por el OSCE en la presente directiva, siendo responsabilidad del jefe de administración, o quien haga sus veces, verificar el cumplimiento de esta obligación.

La directiva prescribe además que la certificación por niveles busca clasificar a los profesionales y técnicos en función a su experiencia y conocimientos a fin de identificar sus necesidades específicas de capacitación que permita profesionalizar la contratación pública. Los niveles son establecidos por la directiva, y puede ser básico, intermedio y avanzado.

La Directiva señala además que en esa medida, la obtención de un nivel determinado como resultado del procedimiento de certificación, no conlleva limitación alguna para intervenir directamente en alguna de las fases de la contratación, sin perjuicio de la obligación de encontrarse certificado.

Asimismo, es pertinente señalar que la ejecución de los procesos de contratación por parte del personal no certificado no constituye causal de nulidad, suspensión, cancelación o cualquier tipo de paralización del proceso de contratación, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponde a los funcionarios responsables. Ello es importante para no afectar la continuidad del proceso de contratación, en cualquiera de sus etapas.

Se establece asimismo en la directiva que el proceso de certificación posee diversas etapas, tales como la obtención de usuario y clave de acceso, el llenado de datos generales, la postulación a un nivel en calidad de declaración jurada, el pago, el examen de certificación, el registro y acreditación de documentos sustentatorios, entre otras. Estas etapas se desarrollan en los plazos y conforme a las instrucciones detalladas en los documentos de orientación publicados en el Portal Institucional del OSCE.

#### 4. Comité de selección

Asimismo, el comité de selección (antes llamado comité especial) es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El órgano encargado de las contrataciones también es competente para la tramitación de determinados procedimientos de selección.

El Reglamento preceptúa que los órganos a cargo de los procedimientos de selección son competentes para preparar los documentos del procedimiento de selección, así como para adoptar las decisiones y realizar todo acto necesario para el desarrollo del procedimiento hasta su culminación, sin que puedan alterar, cambiar o modificar la información del expediente de contratación. A ello nos vamos a referir con detalle más adelante en este trabajo, estableciendo las atribuciones de estos importantes órganos y su regulación a través de la normativa contractual.

#### 5. Órganos desconcentrados

Finalmente, la normativa preceptúa<sup>(257)</sup> que la entidad podrá realizar contrataciones a través de sus órganos desconcentrados, siempre que estos cuenten con capacidad para contratar conforme a sus normas autoritativas. Ello ocurre en particular respecto de oficinas que se encuentran territorialmente alejadas de la sede central, siendo ineficiente obligar a las mismas a contratar a través de la referida sede.

##### Desconcentración de la titularidad de la competencia

El encargo de gestión y la delegación se generan en principio entre órganos de distintas entidades, situación por la cual en el derecho administrativo se hizo necesario establecer mecanismos que generen transmisión de titularidad al interior de ellas. Ello claro hasta que el Decreto Legislativo N° 1272 incorporó la delegación al interior de las entidades.

A ello se denomina en general desconcentración<sup>(258)</sup>. En consecuencia, la titularidad, así como el ejercicio de competencia, que haya sido asignada a los órganos administrativos, se debe desconcentrar en otros órganos jerárquicamente dependientes de aquellos<sup>(259)</sup>. Esta previsión es enteramente concordante además con la presunción de competencia desconcentrada<sup>(260)</sup>, a la cual hemos referido anteriormente, puesto que debe suponerse que la competencia se encuentra asignada al órgano de inferior jerarquía de función más similar en mérito de la materia y el territorio.

Los órganos de dirección de las entidades se encuentran, en consecuencia, ampliamente descongestionados, liberados de cualquier rutina de ejecución, de emitir comunicaciones ordinarias y de las tareas de formalización de actos administrativos, con el objeto de que dichos órganos puedan

(257) Artículo 3 del Reglamento.

(258) PAREJO ALFONSO. *Manual de derecho administrativo. Parte general*. Ob. cit., p. 317.

(259) Artículo 83, numeral 83.1 del TUO.

(260) Artículo 71, numeral 71.1 del TUO.



concentrarse en actividades de planeamiento, supervisión, coordinación, control interno de su nivel y en la evaluación de resultados<sup>(261)</sup>.

Esta previsión, compatible con las disposiciones existentes sobre simplificación administrativa, permite un funcionamiento eficiente de la Administración pública, estableciendo un mecanismo de racionalización de las actividades y de adecuada distribución de labores<sup>(262)</sup>. A la vez, pertenece a conceptos avanzados de organización funcional, en la cual incluso la autoridad tiende a decantarse entre unidades que desempeñan determinadas actividades concretas<sup>(263)</sup>. Esta es de fundamental importancia en la contratación administrativa, a fin de liberar de buena parte de la responsabilidad logística a la sede central, lo cual genera una mayor eficiencia.

Como resultado, a los órganos jerárquicamente dependientes se les transfiera competencia para emitir resoluciones, con el objeto de aproximar a los administrados las facultades administrativas que conciernen a sus intereses<sup>(264)</sup>, permitiendo un acercamiento de los mismos a la entidad en cuestión<sup>(265)</sup>; operación que les permite además un amplio margen de acción en materia de gestión.

Es preciso señalar que dicha transferencia de competencia no es propiamente una delegación, sino más bien un mecanismo de ejercicio eficiente de la labor de la emisión de actos administrativos al interior de una entidad, máxime si la desconcentración tiene carácter permanente. La desconcentración permite entonces que los funcionarios de menor rango acepten responsabilidad y apliquen su juicio. No solo sirve para capacitar, sino que mejora la confianza.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1272 ha incorporado una importante distinción en materia de desconcentración. Así, establece que la desconcentración de competencia puede ser vertical u horizontal. La primera es una forma organizativa de desconcentración de la competencia que se establece en atención al grado y línea del órgano que realiza las funciones, sin tomar en cuenta el aspecto geográfico.

A su vez, la norma establece que la desconcentración horizontal es una forma organizativa de desconcentración de la competencia que se emplea con el objeto de expandir la cobertura de las funciones o servicios administrativos de una entidad. Este mecanismo no debe confundirse con la

descentralización, a la cual nos hemos referido con amplitud en el capítulo correspondiente de este libro. Asimismo, este mecanismo opera de manera territorial, estableciendo oficinas en diversas zonas, que se alejan de la sede principal de la entidad<sup>(266)</sup>.

Finalmente, tanto la desconcentración funcional como la territorial conducen a mejores decisiones y en forma más rápida. Para ello, se debe proporcionar los recursos que sean necesarios y suficientes. Estos recursos pueden ser financieros, administrativos, humanos o de tiempo. Sin ellos es imposible que el funcionario administrativo de rango inferior pueda realizar la tarea asignada como resultado de la desconcentración administrativa.

## 6. Selección por encargo

La Ley preceptúa que, mediante convenio una entidad puede encargar a otra entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección<sup>(267)</sup>. Se establece asimismo que, excepcionalmente, también puede encargarse determinados procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados, previa autorización expresa, cuando el objeto de la contratación sea calificado como especializado o complejo, siguiendo las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas, de acuerdo a lo que establece el reglamento. A esto volveremos con amplitud, en el capítulo respectivo, señalando que este mecanismo siempre ha sido motivo de controversia, en especial frente al empleo de organismos internacionales.

En el primer caso, el reglamento preceptúa que una entidad puede encargar a otra entidad pública, mediante convenio interinstitucional, la realización de las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección que aquella requiera para la contratación de bienes, servicios en general, consultorías y obras. Para ello, debe emitirse previamente un informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del encargo, el que es aprobado por el titular de la entidad<sup>(268)</sup>.

En el segundo supuesto, el reglamento preceptúa que, de manera excepcional, tratándose de contrataciones altamente especializadas o muy complejas, las entidades pueden encargar determinados procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados. La norma establece además que el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante

(261) Artículo 83, numeral 83.2 del TUO.

(262) INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *La simplificación administrativa: primer paso hacia la desburocratización*. Ob. cit., pp. 42 y 43.

(263) VAL PARRDO. *Administración de entidades públicas*. Ob. cit., pp. 150 y 151.

(264) Artículo 83, numeral 83.3 del TUO.

(265) PARADA VÁSQUEZ. *Derecho administrativo*. T. II, ob. cit., p. 46.

(266) Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272, pp. 31-32.

(267) Artículo 6 de la Ley.

(268) Numeral 94.1 del artículo 94 del Reglamento.