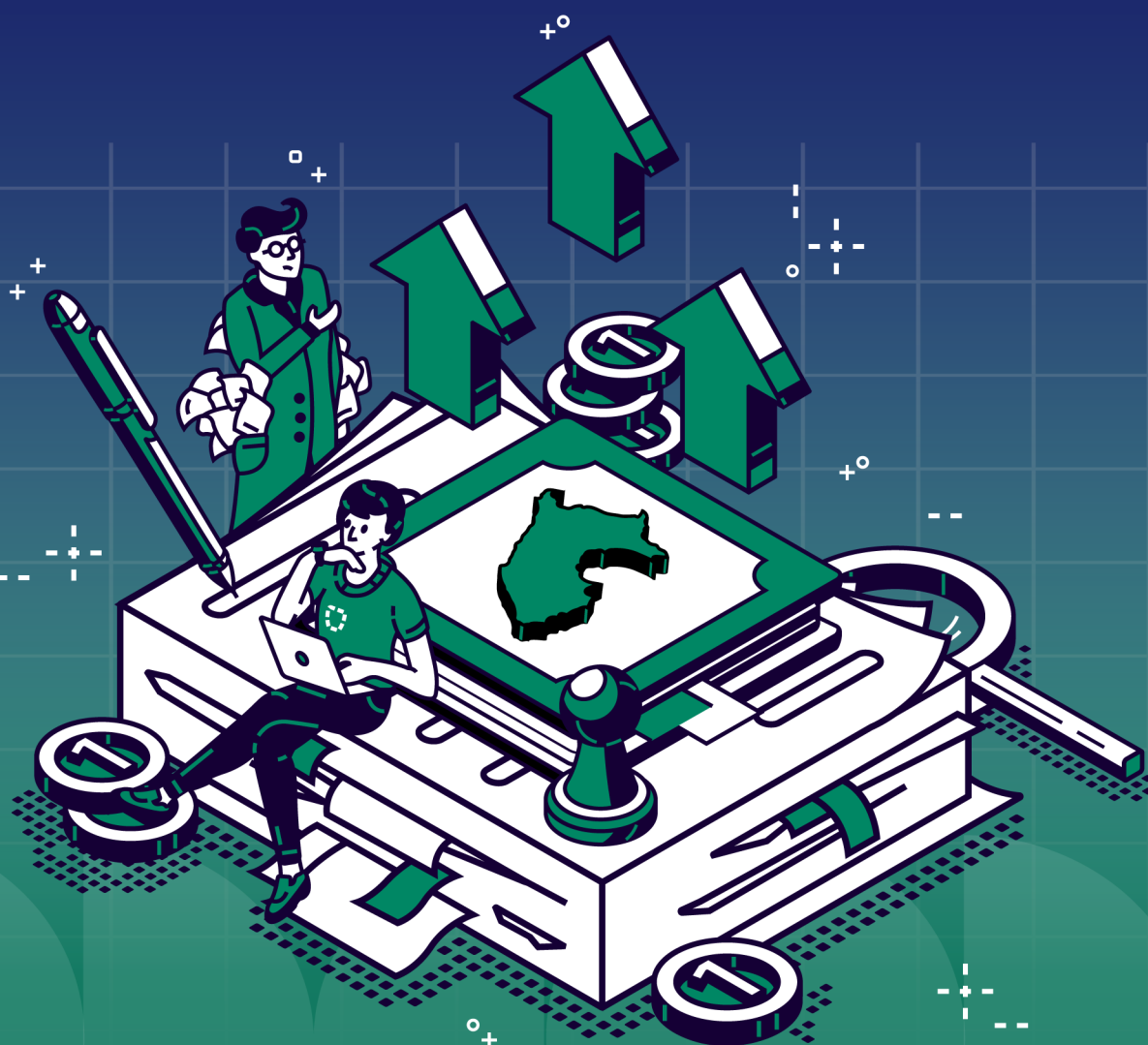


NUEVO REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES: IMPLICACIONES PARA LA INVERSIÓN PÚBLICA



ANTHONY H. MORENO

Coordinador Académico del Programa
de Especialización en Inversión Pública





Nuevo reglamento de la Ley de Contrataciones: Implicancias para la Inversión Pública

Explicación y análisis de aspectos clave que cambiarán la forma de cómo gestionamos la inversión pública

I. Preliminares

Contratar conlleva costos de transacción. Por ejemplo: las horas-hombre invertidas para elaborar y aprobar requerimientos; los tiempos consumidos en coordinaciones de ida y vuelta propios de un proceso de selección; o el enorme costo social que supone declarar desierta una convocatoria.

Así, dejémoslo claro desde el inicio: más allá de la estabilidad jurídica que se le atribuye, la función¹ de la norma contractual no es otra que la de reducir los costos de transacción.

Por ello, la nueva Ley General de Contrataciones Públicas (LGCP) publicada mediante Ley N° 32069 y su reglamento, cuya propuesta se publicó mediante Resolución Ministerial N° 285-2024-EF/54, tienen el reto de revertir la impronta de ineficiencias acumuladas por sus predecesoras. Y estas ineficiencias tienen números. Así, solo entre los años 2019-2023, casi el 30% del total de ítems convocados no llegaron a concretarse. Exactamente: 22,437 ítems² requeridos por el Estado para brindar servicios al ciudadano quedaron a medio camino: nulos, desiertos, cancelados o no firmados.

¹ Coase, Ronald H. (1937). «The Nature of the Firm».

² Léase la exposición de motivos del Reglamento de la Ley N° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas.





Dado que este nuevo marco legal ha asumido –por fin– el reto de adaptar a nuestra realidad, paradigmas de uso internacional, estamos convencidos de que supondrá un antes y un después en la gestión contractual, con repercusiones directas en la gestión de la inversión pública, dada la dependencia de esta respecto de aquella. Más allá de algunos bemoles, no se trata de un cambio más como aquellos a los que nos tenía acostumbrado el ente rector.

En consonancia con dicho impulso de mejora, el presente trabajo se escribe con el único propósito de coadyuvar en este empeño, explicando y analizando lo que creemos aciertos, pero también remarcando aquellas posibles mejoras y retos aún pendientes.

II. Explicación de los paradigmas clave

Si bien los 411 Artículos de la propuesta de reglamento exceden con creces a los 270 Artículos del reglamento vigente, es claro que esto se debe al desarrollo y adaptación de nuevos paradigmas. No corresponde a una norma explicarlos didácticamente; por el contrario, el legislador se enfoca en desarrollar los procedimientos que resultan de su aplicación. Sin embargo, resulta evidente que entender mejor los conceptos detrás, facilitará su aplicación. En ese sentido, antes de analizar los artículos de la propuesta de reglamento, vamos a explicar cuatro³ de los paradigmas clave:

1) Segmentación o aplicación de la Matriz de Kraljic

Si pudiéramos clasificar las obras, bienes y servicios no solo por sus características físicas, sino también —y sobre todo— por la naturaleza de su mercado: tipo

y cantidad de proveedores, montos involucrados, dependencia de los objetivos organizacionales, entre otros; podríamos desarrollar estrategias de compra más personalizadas que maximicen las probabilidades de éxito. Por ejemplo, el mercado del producto *Adoquín de Concreto (vehicular ligero) 20 cm x 10 cm x 10 cm*, tiene un comportamiento muy diferente al mercado del producto *Tomógrafo Computarizado de 128 cortes*. Una acción bastante primaria sería la de elaborar un mismo proceso de selección para ambos mercados. Sin embargo, en el Perú hemos aprendido que, para productos estandarizados como el primero, conviene la estrategia «subasta inversa» (producto homogéneo donde el único diferencial es el precio), mientras que, para el segundo caso, lo más adecuado es organizar un proceso competitivo previa interacción con el mercado. Aún así, para la mayoría de productos, se siguen aplicando similares estrategias para mercados muy diferentes: por ejemplo, para contratar un servicio de topografía (funcionalmente simple y con amplio mercado) se recurre al mismo proceso que para contratar un servicio de adecuación de gestión de proyectos a la gestión pública (funcionalmente complejo y con un mercado reducido⁴).

A este ejercicio de categorización, la propuesta de reglamento lo llama «segmentación»⁵. En la práctica internacional la llamamos Matriz de Kraljic⁶.

³La nueva normatividad de contrataciones públicas introduce más que los cuatro paradigmas explicados en este apartado. Para no extendernos demasiado en este artículo nos focalizamos en los que creemos causarán mayores dudas. Para los otros paradigmas y conceptos leer otros artículos del autor.

⁴Si bien existe un amplio mercado de especialistas en gestión de proyectos (con dominio en la Guía del PMBOK® y/o similares), el mercado se reduce drásticamente si además exigimos que tengan experiencia práctica real y relevante en gestión pública.

⁵Artículos 46, 134 y 166; definición #70 del Anexo de Definiciones.

⁶Kraljic, Peter (1983). Artículo «Purchasing must become Supply Management». Revista Harvard Business Review, edición septiembre–octubre.



Figura 1: Matriz de Kraljic. Elaboración propia

Esta Matriz plantea cuatro cuadrantes (Figura 1) definidos por la combinación de dos dimensiones. En dicha matriz, el eje vertical *Impacto financiero - Alta Gasto (S/)* se construye bajo los parámetros de volumen de gasto, volatilidad de precios, impacto en la rentabilidad y el volumen unitario de compra. Por otro lado, el eje horizontal *Riesgo de Suministro* combina los parámetros: concentración de proveedores, productos sustitutos, potenciales nuevos proveedores, influencia del comprador, porcentaje del mercado, tiempo de entrega, riesgo técnico y el impacto en la Entidad frente a un fallo de suministro.

Una adecuada segmentación o posicionamiento de cada categoría en la Matriz de Kraljic es un insumo valioso para mejorar nuestra futura estrategia de contratación en el corto, mediano y largo plazo. Lo relevante de este ejercicio es que podremos conocer mejor el qué, el dónde y el cómo compramos. Idealmente, quisiéramos conocer por cada categoría: las características de lo

que compramos, usos y condicionantes, mercado y sus impulsores, universo de proveedores potenciales, estructura básica de costos y oportunidades de comprar sustitutos.

Pero, ¿para qué hacer todo este esfuerzo de clasificación? ¿No basta con un CMN⁷, un PAC⁸ o una PMBSO⁹? Pues no. Recordemos aquí que la LGCP promueve el enfoque de profesionalización¹⁰ de la contratación pública, es decir, transformar a los compradores públicos de meros tramitadores de requerimientos a estrategias de procura. No existe estrategia logístico que no entienda y use la Matriz de Kraljic, o una herramienta similar.

Así las cosas, la Matriz de Kraljic evidencia cuatro estrategias diferentes según el cuadrante donde ubiquemos al producto (ver Figura 2):

⁷ CMN: Cuadro Multianual de Necesidades.

⁸ PAC: Plan Anual de Contrataciones.

⁹ PMBSO: Programación Multianual de Bienes, Servicios y Obras.

¹⁰ Léase el literal e) del artículo 6 de la Ley General de Contratación Pública (LGCP).

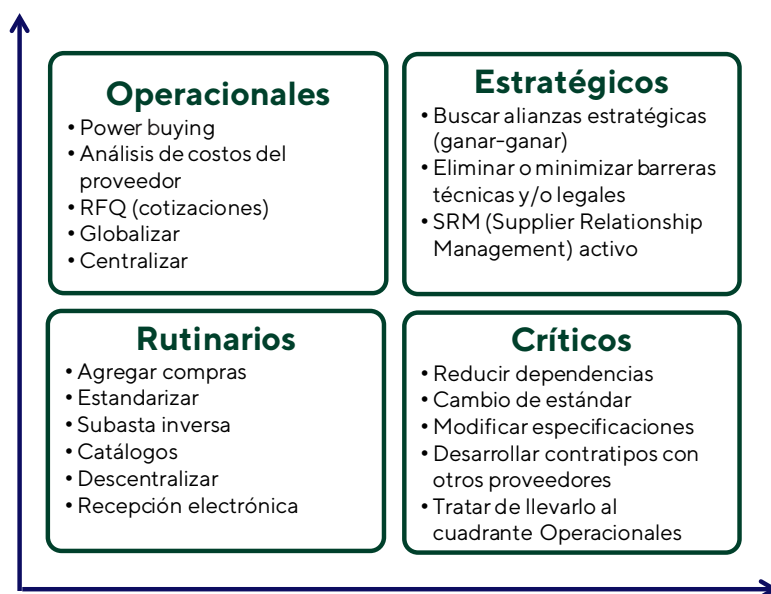


Figura 2: Estrategias generales para la segmentación. Elaboración propia.

En consonancia con lo explicado hasta aquí, la propuesta de reglamento propone (Artículo 134°) la siguiente segmentación para bienes y servicios:

- **Rutinarios:** contrataciones de baja cuantía y bajo riesgo.
- **Operacionales:** contrataciones de alta cuantía y bajo riesgo.
- **Críticos:** contrataciones de baja cuantía y alto riesgo.
- **Estratégico:** contrataciones de alta cuantía, y alto riesgo.

Y para obras y consultorías de obras, la propuesta de reglamento propone (Artículo 166°) que la segmentación se realice considerando una consulta al mercado, ya sea de forma básica o avanzada, considerando los siguientes criterios:

- Grado de Innovación.
- Complejidad de la inversión, conforme la clasificación del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones.

- Interés, capacidad y existencia de competencia en el mercado.
- Experiencia de la entidad contratante en la contratación y ejecución de obras y consultorías de obras similares.

2) Valor por Dinero

El Valor por Dinero es el tercer principio¹¹ de la LGCP. A estas alturas, se sabe que este principio permitirá asignar la buena pro no necesariamente a quien ofrece el menor monto. Sin embargo, esto es una consecuencia de aplicar el principio, no una definición en sí. Y resulta engañosamente simple para entender el gran impacto¹² que va a tener en las contrataciones. Por solo citar un ejemplo directo: la aplicación del valor por dinero elimina de un plumazo el axiomático paradigma de «valor referencial» y lo reemplaza por el de «cuantía de la contratación». Y que no quepa la menor duda: este principio va a traer también cambios en el presupuesto público (en la programación, la certificación y las mismísimas modificaciones) y en la inversión pública, dado que va a obligar a mejorar el entendimiento sobre cómo y por qué van a cambiar los montos de inversión sin que estos afecten la consistencia de la concepción técnica.

¹¹ Literal c) del artículo 5 de la LGCP: «**Valor por dinero:** las entidades contratantes maximizan el valor de lo que obtienen en cada contratación, en términos de eficiencia, eficacia y economía, lo cual implica que se contrate a quien asegure el cumplimiento de la finalidad pública de la contratación, considerando la calidad, la sostenibilidad de la oferta y la evaluación de los costos y plazos, entre otros aspectos vinculados a la naturaleza de lo que se contrate, y que no procure únicamente el menor precio».

¹² Considerar que su sola formulación en la LGCP elimina de un solo plumazo el paradigma del «valor referencial» imperante por más de un cuarto de siglo y que ha muchos costará sacar de sus cabezas.



Usando una definición más práctica¹³ y menos legal, el Valor por Dinero es una metodología que combina óptimamente los costos a largo plazo y la calidad de los bienes¹⁴ y servicios para responder a las necesidades de los ciudadanos. Entonces, el Valor por Dinero no es la selección de bienes y servicios basados en el menor costo, tampoco basados en la mejor calidad; sino la selección basada en la combinación idónea entre precio-calidad o costo-beneficio a lo largo del tiempo.

La variable tiempo es clave para entender mejor el Valor por Dinero. Para los operadores del Invierte.pe esto debería ser más natural, dado que usan desde siempre la evaluación costo beneficio como herramienta de toma de decisiones. Así es, una evaluación costo beneficio es, finalmente, una aplicación del Valor por Dinero.

Para terminar, sería bueno captar que el Valor por Dinero va a afectar de manera diferente dos momentos determinantes:

- Durante la evaluación de propuestas donde se podría otorgar la buena pro a la oferta más cara hoy, pero más económica

considerando costos futuros de operación y mantenimiento traídos a tiempo presente.

- Y, durante las modificaciones en plena fase de Ejecución¹⁵ del Invierte.pe. Dado que en el expediente técnico se podría proponer el desarrollo de una alternativa técnica diferente a la aprobada en fase de Formulación y Evaluación, que demuestre agregar Valor en lo técnico, institucional, social y ambiental, pero que eventualmente sea más cara. De igual manera, en plena ejecución física se podría justificar una solución técnica diferente a lo aprobado en el expediente técnico (que demuestre Valor, aunque eventualmente más cara). Esto sería más fácil de asimilar en la medida que se entienda y se acepte que un buen perfil y un buen expediente técnico no dejan de ser hipótesis sobre una realidad que solo modelan, la cual solo se conoce plenamente durante la construcción.

¹³ Léase la Metodología de los 5 Casos (5CM por sus siglas en inglés) en The Green Book: Appraisal and Evaluation in Central Government - GOV.UK (www.gov.uk)

¹⁴ Inclúyase a las obras por ser bienes «inmuebles».

¹⁵ La fase de ejecución comprende i) la elaboración del expediente técnico o documento equivalente, y ii) la ejecución física.



3) Sistemas de entrega para obras

Otro pedido largamente solicitado¹⁶ se ha incorporado como acierto en la LGCP: los sistemas de entrega. Aquí hay que entender que se trata de gestión de riesgos: riesgos de diseño, riesgos de ejecución, riesgos de

gestión. Por lo tanto, una evaluación de estos riesgos debe decantar en la elección de un modelo de relaciones como las mostradas en la siguiente figura:



Figura 3: Sistemas de Entrega. Elaboración propia

Si, por ejemplo, la Entidad (E) decide contratar a una empresa constructora (C) para solo la ejecución de la obra, posteriormente a la elaboración del expediente técnico aprobado realizado por proyectistas (P) a través de una consultoría de obra (o por administración directa), se trata del sistema de entrega tradicionalmente usado en el Perú, en el que (C) solo se responsabiliza por la construcción y no por el expediente técnico, quedando naturalmente incentivado a cuestionar aquello donde no participó. Este sistema de entrega es llamado por la norma Solo Construcción, mientras que en la literatura especializada lo vamos a encontrar como *Design-Bid-Build*.

En el segundo sistema denominado *Diseño y Construcción (Design-Construction)*, el contratista es responsable tanto de la elaboración del expediente técnico (P) como de la ejecución de la obra (C). En este sistema, la Entidad (E) traslada el riesgo de diseño al contratista. La propuesta de reglamento anima a que se use en los saldos de obra; sin embargo, este caso es uno de tantos otros. En teoría, este sistema debería ser más eficiente que el primero dado que hay la posibilidad de un trabajo concurrente entre (P) y (C). Lamentablemente, no es taxativo, por lo que la colaboración temprana del ejecutor es un

albur o simplemente inexistente. Y aquí uno de los grandes fallos de la propuesta de directiva: si este sistema de entrega no establece el trabajo colaborativo entre (P) y (C), estaríamos exactamente frente al fracaso llamado Concurso-Oferta o Llave en Mano con Expediente Técnico incluido, en el que se creía que solo trasladando el riesgo al contratista se resolvía el problema, cuando en realidad solo se transfería.

Como tercer sistema de entrega tenemos al de *Gestión del Diseño y Construcción de Agencia (Construction Manager Agency)* donde el contratista principal es un consultor gestor (G) que se encarga de administrar la contratación de los otros contratistas (P) y (C), sin asumir la responsabilidad de los resultados de dichas contrataciones. El contratista (G) solo proporciona asesoramiento, coordinación, planificación, gestión y supervisión del costo y tiempo, y puede encargarse de otras actividades que se establezca en su contrato. Este sistema de entrega se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad con necesidades de una PMO robusta y con experiencia.

Una versión mejorada del sistema anterior es el cuarto sistema de entrega denominado *Gestión del Diseño y Construcción al Riesgo (Construction Manager at Risk)* donde el contratista principal (G) contrata

¹⁶ Desde el 2017, en la Escuela de Gobierno de la PUCP hemos venido divulgando el uso de los sistemas de entrega más allá del tradicional. En especial, hemos y seguimos promoviendo el uso del Integrated Project Delivery (IPD).



directamente a los subcontratistas y asume la responsabilidad de la entrega de la obra ante la Entidad (E); se encarga de administrar a todos los subcontratistas que realizan la elaboración del expediente técnico (P), la ejecución (C) y cualquier otro componente que se hubiese previsto como parte del alcance. La propuesta señala que este sistema se utiliza en proyectos de inversión de alta complejidad, lo cual no es necesariamente cierto. La gestión (G) cuesta y por eso suele ser visto con recelo por aquellos que solo han usado en sistema tradicional desintegrado donde se asume que existe gestión y que esta no cuesta. En este modelo, el contratista se involucra tempranamente en el proyecto para gestionar la definición del alcance de los subcontratistas, la documentación del diseño y la ejecución de las obras. Fue el sistema de entrega usado en las obras de los Juegos Panamericanos Lima 2019.

El NEC, el BIM, la PMO o el DAB, aunque herramientas muy importantes y valiosas, no fueron el secreto del éxito de los Juegos Panamericanos Lima 2019. Fue la integración de relaciones técnicas, legales y de gobernanza conseguida a través del sistema de entrega «Construction Manager at Risk».

Finalmente, tenemos al sistema de entrega más colaborativo de todos: *Entrega Integrada de Proyecto o Alianza (Integrated Project Delivery-IPD)* donde la Entidad (E) y uno o varios contratistas comparten los riesgos del proyecto y la toma de decisiones, respecto del alcance, diseño, adquisiciones, ejecución de la obra, etc. bajo un ánimo de cooperación mutua. La gestión del proyecto es conjunta y todos los integrantes del contrato participan en las ganancias y pérdidas finales de la obra. Se concreta a partir de un contrato multiparte (E, P y C) o incluso poliparte (E, P, C y subcontratistas). La norma señala que podría incluir la formulación del proyecto de inversión.

4) Contratos estandarizados de construcción

¿Quién mejor que la ingeniería para diseñar condiciones y acuerdos sobre... la ingeniería?
¿Quién mejor que la ingeniería para entender las actividades propias de... la ingeniería?

No, no se tratan de preguntas retóricas. Se trata de obviedades que hemos olvidado por años y hemos permitido que sean otras ramas del conocimiento las que se enseñoreen sobre las condiciones, acuerdos y actividades propias de la ingeniería.

En relación con lo anterior, ¿qué es un contrato estandarizado de construcción? Pues, parafraseando a Geoff Powell¹⁷, no es más que un formato de contrato que contiene un conjunto de condiciones previamente acordadas por profesionales de la construcción para las actividades relacionadas con su sector.

Desde hace muchos años, algunos gremios de arquitectos, ingenieros y constructores, en el mundo han tomado el liderazgo deliberado de diseñar modelos de contratos que reúnen características propias de la dinámica de la construcción, más que de la técnica legal y la jurisprudencia (que no se eliminan, pero sí la reducen drásticamente). Así planteado, los contratos de construcción se acercan al ideal establecido al inicio de este Artículo: el rol del derecho en los contratos no es otra que la de reducir los costos de transacción. Dicho de otra manera, los contratos estandarizados de construcción favorecen más «lo relacional»¹⁸ que «lo jurídico» dentro de la «relación jurídica» que supone todo contrato.

En el mundo, existen una gran variedad de contratos estandarizados para la construcción, todos diseñados por gremios de arquitectos, ingenieros y constructores. Cada uno presenta dinámicas particulares

¹⁷ Powell, G. (2016). Construction contract preparation and management: from concept to completion. Bloomsbury Publishing.

¹⁸ De hecho, los contratos estandarizados más colaborativos se denominan también contratos relacionales.



en gobernanza, en gestión de riesgos, en gestión de incentivos, en gestión de controversias, en gestión del cambio, etc. Algunos, los mejores, llegan a un grado superlativo en la colaboración, otros son

más tradicionales y se parecen más a los propuestas en la norma nacional con pocas o nulas cláusulas de colaboración¹⁹. A continuación, se presenta una lista de algunos de dichos formatos:

Formato de contrato estandarizado	Gremio de arquitectos, ingenieros y/o constructores
Familia de contratos FIDIC	Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (originalmente Francia, Bélgica y Suiza)
Familia de contratos NEC	Institution of Civil Engineers (UK)
Integrated Form of Agreement (IFoA)	Sutter Health projects (USA)
Familia de contratos ConsensusDocs (derivados del IFoA)	Associated General Contractors y otros (USA)
Familia de contratos IPD	American Institute of Architects (USA)
Familia de contratos IPD	Hanson Bridgett (USA)
PPC2000	Association of Consulting Architects (UK)
FAC-1 (Framework Alliance Contract)	UK Construction Industry Council, Constructing Excellence and the UK Government 2020 Construction Playbook
Familia de contratos ENAA	Engineering Advancement Association of Japan
Be Collaborative Contract	Building and Estates Forum
Familia de contratos EJCDC (Engineers Joint Contract Documents Committee)	American Society of Civil Engineers (USA)
Alliancing Agreement Contracts	Department of Infrastructure and Regional Development del Gobierno de Australia

Con todo lo dicho, hay que tener claro dos aspectos:

- A pesar de todos los beneficios de utilizar un contrato estandarizado de construcción, no deja de ser un formato. Es un formato con cláusulas más inteligentes sí, pero formato al final de cuentas. Por lo tanto, son parte de la solución, pero sin

la integración de ingenierías, procesos, organización e información, y sin una gestión moderna (ágil) sumada a una correcta estrategia contractual, no son garantía de ningún éxito.

- El mejor contrato estandarizado de construcción es aquel que, haciendo uso de la experiencia exitosa internacional, se

¹⁹ Así es, no todo contrato estandarizado es colaborativo (relacional).



adapte a nuestra realidad. En tal sentido, ¿qué esperan los gremios de arquitectos, ingenieros y/o constructores del Perú²⁰ para proponernos un modelo de contrato estandarizado acorde a nuestra retadora y compleja realidad?

Al respecto, el ente rector quiere andar con cautela y, por eso, en la Décimo Quinta Disposición Complementaria Transitoria de la propuesta de reglamento establece que la implementación de la utilización de los contratos estandarizados por parte de las entidades públicas será progresiva y se realizará mediante pilotos.

III. Análisis de artículos referidos a la Gobernanza

A diferencia de su antecesora, la propuesta de Reglamento es mucho más clara y completa respecto de la gobernanza Estado-Mercado (léase los 39 Artículos del Título II de la propuesta de reglamento denominado *Actores Involucrados en el Proceso de Contratación Pública*). Por el lado del Estado, tenemos a los ya conocidos: Dirección General de Abastecimiento (la DGA del MEF), el Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE, actual OSCE) y la Central de Compras Públicas (Perú Compras). Sin mayor novedad en la propuesta de reglamento, salvo por el anuncio del acompañamiento de Perú Compras en pilotos de entidades contratantes (Artículo 15). Esperamos que uno de los primeros pilotos sea el de la contratación de asistencia técnica especializada en gestión de inversiones bajo un modelo más ágil que el mecanismo fallido propuesto mediante el Decreto Supremo N° 236-2020-EF²¹, que nunca llegó a funcionar. Hay aquí muchas lecciones aprendidas.

Una novedad, sin embargo, es el mayor desarrollo de los actores presentes de la Entidad Contratante, donde se identifican hasta seis:

- Titular de la Entidad. Máxima autoridad ejecutiva de la Entidad.

- Autoridad de la Gestión Administrativa. O sea, las Gerencias de Administración (o las que hagan sus veces). Su incorporación cubre el vacío que había entre el Titular de la Entidad y la DEC²².
- Área usuaria. Las mismas de siempre, pero con una gran diferencia: ahora tienen como primera responsabilidad **formular adecuadamente** los requerimientos y hacerlo en coordinación con la DEC (Artículo 23.a). Se deja de lado la absurda exigencia de elaborar «requerimientos precisos», exactos y perfectos. Como los requerimientos se realizan tempranamente alejados de la ejecución física, no es posible preverlo todo; por lo tanto, no existen requerimientos perfectos, pero sí adecuadamente formulados. Y si hay un cambio en plena ejecución que demuestra fehacientemente que agrega Valor (Valor por Dinero), pues bienvenido.
- Área técnica estratégica. Transparenta lo que pasa en la vida real: a veces el área usuaria es solo eso: «usuaria», no es especialista en los detalles técnicos-funcionales de su necesidad. En estos casos, se recurría a la «área técnica». La única limitación que veo es que deben ser necesariamente «unidades orgánicas» (Artículo 24.1). Esta exigencia es sobredimensionada pues muchas áreas técnicas no aparecen en el organigrama siendo muchas veces solo unidades funcionales. Por otro lado, no perder la perspectiva que el verdadero especialista de un bien o servicio no está, por definición, dentro de una Entidad, está en el Mercado.
- Dependencia encargada de las contrataciones (DEC). Bajo el enfoque de la profesionalización de los compradores públicos (Artículo 18.2), los integrantes de la DEC deben ser estrategias (asesores de contratos más que meros operadores), y eso pasa indefectiblemente por formar y crear competencias en la elaboración de estrategias de contratación (Artículo 17.f).

²⁰Entiéndase: Colegio de Ingenieros del Perú, Colegio de Arquitectos del Perú, Cámara Peruana de la Construcción, diferentes facultades de ingeniería y arquitectura del país, entre otros.

²¹La misma propuesta de reglamento propone también su derogación en su única Disposición Complementaria Derogatoria.

²²Nueva denominación de lo hasta ahora llamamos Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC).

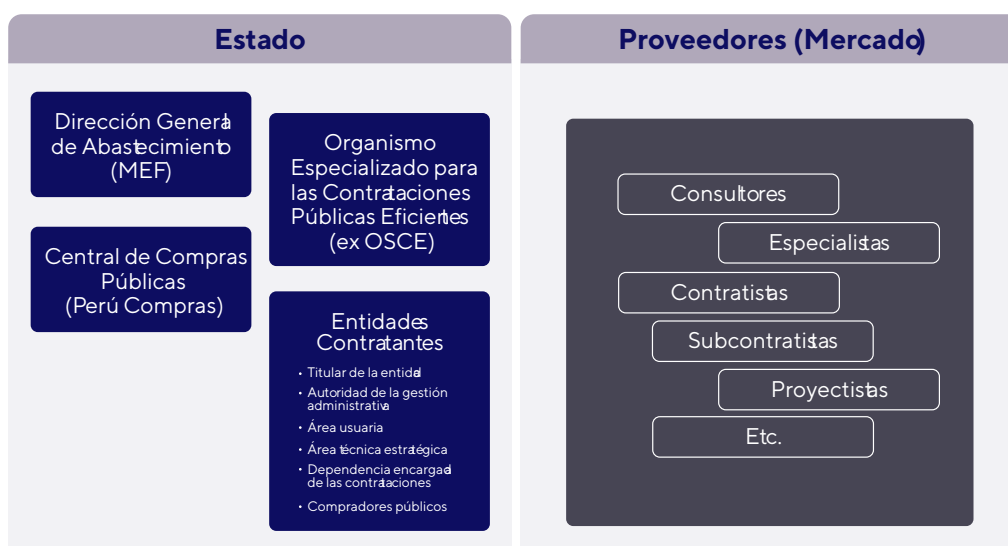


Figura 4: Involucrados en el Proceso de Contratación Pública. Elaboración propia

Por el lado del Mercado, se ha establecido todo un apartado (Capítulo III del Título II de la propuesta de reglamento) donde podemos resaltar tres puntos:

- En el Artículo 30.2 se propone que la formulación de fichas técnicas o estudios de preinversión (perfiles) que contengan componente de edificación o infraestructura sea categorizada como Consultoría de Obra.
- Como reza las buenas prácticas, no es posible tener un buen requerimiento sin participación del Mercado (proveedores). Idealmente, un buen requerimiento solo es posible si trabajan de forma concurrente, coordinada y transparente: requirente (área usuaria), agente de procura (DEC) y proveedores (Mercado). Para esto, la propuesta de reglamento desarrolla los alcances y límites de la interacción con el mercado (Artículo 52) que se puede realizar solo a través de dos mecanismos: la indagación (Artículo 53) y la consulta al mercado (Artículos 54 y 55). Esta última incluye herramientas inteligentes y novedosas para nuestra realidad, como reuniones informativas, talleres con la industria o eventos de exposición (roadshow).

- En los Artículos 41 y 42 aparece una gran innovación: la evaluación de desempeño de los proveedores como un mecanismo valorativo de la reputación de los proveedores. El Mercado²³ necesita de la competencia para mejorar. Así, se propone establecer incentivos para los proveedores mejor calificados (los que sirvan a la sociedad entregando bienes y productos de mejor calidad). El OECE clasificará trimestralmente a los proveedores en cinco categorías dependiendo del puntaje obtenido. Simplemente, ¡genial!

IV. Análisis de artículos referidos a las actuaciones preparatorias

a) Articulación secuencial no es articulación

Si bien el Artículo 23.a auguraba una articulación entre el área usuaria y la DEC para garantizar una más adecuada y eficiente formulación de requerimientos, el Artículo 48 trae abajo esta buena voluntad pues volvemos a la vieja conocida: acciones secuenciales en lugar de concurrentes. Hay que entender de una vez por todas que no existe articulación, integración, coordinación, colaboración o como quiera llamarse, sin un trabajo hecho en un mismo momento por los involucrados. Esto evita

²³ En realidad, el Estado también.



los reprocesos. No todo tiene que ser concurrente (en paralelo o fast-track), pero sí las evaluaciones. Un simple análisis del Artículo 48 muestra hasta dos reprocesos (Ver Figura 5). El primero cuando la DEC evalúa después de que el área usuaria haya terminado el requerimiento. Evidentemente, la DEC observará en la mayoría de los casos. En lugar de ello, se debe establecer que

el área usuaria y DEC trabajen juntos el requerimiento en un ejercicio concurrente de formulación y evaluación. Algo similar pasará con las propuestas de mejora que la DEC propondrá (sin la participación del área usuaria), ya que esta última emitirá observaciones como lo suele hacer cualquier evaluador que no participa del proceso.

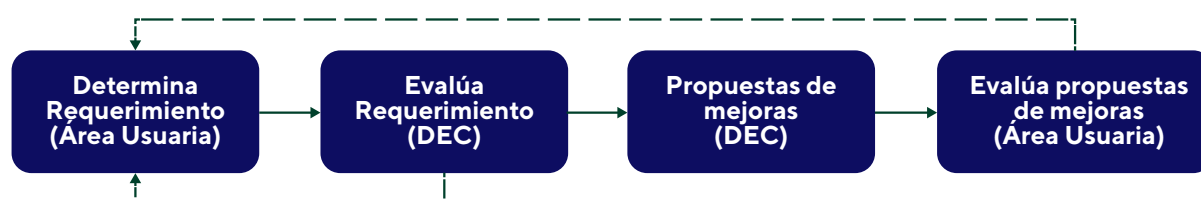


Figura 5: Reprocesos en la formulación de requerimientos

b) Exactamente... ¿qué causa un fraccionamiento?

Los Artículos 49 y 50 norman el fraccionamiento, pero... ¡no explican las causales de fraccionamiento! Habría que recurrir a la Ley 32069, pero tampoco lo hace. El Artículo 50.1 de dicha Ley solo describe lo obvio: fraccionar un contrato es realizar dos o más procedimientos de selección o realizar contratos menores en lugar de un solo proceso para evitar uno más complejo. Contratar por separado la realización de los diferentes documentos que componen un expediente técnico es fraccionamiento, dado que el objeto contractual es la consultoría de obra, pero contratar por separado los componentes de un proyecto de inversión no necesariamente lo es, ya que cada componente puede ser un objeto contractual diferente. Y, sin embargo, persiste el error, año tras año, de creer que un proyecto de inversión implica un solo contrato.

Hace falta un mejor desarrollo de este tema.

c) Estrategia de contratación

Uno de los aportes más importantes de la nueva norma de contrataciones es, sin duda, la Estrategia de Contratación (Artículos

del 51 al 61). Lo tradicional era pasar de la necesidad al mercado sin mayor estrategia que la de solicitar cotizaciones. La Estrategia de Contratación cubre este vacío.

Dicha estrategia estará a cargo de la DEC (lo repetimos: la idea es que la DEC pase de ser un operador a ser un estratega, un asesor contractual, un agente de procura). Pero, cuidado, en paralelo a la modernización de la contratación pública, también está la modernización de la gestión de las inversiones y esto último implica que las entidades vayan implementando su Oficina de Gestión de Proyecto o PMO²⁴. Las PMO proveen servicios de gestión, y justamente, uno de ellos es el de gestión contractual. Por lo tanto, nuestra recomendación es que se debe establecer un trabajo articulado entre la DEC y la PMO (de existir) para el desarrollo de la Estrategia de Contratación, más allá de que la responsabilidad de la misma recaiga en la DEC.

Pero, ¿qué es en sí la Estrategia de Contratación? Como bien lo señala el Artículo 51.1, no es más que un análisis integral de las variables que determinan el éxito o no del proceso de contratación.

²⁴PMO es el acrónimo más recurrente para las oficinas de gestión de proyectos (por las siglas de Project Management Office), aunque en el Invierte.pe se les llama EGP (Estructuras de Gestión de Proyectos).





Entre las variables más importantes a tomar en cuenta están:

- Procedimiento de selección
- Tipo de evaluador²⁵ (Artículo 62). Ahora habrá hasta tres posibilidades:
 - Oficial de compra: Comprador público de la DEC
 - Comité: 2 compradores públicos de la DEC más un experto
 - Jurado: 3 o 5 expertos
- Modalidad de pago (Artículo 57):
 - A suma alzada
 - Precios unitarios
 - Tarifas
 - Esquema mixto
 - En base a porcentajes
 - En base a un honorario fijo y una comisión de éxito
 - Costo reembolsable
 - Pago por consumo
- Sistema de entrega (explicado en el capítulo anterior)
- Puntos no negociables (durante el dialogo competitivo)
- Segmentación (explicado en el capítulo anterior)
- Cronograma estimado
- Agrupamiento de prestaciones con el fin de simplificar las relaciones contractuales:
 - Por paquete
 - Ítems, lotes o tramos
- El *driver* (aquello que impulsa el objetivo del proceso de contratación: plazo, costo, etc.)

Un análisis de este tipo puede afinar el requerimiento inicial. Eso implica una no objeción del área usuaria. Si no se involucra tempranamente al área usuaria, esto puede ocasionar un reproceso tal como lo explicamos para el Artículo 48.

Finalmente, la interacción con el mercado es otro punto importantísimo, típicamente

descuidado. Buenos requerimientos solo pueden salir de una adecuada interacción: área usuaria-DEC-Mercado. O, como se señala en la exposición de motivos: «...las entidades contratantes **deben** interactuar con su mercado previo a la selección, para comunicar los requerimientos de las contrataciones que se van a convocar; así como recibir los puntos de vista de los potenciales proveedores sobre estos documentos. El objetivo de esta interacción será, mejorar el requerimiento, obtener condiciones de compra óptimas en un entorno de competencia entre los proveedores, discutiendo de manera abierta y transparente posibles soluciones a un problema o necesidad, lo que estimula, a su vez, la innovación en el mercado».

V. Análisis de artículos referidos a la Fase de Selección

a) ¿Quién gana cuando una convocatoria no consigue su objetivo?

Para comenzar, ¿cuál es ese objetivo? Pues, seleccionar al mejor proveedor, firmar contrato con él y ejecutar. Sin embargo, en promedio, casi la tercera parte de los procedimientos de selección no inician ejecución contractual²⁶. Nadie gana cuando una necesidad queda sin atención y es el ciudadano, siempre, el más perjudicado. Así, sobre lo señalado en el Artículo 93, debemos ser claros: una declaración de desierto es reconocer que fracasamos. ¿Qué sentido tiene invertir tantos recursos, tiempo y expectativas para llegar a nada?

Es por esta razón, y no otra, que la nueva normativa de contrataciones públicas proponenuevosprincipios,nuevos enfoques, nuevos paradigmas, la posibilidad de usar contratos estandarizados internacionales de ingeniería y construcción, y nuevos tipos de procedimientos de selección, entre otras mejoras.

²⁵ Una novedad interesante para los evaluadores es que podrán utilizar plataformas virtuales para sus sesiones o reuniones.

²⁶ Según el Cuadro N° 28 de la exposición de motivos de la propuesta de reglamento (página 114), en el periodo 2022-2023, el 31% de las contrataciones, pese a ser convocadas no inician ejecución contractual.

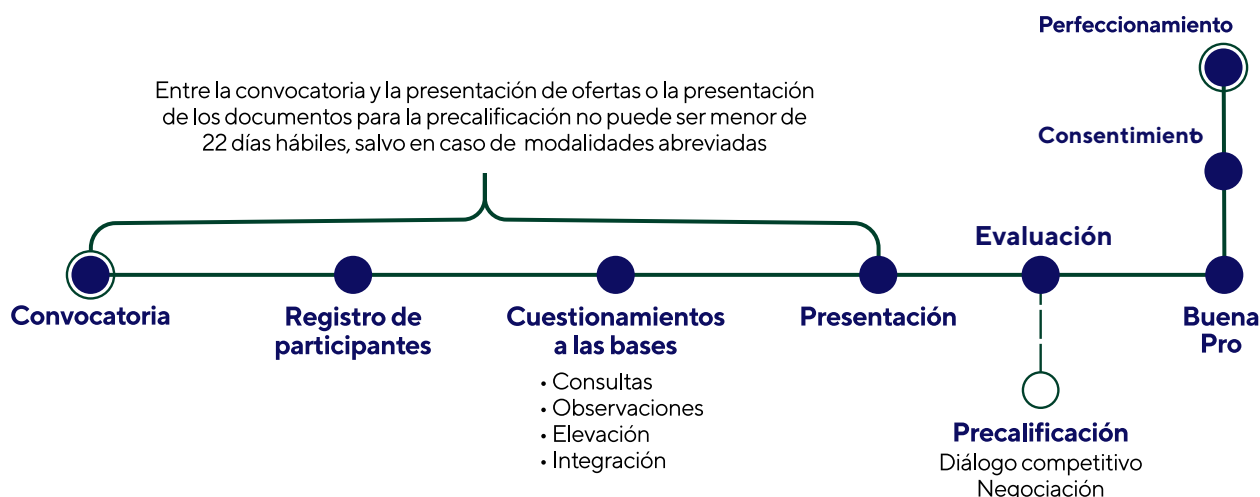


Figura 6: Flujo genérico del proceso de selección

b) La no objeción tradicional: una práctica ineficiente

Al igual que en la etapa anterior, pedir no objeción tardíamente (i.e. no hacerlo de manera concurrente al hecho objetable, sino posteriormente) puede resultar en un reproceso. Más claro: solicitar opinión a alguien posterior a un hecho (donde ese alguien no fue involucrado tempranamente) va a suponer necesariamente volver atrás (reproceso). ¿Cuál es la solución? Lo afirmamos otra vez: participación temprana del actor y el trabajo concurrente entre los involucrados.

Así, el Artículo 73.5 señala que «Si como resultado de una consulta u observación corresponde ajustar el requerimiento, el evaluador realiza las propuestas de modificaciones que corresponda y solicita al área usuaria su no objeción a fin de que confirme que el requerimiento satisface su necesidad». No es que esté mal consultar al «dueño» del requerimiento, lo malo es hacerlo posterior al hecho, dado que es muy probable que objete el cambio de «su» requerimiento. Y de hacerlo, volveríamos al principio... ¡varias semanas después de haberlo iniciado! De hecho, también es alta la posibilidad de una nulidad del procedimiento con lo cual sí volveríamos a fojas cero.

c) Lances sucesivos en línea

Una novedad se propone en el Artículo 82.1.c respecto a la manera tradicional de evaluar económicamente la oferta (simultánea a la evaluación técnica como un factor de evaluación, o de manera posterior a la evaluación técnica y solo respecto de aquellos proveedores que hubieran obtenido un puntaje mínimo): permitir que los postores mejoren sus ofertas económicas a través de lances sucesivos en línea.

d) Dilema del prisionero

En Teoría de Juegos²⁷, el dilema del prisionero es un escenario donde dos prisioneros pueden optar por mantenerse en silencio o delatarse. Si ambos callan, reciben 1 año de prisión; si uno delata, queda libre y el otro recibe 10 años; si ambos se delatan, obtienen 5 años. El dilema muestra cómo la falta de confianza puede llevar a resultados subóptimos, mientras que la cooperación beneficiaría a ambos. Este es el fundamento de los llamados contratos colaborativos y de todo mecanismo de coordinación contractual que quiera mejorar resultados. No hay colaboración sin confianza, y la confianza se implementa con estrategia.

²⁷ (25,742 de 83,965 ítems), lo que representa una no ejecución (o ejecución tardía) de unos S/ 38.8 mil millones.

En simple, la Teoría de Juegos es un enfoque matemático para estudiar decisiones estratégicas (llamadas «juegos») entre individuos o grupos, analizando cómo las acciones de un participante afectan a los demás.



El legislador de la propuesta de reglamento, consciente o no, ha aplicado el dilema del prisionero cuando ha diseñado la precalificación (Artículos 84 y 85), la negociación entre postores y evaluadores (Artículo 86) y el diálogo competitivo (Artículo 87). Todos estos mecanismos resultan ser esfuerzos legales para coordinar, compartir información y tomar decisiones del tipo ganar-ganar, mejorando de esta manera la calidad y pertinencia de los requerimientos.

e) Consecuencias de usar una Matriz de Kraljic

La segmentación de objetos contractuales (aplicación de la Matriz de Kraljic) es, en el fondo, segmentación del mercado. Por lo tanto, la segmentación de las contrataciones supone realizar modalidades personalizadas de hacer competir a los proveedores o, como las llama la propuesta de reglamento: procedimientos de selección competitivos. El legislador ha hecho un buen trabajo sistematizando dichos procedimientos (léase los Artículos 96, 97 y 98), diferenciando para cada uno de ellos la modalidad, condiciones de uso, descripción de sus etapas, tipo de registro de participantes, tipo de evaluadores, elevación o no de consultas/observaciones y tipo de evaluación económica. Así, para la licitación pública tenemos las siguientes modalidades (Artículo 96):

- De bienes
- Para bienes especializados
- Abreviada para bienes
- Abreviada de obras
- De obras
- De obras con precalificación
- De obras o bienes con diálogo competitivo
- De obras con negociación
- Especial para mecanismos diferenciados de adquisición (MDA)

Para el concurso público tenemos las siguientes modalidades (Artículo 97):

- General
- Abreviado

- Para consultorías
- Con precalificación
- Con diálogo competitivo
- Para la contratación de expertos y gerentes de proyectos
- De proyectos arquitectónicos y urbanísticos

Para las modalidades mixtas tenemos (Artículo 98):

- Compra pública precomercial
- Asociación para la innovación
- Subasta inversa electrónica
- Comparación de precios

Finalmente, la segmentación también mapea los casos en los que no agrega valor la competencia de proveedores. No siempre la competencia es la opción, por ejemplo, cuando existe proveedor único o cuando estamos frente a una situación extraordinaria e imprevisible que ocasione desabastecimiento inminente. Para estos casos, la propuesta de reglamento desarrolla los trece supuestos señalados en numeral 55.1 del artículo 55 de la LGCP para contratar directamente con un proveedor (léase los Artículos 104, 105 y 106: Procedimientos de selección no competitivos).

²⁸ El numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley de contrataciones vigente señala que «Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto».



VI. Análisis de artículos referidos a la Ejecución Contractual

Típicamente, esta fase del proceso de contratación ha resultado ser la más controversial y menos eficiente; por ello, vamos a desarrollar el punto atendiendo directamente los principales artículos involucrados.

- **Sobre uso de firmas digitales:** El Artículo 107.3 supone un avance acorde a nuestra época: los contratos se podrán firmar digitalmente.
- **Sobre modificaciones convencionales:** Más allá de los supuestos tradicionales para modificar los contratos: adicionales, reducciones y ampliaciones de plazo, en el Artículo 116.1 se insiste en un cuarto²⁸ (en su momento conocido como «modificación convencional»), siempre que cumpla con las siguientes condiciones:
 - Se derive de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato (antes solo se señalaba a la presentación de ofertas²⁹);
 - No sea imputable a alguna de las partes;
 - Permita alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente; y,
 - No cambien los elementos esenciales del objeto contractual (antes se hablaba de elementos determinantes, en todo caso, ¿qué hace a un elemento *esencial*? ¿qué diferencia hay entre un elemento *esencial* y otro *determinante*?)

Pero, más allá de estas aclaraciones, seamos claros: el Artículo 116.1 será más de lo mismo sin una correcta aplicación del principio de Valor por Dinero.

- **Sobre el poder entregado al supervisor:** En el Artículo 116.4 encontramos, tal vez, el peor de los errores de la propuesta de reglamento: persistir en entregar a un tercero (el supervisor) el poder para decidir si una modificación va o no. Al señalarse que toda modificación debe «contar con opinión favorable del supervisor», se configura un típico problema Agente-Principal y un potencial riesgo de colusión Contratista—Supervisor³⁰. El Artículo 203.3 y el literal b) del Artículo 209.1 insisten en este error.
- **Sobre responsabilidades por «errores»:** El Artículo 118 habla sobre la responsabilidad que corresponde a los autores de los proyectos, estudios, informes o similares que generen modificaciones contractuales. Aquí, deberíamos entender todos —de una vez y para siempre— que no toda modificación contractual se origina en negligencia o en intento de dolo; también se derivan por el simple hecho de que ningún proyecto, estudio, expediente técnico o documento equivalente (por muy bueno que sea) puede predecir el futuro. Entendamos que estamos hablando de proyecciones o hipótesis al final del día. La realidad, en todos sus detalles, solo se sabrá en plena ejecución física. Por lo tanto, habría, por lo menos, tres fuentes que originan modificaciones contractuales:

²⁹La Opinión Técnica N° 052-2023/DTN del OSCE intentó aclarar de manera confusa que dicha modificación no solo debía ser sobreviniente a la presentación de ofertas, sino al perfeccionamiento de la presentación de ofertas (sic). A la letra dice: «...la normativa de contrataciones del Estado vigente permite efectuar modificaciones al contrato relacionadas a su precio, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el numeral 34.10 del artículo 34 de la Ley, entre los que se tiene que, el hecho generador de tal modificación sea sobreviniente al perfeccionamiento de la presentación de ofertas...».

³⁰En su momento, la Contraloría General de la República informaba del «Triángulo Colusorio de la Corrupción».



- Negligencia del autor del documento: Aquí corresponde identificar la falta y actuar en consecuencia, estableciendo la sanción correspondiente.
- Dolo o corrupción: Aquí todos estamos de acuerdo en identificar responsables y sancionar con todo el peso de la Ley.
- Porque la realidad es VUCA³¹: Es decir, aunque se necesita de buenos estudios y proyectos previos a la ejecución. Así, es imposible prever el futuro o, por lo menos, no todo puede ser predictivo. Y es en plena ejecución donde recién puede llegarse a ver posibilidades de mejora que agreguen valor. ¿Qué de malo hay en eso si existe una justificación técnica para el cambio que agrega valor? Nuevamente, ¿cómo juega aquí el Valor por Dinero?

● **Sobre alternativas a usar cartas fianzas:** En el Artículo 120.1 se establece varias posibilidades para que un postor ganador ofrezca a la entidad contratante la garantía de fiel cumplimiento: el fideicomiso (se ratifica esta opción ya vigente, lo cual es una excelente noticia y cuyos detalles se redactan en el Artículo 125), la carta fianza financiera (la opción tradicional, pero que más afecta la liquidez del contratista), el contrato de seguro y/o la retención de pago. Dichas posibilidades dependen del objeto contractual.

● **Sobre las prestaciones accesorias:** Las prestaciones accesorias se hacen presentes en diferentes artículos (48.6, 121, 123, 126, 149 y 360); sin embargo, permanecen interrogantes. Nos explicamos: las prestaciones accesorias suelen ser acciones que, presupuestalmente, se clasifican como gasto corriente (mantenimiento, reparación o actividades afines). Esto presenta siempre un desafío para cuando se quieren vincular (empaquetar) con objetos contractuales orientados a la inversión pública (presupuestalmente clasificadas como gasto de capital).

Entonces, surge la interrogante: ¿cómo se operativizan presupuestalmente las prestaciones accesorias en estos casos? Por ejemplo, en una obra (gasto de capital) que tiene prestaciones accesorias (gasto corriente), ¿se va a financiar las prestaciones accesorias de gasto corriente con... gasto de capital? Esto sería presupuestalmente incorrecto, por no decir ilegal. ¿Cómo articular entonces el gasto corriente (prestaciones accesorias) necesario dentro de un gasto de capital (obra)? Corresponde responder estas preguntas a nuestra gestión pública financiera en general, no solo al sistema de abastecimiento. Urge.

● **Sobre bienes y servicios:** Los artículos del 134 al 165 configuran el Título IV *Proceso de Contratación de Bienes y Servicios*. Al respecto, convendría aclarar (junto con la Dirección General de Presupuesto Público) que no solo existen bienes y servicios financiados con gasto corriente, también la inversión pública (gasto de capital) implica contratar bienes y/o servicios, según claro, los convenga contratar diferenciados del componente de obra o, incluso, si la inversión no tiene ningún componente de obra.

● **Sobre ofrecer Valor a cambio de nada:** El Artículo 154 es contradictorio. Por un lado, señala que el contrato de bien o servicio puede ser modificado cuando se ofrezca otro producto con mejores características técnicas respecto a lo ofertado, sin que ello implique una adenda al contrato (aplicación del principio de Valor por Dinero). Pero, por otro lado, hay una aparente contradicción con dicho principio, dado que no se acepta que dicha mejora incremente el monto contractual (numeral 2 de dicho artículo).

● **Sobre la operación y mantenimiento:** Uno de los hechos más controvertidos y menos trabajados de la inversión pública

³¹ Lo aceptemos o no, la realidad de la inversión pública es un entorno VUCA, es decir, un entorno Volátil (cambios rápidos y frecuentes), Incierto o Uncertain (dificultad para predecir eventos futuros y sus impactos), Complejo (múltiples factores y actores interconectados que afectan la situación, dificultando el análisis y la total comprensión) y Ambiguo (falta de claridad en la información y en las interpretaciones). Todo esto plantea desafíos para la toma de decisiones y la planificación «exacta» en contextos dinámicos y cambiantes.



es cómo se garantiza el financiamiento para la operación y mantenimiento de los activos generados durante su ejecución. Los artículos 160, 161, 162 y 163 abordan —en parte al menos³²— este problema. Creemos que es un avance que la norma contractual visualice la contratación del servicio de operación y mantenimiento; aunque, claro, el problema de fondo sigue allí latente: cómo financiar acciones de operación y mantenimiento.

- **Sobre la Asistencia Técnica Especializada (ASISTE):** El Artículo 164 norma un servicio de asistencia que denomina ASISTE y está llamado a reemplazar al fallido Decreto Supremo N° 236-2020-EF que norma el procedimiento para la contratación del Servicio de Asistencia Técnica Especializada para la gestión de inversiones. Y que, a la fecha, cuatro años después de su publicación no cuenta con ningún caso de éxito. Eso sí, aplicar el ASISTE constará de algunos requisitos:

- Monto mínimo de la contratación: S/ 552 millones.
- La entidad contratante debe contar con una PMO (o Estructura de Gestión de Proyectos-EGP tal como lo denomina el Invierte.pe).
- Alcance mínimo: Revisión de los perfiles, expedientes técnicos o cualquier otro documento técnico vinculado a edificación o infraestructura; soporte técnico en formulación y evaluación, diseño, construcción, operación y mantenimiento; soporte técnico en las fases del proceso de contratación; soporte técnico en la implementación progresiva BIM; coadyuvar en la aplicación de metodologías de gestión de proyectos.

- **Sobre la buena práctica de aplicar incentivos:** El literal c) del Artículo 167.1 incluye como requerimiento para obras y consultorías de obras «(una) propuesta de incentivos por beneficios o mejoras de naturaleza técnica, económica, social, ambiental y de plazo para la entidad contratante y para el proyecto». Asimismo, el Artículo 175 señala que dichos incentivos pueden ofrecerse por:

- Cumplimiento anticipado de la fecha programada de culminación.
- Cumplimiento anticipado de la fecha programada de culminación.
- Incorporación de excelencia en estándares ambientales y de seguridad.

- **Sobre la aplicación del BIM:** El Artículo 167.5 señala que, el eventual uso del BIM³³, se debe hacer siguiendo los lineamientos del Plan BIM Perú (liderado por la DGPMI del MEF). La norma entonces no se complica al respecto arrojándose todo al Plan BIM Perú. Al respecto, insistimos en lo que ya hemos sustentado en otras publicaciones: adicionalmente al ISO 19650 (Guía Nacional BIM), el nivel de madurez de las entidades públicas nacionales en gestión de la información y modelamiento digital, hace evidente que se requiere de una metodología más intuitiva y de fácil comprensión. Por ejemplo, el VDC³⁴.

- **Sobre Gestión de Riesgos:** El Artículo 196 es clave pues, conscientemente o no, corrige la impronta de errores dejada por la Directiva N° 012-2017-OSCE/CD *Gestión de Riesgos en la Planificación de la Ejecución de Obras*. Errores que se originan, por un lado, en considerar como responsable de la Gestión de Riesgos a terceros (proyectista y supervisor). No. El principal interesado y responsable natural de velar por la Gestión de Riesgos es el *owner*, en nuestro caso, la entidad

³²Lo decimos porque no se resuelve el problema de fondo (el financiamiento) y porque solo es aplicable para la gestión de instalaciones y el mantenimiento vial.

³³Según se determine en la estrategia de contratación.

³⁴El VDC o «Virtual Design and Construction» (Diseño y Construcción Virtual), es un enfoque desarrollado por el CIFE de la Universidad de Stanford, que utiliza modelos digitales y herramientas de simulación para gestionar el diseño, la planificación y la ejecución de proyectos de construcción. Se basa en la modelación de información y promueve la colaboración entre todos los actores involucrados en un proyecto, incluyendo arquitectos, ingenieros, contratistas y propietarios.



contratante. Por otro lado, ha sido también un error el focalizarse en la planificación de los riesgos en detrimento de aquello que le da utilidad real: el monitoreo permanente, constante y periódico; así como la ejecución de las respuestas a los riesgos y entrega de alertas tempranas. El Artículo 196 señala algo más: en las obras mayores a los S/ 50 millones se deberá implementar un Comité de Riesgos. Excelente.

- **Sobre los sistemas de entrega de obras:** El Artículo 171 norma lo que explicamos en el capítulo II de este artículo como tercer paradigma clave. Es otro de los grandes aciertos de la propuesta de reglamento. Los sistemas de entrega de obras habilitados son:

- Solo construcción: El sistema tradicionalmente usado en el Perú que consiste en desintegrar la unidad obra: contratando primero la elaboración del expediente técnico y posteriormente contratar solo la ejecución de la obra.
- Diseño y construcción: Lo que conocemos como Concurso-Oferta. Mejor que el anterior porque solo existe un contratista principal, pero limitado en cuanto a que este contratista único subcontrate desintegradamente al proyectista y al ejecutor.
- Gestión del diseño y construcción al riesgo: Más integrado que los anteriores en la medida que haya participación temprana del ejecutor. Un solo contratista principal (Gestor de la Construcción).
- Gestión del diseño y construcción de agencia: Similar al anterior, pero volvemos al esquema de tener varios contratistas principales: proyectista, ejecutor y gestor.
- Entrega integrada de proyecto o alianza: El sistema ideal en cuanto a

la integración, donde todas las partes conforman una única empresa virtual, compartiendo ganancias y pérdidas.

- **Sobre el fast track:** El artículo 171.2 formaliza el uso del fast track, o sea, ejecutar la obra en paralelo a la elaboración del expediente técnico, en incrementos. No necesariamente implica una participación temprana concurrente. Salvo el primer sistema de entrega de los anteriores, técnicamente³⁵ se puede usar en todos los demás. Sin embargo, ejecutar sin tener el diseño completo siempre incrementa riesgos. Por lo tanto, usar fast track implica profundizar la gestión de riesgos.
- **Sobre la integración del perfil y el expediente técnico:** Si bien ya existía la opción de contratar conjuntamente la formulación del perfil³⁶ y la elaboración del expediente técnico, el Artículo 172 lo presente más ordenado y tal como es: un sistema de entrega para la formulación de proyectos. Entonces, tendríamos dos opciones:
 - Contratar por separado solo formulación o solo diseño.
 - Contratar en conjunto formulación y diseño.
- **Sobre el Gerente de Proyecto:** El Artículo 184 introduce en nuestra norma contractual la figura del Gerente de Proyecto. Figura muy conocida en las prácticas internacionales sobre gestión de proyectos tales como la Guía del PMBOK®, por ejemplo. Eso sí, le cambia la denominación a Coordinador de Proyecto (tal vez para no causar confusión con el cargo organizacional de gerente). Dicho artículo especifica que toda obra o consultoría de obra debe contar con uno, previo al inicio de la ejecución del contrato.

³⁵El traslape entre la elaboración del expediente técnico y la ejecución de la obra debe ser técnicamente viable y sustentado en un análisis costo beneficio en la estrategia de contratación.

³⁶Además de perfiles, el Invierte.pe también admite otros documentos técnicos llamados Fichas Técnicas (que no son otra cosa que perfiles simplificados y/o personalizados).



- **Sobre las diferencias entre el Perfil y el Expediente Técnico:** Erróneamente, durante la elaboración del expediente técnico se tiende a comparar éste versus el perfil³⁷. Y no son documentos comparables pues tienen objetivos y estructuras muy diferentes. Solo podría compararse la alternativa técnica seleccionada del perfil con el expediente técnico. Incluso esa comparación sería debatible pues un expediente técnico es la versión trabajada final de la alternativa técnica seleccionada (sería como comparar la versión beta de un producto con su versión final). El Artículo 185.1 intenta aclarar esto cuando solo exige coherencia entre ambos documentos. Señala: «*El expediente técnico de la obra guarda coherencia con los objetivos, alcances y parámetros que sustentan la viabilidad o aprobación de las inversiones*». Asimismo, el Artículo 188.2 señala que, terminada la elaboración del expediente técnico, el área usuaria (la UEI) debe retroalimentar a la UF en los aspectos referidos a cambios de alcance, costos y plazos. Esto último en correlato con el proceso de consistencia exigido por el Invierte.pe.
- **Sobre no repetir errores del Concurso-Oferta:** El Artículo 191 nos señala consideraciones durante la etapa de diseño en obras bajo el sistema de entrega de diseño y construcción. Al respecto, creemos que lo más importante es no cometer los mismos errores del modelo vigente: para que el diseño y construcción funcione, debe haber participación temprana del ejecutor, gestión de riesgos y un sistema de pago diferente al de suma alzada. Nada de eso

se propone; por lo tanto, de no corregirse esto, estaríamos frente a un Concurso-Oferta más (con todas sus limitaciones e historial de fracasos que dicha modalidad ha arrastrado por años).

- **Sobre la Ingeniería de Valor:** Otra aplicación directa del principio de Valor por Dinero lo encontramos en el Artículo 222. Otro acierto de la presente propuesta de reglamento.

VII. Coda final: Breves comentarios sobre la solución de controversias

Los artículos contenidos en los Títulos X y XI de la propuesta de reglamento se reservan para desarrollar los mecanismos de solución de controversias permitidos en la Ley: recursos de apelación, conciliación, arbitraje, y la Junta de Prevención y Resolución de Disputas. Todas estas herramientas ameritan un análisis, una explicación y unas competencias que escapan al objetivo del presente trabajo. Reservaremos el tema de los Dispute Boards³⁸ para una próxima publicación. Sin embargo, creemos importante terminar haciendo unos comentarios sobre el arbitraje.

- **Sobre el «mejor» arbitraje:** Más allá de sus beneficios en comparación con el proceso judicial, el mejor arbitraje es el que podemos evitar. Claro, es imposible no tener controversias y desacuerdos; son parte de nuestra naturaleza humana. Sin embargo, sí podemos gestionirlas eficientemente, por ejemplo, identificando oportunamente las posibles fuentes de controversias y prevenirlas. Y aquí tenemos que volver a insistir en lo fundamental que resulta implementar un eficiente mecanismo de gestión de riesgos³⁹.

³⁷ Nuevamente, por simplificación solo se menciona perfil, aunque también existen las fichas técnicas y, para este caso, las inversiones que no son proyectos de inversión (las llamadas IOARR) que impliquen obra.

³⁸ En el Perú, desde hace poco, se han implementado las Juntas de Resolución de Disputas (o, Juntas de Prevención y Resolución de Disputas como las denomina la propuesta de reglamento). Estos mecanismos son adaptaciones de la buena práctica internacional conocida como Dispute Boards. En general, los Dispute Boards son una especie de colegiado utilizados a lo largo de un contrato, especialmente en la construcción, con el objetivo de ayudar a prevenir conflictos y, en caso de que surjan, facilitar su resolución de manera rápida y eficiente. Esto puede reducir la conflictividad en la ejecución del contrato y minimizar los costos para las partes.

³⁹ Al respecto, recomendamos la lectura del artículo «Gestión de Riesgos para la Inversión Pública» (2024) publicado por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP.



- **Sobre los Centros de Arbitraje:** En los últimos años hemos presenciado una explosión de centros de arbitraje. Y el número aumenta día a día. ¿Quién sabe cuántos centros de arbitraje realmente están operativos? Hoy mismo, ni la DGA, ni el OSCE lo saben. En el mundo privado, la proliferación de estos centros no es un problema pues el mercado —en teoría al menos— hace la depuración y solo quedan los mejores (las partes solo trabajarán arbitrajes con aquellos agentes del mercado arbitral —centros de arbitrajes y árbitros— que le generan confianza). El problema surge cuando se quiere forzar reglas privadas⁴⁰ en un entorno público. Por ejemplo, al no tener como regular natural al mercado, el Estado lo suplente. Y así como existen fallas de mercado, existen también fallas de Estado. Por ejemplo: ¿qué entidad pública tendría la capacidad de supervisar la idoneidad y calidad del arbitraje donde una de las partes es el Estado? ¿Cómo hacer realidad mecanismos de transparencia tales como la publicación de laudos sin que falencias en dicha publicación supediten la eficacia de una decisión jurisdiccional (laudo)? ¿Cómo eliminar el conflicto de intereses para la elección del árbitro seleccionado por la parte estatal? Son preguntas, a la fecha, sin respuesta.

- **Sobre los registros:** Los registros (listados oficiales) suelen aparecer como grandes soluciones a problemas complejos del tipo Agente-Principal. Así, desde la dación del Decreto de Urgencia N° 020-2020, tenemos el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (RENACE) a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ahora, la propuesta de reglamento crea el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (REGAJU). Por otro lado, se elimina el antiguo Registro Nacional de Árbitros (RNA), lo cual, debido a su inutilidad, constituye una buena noticia y una lección aprendida a considerar. Para terminar este punto, el Artículo 362.1, que obliga a colocar una cláusula en el contrato para identificar taxativamente a la institución arbitral bajo cuyas reglas se rige el procedimiento arbitral, pareciera ser parte de la solución.

⁴⁰El arbitraje comercial es regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 y funciona, en general, bien.

⁴¹Las buenas prácticas no se copian, se adaptan.

⁴²Léase el informe de la OECD La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación, Pág. 145. Acceso libre en <https://doi.org/10.1787/9789264281356-es>



VIII. Conclusiones

- Reconocer que no podemos mejorar si seguimos haciendo más de lo mismo es un acto de humildad necesario para cualquier impulso evolutivo. Así, esta propuesta de reglamento refleja ese espíritu, al introducir buenas prácticas —nacionales e internacionales— largamente anheladas que han incrementado las posibilidades de éxito de la función de contratación en donde se han adaptado⁴¹.
- La contratación pública es el instrumento clave para concretar la inversión pública. La eficiencia en concretar la inversión pública es totalmente dependiente de la calidad de la contratación pública.
- La profesionalización de los compradores públicos implica el reto de pasar de meros administradores de requerimientos a gestores (agentes) de procura. Ya nos lo señalaba la OECD: *«Debe reconocerse que la contratación pública no es una función puramente administrativa, sino más bien una función estratégica en el servicio público»*⁴².
- Si debemos quedarnos con solo un par de mejoras, esas serían la introducción del proceso de estrategia de contratación y del principio de Valor por Dinero. Mucho de las demás buenas prácticas (sistemas de entrega, contratos estandarizados, dispute boards, etc.) son resultado directo de aplicar aquellos. Por ello, será un reto importante de asumir (y apoyar) la formación de capacidades y competencias en dichos paradigmas.
- ¿Para cuándo nuestro CIP/CAP nos proponen un modelo de contrato estándar? Como muy bien lo señala E. Franco *«...sería más adecuado generar mejores modelos de contratos nacionales, inspirados en las buenas prácticas locales e internacionales, que creer que un contrato modelo internacional hará una gran diferencia»*.
- No podemos/debemos forzar paradigmas y procesos propios del arbitraje comercial al arbitraje público. Mercado y Estado manejan un juego muy diferente de incentivos. Solo eso ya justificaría (nótese en condicional) una normatividad aparte para el arbitraje con el Estado.
- Por último, si bien no he tenido reservas en elaborar críticas sustentadas a los paradigmas contractuales imperantes por tantos años, es también cierto el respeto que tengo hacia todos aquellos que han participado en este largo camino técnico-legal desde la publicación de la primera Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Ley N° 26850) y cuyo esfuerzo nos han permitido llegar a donde estamos ahora. A todos ellos, mi sincero agradecimiento.

Lima, noviembre de 2024

Anthony H. Moreno

⁴⁰El arbitraje comercial es regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 y funciona, en general, bien.

⁴¹Las buenas prácticas no se copian, se adaptan.

⁴²Léase el informe de la OECD La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación, Pág. 145. Acceso libre en <https://doi.org/10.1787/9789264281356-es>



IX. Bibliografía

Franco, E. (2020). Artículo ¿Cuál es la clave para incrementar la capacidad y la calidad del gasto en la inversión pública? Revista Negocios Internacionales, # 269 – COMEXPERÚ.

Klee, L. (2015). International Construction Contract Law, First Edition. John Wiley & Sons.

Kraljic, P. (1983). Artículo Purchasing must become Supply Management. Revista Harvard Business Review, edición septiembre-octubre.

Moreno, A. (2024). Artículo Gestión de Riesgos para la Inversión Pública. Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

OECD (2017). La Contratación Pública en el Perú: Reforzando Capacidad y Coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, OECD Publishing.

Powell, G. (2016). Construction contract preparation and management: from concept to completion.

Project Management Institute (2021). La Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK®) – Séptima Edición.

The American Institute of Architects (2007). Integrated Project Delivery: A Guide.

Visita nuestra web:

 gobierno.pucp.edu.pe

Síguenos en

