

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO POR DECRETOS DE
URGENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA LEY N°
30225 DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

WENDY LISSET BECERRA FERNANDEZ

ASESOR

PERCY ORLANDO MOGOLLÓN PACHERRE

<https://orcid.org/0000-0002-1360-2647>

Chiclayo, 2019

**LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO POR
DECRETOS DE URGENCIA DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA NUEVA LEY N° 30225 DE CONTRATACIONES CON EL
ESTADO**

PRESENTADA POR
WENDY LISSET BECERRA FERNANDEZ

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Erika Janet Valdivieso López
PRESIDENTE

Beatriz Arbañil Chicoma
SECRETARIO

Percy Orlando Mogollón Pacherre
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios, mi guía y protector; y es que a pesar de las tantas veces que solté su mano, Él no me abandono.

A mi padre, por su sacrificado esfuerzo, su amor infinito y apoyo constante.

A mi madre, sin ella nada sería posible; sus palabras de aliento, ayuda y preocupación, forjaron una persona de bien.

A mis amigas; podemos no vernos ni hablar con frecuencia, pero tengo la seguridad de contar con ellas siempre. Su felicidad, es la mía.

AGRADECIMIENTO

*A Dios, la inteligencia y sabiduría
brindada permitieron alcanzar esta
primera gran meta.*

*A Gerardo y Magda, mis padres; por su
infinito sacrificio, apoyo y amor siendo mis
pilares fundamentales para esforzarme día
a día en búsqueda de mis metas.*

*Al Dr. Percy Orlando Mogollón
Pacherre, mi asesor de tesis, por su
tiempo, conocimientos, amabilidad y
comprensión para guiarme.*

ÍNDICE

DEDICATORIA	3
AGRADECIMIENTO	4
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I	12
ÁMBITO NORMATIVO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL PERÚ	12
1.1. La Contratación Pública y su Marco Constitucional en el Perú	12
1.2. Finalidad de las Contrataciones	13
1.3. Principios aplicables de la Contratación Pública en el Perú	15
CAPÍTULO II	24
PROCESOS DE SELECCIÓN EXONERADOS	24
2.1. Finalidad y Justificación del Procedimiento de Exoneración	24
2.2. Supuestos de Exoneración	26
2.3. Criterios de Procedencia de las Exoneraciones	32
2.4. Supervisión de los Procesos de Exoneración	33
CAPÍTULO III	35
LOS DECRETOS DE URGENCIA COMO MECANISMO QUE IMPLEMENTA OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA	35
3.1. Definición de Decretos de Urgencia	35
3.2. Marco Jurídico que rige a los Decretos Urgencia	38
3.3. Condiciones para emitir un Decreto de Urgencia	42
3.4. Riesgos en los que incurre la Administración Pública en la necesidad de implementar obras de Infraestructura a través de Decretos de Urgencia	47
CONCLUSIONES	56
BIBLIOGRAFÍA	58

RESUMEN

La normativa peruana permite que el Poder Ejecutivo realice funciones que le corresponde al Poder Legislativo, ante la existencia de situaciones límites donde dado el supuesto habilitante establecido por la norma constitucional o legal y cumpliendo ciertos requisitos; pueda dictarse medidas extraordinarias que permitan accionar de manera oportuna y eficaz, en concordancia con el interés del estado, en materia financiera y económica. A tal instrumento, se le denomina Decreto de Urgencia, cuyo uso habitual contrasta con los fundamentos establecidos para su emisión, pues a lo largo de los años; se evidencia el exceso en su uso, quedando a voluntad de un reducido grupo de poder y a menester de intereses privados.

Por ende, se divisa que el marco jurídico de la Contratación con el Estado a través de la Contratación Directa y viabilizada por Decretos de Urgencia, solo proporciona apariencia de legalidad, generando riesgos sobre todo en cuanto a cómo el Estado realiza el manejo del fondo público, la transparencia con la que se tratan tales datos, y de forma ineludible el creciente fenómeno de corrupción en el país.

Empero, la solución a dicha problemática se encuentra en el reforzamiento de parámetros válidos y uniformes que garanticen su emisión de acuerdo a ley, permitiendo sustentar fáctica y jurídicamente su razón de ser y no que solo sirvan para ser enunciados sin más explicación o referencia. Pues las contrataciones con el estado se rigen a través de principios y buscan alcanzar el bien común al menor costo y eficientemente.

Palabras claves: Contrataciones con el Estado, Principios de las Contrataciones Públicas, Contrato Directo, Proceso de Selección, Decreto de Urgencia, Exoneración.

ABSTRACT

Peruvian regulations allow the Executive Power to carry out functions that correspond to the Legislative Power, in the presence of extreme situations where given the enabling assumption established by the constitutional or legal norm and fulfilling certain requirements; extraordinary measures may be issued that can act in a timely and effective manner, in accordance with the interest of the state, in financial and economic matters. Such instrument is called Urgency Decree, whose habitual use contrasts with the foundations established for its issuance, since over the years; the excess in its use is evident, leaving it at the will of a small group of power and a member of private interests.

Therefore, it is seen that the legal framework of Contracting with the State through Direct Contracting and made feasible by Emergency Decrees, only provides an appearance of legality, generating risks especially in terms of how the State manages the public fund, the transparency with which such data is treated, and inescapably the growing phenomenon of corruption in the country.

However, the solution to this problem is found in the reinforcement of valid and uniform parameters that guarantee their issuance in accordance with the law, allowing to sustain factually and legally their reason for being and not that they only serve to be stated without further explanation or reference. Well, contracts with the state are governed by principles and seek to achieve the common good at the lowest cost and efficiently.

Keywords: Contracting with the State, Principles of Public Contracting, Direct Contract, Selection Process, Emergency Decree, Exoneration.

INTRODUCCIÓN

El intercambio económico a gran escala, los avances tecnológicos y la comunicación han permitido desarrollar diversos mercados y con ello cubrir necesidades. Un caso particular es la contratación estatal, que, en virtud de estándares de calidad, requiere actualizarse y renovarse con base en criterios de eficiencia, eficacia, oportunidad y economía para contribuir a la modernización del aparato estatal, el buen gobierno y el Estado de Bienestar¹.

Es así, que, en los últimos años, la incapacidad del Estado para maximizar el uso de los recursos naturales lo lleva a negociar con el sector privado, ajeno a los intereses estrictamente públicos². Recalcando que ya no se puede considerar al Estado como ente aquel que de forma omnipotente avala y cumple todos los objetivos y obligaciones que la Constitución le plantea. Sino que, bajo cualquier perspectiva, la contratación pública ha devenido en la actualidad en un instrumento de gobierno y gestión orientado a la satisfacción del interés general en diferentes países³.

Por lo tanto, el sistema de contrataciones estatales tiende justamente la finalidad de darle eficiencia al gasto público, logrando con ello satisfacer las necesidades de la población, referidas a los servicios y obras de infraestructura pública⁴. Como consecuencia de ello, las leyes que regulan la materia, han previsto supuestos en los cuales bien se podría exonerar a la administración de efectuar un proceso de selección, realizando una contratación de forma directa, bajo el requerimiento o invitación a un único proveedor, siempre claro que la propuesta que este presente satisfaga los requisitos que se hayan señalado con anterioridad en las bases.

A esto, se le denomina, Exoneración de los Procesos de Selección, por el cual una entidad de la administración sin tener que recurrir a procesos de selección a los que concurren una

¹ Cfr. CHAMBIO HERMOSA, Jennifer Elizabeth. “El principio de Licitud en los Procesos de Contrataciones con el Estado”, Actualidad Jurídica, Tomo 210, mayo 2011, p. 232.

² Como señala Carolina Gamarra Barrantes, la Administración Pública por sí sola jamás podría hacer efectivos unos determinados proyectos, por lo que se ve en la necesidad de contratar con particulares a efectos de que sean estos los que ejecuten tales proyectos. (GAMARRA BARRANTES, 2009)

³ (SALDAÑA BARRERA, 2014)

⁴ En tal sentido, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) deberá en todo momento incentivar que las entidades de la administración realicen compras de forma oportuna, con eficiencia, agilidad y sobre todo transparencia, a efectos de que ello les permita alcanzar sus objetivos institucionales, ya sean operacionales o de estrategia; es decir, bajo esta estructura, tomar las mejores decisiones respecto a la efectividad y eficacia en la utilización del fondo público. (FALEN INCHÁUESTEGUI, 2011)

serie de ofertantes, puede optar por contratar de forma directa con una persona (natural o jurídica)⁵, eximiendo así a las Entidades del cumplimiento de determinados requisitos o condiciones a fin de evitar que se sacrifique alguna de las finalidades de todo proceso de selección⁶, pues asumir lo contrario significaría no sólo la prevalencia de la forma sobre el fondo sino, además que un proceso selección por no poder alcanzar su finalidad, pierda todo sentido, tornándose necesario por lo tanto que nuestro ordenamiento jurídico presente un modelo de contrato publico enmarcado en la eficiencia y sobre todo que vaya dirigido a gestionar resultados, que promueva la inversión y transforme de forma efectiva el capital que aporta la sociedad en obras, servicios o bienes para su beneficio, así mismo la sociedad exige que este régimen sea, además, transparente, basado en la rendición de cuentas⁷.

En nuestro país, las contrataciones con el Estado por contratación directa, como actualmente se le denomina a este método en la Ley n.º 30025 y su respectivo reglamento, obedecen a la imperiosa necesidad de reducir o incluso evitar la excesiva demora que supone realizar un proceso de selección regular, mitigando con ello también un daño mayor al interés público⁸. Entonces, si bien la finalidad es enfrentar una situación de emergencia u otras estrictamente reguladas en la ley para lograr la oportuna satisfacción de las necesidades estatales o sociales, debemos tener en cuenta las razones que fundamentan su aplicación a determinados supuestos fácticos y la búsqueda de su viabilidad a través de Decretos de Urgencia, los cuales no deben ser legitimados con la sola mención del cumplimiento de los requisitos para su emisión.

Por tanto, podemos afirmar que principios como la competencia y libertad de concurrencia podrían verse sacrificados en el marco de una contratación directa⁹ sin ponderar objetivamente si es acorde con el contexto del país, más aún cuando el problema no son los

⁵ (LINARES JARA, Mario y MARTIN TIRADO, Richard Marcial, 2007)

⁶ La Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 1 señale los fines de un proceso de selección de la administración pública, son asegurar la calidad de los bienes destinados a las entidades públicas, así como su precio, y su entrega en forma oportuna, por lo que, en la selección de una propuesta, se debe analizar de forma objetiva lo que se requiere en términos de calidad, mejor costo y el cumplimiento de un determinado plazo. (DÍAZ PELÁEZ, 2005)

⁷ Cfr. SALDAÑA BARRERA, Eloy, Op. Cit., p. 279.

⁸ LINARES JARA, Martin & MARTIN TIRADO, Richard Marcial. Op. Cit., p. 42.

⁹ La administración, como ente estatal, deberá de establecer sus parámetros en equilibrio tanto a los requisitos que necesita cumplir el proveedor o privado, y evitar la arbitrariedad, o que en su defecto sirva para restringir en la mayor medida posible la concurrencia de postores. De no darse ello, se estaría atentando de forma directa a la libre competencia y concurrencia como principios bases de la contratación pública. (CASTRO CUENCA, Carlos, GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda, 2010)

procesos sino la falta de transparencia e imparcialidad para adjudicar grandes obras o presupuestos a aquellos proveedores elegidos según los intereses particulares de los altos funcionarios del Estado. Haciendo así, mal uso de esta disposición legal, y colaborando a aumentar los índices de corrupción dentro de los procesos de Contratación con el Estado, dejando de lado el cumplimiento efectivo a principios que tutelan la eficacia, eficiencia y transparencia del Sistema de Contratación estatal¹⁰. Quedando en el plano de lo teórico o de lo que debería ser, pues este sistema resulta deficiente¹¹, advirtiéndose hoy en día la falta de transparencia, corrupción y compras ineficientes realizadas por las instituciones del estado, amparadas lamentablemente en esta regulación normativa, lo que finalmente causa la desconfianza pública en el accionar estatal. Y siendo a través de las exoneraciones indebidas, que se reduce el número de competidores sin una justificación válida, lo cual debe ser supervisado y sancionado de manera ejemplar, a efectos de disuadir esta conducta¹².

Por tanto y de acuerdo con lo establecido en líneas precedentes y considerando que hoy en día se percibe que el sistema de contrataciones es inadecuado, cabe la formulación del siguiente problema:

¿Bajo cuáles parámetros, se podría sustentar realizar una contratación sin mediar procesos selectivos, en relación a las contrataciones que el Estado implementa mediante Decretos de Urgencia?

Queda claro, que la deficiencia del sistema de Contratación con el Estado es una problemática latente ante la cual no se ha hecho el esfuerzo suficiente ni lo necesario para revertirlo. Así también se divisa que la normatividad establecida es débil e indeterminada, pues permite que haciendo uso de instrumentos legales se encubra sucesos de corrupción, dotándolos incluso de una aparente legalidad. Por ende, el objetivo primordial de esta investigación, es determinar que parámetros sustentarían válidamente las contrataciones estatales que se implementan a través de decretos de urgencia, siendo necesario un consenso mínimo en cuanto a que requisitos se necesitan al hablar de la necesidad del servicio a

¹⁰ Los principios son cimientos que cumplen una triple función: i) No son simples caracteres morales, sino que formulan una correcta técnica jurídica, ii) Nos permiten poder darle un sentido interpretativo a la norma positivizada y iii) Poseen un carácter general, pues no podrán ser confundidos con simples señalamientos vagos o ambiguos, sino que hacen referencia a un concepto jurídico concreto. (DELPIAZZZO, 2006).

¹¹ Conforme lo determinó el Informe n.º 010-2010 de la Gerencia de Contrataciones de la Contraloría General de la República, encontrando alta incidencia de desviaciones o irregularidades en los procesos de exoneración. (CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2010)

¹² MENDOZA ALEGRE, Milagros. "Libre Competencia en las Contrataciones con el Estado", *Actualidad Jurídica*, Tomo 216, noviembre 2011, pp. 198.

contratar y la excepcionalidad de la que se va a dotar a la contratación, ello a efectos de que no se pueda dar una interpretación antojadiza por el ejecutivo, y abusar de este aparente vacío que se produciría mediante los Decretos de Urgencia, como ya ha venido sucediendo en nuestro país.

Bajo el mismo orden de ideas, lo que se pretende es establecer los principios que regulan la Ley n.º 30025, a efectos de utilizarlos de forma efectiva en los procesos de fiscalización y regulación de las contrataciones del estado, así como poder darle una explicación a los supuestos que suponen una causal para la exoneración de la selección a la que hace referencia la Ley antes citada, hoy TUO aprobado por DS-082-2019-EF, a fin de delimitar sus conceptos.

Para ello, en el capítulo I denominado *Ámbito Normativo de las Contrataciones Públicas en el Perú*, estará orientado a definir, analizar y determinar el contenido de las Contrataciones con el Estado y los principios aplicables a este convenio de voluntades entre el contratista y el Estado; por otra parte en el capítulo II titulado: *Procesos de Selección Exonerados* se conceptualizará y analizará los supuestos, criterios y supervisión de estos procedimientos; y por último en el capítulo III: *Los Decretos de Urgencia como Mecanismo que implementa obras de infraestructura Pública*, se definirá los Decretos de Urgencia, se analizará el marco jurídico que rige este instrumento y las condiciones para emitirlos y por último se determinará los riesgos en los que incurre la Administración Pública en la necesidad de implementar obras de Infraestructura Pública a través de Decretos de Urgencia.

LA AUTORA

CAPÍTULO I

ÁMBITO NORMATIVO DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL PERÚ

Durante este capítulo se conceptualizará y analizará la Contratación Pública en el Perú y su finalidad, así mismo se definirá los principios rectores de los contratos entre el particular y la Administración Pública.

1.1. La Contratación Pública y su Marco Constitucional en el Perú

La Administración Pública, es insuficiente por sí sola para realizar proyectos que le permitan alcanzar sus objetivos, por lo que debe recurrir a celebrar un contrato con un particular, destacando su vital importancia en la actualidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico¹³. La principal diferencia que separa un contrato de la administración pública, de uno integro entre particulares, es la injerencia del fondo y las necesidades públicas, lo que hace indispensable que se ello se encuentre correctamente regulado, así como enmarcado en una política de transparencia en los proyectos a realizarse¹⁴.

En las Contrataciones realizadas por el Estado y los particulares, nuestro ordenamiento jurídico vigente interpone al Estado el deber de realizar una selección sin ningún atisbó de parcialidad y centrado en aspectos objetivos, basando en ello la totalidad del sistema de contrataciones, tal como lo señala la Ley n.º 30025 y su respectivo reglamento. (SANTOS LOYOLA, 2012)

Tal cometido, se alcanza cuando se dota de alcance constitucional a algunas de las contrataciones que realiza la administración pública, como sucede en el caso de adquisiciones, concesiones por obras o recursos, los cuales requieren de un mayor nivel de certeza jurídica normativa en el ámbito contractual y una correcta delimitación de los principios rectores que van a guiar el contrato a realizarse. (DANÓS ORDOÑEZ, 2005)

¹³ (GAMARRA BARRANTES, 2009)

¹⁴ (JURISPRUDENCIALES.)

El máximo intérprete de nuestra Constitución, al realizar un análisis en cuanto al alcance y contenido del artículo 76 de la misma¹⁵, ha señalado la concretización de principios que van a influir en dotar de moralidad la acción de la gestión pública, sobre todo referidos a la transparencia y publicidad del gasto público, tal y como lo explica (SANTOS LOYOLA, 2009), recayendo la importancia de garantizar que la selección de los contratistas se rija por un mecanismo de transparencia y eficiencia, dejando de lado y previniendo cualquier indicio de malversación u otro acto corruptor.

Bajo este orden de ideas, las entidades públicas poseen en su actuar tanto una serie de competencias, como límites dentro de lo que nuestro ordenamiento prevé por mandato constitucional, teniendo la obligación de ceñir en esos parámetros cualquier acción que pretendan desplegar e igual respeto se le debe a toda aquella norma de mayor jerarquía en la que se sustente nuestro Estado, tal y como lo ha determinado el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente n.º 1711-2005.

No obstante que la Ley n.º 30025, presente dentro de su contenido los principios a los que hace mención el artículo 76 de la Carta Magna, se pueden requerir en situaciones particulares propias del contexto social o económico, que se adopten medidas poco convencionales o de excepción al momento que una entidad desee adquirir, ello siempre bajo la premisa de respeto al orden constitucional y a la normativa vigente de la materia. Sin embargo, bajo ninguna circunstancia este procedimiento o medida de excepción podrá obviar un control posterior, así como las posibles responsabilidades que puedan derivar de su aplicación, debiendo para tal propósito estar acordes con los lineamientos que plantea el artículo 76 de la Constitución y la ley de la materia n.º 30025 donde se regulan los supuestos de excepción.

1.2. Finalidad de las Contrataciones

La satisfacción de la población mediante un eficiente gasto público en la adquisición de servicios y la realización de obras de infraestructura, hacen imperante contar con una política nacional bien definida en cuanto al tema contractual de las entidades del Estado, a efectos de que las mismas lleven sus acciones en búsqueda de la eficiencia

¹⁵ Artículo 76 de la Constitución Política del Perú, en referencia a las adquisiciones de suministros u obras, mediante el erario público, señalando el presupuesto, así como el procedimiento debido y las respectivas exoneraciones.

en el gasto público y una eficacia en el aprovechamiento de recursos (MARTÍN CORONADO, 2008).

Tratar de buscar una política que maximice los aportes e impuestos de la población, y a la par lograr satisfacer las necesidades múltiples que se presentan, requiere de una actuación eficaz en cuanto a contrataciones del Estado nos refiramos, la cual debe estar además acompañada de una campaña de transparencia, y es la combinación de estos dos factores los que nos van a permitir señalar que estamos realizando las contrataciones lo más idóneo posible.

Así las cosas, el objetivo trazado es la satisfacción de una necesidad general con caracteres propios, conforme los señala el propio Tribunal Constitucional, a efectos de generar eficiencia en el gasto público en el proceso de adquisición del estado, ello enmarcado en los principios rectores que sustentan esta práctica contractual.

Es por ello, que, para poder intentar una transacción contractual, la Administración Pública debe contar con dos presupuestos: “la primera, tener capacidad legal para ello, es decir actuar dentro de la esfera de sus atribuciones; y segundo, contar con la legitimidad presupuestaria, lo que se traduce en tener facultad expresa para delimitar una negociación particularmente pretendida”(ROBERTO VÁSQUEZ, 1992).

Es decir, el propósito principal de las contrataciones realizadas por el Estado, parte de fijar los requerimientos de obras, bienes o servicios por parte de la sociedad, en función a las metas presupuestales de una entidad y como consecuencia del uso de los recursos establecidos para el año fiscal correspondiente (ALVAREZ PEDROZA, 2010).

Debido a su autorregulación y su carácter de derecho público, todas las actuaciones del Estado tendrán presentes entidades públicas como municipalidades, empresas del Estado, corporaciones públicas, entre otras. Y en la mayoría de procedimientos, la normativa aplicable sería la misma, aunque se haya delegado a una persona privada, ya que su identidad es de modo sobreviniente a una persona pública, por la concesión o licencia estatal y por el control gubernamental irrenunciable de su actividad (DROMI, 2001).

Por ello, el OSCE tiene como objeto incentivar que el Estado realice adquisiciones de forma celer, pero siempre bajo los principios de transparencia, eficacia y pertinencia que deben ser observados en el actuar de sus entidades, alcanzando así el fin trazado en cuanto a sus metas, es decir bajo esta estructura, puede supervisar o revisar

decisiones tendientes a mejorar la eficacia y efectividad en el uso de recursos públicos (FALEN INCHÁUESTEGUI, 2011).

1.3. Principios aplicables de la Contratación Pública en el Perú

Siendo cierto como señala Mesinas Moreno, que la característica de celeridad debe estar siempre presente en las adquisiciones o contratos estatales (MESINAS MONTERO, Federico & MURO ROJO, Manuel, 2010), en virtud de la nota característica de interés nacional que poseen, también debemos mencionar que debe estar orientado por otros elementos. Precisamente la contratación debe brindar un trato justo e igualitario a los postores, los cuales presentaran sus propuestas en virtud de la libre competencia, debiendo ingresar a un procedimiento que se lleve a cabo de manera transparente, con igualdad de condiciones, para que finalmente el mejor postor que obtiene la buena pro, ejecute un proyecto eficaz y ágil que cumple con satisfacer una obra de carácter público.

La normativa vigente sobre la materia en nuestro ordenamiento jurídico tiene una relevancia fundamental en el desarrollo del país, pues a través de esta legislación se establece los parámetros jurídicos por los cuales se va a materializar la implementación de infraestructura de obras públicas y la negociación de bienes, servicios o consultorías. Así el entendimiento de observancia de directrices no sólo permite que los recursos estatales sean utilizados en forma eficiente para los fines que corresponden desempeñar al Estado, sino que además los particulares que contratan con Estado despliegan sus derechos y asumen las obligaciones adquiridas con el sector público (DÍAZ PELÁEZ, 2005). Por ello, consideramos que luchar contra la corrupción y velar por la realización de una eficaz contratación, son los pilares en los que se sustenta esta entidad, además de estar facultada para tomar medidas que sean las más convenientes para el Estado.

Por ende, los responsables de las contrataciones y adquisiciones estatales deben conducirse con honestidad, capacidad y transparencia; y los postores y contratistas deben conducirse de manera correcta y asumir sus responsabilidades. De esta manera, los funcionarios públicos y los particulares deben comprender que su relación debe ser de colaboración y no de enfrentamiento.

Es aquí donde entran a tallar los principios de la contratación pública, los cuales fijan criterios interpretativos que orientan a las partes involucradas en los métodos de contratación con el Estado; logrando más importancia aún, si recordamos que muchas veces pueden llenar los vacíos o lagunas existentes en la legislación. De manera tal que los principios serán las directrices que orientan el procedimiento de contratación desde la formación del expediente, en el procedimiento de selección y otorgación de la buena pro, a la vez de guiar a la resolución de alguna controversia o conflicto resultante entre los agentes intervinientes.

La doctrina es mayoritariamente uniforme en señalar que, el mecanismo de selección de contratante del Estado está regido por tres principios esenciales: libre concurrencia, igualdad y publicidad¹⁶; es decir que el agente privado, en un proceso de contratación con el Estado advierte como se materializan dichos principios en su calidad de ofertante.

Así, el objetivo del procedimiento de adjudicación del contrato al mejor postor es la libre concurrencia que tiende a asegurar la presencia y concurrencia de un gran número de ofertas, a efectos que la administración tenga la posibilidad y se encuentre en las condiciones de evaluar, comparar y elegir la oferta que resulte más beneficiosa. Asimismo, el presupuesto fundamental del procedimiento de contratación es que los sujetos concurrentes se encuentren en la misma situación, esto es que cuenten con las mismas oportunidades, planteando sus ofertas sobre bases idénticas y disponiendo de las mismas posibilidades para el otorgamiento de la buena pro. Por último, debe darse la publicidad del procedimiento¹⁷, en todas sus etapas, ya sea al momento de la entrega de las propuestas, o al finalizar la selección y adjudicar la buena pro, garantizando que los intervinientes se conduzcan correctamente.

El Catedrático Español, Younes Moreno, considera estos cinco principios, como de observancia obligatoria en todo proceso de adquisición o contratación que realice la administración pública:

- De transparencia: cada acto deberá ser difundido, para que no exista información reservada para un específico contratista, y evitar valerse de alguna particularidad.

¹⁶ Cfr. TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES, Op. Cit., p. 269.

¹⁷ Esto es desde la publicación de la convocatoria, pasando por el resultado de la oferta ganadora y otorgamiento de la buena pro, así como cualquier conflicto que pueda derivar de dicho procedimiento de selección.

- De economía: por el cual dentro de cada procedimiento solo deberá de realizarse aquellas actividades que sean necesarias para el fin trazado, fijándose plazos y límites, obligando además al contratista a otorgar una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación contractual.
- De responsabilidad: en relación a la capacidad de respuesta y reprochabilidad al servidor público, en virtud a su actuar o no actuar, siendo pasible incluso de tener que asumir una indemnización por los daños que pueda acarrear su accionar.
- De mantenimiento de la ecuación contractual: por el cual, las condiciones que se establezcan tanto en la propuesta como el perfeccionamiento del contrato, deben ser tanto igualitarias como equitativas en prestaciones y contraprestaciones, lo cual deberá mantenerse durante la vigencia de todo el ámbito contractual.
- De igualdad: en todo momento las partes deben guiar su actuar en el marco de los principios de buena fe y equilibrio prestación – derecho, y de ser el caso en el que se quebrante dicha igualdad por situaciones que no se le puedan imputar a la parte perjudicada, ambas deberán adoptar a la brevedad posible toda acción que resulte necesaria para superar tal impase. (YOUNES MORENO, 2007)

Otros autores, como Cosculluela Montaner indica que sólo son cuatro los principios que se deberán de aplicar a los Contratos Administrativos, siendo los de licitación, transparencia, igualdad y publicidad en el actuar de la administración (COSCULLELA MONTANER, 2013).

La transparencia y los diferentes mecanismos que prevé el ordenamiento jurídico para canalizarla constituyen elementos que dificultan el surgimiento de conflictos de intereses y minimizan las posibles consecuencias negativas, desincentivando los acuerdos informales fuera de los canales o los foros oficiales y públicos para la toma de decisiones (CERRILLO MARTINEZ, 2014). Para que la transparencia consiga todos sus efectos es necesario un impulso político decidido, así como una cultura administrativa que le dé apoyo, incrementando significativamente su beneficio con el uso de los medios electrónicos por la capacidad que tienen para difundir la información y facilitar sus conocimientos.

A tal fin, nuestro ordenamiento ha implementado el SEACE a efectos de que enmarcados en la transparencia y publicidad, se facilite el flujo de información sobre

las adquisiciones y contratos que celebre la administración; ello facilita a su vez el acceso a órdenes de compras y servicios, listas de bienes, plan de contrataciones, procesos de selección para adquisiciones por el mecanismo de subasta inversa electrónica (ANTÚNEZ DE MAYOLO, 2007).

Según el autor Del Piazzo, los principios son cimientos que cumplen una triple función:

“Permiten en un primer momento interpretar el derecho positivizado, asimismo constituyen preceptos de carácter general, más allá de simples aforismos o especulaciones singulares, y finalmente se tratan de instituciones jurídicas, que no se resumen en simple moralidad, sino íntimamente ligadas al campo jurídico” (DELPIAZZO C. , 2006)

La legalidad, juega un rol importante en los contratos administrativos celebrados por la Entidad Pública, entendiéndose que como lo señala Alberto Retamozo, vincula de forma obligatoria con la constitución y el ámbito normativo a los servidores y funcionarios de la administración inmersos en un procedimiento de selección y por ende la futura adquisición o contratación, la cual debe estar enmarcada en la legalidad vigente (RETAMOZO LINARES, 2013).

La normativa vigente en la materia de contrataciones, señala que dentro de su normativa se encuentran comprendidos como principios rectores¹⁸: Igualdad, libertad, transparencia, competencia, publicidad, eficacia, sostenibilidad, eficiencia, integridad y equidad, ello en concordancia con el artículo 2° de la Ley de Contrataciones.

Es preciso aclarar, que los principios inciden directamente en los diversos mecanismos de contratación y son parámetros que rigen la actuación de cualquier interviniente en

¹⁸ Se han dejado de lado o reorientado los alcances de ciertos principios de la administración como desarrollo, la moral, la prohibición de parcialidad, la razonabilidad y la economía en la actuación de la administración pública. Por el primer principio, se entiende que la promoción del desarrollo humano es más una finalidad de las normas antes que un principio de interpretación; y por ello, se ha colocado la referencia al impacto sobre las personas en el artículo 1. En cuanto a la moralidad, parece ser que su mención ha sido dejada de lado por considerársele como una pauta con un alto componente subjetivo, afirmación sin duda polémica ya que todo acto de la administración en estas circunstancias debe ser probo, veraz, justo, intangible y honrado. Sobre la imparcialidad o razonabilidad, parece entenderse que son principios que van más allá de las contrataciones y comprenden diversas situaciones en las que interviene el interés público. En cuanto al principio de economía, el contenido relacionado a formalidades innecesarias se suple con la existencia del principio rector de libertad de presentación o concurrencia, ahora ya distanciado del de competencia, uno orienta principalmente al acceso y el segundo a la verificación de condiciones reales de competencia. Por lo cual, el principio de economía resultaba redundante, y su referencia expresa, sumada a los principios de eficacia y eficiencia, parecía carecer de sentido (SALDAÑA BARRERA, 2014).

un proceso de adquisición o contratación, no únicamente para las autoridades administrativas; por ello son considerados como directrices, pues señalan el fin que deben tener las normas que regulan la celebración de contratos con el Estado.

Los principios de la contratación pública en el Perú, han sido desarrollados no solo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sino también por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

En nuestro ordenamiento jurídico, tanto nuestro máximo intérprete de la Constitución, como el Tribunal de Contrataciones del Estado han definido conceptos en cuanto a los principios que rigen este proceso, claro ejemplo de ello sería la resolución n.º 0032-2019-TCE-S4 se destacó que el régimen administrativo se rige por principios básicos, para proceder y delimitar el funcionamiento de la Administración y la actuación de los administrados. A efectos de poder limitar la libre determinación de la administración en la verificación de la normativa o ante una laguna jurídica, en la búsqueda de soluciones a circunstancias no estipuladas en la normativa de la materia.

El Estado, a través de las entidades encargadas de las bases o expedientes técnicos deben procurar un equilibrio entre los requisitos que exigen al agente privado y los principios que fundamentan el proceso de contratación, evitando que se torne en arbitrario, o en su defecto que restrinja la incursión de pretendientes en los procedimientos de selección. De no ser así, resultaría atentatorio contra el principio de Libertad de concurrencia y Competencia (CASTRO CUENCA, Carlos & GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda , 2010), que rigen las contrataciones estatales, y se limitaría los derechos de los postores y del Estado al tener una restringida gama de opciones para ejecutar dicho contrato de interés público, y de la sociedad que espera, y necesita de la materialización de dicho proyecto.

De hecho, el Tribunal de contrataciones ha señalado en la Resolución 2367-2019-TCE-S1, que las bases que forman parte de un método de contratación establecen un parámetro objetivo, claro y predecible de los requerimientos de la autoridad administrativa, previniendo subjetividades que puedan posteriormente concluir en escenarios arbitrarios, salvaguardando un marco de seguridad jurídica.

La libre concurrencia en tal sentido, supone que la entidad debe impulsar un acceso sin mayores complicaciones, así como la incursión de proveedores en procedimientos de adquisiciones y contratación, prescindiendo de requerimientos, al igual que de un modo de ejecución costoso e innecesario (RETAMOZO LINARES, 2017). De ese modo,

el posible proveedor o contratista no verá limitada su oportunidad de competir por adjudicación del contrato; o si elige participar, tendrá claro que exigencias deberá cumplir.

Es decir, las entidades contratantes deben garantizar de que existan la mayor cantidad de postores en sus procesos y es a partir del nuevo régimen económico instaurado en 1993 por la nueva constitución, en su artículo 61 referido a la libre competencia (MENDOZA ALEGRE, 2011), por el cual nuestro Estado debe de brindar facilidades, así como custodiar esta garantía de libertad en la competencia, así como hacerle frente a toda acción que pretenda restringirla y condenar el intento de abuso por grupos de poder o monopolio.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, desarrolló estos principios a través de sus resoluciones, así expresa:

“Orientan a que en procesos de contrataciones o adquisición se incluyan normativas que pretendan incentivar ampliamente a un tratamiento objetivo e imparcial, así como la existencia de una pluralidad y diversificación de ofertas realizadas por los postores, lo cual permitirá al Estado una mejor visión a la hora de evaluar las perspectivas técnicas y económicas” (2005).

En ese orden de ideas, el siguiente principio a tratar es el principio de Eficacia y Eficiencia, que implica dentro de la Entidad el perfeccionamiento de los procedimientos para la intervención de los agentes privados. La normativa de Contrataciones del Estado fusiona ambos conceptos, asociando el alcance de metas con el uso eficiente de los recursos del Estado, conformando el fin supremo de la contratación en la administración pública.

De ello se desprende que debemos buscar la simplificación de procedimientos, minimizar los plazos inútiles e innecesarios, con el fin de no solo hacer más dinámico el procedimiento de contratación estatal, sino más eficiente el manejo de los recursos del Estado¹⁹. Ello otorga a la entidad pública la facilidad de hacerse con obras, servicios o bienes que pudiera necesitar para satisfacer el interés público. En tal

¹⁹ Tal y como lo expresa el Tribunal Constitucional en su sentencia 020-2013-AI, al señalar que la eficiencia en el uso de recursos del Estado no es exclusiva en la selección de una mejor oferta, por el contrario, debe además tenerse en cuenta el plan anual de adquisiciones de la entidad que pretende la contratación, a efecto de que se busque la misma en función a sus necesidades.

sentido, estas contrataciones deben efectuarse en forma oportuna, con excelentes condiciones y sobre todo con eficiencia en el gasto público.

Por su parte la eficacia, supone una normativa de sencillez, celeridad y sobre todo economía procedimental (DROMI, 2006), dicho principio guarda relación con satisfacer un requerimiento determinado, debiendo celebrarse en condiciones óptimas en cuanto a plazos, calidad del servicio y el valor del mismo (DE LA CRUZ PÉREZ, 2011), así tal principio se enmarca en optimizar resultados en proporción al correcto uso de recursos humanos y materiales utilizados en la búsqueda del bien común (MEZA TORRES, 2018).

El principio de transparencia, establece que los entes públicos proporcionen información cierta y coherente, con la finalidad que el procedimiento de contratación en general sea comprendido por los postores y desempeñen la función de fiscalizadores al ser los principales interesados, promoviendo a que la toma de decisiones sea realmente objetiva (GUZMÁN NAPURÍ, 2017). Si se incrementan los esfuerzos por todos los involucrados en la Administración Pública, para conseguir una mayor transparencia en las contrataciones, se verá reflejado en la relación calidad-precio como instrumento, los estados con mayores niveles de corrupción tienden a invertir menos en educación, sobre invierten en infraestructuras y tienen menores niveles de calidad medioambiental (MORENO MOLINA, 2018).

Debemos mencionar que este principio se interrelaciona con el de Publicidad, en cuanto a la adecuada difusión de todo el proceso de contratación a los eventuales participantes o postores y a la sociedad en general. Por lo cual, constituye una garantía con doble funcionalidad; primero, requiere la difusión para conseguir el acceso a la actuación de la Administración y en otro extremo, propicia la fiscalización de la actividad administrativa pública. En ese sentido la ley ha creído por conveniente revestir de publicidad y transparencia todo acto enmarcado dentro un procedimiento de selección, obligando su registro en el SEACE (ISASI BERROSPI, 2008).

Así las cosas, los principios de Transparencia y Publicidad se relacionan con los de eficacia, eficiencia, competencia y libre concurrencia. De hecho, si existe publicidad en el procedimiento de contratación estatal, se está garantizando el libre ingreso e intervención de postores, así como la verificación de la calidad de las ofertas por partes de la sociedad, logrando manejar de una forma más ventajosa los recursos destinados a la satisfacción del bien común.

En cuanto a la vigencia tecnológica, se entenderá como aquel por el que las obras, servicios o bienes, deberán cumplir una serie de características en cuanto a su modernidad y su calidad a efectos de verificar si son aptos para el fin que se requieren, desde la contratación misma, y el tiempo que se estime en las bases previas de la misma, así como las posibilidades de poder integrarlos, adecuarlos o incluso repotenciarlos con algún avance en el campo científico tecnológico, de requerirse (OSCE, 2014).

En cuanto a la sostenibilidad tanto social como ambiental, su normativa es incluida recién en la Ley n.º 30025, con la aspiración de que las entidades estatales incorporen regulaciones que permitan asegurar el sostenimiento del ambiente, reduciendo el daño ambiental. Así al verse involucrados de manera directa por medio de realizar infraestructura de carácter público, y el uso de recursos naturales para su normal desenvolvimiento, estas prácticas deben armonizar con el medio ambiente, pues repercuten directamente en él (2008).

En cuanto al principio de Equidad, el régimen de contratación estatal intenta regular una relación equilibrada entre el representante del interés público y los intereses del particular. Asimismo, no desconoce la facultad de la Administración de ejercer una posición de ventaja sobre el contratante, condicionada a que sus actuaciones repercutan a favor de la ciudadanía²⁰. Incluyendo dentro de ello la prerrogativa al TCE de normar infracciones y sancionar a los terceros intervinientes en los procedimientos regulados, pudiendo prohibir futuras contrataciones dentro de un plazo determinado o de manera permanente.

Finalmente, el principio de Integridad, resalta que la conducta de la Entidad y del participante, postor o contratista se circunscribe al respeto del ordenamiento jurídico y buenas prácticas. Cabe resaltar que establece el deber de comunicación de un hecho indebido, respaldado en evidencias que ameriten el inicio de acciones de fiscalización²¹.

A pesar que este principio debería entenderse implícito en el funcionamiento de la Administración Pública, la coyuntura peruana motivó su incorporación expresa, pues se hizo de público conocimiento las prácticas fuera de ley en la adjudicación de

²⁰ Cfr. GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op. Cit. p. 86.

²¹ Cfr. MEZA TORRES, Yelena. Op. Cit. pp. 40 - 41.

grandes megaproyectos públicos por medio de sobornos, como la trasnacional Odebrecht.

El presente capítulo, tuvo como objetivo delimitar el funcionamiento del régimen de contrataciones en el Perú, así como los principios rectores que lo regulan. Así, concluimos que el Estado ostenta una posición privilegiada amparada en alcanzar el bien común al menor costo, pues al hacer uso los recursos públicos, es diferente a las negociaciones entre particulares. Por último, precisamos que los principios son directrices que deben emplearse en un correcto control de los procedimientos de contrataciones.

CAPÍTULO II

PROCESOS DE SELECCIÓN EXONERADOS

Conceptualizaremos a todos aquellos procesos de selección exonerados y cada uno de los supuestos que la norma habilita a través de la Ley n.º 30225 de Contrataciones del Estado para contratar directamente con un determinado proveedor.

2.1. Finalidad y Justificación del Procedimiento de Exoneración

El criterio para contratar con el Estado es que se efectúe previamente un procedimiento determinado y transparente que permita la elección del contratista, garantizando la pluralidad de ofertas y la utilización óptima de los recursos públicos y se entiende como premisa obligatoria la existencia de métodos de contratación y su cumplimiento en los diversos contratos que realice el Estado (COMADIRA, 2001)

A ello, le debemos sumar la estricta observancia de la libertad en la competencia e igualdad, que son inherentes a los postores que desean hacerse con la contratación por imperio de lo normado en el artículo 76 de la Constitución; aunque también es cierto que el citado artículo también prevé la posibilidad de supuestos de excepción que puedan estar reglados en una ley especial sobre la materia.

Es en esa línea, que el legislador acoge como precepto fundamental, el deber de seguir los métodos de contratación, aunque no las desconoce como particularidades internas o externas de la administración como justificación para desvincularse de esta obligación y permitir una elección cerrada, según lo prevé nuestra legislación (MORON URBINA, 2001).

Estando ante circunstancias estipuladas en la normativa jurídica de nuestro estado, por las que se permite a las entidades públicas gestionar y adjudicar una adquisición o contratación directamente con un solo proveedor²². Por tanto, la evaluación y elección

²² Autores como Retamozo sostienen que este tipo de exoneraciones deben salvaguardar el interés público y la transparencia, sin dejar de lado el concepto de eficiencia en la gestión pública, que es justamente la razón que explica la existencia de exoneraciones, las mismas que, por ese elemento entre lo eficaz y lo correcto, que es inherente a tal concepto, no deben perder en ningún momento su naturaleza excepcional (RETAMOZO LINARES, 2007).

de estas circunstancias excepcionales es reservada a la Entidad contratante, función que debe ser ejercida a luz de los principios de Eficacia y Eficiencia e Integridad.

La exoneración a los procesos de libre competencia, es un mecanismo indispensable en la normativa contractual estatal, por cuanto aliviana la marcada obligación general de llevar a una licitación cualquier contratación que se pretenda, adecuándola ahora al interés general. Igual forma la obligación de licitar o concursar las adquisiciones o contratos que se pretendan, deriva de nuestro propio sistema democrático; las exoneraciones atienden a otro valor administrativo: la eficiencia de la adquisición (CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, 2004). Y es que, el sistema de exoneraciones es concebido con el fin de otorgar ante hechos regulados, facilidades a las entidades para responder de manera pertinente, pronta y efectiva; reflejando un óptimo servicio a los administrados.

La contratación directa a la que hace referencia la Ley n.º 30025, supone un escenario en el que se torna imposible hablar de la libertad de llegada o competencia de postores, resultando incluso contraproducente para el bienestar general que se pretende. Así, lo regulado en nuestro sistema legal, obedece a dos ideas distintas en su concepción:

- Se torna inviable la libre competencia y competencia, al ser un proceso en el que la competencia es nula por lo tanto no puede ser exigida, y resultaría a su vez improductivo para el bienestar social. Así sucede, en la celebración de contratos con un único proveedor de bienes o servicios, cuando es el único que puede satisfacer el requerimiento o porque ostenta los derechos de exclusividad, o cuando se contrata por nombre propio a un escritor o artista.
- La contraproducción de licitar o solicitar competencia, cuando los beneficios a obtener son por demás menores a los que se esperarían de una contratación directa, dándole prioridad a la eficiencia en el gasto público, sobre los principios de libertad de competencia o igualdad entre postores, pudiendo citar como ejemplos de esta postura las contrataciones que realiza la administración en situación de emergencia o eminente necesidad, o los contratos denominados como secretos de estado

Así las cosas, los casos de exoneración en el ámbito de las contrataciones persiguen el fin de dotar de facilidad a este proceso, así como celeridad en el actuar de la administración, logrando sus cometidos no solo en el momento ideal, sino de forma eficaz con el gasto público, lo cual va a verse reflejado en mejores servicios para la

población y una respuesta rápida ante cualquier situación no prevista; sin embargo, debemos también ser sensatos en reconocer que muchas veces ello no se plasma en la realidad producto de los actos de corrupción (CORDOVA SCHAEFER, 2008).

Destacamos que hablar de exoneración, no significa invocar a una inaplicación de lo que nuestro ordenamiento dispone para el tema de contrataciones o adquisiciones públicas, sino solamente se les exime de la etapa de selección, debiendo las demás etapas reunir todos los requisitos y formalidades exigidos por ley.

2.2 Supuestos de Exoneración

De lo esgrimido anteriormente, la Ley n.º 300025 en su artículo 27 prevé que, en circunstancias previamente reglamentadas, la administración puede no realizar la etapa de selección correspondiente a un proceso normal; estableciendo para ello supuestos de contratación directa en los siguientes contextos:

- a. Cuando se trata de dos entidades de la administración.

Por imperio del literal a) del artículo 27, previamente citado, se exonerará de la etapa de selección cuando resulte de mayor viabilidad y eficiencia aplicar una contratación directa, a efectos de que satisfacer las necesidades públicas, siempre que no se atente con ello contra lo dispuesto por la Constitución en su artículo 60.

Además, se prevé que sean dos entidades de la administración las que intervengan, una que hará las veces de proveedor y otra que sea la entidad que requiere el servicio, señalando que para sea viable la exoneración en este caso, se debe emitir dos informes, uno técnico y uno legal, sustentados en los siguientes aspectos, según lo esclarece el Manual que ha emitido el Consejo de Adquisiciones del Estado, para las contrataciones en cuanto a ejecuciones de obras:

- Que luego de haber analizado, resulte de mayor beneficio contratar con otra entidad de la administración, en función a los denominados costos de oportunidad, entendidos como aquella estimación que se les da a las posturas no aceptadas en cada decisión. Ello infiere que la

entidad de la administración con quien se pretende contratar ofrece mejores beneficios que los particulares.

- Que la contratación que se pretenda no sea inviable o inidónea, para lo cual se requiere que lo ofrecido por la entidad debe reunir las condiciones mínimas que exige la prestación a la que se pretende obligar, y tales condiciones no pueden mutarse a efectos de alterar la viabilidad de la contratación directa. De igual forma, en salvaguarda de lo estipulado por nuestra Carta Magna en su artículo 60 respecto al pluralismo económico y la subsidiariedad que asume el Estado, quién asuma como proveedor no podrá ser parte del órgano estatal, ya sea local, regional o del gobierno central.

El mencionado limite se activa cuando la entidad que hará las veces de proveedor no forma parte del grupo de empresas del Estado, para ello es preciso definir por actividad de empresa a la actividad que produzca una ganancia al encargado de ejecutarla, pero además que opere con habitualidad; en el caso que se cumpla con estos dos supuestos, resultara inviable proceder mediante una contratación directa.

Así pues, en caso de que la contratación pretenda un objeto habitual, la entidad que funge como proveedor estará imposibilitada de realizar un contrato directo amparándose en una causal para exonerarse del proceso de selección; se debe igual señalar que al no estar regulado en ninguna normativa cual es el concepto que le da la legislación al término habitualidad, será la entidad quien debe analizar si la actividad planteada reúne tal característica, obteniendo con ello gran capacidad de dicersión en sus informes que servirán para sustentar la exoneración pretendida, abriendo la puerta con ello a irregularidades (CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, 2004).

- b. En supuestos que representen inminente emergencia.

Este supuesto, supone que, frente a una emergencia latente o posible, la administración debe actuar de forma cèlere a efectos de hacerse con las obras, servicios o bienes que permitirán brindar una respuesta a la eventualidad o

prevenirla, poseyendo entonces un fin preventivo y de respuesta para superar la emergencia antes de que se agrave la misma.

Así para esta causal, se tienen los siguientes presupuestos:

- Que suceda un hecho catalogado como catástrofe producto de un desastre natural o por actuar del ser humano, y que sin ser previsto aflija a un determinado grupo de la población.
- La existencia de circunstancias que atenten contra la defensa y seguridad de la nación, llámense transgresiones internas u externas al orden constitucional y que puedan repercutir de forma negativa en el Estado y la búsqueda de sus objetivos, siendo una tarea de las fuerzas del orden.
- Que se presente un peligro grave e inminente de la ocurrencia de los supuestos de hechos antes señalados, resultando indispensable que se adopten actos preventivos ante los supuestos de peligro grave. (PREDESCHI GARCÉS, 2006).

A manera de resumen, podríamos señalar que cuando hacemos referencia a una emergencia como causal de exoneración, debemos entender que el objetivo es darle un tratamiento célere al supuesto de hecho que la motiva.

Así las cosas, deberá servir para adquirir una obra, un servicio o un bien que mitigue los impactos del supuesto que motivo la emergencia, es decir que con tal acción desplegada la administración estará en posibilidades de hacerle frente a la emergencia en un tiempo breve (ESCOBAR GIL, 2000).

Así podemos ver que, en el caso de una emergencia, la no realización de la etapa de la selección, no es lo único que se pretende, sino que también su fin es atender o prevenir los efectos que pueda producir la emergencia, a efectos de brindar una respuesta inmediata ante la eventualidad.

Bajo tal consideración, surge una controversia cuando por la causal de emergencia se pretende contratara la realización de mega obras, de cuyo plazo para ejecutarse salte a la vista que la administración no mitigara en un plazo inmediato los efectos del supuesto de hecho que pretende concebir como emergencia.

Lo señalado se deja en evidencia desde observar la naturaleza y complejidad de las obras planteadas, imposibles de ejecutarse en un corto plazo y que requieren actividades de especialización previas, que no dejan la posibilidad de estar frente a una satisfacción inmediata de las necesidades que presenta la entidad (EFFIO ORDÓÑEZ, 2010).

Un caso similar se presenta cuando se usa esta causal a efectos de no realizar un expediente técnico, puesto que ello, ni la ejecución de la obligación mitiga de forma efectiva la emergencia que se presenta como sustento para su aplicación.

La entidad entonces debe de evaluar, respecto a sus criterios técnicos, las necesidades inmediatas o con grado de emergencia, y debe hacerlo en congruencia con los requerimientos que la propia emergencia o necesidad requiere, y que estos requerimientos sean propios de la emergencia y no se pretenda bajo ninguna causa alcanzar por ellos los objetivos trazados de la institución, sino suplir la emergencia y mitigar o anular su impacto (WADSWORTH ZÁRATE, 2006).

Esta causal invocada (emergencia) es la única en nuestro ordenamiento jurídico que puede ejecutarse antes de regularizarse, ello en atención a su propia naturaleza y la necesidad de brindar una respuesta inmediata para no obtener consecuencias cada vez más desventajosas. Tal proceso de regularización deberá de realizarse en un plazo máximo de 10 días hábiles contados desde la adquisición realizada por la administración.

Asimismo, es importante dejar en claro que cuando se refiere a emergencia en el ámbito de contrataciones no se pretende equipararla con lo normado en nuestra constitución en cuanto al Estado de Emergencia, aún cuando tengan su punto de partida en situaciones de gran similitud, la entidad deberá igual verificar la procedencia de la causal y no asumirla de plano como un hecho probado.

c. Ante una situación de inminente desabastecimiento.

Al igual que la causal anterior, comparte la naturaleza de temporalidad atenuante, sin embargo, requiere las siguientes características propias:

- La existencia de un suceso inevitable, cuya realización este próxima a darse, pero no basándose la administración en suposiciones, sino en situaciones verdaderamente evidentes e inevitables.
- Antes casos no ordinarios de falta de un bien en específico, o una obra o servicio, dado por su naturaleza o su uso común.
- Ante un acto no previsto, en atención a que la carencia se dio por un hecho que no se pudo evitar ni conocerse en el tracto normal de la cotidianidad y el pensamiento humano. (DÍAZ GUEVARA, 2004)

Además de ello, se requiere que las causales mencionadas tengan una injerencia directa sobre los actos diarios y normales bajo competencia de la administración que las requiere (RETAMOZO LINARES, 2009). Una vez probado ello, la administración estará facultada a contratar de forma directa en las condiciones que considere conveniente para superar la eventualidad.

A pesar de ello, esta causal también prevé limitaciones, como lo son:

- No se podrá exonerar por eventualidad cuando se pretenda utilizar solamente como intento de suplir una formalidad no observada en una contratación ya efectuada.
- Tampoco se podrá usar como causal de exoneración en situaciones consecutivas, usando como sustento el mismo supuesto de hecho²³.
- En caso se supere en exceso el plazo para mitigar el supuesto de hecho motivado, y resulte incongruente la justificación que se pretenda.
- En caso no se ha haya cumplido con satisfacer de forma idónea una necesidad previa y pretenda realizarse de forma posterior con un nuevo procedimiento para el cual se solicita la exoneración.

d. Al tratarse de secretos de estado, ya sea en el ámbito militar o el orden interno. Este supuesto, se reserva para uso exclusivo de los servicios de inteligencia, la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, siempre que melle un Decreto Supremo aprobado previamente por la PCM, conforme lo determino dicho órgano mediante D. S. n.º 52-2001. Actualmente, se requiere que la Contraloría

²³ Citemos como ejemplo, al caso de la entrega de alimentos, imaginemos que la administración aprueba que en mayo de un determinado año se adquiriera alimentos que corresponden a los periodos comprendidos entre enero a abril de ese mismo año.

apruebe la causal invocada en un término de 15 días, en atención al objeto pretendido y su viabilidad.

e. Cuando el servicio requerido solo pueda obtenerse de un proveedor único.

Tal causal requiere que se cumpla lo siguiente:

- Inexistencia de un bien sustituto al necesitado, ante el incumplimiento de las necesidades de la entidad, no pudiendo satisfacer tal necesidad con un equivalente, ya sea por una imposibilidad jurídica o física de encontrar otro proveedor. Para determinar la existencia de sustitutos o no de un bien se deberá atender a la necesidad de la entidad y la naturaleza de la misma, debiendo realizar un análisis pormenorizado, congruente y razonable.
- Que no exista más de un proveedor para un determinado producto, para ello se requerirá en adición a lo mencionado con anterioridad un estudio de mercado en la búsqueda de más proveedores que se ajusten a las necesidades del requerimiento de la entidad, si de esta búsqueda se encontrarán más proveedores, se deberá seguir el correspondiente proceso de selección, garantizando la libre concurrencia e igualdad de competencia, la cual puede estar enmarcada en muchas veces por el valor del bien o servicio requerido.

f. En caso de tratarse de servicios personales.

Debe entenderse por servicios personales, a los emitidos bajo el ámbito de locador ya sean ejecutados por una persona jurídica o una persona natural, pero siempre en el marco de una locación de servicios, con las características propias de este sistema (Cfr. WADSWORTH ZÁRATE, 2007).

Para dar por configurada esta causal, se requerirá:

- Que exista la solicitud por parte de la entidad de un servicio con características especiales, que requiera una calidad propia del proveedor, que marque una diferencia con un servicio recurrente o común, tratándose de un objeto particular (MOLINA DIMITRIJEVICH, 2008)

De igual forma, el proveedor deberá cumplir con las siguientes particularidades:

- Carácter especial, la administración debe estar al tanto de las capacidades y cualidades del proveedor, independientemente de la

condición de persona jurídica o natural, acorde con la prestación que se pretende exonerar.

- Se debe conocer la experiencia del proveedor, lo cual probará su condición de apto para el servicio que se pretende, y le dará la cualidad de persona calificada.
- La existencia de un mejor servicio, deveniente de un proceso de comparación con otros locadores que puedan brindar el mismo servicio, atendiendo a las capacidades personales de cada proveedor, resultando que el proveedor seleccionado es el más apto para el servicio requerido.

2.3 Criterios de Procedencia de las Exoneraciones

Un proceso de exoneración debe reunir las cualidades de excepción, determinación temporal y restrictivo. No se podrá desestimar a la entidad de adquirir obras, servicios o bienes requeridos, a un costo razonable y en el momento oportuno (TOLEDO YALLICO, 2009).

Es manifiesto que cuando en una contratación se obvia la fase de selección, debe respetar igual los principios de transparencia y justificar tal exoneración en un supuesto de hecho citados en el punto precedente, siempre teniendo como directriz el bienestar general y obviando toda forma de arbitrariedad²⁴. Debe usarse para ello una interpretación restrictiva, ello supone que ante duda sobre encontrarnos con una causal o no, deberá asumirse que no y realizar la selección correspondiente.

La Ley n.º 30025 establece que en cuanto a las causas de justificación que liberan una contratación del proceso de selección respectivo y se opte por una contratación directa, deberá realizarse en función al interés general o a cuestiones de eficiencia que no podrían ser obtenidos si se realiza un proceso de selección (CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, 2004)}

²⁴ Así, para hablar de un causal válida de exoneración, se deberá apartar el funcionario de cualquier circunstancia meramente subjetiva, obedeciendo solamente a condiciones objetivas y que puedan contrastarse en un informe técnico elaborado con seriedad y de forma previa a la contratación que se pretenda.

2.4 Supervisión de los Procesos de Exoneración

Aquel acto por el cual se dé luz verde a exonerar de un proceso de selección a una contratación de la administración, no es pasible de ser impugnado, al ser un acto interno que tiene por finalidad prescindir del procedimiento licitatorio y esto está permitido por ley. En cuanto la norma se ha colocado en el supuesto de considerar a la exoneración como una decisión administrativa cuya relevancia trasciende de la posibilidad que pudiera existir de una situación irregular, de modo que, en la balanza del legislador, en estos casos prima el principio de eficiencia sobre el de libre competencia (CASTRO POZO CHÁVEZ, 2009).

Podemos decir, en términos generales, que no es materia de impugnación toda aquella actuación que esté implicada en decisiones que por su propia naturaleza no sean propensos a vulnerar alguna condición inherente al administrado, como sus intereses o derechos, ya que el administrado carece de legitimidad activa para contradecir decisiones administrativas que no le afecten. Aunque está falta de legitimidad para contradecir decisiones administrativas no limita la prerrogativa de denuncia que tiene todo administrado. Por el contrario, el Consucode, como instancia con competencias de fiscalización a toda la Administración Pública recibe denuncias sobre decisiones administrativas fundamentalmente sobre situaciones que se encuentren fuera del alcance de la impugnación administrativa. Esto implica que, aunque la resolución de exoneración transgreda el ordenamiento jurídico y se encuentre que las causales invocadas no fueron debidamente sustentadas o no son reales, aun así, no procede el recurso de impugnación y lo que debiera hacer el interesado es denunciar la incorrección descubierta para que se disponga la corrección de la situación (lo que puede llegar a significar la nulidad de oficio de la resolución que apruebe la exoneración).

Así, en el tracto diario de la materia, se ha visto un incremento de la utilización de estos supuestos de exoneración, algo que alarma en atención a la poca seriedad con la que se afronta tal realidad, desvirtuando muchas veces las causales, como la de emergencia frente a las lluvias o el abastecimiento de medicamentos en los hospitales, circunstancias que ya poseen una calidad habitual debido a su poca mutabilidad con el paso de año, pero que se pretenden de forma incorrecta como causas justificantes de una exoneración de proceso de selección (ZAMBRANO OLIVERA, 2010).

El presente capítulo, definió el proceso de exoneración y explicó las causales específicas para realizar contrataciones directas, excluyendo así a las entidades públicas de la valoración de ofertas por no resultar pertinente ni eficaz para la satisfacción de la necesidad. Concluyendo, que estos supuestos son taxativos y se debe realizar un análisis exhaustivo sobre la procedencia de este método de contratación no ordinario.

CAPÍTULO III

LOS DECRETOS DE URGENCIA COMO MECANISMO QUE IMPLEMENTA OBRAS DE INFRAESTRUCTURA PÚBLICA

En este último capítulo se definirá los Decretos de Urgencia, se analizará el sistema normativo vigente y las condiciones para emitir estas medidas extraordinarias y por último se establecerá los riesgos en los que incurre la Administración Pública al implementar obras de infraestructura a través de Decretos de Urgencia y los parámetros para su uso adecuado.

3.1. Definición de Decretos de Urgencia

Un Decreto de Urgencia, es aquel instrumento jurídico legislativo de carácter subsidiario y excepcional empleado por el Ejecutivo antes una situación eminentemente grave, en la cual no se puede esperar una respuesta del Legislativo por la necesidad de dar una respuesta o atención inmediata, y tienen su base en la delegación competencial del Legislativo al Ejecutivo en el marco de una situación excepcional (EGUIGUREN PRAELI, 1990).

A su vez, también puede definírsele como una situación en la que se exceptúa la legislación ordinaria como consecuencia de una circunstancia particular y fuera de lo común que requiera una atención inmediata y los demás instrumentos que regule nuestro ordenamiento no puedan superarla, debiendo recurrirse entonces a un Decreto de Urgencia (ARAGÓN REYES, 2016).

En otras palabras, podríamos definirlo como la prerrogativa del presidente constitucionalmente habilitado para regir sobre circunstancias de carácter urgente, sensible, llevándolo a utilizar por un determinado periodo de tiempo las atribuciones que le corresponden al Congreso de forma natural y solo por excepción al Ejecutivo.

Debemos tener en cuenta que las situaciones que se atienden por medio de un Decreto de Urgencia, escapan de lo ordinario, por lo que requieren un procedimiento célere y no se puede esperar que se ponga en marcha el aparato legislativo común, debido a su propia naturaleza, por lo que nuestra Carta Magna prevé que ante tales situaciones sea

nuestro mandatario quien asuma funciones legislativas y pueda atender en la brevedad posible tal inconveniente (ODDONE, 1998).

Los Decretos de Urgencia, obedecen a lo que conocemos como política estatal, la cual no debe ser confundida con la política de gobierno, por más que la práctica diaria nos demuestre la habitualidad con la que se desconfiguran ambos términos, al igual que las cuestiones de urgencia y la necesidad, sobre todo cuando lo que esta en juego son los intereses particulares del gobernante o su gobierno y no los generales de la totalidad de la población.

Es preciso recordar, que nacen como una respuesta del estado frente a una situación de necesidad, ante una circunstancia que genera grave peligro a nuestro ordenamiento nacional, el sistema de gobierno o la población en general, por lo que se hace indispensable su uso como medida excepcional, ante una posibilidad de letalidad en caso se decida no actuar (VENTURA, 2004).

Podemos decir, que su fundamento nace de circunstancias no ordinarias que atentan contra la gobernabilidad nacional y de no ser tratadas con prontitud y a través de ese procedimiento, las consecuencias sobre el Estado y la sociedad se vería reflejada en variables de caos, escasez, pobreza, penuria o indigencia; no siendo posible la subsistencia armoniosa del Estado. No obstante, estas situaciones extraordinarias tienen carácter provisional, pues han de referirse a acontecimientos transitorios, es decir, que su vigencia dependerá del tiempo que dure la eliminación de las causas que dieron origen a su dación (CARDENAS QUISPE, 2005).

Como ya mencionamos, nuestra norma constitucional le otorga esta prerrogativa al Ejecutivo, pero bajo ciertos parámetros financieros, económicos y competenciales en el marco de actos extraordinarios. Sin embargo, estos límites y su alcance no se encuentran definidos y tienden a ser indeterminados, siendo muchas veces objeto de interpretaciones extensivas muy antojadizas y muchas veces arbitrarias como producto de una discrecionalidad mal empleada.

Esta falta de precisión legislativa en conceptos como “interés nacional”, “materia financiera”, “materia económica” y “carácter extraordinario” generan que el Ejecutivo pueda vulnerar si así lo desea de forma sencilla la división estatal de poderes,

irrogándose para sí la facultad de legislar en amplitud de sentidos amparado en su discrecionalidad ante la ambigüedad de la ley (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1996).

La fuerza normativa de los denominados Decretos de Urgencia es equivalente a la de una ley, ello por imperio del numeral 4 del artículo 200 de nuestra Carta Magna, y por tanto se sujeta también al proceso de inconstitucionalidad. Así, el decreto de urgencia en nuestro sistema legal es equiparable a una ley ordinaria, superior a los reglamentos, pero siempre de menor jerarquía que nuestra Constitución, de ahí la imposibilidad de enmendar o modificar la misma aplicando tal técnica legislativa.

En palabras del máximo interprete de nuestra Constitución en el expediente n.º 5-2003, un decreto de urgencia debe estar revestido de las siguientes características:

- Fuerza Activa, lo que supone que está facultado para generar modificaciones en nuestra normativa, cuando estas no contravengan una norma de rango constitucional. En un comienzo, al tener rango equiparable a una ley ordinaria, podrían modificarla, en la práctica es imposible debido a la temporalidad, dada la naturaleza de los Decretos de Urgencia, es insustancial que puedan variar una normativa permanente como es el caso de una norma con carácter ordinario.
- Fuerza pasiva, ello en cuanto no puede recibir una modificación o ser derogadas por normas de menor o igual jerarquía. Así las cosas, en un supuesto el presidente de la República, no podrá pretender dejar sin efecto vía Decreto Supremo una acción dictada por Decreto de Urgencia, al ser el Decreto Supremo de una jerarquía menor, por más que ambos sean emitidos por la misma autoridad.

A modo de resumen, el Decreto de Urgencia funge como una facultad que se le otorga al mandatario para que actúe en casos extremos con celeridad, y solo de forma extraordinaria, mediante una norma con rango equivalente a una ley ordinaria, aunque reduciendo su campo de acción solo a cuestiones financieras económicas (LANDA ARROYO). No obstante, como hemos podido advertir, ello no ha impedido que en base a la discrecionalidad del mandatario se hayan usado de forma arbitraria en muchas oportunidades.

3.2. Marco Jurídico que rige a los Decretos Urgencia

Fueron inmensos los abusos en que origino el uso de los Decretos de Urgencia durante la vigencia de la Constitución de 79²⁵ pues el uso exagerado e irresponsable ocasiono grandes violaciones del principio de legalidad, así como del ordenamiento jurídico nacional. No sólo por su empleo casi cotidiano, ya que se dictaron más de dos mil de estas normas en el año siguiente de su incorporación en el texto constitucional, desvirtuando su carácter excepcional y de urgencia; sino también su uso para regular materias legislativas ajenas a lo económico y financiero, incluso con tendencia de permanencia, contraria a la temporalidad y provisionalidad que es propia de este tipo de decretos (MAGISTRATURA, 2005).

Es por ello, que la Constitución de 1993 contiene precisiones e innovaciones importantes y positivas acerca de sus alcances, características y control. Regulando así dentro de las competencias del mandatario estipulados en el artículo 118, dentro de su numeral 19, la capacidad de dar medidas no ordinarias, haciendo uso de los Decretos de Urgencia, bajo el rango de ley, en cuestiones de economía y finanzas, por imperio del interés de la nación y bajo la premisa de control posterior por el Legislativo.

Así, aparece una nueva exigencia al Ejecutivo representada por tener que rendir explicaciones al Legislativo, justificando el carácter extraordinario del supuesto de hecho que motivó el decreto dictado, así como su naturaleza, la celeridad que se requería, y cuál era el interés estatal que se pretendía tutelar (LANDA ARROYO, 1990).

De igual forma, se ha estipulado que el Legislativo tiene la prerrogativa de derogar o alterar sustancialmente un Decreto de Urgencia en aplicación de su facultad de control, como se señala en el Reglamento del Congreso, artículo 91, señalándose como reglas para el ejercicio del respectivo control:

²⁵ Estableciendo en el inciso 20 de su artículo 211 que es atribución del Ejecutivo la dación de normas de carácter extraordinario respecto al ámbito financiero económico, en casos de que sean de interés para la nación y bajo la premisa de control posterior por parte del Legislativo.

- a) Después de que el decreto se hay publicado, el mandatario en el lapso de 24 horas remitirá por escrito del decreto emitido, acompañado de la copia del citado decreto.
- b) En el mismo día, o máximo al día útil siguiente el presidente del Congreso, deberá remitir el documento a la comisión de constitución para su informe en un plazo máximo de 15 días, una vez realizado el informe el presidente del parlamento deberá ordenar la publicación del informe mediante los mecanismos ordinarios.
- c) La comisión encargada de elaborar el informe consignará en el mismo si se ha hecho un correcto uso de la figura del decreto de urgencia respetando lo enmarcado en el artículo 118 numeral 19 de la Carta Magna, de ser así emitirá un dictamen que termina el proceso, caso contrario el dictamen propondrá la derogatoria del mismo y comunicar al pleno.
- d) En ambos casos, el pleno deberá aprobar el dictamen establecido y luego el presidente del Congreso refrendarlo como Ley.

Este mecanismo de control inherente al congreso, obedece a la división de poderes que establece nuestro ordenamiento jurídico como mecanismo de interrelación y control mutuo en defensa de los intereses populares y se encuentra ya preestablecido en nuestra Carta Magna (PEREZ HUALDE, 1995).

Podemos deducir de tal prerrogativa, que en un primer momento la labor de verificar que los Decretos de Urgencia se encuentren acorde con los lineamientos y presupuestos que exige nuestro ordenamiento, y no atentan contra la independencia de poderes le corresponde al Poder Legislativo.

La Constitución, en su artículo 43 refrenda este principio tan vital para la vida política de un estado, como es la división de poderes, el cual no supone que los poderes del Estado se dividan por completo y actúen como entes dispersos e incongruentes, sino por el contrario requiere que los poderes del estado tengan un actuar conjunto en la búsqueda del bienestar general de la población, circunstancia que tampoco supone dejar de lado la división natural de poderes, sino partir de la misma para realizar un trabajo coordinado, de control mutuo y obtener cada vez mejores resultados (SANTOS

LOYOLA, Carlos R.; PRADO VILCHEZ, Jorge; MOCK FERREYROS, Francisco Javier & VELASQUEZ MELENDEZ, Raffo, 2009).

En tal sentido, se debe entender como un acto de coordinación y colaboración Inter poderes, que permitirá también justificar la prerrogativa legislativa de la que se dota al Ejecutivo, que a su vez no es absoluta, sino que requiere de un control por el Legislativo, en un pacto justo de reciprocidad.

Un punto importante es la prohibición contenida en el artículo 74 de la constitución respecto a la imposibilidad de legislar sobre materia tributaria bajo un Decreto de urgencia, situación que genera una continua incertidumbre en nuestro estado de derecho, debido una vez más a la incorrecta técnica legislativa.

Esta limitación nace de la necesidad de limitar que el Legislativo pueda regular tributos o impuestos, por más que la urgencia o la necesidad extraordinaria así lo amerite, por cuanto esta es una facultad exclusiva del Congreso. La doctrina por su parte, cuestiona esta medida, aduciendo que existen circunstancias apremiantes que tornan indispensable un actuar inmediato y directo de la administración, y que tal medida no tornaría en vulnerar los derechos fundamentales o el orden constitucional vigente, por cuanto se daría una ponderación y acercamiento entre los derechos del ciudadano y los intereses generales, para obtener un aumento justo del impuesto (MORENO DE LA CRUZ, 2005).

Por su parte, el artículo 200 numeral 4 de la Carta Magna, hace referencia a la sujeción de los decretos de urgencia a la acción de inconstitucionalidad, como ya se había señalado con anterioridad, sometiendo tal normativa ante el máximo intérprete de la Constitución. Este supuesto de control constitucional es aplicable a toda norma con rango de ley existente en nuestro ordenamiento, no existiendo una condición especial que le permita a ninguna ley obviar tal control como ya se establecido con anterioridad en las ejecutorias emitidas por el Tribunal Constitucional.

Con este control jurisdiccional nos estamos refiriendo en estricto al control constitucional al cual se encuentra sujeto toda norma conformante de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que no existen zonas o lugares exentos al

control de constitucionalidad en un Estado Constitucional de Derecho, conforme a lo establecido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional²⁶.

Dentro de nuestro sistema legal, el control de la constitucionalidad se da por intermedio del control concentrado y difuso, basándose en un sistema doble o paralelo de orden constitucional. En un primer punto, el control difuso se caracteriza por la obligación al órgano jurisdiccional de optar siempre por la Constitución sobre una norma particular que pretenda ser aplicada a un caso en específico, por cuanto de una ponderación tal norma de menor jerarquía no podrá ser aplicada.

Cuestión aparte, es la referida al control concentrado, realizado por medio de la inconstitucionalidad, enmarcado en un análisis en abstracto y objetivo del Tribunal Constitucional sobre la afinidad o no con la Carta Magna de la norma cuestionada, la cual de no encontrarse afín debe ser retirada de forma definitiva e inmediata de nuestro sistema legislativo (GARCIA BELAUNDE, 1998).

Es vital señalar que la el Ejecutivo en su Ley Orgánica, regula en su artículo 11 numeral 2 que es facultad del mandatario dar los siguientes instrumentos normativos:

- a) Decretos de Urgencia, que ostentan fuerza y carácter de ley, en cuando a previsiones no ordinarias en economía y finanzas, pero nunca en materia tributaria, por interés de la nación, bajo criterios de urgencia, los cuales deberán ser aprobados por el Consejo de Ministros y suscritos por el mandatario, refrendados por la PCM, el MEF y los ministerios competentes, entrando en vigencia al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, salvo que el mismo decreto establezca lo contrario.

Siendo el fin de la norma clarificar el funcionamiento del poder ejecutivo e investirlo de legalidad, otorgando facultades al mandatario para accionar en ciertas circunstancias.

²⁶ Como se aprecia en lo resuelto en la Acción de Amparo conferida al expediente n.º 5854-2005, donde el máximo intérprete de nuestra Constitución determinó que estaba facultado para aplicar el control de constitucionalidad de las decisiones del JNE, muy a pesar de lo que estipula la Carta Magna en su artículo 142, amparándose en los principios de fuerza normativa, unidad y corrección funcional.

3.3. Condiciones para emitir un Decreto de Urgencia

La constitucionalidad de este mecanismo legislativo mediante el cual se dictan las medidas extraordinarias está subordinada a la existencia real de un estado de necesidad; este estado de necesidad no es una necesidad que pueda estar causando algún conflicto de carácter general cuya tratamiento o valoración resulta “conveniente” para el normal desenvolvimiento del Estado, sino una necesidad específica aguda, de súbita aparición y de impostergable atención dada la anormalidad y gravedad de sus consecuencias (TORRES Y TORRES LARA, 2004). Ello es importante, porque deja abierta la posibilidad de un abuso por parte de los gobernantes, que invocan el pretexto o la excusa de situaciones de necesidad para realizar actos inadmisibles en condiciones normales.

Nuestro ordenamiento no hace mención explícita en ningún apartado legal a que se refiere la definición de circunstancia de urgencia (LANDA ARROYO). Es cierto que la conexión que debe existir entre la causa objetiva que da nacimiento a los decretos de urgencia y la situación de emergencia, no es constatada, por cuanto no siempre es un hecho urgente el que los motiva.

Nuestra doctrina, define la cuestión de emergencia, con la cuestión en la que la administración debe ceñirse a una respuesta inmediata por una situación imprevista, catastrófica, que ponga en riesgo la defensa nacional o ante peligro que suceda cualquiera de estos supuestos. Y como ya se ha señalado con anterioridad no se debe confundir una emergencia en particular con el denominado Estado de Emergencia, siendo este último constitutivo de un régimen de emergencia (ÁLVAREZ PEDROZA, 2011)

Ahora bien, respecto a la forma que debe revestir un decreto de urgencia para su validez, el Tribunal Constitucional ya ha ido forjando las bases de ello, pudiendo señalar como requisitos meramente formales, los siguientes:

- a) Debe ser firmado por el Presidente y de conformidad con el artículo 123 numeral 3, estar refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.

- b) Se debe dar cuenta del mismo al Legislativo, siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento del Congreso, conforme lo ordena el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución.
- c) Se debe cumplir con motivar y fundamentar el decreto de forma interna y externa, bajo una expresión concisa.

Cuando se hace referencia a este último punto, se entiende por explicar o motivar el núcleo del decreto, no solo una invocación casi literal de normas, sino por el contrario justificar tanto interna como externamente la decisión adoptada y los supuestos que la motivaron; por ejemplo, no sería suficiente señalar una circunstancia extraordinaria y de requerimiento urgente, sino que estas características deben ser analizadas y luego de dicho análisis fundamentar su naturaleza.

Así, nuestro interprete constitucional ya ha sentado en el Expediente n.º 8-2003 los criterios a los que debe obedecer un Decreto de Urgencia, siendo los siguientes:

- a) Solo se pueden dar en cuanto economía y finanzas se requiere, como requisito para su constitucionalidad. Sin embargo, en cuanto a norma positivizada se refiere, tal precisión no ha sido establecida, por lo que su interpretación deriva de lo que ha señalado el Tribunal Constitucional en sus decisiones previas que sientan jurisprudencia.

Según lo estipula la RAE, la acepción que se le da a la frase “materia económica” esta referida a la eficiencia y razonabilidad en la administración del gasto público o bienes estatales, ya que nos encontramos haciendo referencia a una prerrogativa del Ejecutivo. Así mismo al hablar de “materia financiera” la RAE lo asocia con una acepción referida al erario público, la banca o la bolsa de valores. No obstante, conforme se encuentran contemplados en nuestro ordenamiento deben entenderse como una integridad.

Como se aprecia, la dificultad que supone este principio esta dada por que bajo un determinado punto de vista todo actuar del Estado puede ser reducido a estas dos materias, por cuanto para toda acción que pretenda realizar, el Estado requiere de los recursos o fondos públicos. Muy a pesar de ello, estas dos acepciones de economía y finanzas deben entenderse e

interpretarse restrictivamente a efectos de un mejor control de la constitucionalidad de los decretos que se pretendan emitir.

Para el Tribunal constitucional, ello supone que cuando nos refiramos a estas materias lo hagamos refiriéndonos al contenido del decreto y al continente del mismo, pues ha señalado ya que desde un sentido estricto son muy escasas aquellas cuestiones que no van a poder ser reducidas al ámbito o factor económico. Así pues, el contenido fundamental debe ser tratar tales materias, desde la implicancia directa sobre las mismas.

Hay en la actualidad una discrepancia en torno a si estas materias o la referencia a ellas esta en la finalidad que pretende un decreto o en referencia al mecanismo que se pretende emplear en la búsqueda de ese fin; puesto que a entender del Tribunal Constitucional esta controversia rebasaría los límites de los juicios de razonabilidad si se pretende entender al ámbito económico tanto como fin y medio de una misma ley, pues la práctica común indica que debería ser entendido como la vía de un fin de índole distinto, en su mayoría de carácter social.

- b) Debe tratarse de un acto imprevisto y excepcional, que pretenda ser revertido por la norma a emitirse, luego de un análisis en atención a lo concreto del hecho y cuya motivación de este dada por la norma, sino que el hecho previo sea quien de sentido a la norma que se pretende generar. Todo ello, no exime de señalar lo que ya refrendado el Tribunal Español en su sentencia 29/1982 referente a la discrecionalidad del órgano competente para calificar a una circunstancia como urgente o extraordinaria y que la misma requiere por dichas razones la creación de una norma.

Concatenación lógica de este presupuesto, resulta que quien da el Decreto de Urgencia debe ser ajeno a la circunstancia que detona la emergencia o situación de imprevisibilidad que motiva la norma a emitirse. En términos cortos, un Decreto de Urgencia, no puede ser justificado en una negligencia o irresponsabilidad de su dador (PÉREZ HUALDE, 1995).

Otro fallo muy común en esta materia es la confusión que representa determinar las situaciones que requieren de una acción o respuesta que puede prevenirse o que es permanente del Estado, los cuales no pueden

fundar un decreto de urgencia aludiendo la necesidad de una respuesta inmediata cuando de su naturaleza se denota su previsibilidad. (LANDA ARROYO, Facultades Legislativas del Poder Ejecutivo, 2003).

- c) Las circunstancias que motiven la dación del Decreto de Urgencia, deben ser de tal característica que resulte imposible en cuanto a tiempo se refiera esperar a la dación de una norma por el Parlamento, con la burocracia y demora que ello supone, siendo necesario un actuar célere antes que la afectación que se está suscitando se torne en irreparable.

Legislar mediante un decreto supremo debe ser de ultima ratio, puesto que se debe preferir en circunstancias normales cumplir el procedimiento, y no usar esta medida como la regla general cuando la situación no lo amerite (SARTORI, 1994). Es por ello que para dar una norma de este calibre se requiere la indubitable existencia de un supuesto habilitante concordante con lo señalado por nuestro ordenamiento jurídico (SAGÜÉS, 1993).

Ello supone que, para dar un Decreto de Urgencia válido, debe comprobarse que es imposible acudir a la vía ordinaria de promulgación de leyes, por la naturaleza propia de la situación que lo funda y la actuación célere que requiere, tornándose imposible esperar la vía ordinaria del Legislativo.

- d) Los Decretos de Urgencia, no deben de estar destinados a permanecer en el tiempo, sino que deben ser transitorios por el periodo de tiempo que se necesiten para solucionar la emergencia que los motiva, como parte también de su carácter de excepcional.

Así las cosas, debemos de reafirmar también lo señalado en cuanto a que un decreto no puede derogar una norma que viene del Legislativo, pero sí suspender su efecto por un periodo determinado de tiempo dado por el hecho que lo motivó, en cuanto esta técnica legislativa obedece a dos presupuestos: i) devenir de un hecho extraordinario y ii) respeto pleno de la continuidad de las leyes que emite el parlamento (EGUIGUREN PRAELI, 1990).

- e) Deben obedecer a un interés de la nación en sentido general, por cuanto toda condición ventajosa que pretenda el decreto a emitirse no puede estar

dirigida a intereses particulares o de grupos minoritarios de la población, sino para todos los ciudadanos. Al ser un término de difícil concertación, se debe interpretar en armonía con los demás presupuestos propios del Decreto de Urgencia, para evitar su desnaturalización²⁷.

- f) Se exige además una innegable conexidad entre el decreto a darse y la circunstancia preexistente que lo motiva, tal y como ya lo han sentado los tribunales españoles y peruanos, al afirmar que el hecho de que un mandatario tenga prerrogativa legislativa por el Decreto de Urgencia, no supone que pueda incluir dentro del contenido de aquel cualquier medida que resulte incongruente con sus fines o que no guarde relación de conexidad alguna, representado tal situación solamente una desnaturalización²⁸.

El Decreto a emitirse debe de ser completo y de su contenido se deben de distinguir las medidas que propone y los beneficios que pretende, debido a su necesidad urgente, no debe esperarse por tanto una acción posterior que lo complemente porque ello no obedecería a la necesidad de celeridad que requiere, y resultaría mejor esperar a la legislación ordinaria.

Así las cosas, hemos podido apreciar que un error que se repite con frecuencia al momento de legislar por medio de un Decreto de Urgencia, lo supone el momento de establecer una circunstancia particular como extrema o imperante y que necesita de acción inmediata del Estado; señalando como ya lo ha hecho el Tribunal Constitucional en senda jurisprudencia que no basta con un cumplimiento en apariencia formal de lo requerido por esta técnica legislativa, sino que el fondo de la controversia debe ser igual de concreto y congruente con la naturaleza del hecho que le da origen, evitando que se regule por este instrumento materias o circunstancias que deberían ser atendidas en la legislación ordinaria.

²⁷ STC n.º 0001-0003-2003-AI/TC.

²⁸ STC n.º 29/ 1982. F.J. n.º 3.

3.4. Riesgos en los que incurre la Administración Pública en la necesidad de implementar obras de Infraestructura a través de Decretos de Urgencia

En nuestro país, tanto la doctrina, como el ordenamiento jurídico y más aún la primacía de la realidad presentan una gran divergencia en cuando al uso de Decretos de Urgencia por parte de nuestro Ejecutivo. Sin embargo, reafirmamos la convicción que ninguna ley o solución formal, será por sí sola suficiente para impedir posibles excesos; siendo necesario, un papel vigilante y contralor del Congreso para garantizar la utilización constructiva y fructífera de los decretos de urgencia.

El caso de control político es el que más deficiencias presenta, ello debido a que el actuar de nuestros parlamentarios no se caracteriza por tener un parámetro objetivo. A lo largo de la historia de nuestro Congreso, es casi inexistente un efectivo control de la constitucionalidad de estos decretos, aun cuando tal procedimiento se encuentra plenamente reglamentado.

Limitándose, en apariencia a cumplir ligeramente con la formalidad expuesta en la norma, a ello debe agregarse que el Poder Ejecutivo entiende que su obligación constitucional de rendición de cuentas no es más que un saludo a la bandera o una simple cortesía o formalidad después de que ya ha promulgado el decreto con rango de ley. Sin dar una justificación concienzuda de las razones que dan nacimiento a una medida extraordinaria frente situaciones que no presentan rasgos de apremiante o de urgencia, sino que son manipuladas hábilmente por una minoría que ven en esta potestad Presidencial, una oportunidad de inaplicar normas, que obstaculizan intereses particulares.

Así por ejemplo, Alan García durante su segundo mandato presidencial (2006-2011), haciendo un uso indiscriminado y abusivo de este marco constitucional, emitió 382 decretos de urgencia²⁹, utilizando como justificación afrontar las repercusiones del declive en la economía mundial y pretender “ayudar” a la población que más lo requería.

El Grupo de Trabajo contra la Corrupción en su informe “Decretos de Urgencia a discreción” (Corrupción, 2009) hace hincapié a que estos 382 decretos habrían tenido

²⁹ Estadística elaborada por Aldo Blume, en relación al portal web del MINJUS.

como verdadera finalidad viabilizar mega obras de los sectores Salud, Transporte y Educación.

El D.U. n.º 004-2009 del 10 de enero del 2009, reglamentó el Programa Nacional de Recuperación de las Instituciones Educativas Públicas Emblemáticas y Centenarias, dando inicio a un proyecto de 20 colegios para Lima y ampliando el proyecto hasta julio de 2011 a otras regiones del país. Teniendo como eje la calidad educativa, resguardando la continuidad del servicio educativo, así como la seguridad de los docentes y alumnos, en una política nacional anticrisis, los recursos fueron asignados a los Ministerios de Economía y de Educación; autorizando a este último a ejecutarlos a través de contrataciones directas, exonerándolos del proceso de selección ordinario.

Lo cuestionable de este decreto, es que la justificación del uso de esta prerrogativa, solo se sustentó para cumplir con la formalidad y la necesidad inmediata permaneció por más de dos años; asimismo, los proyectos fueron realizados por etapas y culminados hasta cuatro años después del inicio de obra.

De igual forma, se tiene el D.U. n.º 012-2009 del 29 de enero del 2009 con el cual se declaró en emergencia una obra de asfaltado en Puquio, Ayacucho y que constituye un tramo de la vía Interoceánica, autorizando al MTyC que efectuó las contrataciones directas a efectos de que se ejecute una actualización del expediente técnico de la obra, la ejecución de la misma y la supervisión de este proceso.

Debido a controversias por el aplazamiento en la entrega de obra a cargo del contratista Consorcio Vial y al haberse levantado el 100 % del pavimento de la vía generaba problemas sociales a la población con el servicio de agua y desagüe, inundaciones de aguas contaminadas y presencia de residuos sólidos; considerando el ejecutivo de carácter urgente y de interés nacional intervenir para la continuación de la obra que desde el año 2006 no había podido ser culminada y cuyo plazo de duración fue definido por 150 días.

Sin embargo, aprobar la contratación directa mediante de este decreto para otorgarla a la Concesionaria SURVIAL, conformada por el grupo Graña Montero y Concar, pertenecientes a Odebrecht no justificaba el inminente perjuicio que se pretendía evitar, ya que la medida propuesta ante esta situación no fue inmediata, pasaron tres

años desde ocasionado el perjuicio y más aún cuando lo que se pretendía remediar no fue concluido hasta el año 2015.

Por lo tanto, no era de impostergable atención y se hubiera podido ejecutar respetando el tracto normal de una contratación pública, por cuanto un decreto de urgencia no puede ser utilizado con vocación de permanencia, supuesto que se evidenció desde el año 2008 al disponer medidas y designar recursos a través de decretos de urgencia para garantizar la continuación de las obras en la ejecución total de todo el Proyecto del Corredor Vial Interoceánico, bajo la formalidad de ser declarado de “interés nacional”.

En el mismo sentido, el Decreto de Urgencia n.º 010-2009, vigente durante los años 2009 y 2010, publicado el 29 de enero de 2009, por el cual se les dio carácter de prioridad y necesidad del Estado a 52 megaproyectos de infraestructura en diversos sectores como transporte, energía y salud, buscando mantener la dinámica de la economía de nuestro país mediante la promoción de puestos de trabajo y el fomento de la inversión en zonas con altos índices de pobreza y desnutrición, permitiendo mitigar las consecuencias que generaba la crisis económica mundial.

Al ser declarados de “necesidad nacional” por el poder ejecutivo, el uso de esta medida extraordinaria les otorgó el instrumento legal para que, por medio de subsecuentes decretos, estos proyectos puedan terminar siendo otorgados según la conveniencia de intereses particulares. Ejemplo de ello podría representar el caso del Instituto de Salud del Niño (incluido en el decreto antes mencionado) y ejecutado mediante D.U. n.º 36-2009 en marzo del 2009, autorizando al MINSA a efectuar una contratación directa para la realización del expediente técnico, así como su ejecución y posterior equipamiento, por un valor aproximado de 200 millones de soles.

Haciendo posible, que las contrataciones con el Estado descritas, no sean adjudicados al mejor postor, sino que las concesiones de importantes proyectos públicos y de montos de inversión de gran envergadura sean otorgadas siguiendo lineamientos de intereses privados. Exonerándolas de procedimientos de contratación ordinarios y limitando las facultades de los organismos fiscalizadores; contribuyendo a incrementar los riesgos de actos de corrupción en nuestro país tan afligido por este fenómeno.

Debemos precisar, que si bien en los mandatos presidenciales de Ollanta Humala Tasso y Pedro Pablo Kuczynski Godard, se emitieron decretos de urgencia, 42 y 16 respectivamente, el número total es considerablemente menor a comparación del segundo gobierno de Alan García Pérez. Además, esta forma de legislar no se utilizó como mecanismo para encargar a los ministerios correspondientes la adjudicación directa de obras de infraestructura pública.

En el caso del gobierno de Ollanta Humala, los decretos emitidos fueron respecto a autorizaciones y modificaciones de presupuestos para la dinamización del gasto público. Respecto al periodo de Pedro Pablo Kuczynski Godard, corresponden a acciones propuestas para contrarrestar las consecuencias del desastre natural de El Niño Costero y a asuntos sectoriales relativos a la eficiencia económica, se legisló, por ejemplo, referente a la reducción del gasto público o transferencias a gobiernos regionales y locales. Asimismo, a la fecha, el presidente Martín Alberto Vizcarra Cornejo ha emitido 10 decretos de urgencia, ajustados a urgencias o demandas en temas agrarios, educativos, pesqueros, de energía y minas, y de salud; por ejemplo, se dispuso adquirir el excedente de papa blanca, luego de un paro de productores o medidas para restablecer el sistema educativo. El último, en materia electoral para garantizar el desarrollo de las elecciones del nuevo congreso.

Así podemos señalar que durante el segundo mandato de Alan García, este tipo de decretos representaron un mecanismo por el cual el interés nacional ya no dependía de las necesidades de la población, sino eran las empresas y grupos de poder quienes alteraban en sobremanera su naturaleza afectando con ello toda la normativa vigente en cuanto a contrataciones estatales se refiere.

Constituyendo un preocupante indicio de corrupción y dejando en evidencia la toma del aparato estatal en manos de grupos de poder e intereses de sectores minoritarios mediante el abuso de la prerrogativa constitucional del Decreto de Urgencia, pretendiendo limitar a su antojo lo normado por la Ley n.º 30025 dejando de lado el carácter excepcional de esta forma legislativa; encontrando su aparente justificación en la encubierta capacidad de responder por el bien común de manera rápida y eficaz a beneficio de toda la comunidad, ante el determinado supuesto con carácter restrictivo de una situación de emergencia, sin concurso público por la premura en el tiempo y

aprovechando el poder ejecutivo a través de sus Ministerios para elegir y adjudicar directamente al contratista, siendo posible a través de este procedimiento su exoneración del proceso ordinario de contratación.

En consecuencia, debemos preguntarnos como evitar a futuro el uso de la legislación de urgencia para la implementación directa de obras de infraestructura a bajos niveles de transparencia y eficiencia del gasto público porque si partimos de asumir que en circunstancias normales los actos de corrupción en la esfera de la administración se tornan casi imposibles de detectar, mucho más será cuando se origina en la esfera más alta del gobierno.

La corrupción en la administración pública, se materializa en obtener una ventaja personal mediante un abuso del poder conferido, mediante el intercambio de un soborno pagado por un extraneus, frente a un acto ilícito que comete el funcionario público amparándose en su condición de tal (FELIPE ZEGARRA, 2002). Es así, que este tipo de corrupción abarca toda violación de la integridad pública, siendo un intercambio clandestino entre dos sectores, el político administrativo y el económico social; logrando camuflar su actividad tras alguna forma de justificación legal, violando normas jurídicas y sacrificando el interés general por el particular.

Proponemos, algunos lineamientos como estrategia para combatir la corrupción por contratación directa a través de decretos de urgencia; comprendiendo al fenómeno corruptor como la consecuencia de un incentivo ilegal, siendo indispensable localizar los beneficios y los costos y, acto seguido disminuir los beneficios y aumentar los costos.

La estructura de división de poderes es un mecanismo que sirve para vigilar el recto funcionamiento de las administraciones públicas, impidiendo que las actuaciones de los servidores públicos desvíen los recursos de todos hacia su propio beneficio o hacia el de personas o grupos afines (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011). La idea es que el poder debe estar al servicio de los ciudadanos y de que el poder otorgado tiene límites subordinados al Derecho, sin ser desnaturalizado en forma de abuso y dentro de un contexto de primacía de interés general.

No solo se debe promover intercambios con instituciones que luchan contra la corrupción y formalizar la cooperación entre gobiernos de otros países, sino también incentivar la participación activa de nuestra sociedad civil, y que ejecute su derecho a informarse y solicitar tal información, potestad que los ciudadanos tienen en cualquier estado libre, gracias a los cuales se pueden controlar las gestiones de gobierno (Carlos, 2005). Asimismo, las organizaciones no gubernamentales pueden impulsar, leyes que aumenten la transparencia en la administración, facilitando el control del presupuesto público y restableciendo la confianza del pueblo en las instituciones del Estado y las actividades que las mismas realizan.

La sociedad civil debe entender que el debate público no es una pérdida de tiempo, y que estar atentos a la legislación producida por el ejecutivo resulta importante para inhibir de prácticas corruptas a los máximos representantes de nuestro país.

Un tema también muy sonado últimamente es referido al financiamiento de las organizaciones políticas y sus campañas con dinero muchas veces proveniente de actos ilícitos, los cuales se extienden inmediatamente por sí mismas hacia posiciones individuales (GONZÁLES PERÉZ, 2014). Manifestando, la degradación de los valores morales, a causa de una escasez de valores en nuestra sociedad, advirtiendo la necesidad del entrenamiento ético real, constante y progresivo de los servidores públicos para promover una tolerancia cero.

Esto implica, la penalización de los corruptos en todas las esferas del poder, debiendo alcanzar a todos los que tienen participación directa, incluso a aquellos que gozan de un gran poder político y económico y que, por lo general, la población considera intocables; las autoridades deben dar señales claras que aseguren que quienes cometen actos de corrupción en el futuro también serán castigados.

El esfuerzo se debe centrar en los instrumentos de carácter preventivo que reduzcan las oportunidades para que los comportamientos corruptos se sigan produciendo (MEDINA ARNÁIZ, 2017). Sentimos que la corrupción nos rodea, que es como un elemento más del sistema, formando parte de la política, la Administración y de la sociedad; convirtiéndose en una corrupción generalizada con métodos refinados para alcanzar su objetivo.

Si una legislación no es lo suficientemente clara y por el contrario ambiguo, abre las puertas a que el gobernante de turno la interprete a su antojo, variando las reglas de juego a su discrecionalidad cada que lo necesite, por ello se requiere que las regulaciones deben estar conformadas por normas claras, previsibles y concretas. }

Un punto aparte, es la libertad de prensa, que se convierte en un factor que desincentiva los comportamientos de agentes corruptos al poder exponerlos al escrutinio de la sociedad. Sin embargo, la función de la prensa en nuestro país a efectos de supervisar las Contrataciones Estatales, despliega un papel de control posterior, cuando lo ideal sería un control preventivo; y es que existen cada vez menos condiciones para hacer investigación periodística, además de la tendencia a la concentración de su propiedad en un cada vez más reducido grupo de personas como por ejemplo la incursión de los grupos El Comercio y La República en prensa escrita y televisión.

Ahora, el TUO de la Ley n.º 30225 aprobado por DS- 082-2019-EF, cuyo reglamento entró a regir desde el 30 de enero de 2019, permite irregularidades en la aplicación del método de contrato directo; ya que, en busca del beneficio de determinado postor, se crea en la práctica, una justificación para la exoneración ficticia o ilegal que no tiene sustentos legales ni técnicos.

En relación a lo expuesto, a pesar de los mecanismos de control que prevé nuestro ordenamiento jurídico, la actualidad nos ha demostrado que tales normas no son para nada eficaces en su lucha por tutelar la integridad de los procesos de adquisiciones y contrataciones del Estado (CERRILLO MARTINEZ, 2014)

En este sentido los riesgos a los que se enfrenta la Administración Pública al realizar contrataciones directas son múltiples, siendo uno de los más importantes el incremento de situaciones que generan peligro para la aparición de un acto de corrupción en la administración maquillado bajo un Decreto de Urgencia que lo enviste de una falsa legalidad y un escaso ámbito de honradez y transparencia en los actos del Estado. A pesar que el sistema de contrataciones estatales tiene como objetivo lograr la eficiencia, y el trato óptimo y eficaz del gasto público; así también satisfacer las carencias de la población aplicando los principios jurídicos que orientan y rigen a las partes involucradas a conducirse de manera correcta y asumiendo sus

responsabilidades. Por ende, para el uso adecuado de los Decretos de Urgencia en materia de Contrataciones con el Estado, proponemos los siguientes parámetros:

- a) Permitir la actuación del OSCE mediante su sistema de monitoreo de las contrataciones estatales de forma previa a la dación de un Decreto de Urgencia y que pueda emitir en un lapso máximo de 03 días un informe sobre la necesidad y procedencia de aplicar un régimen excepcional de contratación a fin de afrontar una situación determinada como urgente. Para ello, nuestro mandatario deberá solicitar la elaboración previa de tal informe mediante un oficio a la autoridad competente, la cual deberá analizar y valorar si la coyuntura justifica la emisión de la medida extraordinaria por parte del Ejecutivo.
- b) Constituir una infracción que se someta al ius puniendi de la Contraloría, según los procedimientos establecidos, de forma independiente a las consecuencias que pueda tener tal acción en el ámbito penal, civil o administrativo en caso de que el Ejecutivo incumpla lo señalado en el informe antes referido o decida legislar sin solicitar la elaboración del mismo.
- c) Su uso debe ser condicionado a que solo se deben emplear para efectuar contrataciones estatales de aquello que deriva como consecuencia inmediata de lo “rigurosamente inevitable” ante a una situación extraordinaria; siendo la excepción y no la regla para el procedimiento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- d) Que, si bien hay situaciones extraordinarias e imprevisibles que afectan el interés nacional y que requieren intervención urgente, esto no presume la existencia de una justificación para una contratación directa ante una situación de emergencia; pues los supuestos concretos en la ley son para acontecimientos catastróficos, situación de defensa o seguridad, o para prevenir que ocurran los supuestos anteriores y emergencias sanitarias.

Actualmente, el fenómeno de corrupción esta enquistado en un Estado como el nuestro, siendo parte ya de la práctica diaria de la ejecución de las políticas sociales y administrativas de nuestro estado (ARANA MUÑOZ, 2016), sin embargo las autoridades deben mostrar claramente su disposición a accionar para revertir esta

situación; a través de procesos transparentes, el respeto a la libertad de prensa, sanciones drásticas a los culpables, alentar la incursión de la población y promover una cultura moral y de ética. Nuestra intención política debe ser contundente y los objetivos transparentes porque la corrupción genera estancamiento económico y pobreza. La lucha contra la corrupción nos involucra a todos y que la inmensa tarea de fiscalización del uso de los fondos públicos no debe ser dejada solo al Estado; por ello debe promoverse medidas en el sector económico, político, jurídico, social y moral; solo así se podrá garantizar la reducción de la corrupción.

En este último capítulo, precisamos que los decretos de urgencia solo deben ser emitidos bajo condiciones extraordinarias ajustadas a la ley y que el riesgo de su uso desmedido en materia de Contrataciones con el Estado conlleva a consecuencias gravísimas como la corrupción y la vulneración a principios fundamentales. Es así, que planteamos parámetros para el uso adecuado de los Decretos de Urgencia, para así restringir la facultad de discrecionalidad del Ejecutivo, tan mal empleada al momento de legislar en lo que a contratación pública se refiere.

CONCLUSIONES

1. Al hablar de una exoneración de la etapa de selección en un proceso de contrataciones o adquisiciones que desee realizar una entidad estatal, debe estar enmarcado en una serie de supuestos ya delimitados con anterioridad de forma concreta en atención al principio de legalidad, ante los cuales no resulte conveniente seguir el tracto sucesivo normal que incluya un proceso de selección, contando para ello claro está con un sustento factico jurídico que permita justificar de una u otra manera la pertinencia y conducencia de la exoneración que se pretende.
2. Los últimos años, y las técnicas legislativas utilizadas por el ejecutivo nos han demostrado como se ha desvirtuado el carácter de excepcionalidad de esta medida en la practica contractual del estado, producto de la ambigüedad de la normativa existente, la cual queda expuesta a interpretaciones antojadizas del gobernante de turno impulsadas por grupos de poder y minorías favorecidas, generando con ello una ineficacia en la administración del fondo público, así como fenómenos crecientes de corrupción.

La poca eficacia del sistema de contrato directo, se ve acrecentada por la falta de transparencia de las administraciones públicas o por las dificultades de los órganos de control para recabar información necesaria para llevar a cabo sus funciones, pues se encuentran con un aura de secreto y divergencia de intereses particulares que difícilmente puede traspasarse.

3. La necesidad de establecer parámetros de referencia que valoran más allá del cumplimiento de la estricta legalidad en la promulgación de un Decreto de Urgencia que pretenda adjudicar directamente contrataciones, se justifica en que los límites establecidos son indeterminados, dejando este instrumento legal a discrecionalidad del Poder Ejecutivo de turno, quién solo cumple con dar la apariencia de legalidad y de un proceso regular.

Los parámetros de necesidad que sustentarían válidamente la Contratación Directa a través de Decretos de Urgencia son: análisis del costo de oportunidad que representa la decisión a adoptar, describir las circunstancias que imposibilitan que la cuestión se ventile en una legislación ordinaria; ello en atención a que la dación de un Decreto de Urgencia debe enmarcarse en

criterios de excepcionalidad y extrema urgencia siendo destinado a dar una respuesta célere ante una situación que no estaba contemplada antes de que las repercusiones negativas que la misma pretenda en los intereses del estado o la sociedad civil se tornen insostenibles o irreversibles; pero también procurando en todo momento que no se desvirtúe ni desnaturalice el verdadero propósito que tienen estos decretos, evitando que se utilicen a simple voluntad del mandatario o mellando actos de corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

1. Resolución n.º 347-2005 (Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado 07 de 04 de 2005).
 2. ALVAREZ PEDROZA, A. (setiembre de 2010). El contrato en la Ley de Contrataciones con el Estado. *Revista Jurídica del Perú*(115), 108-110.
 3. ÁLVAREZ PEDROZA, A. (abril de 2011). Exoneración de procesos de Selección por las causales de emergencia y desabastecimiento inminente. *Diálogo con la Jurisprudencia*(151), 316.
 4. ANTÚNEZ DE MAYOLO, S. (2007). El sistema de Contrataciones Peruano a la luz del gobierno electrónico. *Jus - Gestión Pública*, 25-26.
 5. ARAGÓN REYES, M. (2016). Uso y Abuso del Decreto Ley: Una propuesta de reinterpretación constitucional. En M. ARAGÓN REYES, *Uso y Abuso del Decreto Ley: Una propuesta de reinterpretación constitucional* (págs. 56-57). Madrid: lustel.
 6. ARANA MUÑOZ, J. (2016). *La directiva de contratación pública y la lucha contra la corrupción*. Madrid: Thomson.
 7. CARDENAS QUISPE, C. (2005). Los decretos de Urgencia. *Actualidad Jurídica*, 211.
- Carlos, M. A. (2005). *La Convención Interamericana contra la corrupción*. Buenos Aires: Nexis.
8. CASOS PRÁCTICOS Y CONSULTAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS ¿Cuáles son los nuevos principios de la Contratación Estatal? (2008). *Actualidad Jurídica*, 273.
 9. CASTRO CUENCA, Carlos & GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda . (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y regulación internacional*. Colombia: Universidad del Rosario.
 10. CASTRO CUENCA, Carlos, GARCIA LOPEZ, Luisa Fernanda. (2010). *La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y regulación internacional*. Colombia: Universidad del Rosario.
 11. CASTRO POZO CHÁVEZ, H. (2009). La impugnación en el proceso de contrataciones y adquisiciones del Estado. *Enfoque jurisprudencial*, 53-56.
 12. CERRILLO MARTINEZ, A. (2014). *El principio de integridad en la Contratación Pública*. Navarra: Thomson.
 13. CERRILLO MARTINEZ, A. (2014). *El principio de Integridad en la Contratación Pública: Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Navarra: Aranzadi.
 14. Cfr. WADSWORTH ZÁRATE, P. (2007). *Apuntes Relacionados con los Servicios Personalísimos en la Contratación Estatal*. Themis.
 15. COMADIRA, J. R. (2001). *La Licitación Pública*. Buenos Aires: Depalma.
 16. CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO. (2004). *Proyecto Transparencia en las Adquisiciones Estatales: Material de Enseñanza de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

17. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. (2010). *Operativo de Control a las exoneraciones de los Procesos de Selección*. Lima.
18. CORDOVA SCHAEFER, J. (2008). La Falacia en las Contrataciones Públicas. A propósito de las exoneraciones en las contrataciones y adquisiciones con el Estado. *Gestión Pública y Actualidad*, 9.
19. Corrupción, G. d. (2009). *Decretos de Urgencia a Discreción: Mayores Espacios de Riesgo para la Corrupción*, . Lima: CORRUPCIÓN EN LA MIRA ORG.
20. COSCULLELA MONTANER, L. (2013). *Manual de Derecho Administrativo* (24ª ed.). Navarra: Aranzadi.
21. DANÓS ORDOÑEZ, J. (agosto de 2005). Situación de la Legislación Peruana en materia de Contrataciones con el Estado. *Actualidad Jurídica*, 141, 179.
22. DE LA CRUZ PÉREZ, V. M. (2011). Entre la eficiencia y el Fraccionamiento en las Contrataciones con el Estado. *Revista Jurídica del Perú*, 163-164.
23. DELPIAZZO, C. (2006). Los Principios generales en la Contratación Pública. *La Contratación Pública*, 1(1), 543.
24. DELPIAZZO, C. (2006). Los Principios generales en la Contratación Pública. *Contratación Pública*, 1ª, 543.
25. DÍAZ GUEVARA, J. J. (2004). La Declaración Consecutiva de Exoneración de Procesos de Selección, por Desabastecimiento Inminente, en las Contrataciones Estatales . *Derecho y Cambio Social*, 28-29.
26. DÍAZ PELÁEZ, L. M. (2005). *Jurisprudencia sobre Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Lima: Grijley.
27. DROMI, R. (2001). *Las Ecuaciones de los Contratos Públicos*. Buenos Aires : Ábaco.
28. DROMI, R. (2006). *Licitación Pública*. Lima: Gaceta Jurídica.
29. EFFIO ORDÓÑEZ, A. (2010). ¿Son objetivas las condiciones de exoneración en los procesos de selección? A propósito de las buenas intenciones de cerrar la “puerta falsa” en la contratación pública. *Actualidad Jurídica*, 162.
30. EGUIGUREN PRAELI, F. (1990). Los retos de una democracia insuficiente. En F. EGUIGUREN PRAELI. Lima: CAJ.
31. EGUIGUREN PRAELI, F. (1990). *Los retos de una democracia insuficiente*. Lima: CAJ.
32. ESCOBAR GIL, R. (2000). *Los Contratos de la Administración Pública*. Colombia: Legis.
33. FALEN INCHÁUESTEGUI, O. E. (2011). Reformas en el Sistema Normativo de las Contrataciones Públicas y el Fortalecimiento del OSCE. *Revista Jurídica del Perú*, 107-108.
34. FALEN INCHÁUESTEGUI, O. E. (octubre de 2011). Reformas en el Sistema Normativo de las Contrataciones Públicas y el Fortalecimiento del OSCE. *Revista Jurídica del Perú*(128), 107-108.
35. FELIPE ZEGARRA, L. (2002). *La Economía de la Corrupción: Hacia una comprensión de las causas de la corrupción y las estrategias para combatirla*. Lima: Centro de Investigación Universidad del Pacífico.

36. FERNÁNDEZ AJENJO, J. A. (2011). *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*. Navarra: Aranzadi.
37. GAMARRA BARRANTES, C. (2009). Los nuevos Principios que contiene la actual Ley de Contrataciones del Estado. *Actualidad Jurídica*(185), 211.
38. GARCIA BELAUNDE, D. (1998). *La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo*". En: *VI Congreso iberoamericano de Derecho Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
39. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996). Democracia, jueces y control de la administración. En G. D. ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la administración* (pág. 219). Madrid: Civitas.
40. GONZÁLES PERÉZ, J. C. (2014). *Ética y Moral en las administraciones públicas* (2ª ed.). Navarra: Aranzadi.
41. GUZMÁN NAPURÍ, C. (2017). *Las Contrataciones del Estado: Función del contrato administrativo, principios y entres rectores en la Ley de Contrataciones y su Reglamento*. Lima: Gaceta Jurídica.
42. ISASI BERROSPI, W. (setiembre de 2008). El principio de Transparencia en la actual normativa de Adquisiciones y Contrataciones del Estado. *Diálogo con la Jurisprudencia*(120), 338-340.
43. JURISPRUDENCIALES., T. (s.f.). *Procesos de Selección: Adquisiciones y Contrataciones del Estado* (Vol. 56). Lima: Diálogo con la Jurisprudencia.
44. LANDA ARROYO, C. (24 de septiembre de 1990). ¿Quién legisla en el Perú? *La República*.
45. LANDA ARROYO, C. (2003). Facultades Legislativas del Poder Ejecutivo. *Programa de Fortalecimiento Legislativo del Congreso de la República*, 6.
46. LANDA ARROYO, C. (s.f.). Los decretos de urgencia en el Perú. *Pensamiento Constitucional*, 140-144.
47. LANDA ARROYO, C. (s.f.). Los decretos de urgencia en el Perú. *Pensamiento Constitucional*(10), 143.
48. LINARES JARA, Mario y MARTIN TIRADO, Richard Marcial. (2007). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. Lima: Grijley.
49. MAGISTRATURA, A. D. (2005). Programa de Formación de Aspirantes: Derecho Constitucional. 33-34.
50. MARTÍN CORONADO, J. M. (2008). El nuevo reglamento de contrataciones estatales. *Actualidad Jurídica*, 217.
51. MEDINA ARNÁIZ, T. (2017). "La lucha contra la corrupción desde la normativa de contratos públicos", en *La Corrupción Pública y Privada en el Estado de Derecho*. Valencia: Transjus.
52. MENDOZA ALEGRE, M. (noviembre de 2011). Libre Competencia en las Contrataciones con el Estado. *Actualidad Jurídica*, 198-199.

53. MESINAS MONTERO, Federico & MURO ROJO, Manuel. (2010). Los Recursos Procedimentales en la Contratación Estatal. *Gaceta Jurídica*, 14.
54. MEZA TORRES, Y. (2018). *Comentarios a la Ley de Contrataciones del Estado concordada con su Reglamento*. Lima: Jurista Editores.
55. MOLINA DIMITRIJEVICH, A. (2008). Apuntes y Comentarios a la Ley de Contrataciones. *Advocatus*, 387-390.
56. MORENO DE LA CRUZ, L. (2005). *La Constitución Comentada* (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
57. MORENO MOLINA, J. A. (2018). *Una nueva contratación pública social, ambiental, eficiente, transparente y electrónica*. España: Bomarzo.
58. MORON URBINA, J. C. (2001). El procedimiento exoneratorio de la libre concurrencia en las adquisiciones y contrataciones del Estado. *Actualidad Jurídica*, 158-159.
59. ODDONE, G. (1998). Administración y división de poderes: El caso de los decretos de necesidad y urgencia. En G. ODDONE, *Administración y división de poderes: El caso de los decretos de necesidad y urgencia* (págs. 27-28). Colombia: Montevideo.
60. OSCE. (2014). *Principios de la Contratación Pública*. Obtenido de <http://www.osce.gob.pe/consuocode/userfiles/image/MOD%201%20CAP%202.pdf>.
61. PÉREZ HUALDE, A. (1995). *Decretos de Necesidad y Urgencia. Límites y control en la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*. Buenos Aires: Depalma.
62. PEREZ HUALDE, A. (1995). *Decretos de Necesidad y Urgencia: Límites y Control*. Buenos Aires: Depalma.
63. PREDESCHI GARCÉS, W. (2006). Sobre la Exoneración de los Procesos de Selección para la Contratación Estatal. *Derecho & Sociedad*, 191-193.
64. RETAMOZO LINARES, A. (2007). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control: Análisis y Comentarios*. Lima: Jurista Editores.
65. RETAMOZO LINARES, A. (2009). La determinación de la Responsabilidad Funcional en las Contrataciones del Estado. *Actualidad Gubernamental*, 6-7.
66. RETAMOZO LINARES, A. (2013). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control* (9ª ed.). Lima: Jurista Editores.
67. RETAMOZO LINARES, A. (2017). *Manual de Jurisprudencia el OSCE sobre contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta Jurídica.
68. ROBERTO VÁSQUEZ, A. (1992). *Responsabilidad Contractual de la Administración Pública*. Buenos Aires: Ábaco.
69. SAGÜÉS, N. P. (1993). *Elementos del Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
70. SALDAÑA BARRERA, E. (2014). Tendencias Actuales en Contratación Pública. *Gaceta Jurídica*, 7.
71. SANTOS LOYOLA, C. (2009). "La actividad Contractual del Estado en perspectiva constitucional" en La Administración Pública en la Constitución. *Gaceta Jurídica*, 31.

72. SANTOS LOYOLA, C. (2012). *“La Contratación Administrativa desde la perspectiva del Tribunal Constitucional”*. Lima: Ius et Veritas.
73. SANTOS LOYOLA, Carlos R.; PRADO VILCHEZ, Jorge; MOCK FERREYROS, Francisco Javier & VELASQUEZ MELENDEZ, Raffo. (2009). *La Administración Pública en la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica.
74. SARTORI, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica.
75. TOLEDO YALLICO, P. (2009). Exoneraciones de Procesos de Selección. *Contratando*, 5.
76. TORRES Y TORRES LARA, C. (2004). *Los decretos de Urgencia*. Lima: Studium.
77. VENTURA, A. (2004). Los decretos de necesidad y urgencia: Un salto a la vida aconstitucional. *Revista Latinoamericana de Derecho*, 522.
78. WADSWORTH ZÁRATE, P. (2006). Regulación Legal de la Situación y el Estado de Emergencia en la Contratación Estatal. En P. WADSWORTH ZÁRATE, *Regulación Legal de la Situación y el Estado de Emergencia en la Contratación Estatal* (págs. 43-44). Themis.
79. YOUNES MORENO, D. (2007). *Curso de Derecho Administrativo* (8 ed.). Bogotá: Temis.
80. ZAMBRANO OLIVERA, E. (2010). Análisis y Recomendaciones para emplear adecuadamente las exoneraciones de los Procesos de Selección. *Gestión Pública y Desarrollo*, 17-19.