



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

**Escuela de
Postgrado**

**“ANÁLISIS DE PROBLEMÁTICA Y PLANTEAMIENTO DE
SOLUCIONES PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR
ADMINISTRACIÓN DIRECTA”**

**Trabajo de Investigación presentado
para optar al Grado Académico de
Magíster en Derecho Administrativo Económico**

Presentado por:

Echevarria Carrasco, Katherine Pierina

Eslava Morales, Percy Antonio

Figuroa Chavez, Jocelyne

Asesora: Dra. Karla Mónica Gaviño Masias

[0000-0001-7202-0316](tel:0000-0001-7202-0316)

Lima, setiembre 2023

REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

A través del presente, Juan Carlos Ubillús Ramírez deja constancia que el trabajo de investigación "ANÁLISIS DE PROBLEMÁTICA Y PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA" presentado por doña Katherine Pierina Echevarría Carrasco, de acuerdo con el DNI. 46193817, don Percy Antonio Eslava Morales, de acuerdo con el D.N.I. 46245513, y doña Jocelyne Figueroa Chavez, de acuerdo con el D.N.I. 70670920 para optar al Grado de Magíster en Derecho Administrativo Económico fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 9 de octubre de 2024 dando el siguiente resultado.

turnitin

Katherine Pierina Echevarría Carrasco | Trabajo de investigación para optar al grado de Magíster en Derecho Administrativo Económico

17 %

"ANÁLISIS DE PROBLEMÁTICA Y PLANTEAMIENTO DE SOLUCIONES PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA"

Trabajo de investigación presentado
para optar al Grado de Magíster en
Derecho Administrativo Económico

Investigadora:
Echevarría Carrasco, Katherine Pierina
Eslava Morales, Percy Antonio
Figueroa Chavez, Jocelyne

1	4 %
2	1 %
3	1 %
4	1 %
5	1 %
6	1 %
7	1 %
8	1 %
9	1 %
10	1 %
11	1 %
12	1 %

9 de octubre de 2024


Juan Carlos Ubillús Ramírez
Jefe Académico

Agradecemos a la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico y a nuestra asesora Karla Gaviño Masías. Asimismo, dedicamos esta tesis a nuestras familias, por su invaluable apoyo y soporte para concluir esta investigación.

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación tuvo como objetivo proponer alternativas de solución para mejorar la regulación normativa y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa. La evidencia recabada, que permitió iniciar esta investigación, fue advertir que la Resolución de Contraloría 195-88-CG, marco regulatorio de la modalidad de ejecución de obras por administración directa, es preconstitucional, pues fue emitida el 18 de julio de 1988, lo que motivó analizar y determinar su concordancia con los principios y derechos constitucionales reconocidos en la Constitución vigente; asimismo, se verificó que esta modalidad reportaba situaciones de ineficiencia, pues tenía la mayor cantidad de obras paralizadas en el país, eran comunes los casos de retrasos y sobrevalorizaciones durante su ejecución y existen diversos intentos por crear una nueva regulación por el Congreso de la República y Contraloría General de la República.

En este contexto, el problema de investigación es la inadecuada regulación normativa e ineficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, lo que motivó formular las siguientes preguntas de investigación: i) ¿la Resolución de Contraloría 195-88-CG, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, es acorde al régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución?; ii) ¿cuál es la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno y ubicación geográfica?; iii) ¿cuáles son las causas que limitan la eficiencia de la ejecución de obras públicas por administración directa?; y, iv) ¿qué alternativas de solución se podrían adoptar para mejorar la regulación normativa y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras por administración directa?

Para lograr el objetivo, se han utilizado las siguientes técnicas e instrumentos: i) revisión y análisis del marco constitucional e infra constitucional, jurisprudencial y doctrinario sobre la ejecución de obras por administración directa; ii) análisis de la base de datos del Banco de Inversiones del MEF para identificar la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en el Perú, en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno, ubicación geográfica y ejecución de gasto, a través del análisis de la información del Banco de Inversiones del MEF, desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de

2023; ii) evaluación de eficiencia en el gasto del presupuesto de 109 obras y evaluación de eficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de 78 obras por administración directa; iii) revisión y análisis de ciento diez (110) informes de control emitidos durante los años 2017 al 2023, en el marco de las acciones de control efectuadas por la Contraloría General de la República (CGR), realizados a obras por administración directa, que permitan identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa; iv) entrevistas estructuradas a veintiséis (26) funcionarios y servidores públicos para identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa; y, iv) análisis del derecho comparado en los países de Chile, Argentina, México y España, que regulen la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, con la finalidad de proponer alternativas de solución para el Perú.

Las conclusiones son: la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988 no se encuentra conforme a la reserva de ley del régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución, motivo por el cual, para establecer una excepción al régimen constitucional de contratación de obras públicas es necesario que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, con facultades delegadas, promulgue una ley que justifique la incorporación de tal modalidad en el ordenamiento jurídico; ii) las principales modalidades de ejecución de obras en el Perú, según el número y presupuesto asignado, son la contrata y la modalidad de administración directa, siendo los gobiernos locales son los que más ejecutan estas últimas, comprobándose la relevancia de esta modalidad en el país y también la necesidad de que tenga un adecuado marco regulatorio; ii) se ha identificado evidencia de ineficiencia en la ejecución de obras por administración directa debido a que la Resolución de Contraloría 195-88-CG no impide que el presupuesto de obra y plazo de ejecución puedan incrementar ilimitadamente, lo que puede generar falta de liquidez y, por ende, paralizaciones, ni tampoco se han creado reglas para garantizar que las entidades acrediten que realmente cuentan con personal técnico-administrativo y equipos para ejecutar eficientemente una obra pública, más se ha advertido que el trasfondo que motiva el uso de esta modalidad es adquirir y brindar mantenimiento a maquinaria u otorgar empleo a personas en las localidades donde se ejecutan las obras.

ABSTRACT

This research aimed to propose alternative solutions to improve the regulatory framework and efficiency of the modality of public works execution through direct administration. The evidence gathered, which initiated this investigation, revealed that Comptroller Resolution 195-88-CG, the regulatory framework for the direct administration modality of executing public works, is pre-constitutional as it was issued on July 18, 1988. This prompted an analysis to determine its compatibility with the principles and constitutional rights recognized in the current Constitution. Furthermore, it was found that this modality exhibited inefficiencies, as it had the highest number of stalled projects in the country, cases of delays and overvaluations during the execution were common, and there have been various attempts by the Congress and the General Comptroller of the Republic to create new regulations.

In this context, the research problem is the inadequate regulatory framework and inefficiency of the direct administration modality of public works execution, which led to the formulation of the following research questions: i) Is Comptroller Resolution 195-88-CG, which contains the regulatory framework for the direct administration modality of public works execution, in accordance with the public procurement regime provided for in Article 76 of the Constitution?; ii) What is the relevance of the direct administration modality compared to other modalities of public works execution, considering the allocated public budget, level of government, and geographical location?; iii) What are the causes limiting the efficiency of public works execution through direct administration?; and, iv) What alternative solutions could be adopted to improve the regulatory framework and efficiency of the direct administration modality of public works execution? To achieve the objective, the following techniques and instruments were used: i) Review and analysis of the constitutional, infra-constitutional, jurisprudential, and doctrinal framework regarding public works execution through direct administration; ii) Analysis of the database of the Ministry of Economy and Finance's Investment Bank to identify the relevance of the direct administration modality of works in Peru compared to other modalities of public works execution, considering the allocated public budget, level of government, geographical location, and expenditure execution, through the analysis of information from the Investment Bank of the Ministry of Economy and Finance, from the implementation of Invierte.pe (2017) until April 8, 2023; iii) Efficiency evaluation of budget spending for 109 projects and evaluation of compliance with execution deadlines for 78 projects executed through direct administration; iv) Review and

analysis of one hundred ten (110) control reports issued during the years 2017 to 2023, within the framework of control actions carried out by the General Comptroller of the Republic (CGR), conducted on projects executed through direct administration, to identify and analyze the causes limiting efficiency in the execution of public works through direct administration; v) Structured interviews with twenty-six (26) officials and public servants to identify and analyze the causes limiting efficiency in the execution of public works through direct administration; and, vi) Comparative law analysis in Chile, Argentina, Mexico, and Spain, countries regulating the modality of public works execution through direct administration, with the aim of proposing alternative solutions for Peru.

The conclusions are: i) Comptroller Resolution 195-88-CG of July 18, 1988, is not in accordance with the statutory reservation of the public procurement regime provided for in Article 76 of the Constitution. Therefore, to establish an exception to the constitutional regime for public works procurement, it is necessary for the Congress of the Republic or the Executive Power, with delegated powers, to enact a law justifying the incorporation of such modality into the legal system; ii) The main modalities of works execution in Peru, according to the number and budget allocated, are contracting and the direct administration modality, with local governments being the most frequent users of the latter. This confirms the relevance of this modality in the country and the need for an adequate regulatory framework; iii) Evidence of inefficiency in the execution of works through direct administration has been identified due to Comptroller Resolution 195-88-CG not preventing unlimited increases in project budgets and execution deadlines, which can lead to liquidity problems and, consequently, project suspensions. Moreover, no rules have been established to ensure that entities have the technical-administrative personnel and equipment necessary to efficiently execute a public work. It has been noted, however, that the underlying motivation for using this modality is to acquire and maintain machinery or to provide employment in the localities where the works are carried out.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	4
ABSTRACT	6
ÍNDICE	8
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	17
1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	17
2. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	21
PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN.....	21
3. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN	21
4. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	22
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	27
1. OBRAS PÚBLICAS EN LA NORMATIVA PERUANA.	27
1.1. Delimitación de obra pública.....	27
1.2. Principales modalidades de ejecución de obras públicas en el Perú	28
1.2.1.Ejecución presupuestaria indirecta: ejecución de obras públicas en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.	29
Definición y características:.....	29
Principios aplicables al régimen general de contratación pública.	31
1.2.2.Ejecución presupuestaria indirecta: obras por impuestos (OxI):37	
1.2.3.Ejecución presupuestaria indirecta: asociaciones Público-Privadas (APP)38	
1.2.4.Ejecución presupuestaria indirecta: obras por contratos colaborativos provenientes de acuerdos de gobierno a gobierno (G2G).	39
1.2.5.Ejecución presupuestaria directa: obras por administración directa.....	41
Regulación de las obras por administración directa en el Perú.....	42
Problemática identificada en la modalidad de obras por administración directa.	44
CAPÍTULO III: DESARROLLO DEL TEMA	47
1. Régimen general de contratación pública en la Constitución Política de 1979 y Constitución Política de 1993.	47
1.1. RESERVA DE LEY EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	49
1.2.EL RÉGIMEN GENERAL DE CONTRATACIÓN DE OBRAS PÚBLICAS Y LAS EXCEPCIONES VIGENTES CONFORME A LA RESERVA DE LEY.....	52
1.3.ANÁLISIS DE UN CASO PARTICULAR: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA POR CONTRAVENIR EL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.	58
2. ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA N.º 195-88-CG Y SU CONFORMIDAD CON LA RESERVA DE LEY DEL ARTÍCULO 76 DE LA CONSTITUCIÓN VIGENTE.	62
2.1. JERARQUÍA NORMATIVA	62
2.2. ANÁLISIS DE FORMA	63
2.3. ANÁLISIS DE FONDO (FINALIDAD Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES)	67
3. RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA 195-88-CG Y EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SUBSIDIARIEDAD Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA INICIATIVA PRIVADA.....	69
3.1. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO, SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA Y LIBRE INICIATIVA PRIVADA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993	69
3.2. IMPACTO DE LA MODALIDAD DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA CON LA SUBSIDIARIEDAD ECONÓMICA Y LIBRE INICIATIVA PRIVADA.	74
3.3. LA RAZONABILIDAD DE LA MODALIDAD DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN FRENTE AL DERECHO A LA LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y SUBSIDIARIEDAD	77
SÍNTESIS DEL APARTADO.....	83
4. Diagnóstico de obras por administración directa en el Perú	83
4.1. ESTADO SITUACIONAL DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA SEGÚN EL BANCO DE INVERSIONES DEL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.....	83
5. ANÁLISIS DE EFICIENCIA DE GASTO PRESUPUESTAL Y EFICIENCIA DE PLAZOS EN LA EJECUCIÓN DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA.	90
5.1. INEFICIENCIA EN EL USO DEL PRESUPUESTO: DIFERENCIA ENTRE EL PRESUPUESTO DE OBRA APROBADO EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO Y EL MONTO UTILIZADO EN LA OBRA.....	91

5.2. INEFICIENCIA EN EL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DE OBRA: DIFERENCIA ENTRE EL PLAZO DE EJECUCIÓN APROBADO EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO Y EL PLAZO REAL.	94
6. ANÁLISIS DE CIENTO DIEZ (110) INFORMES DE CONTROL EMITIDOS POR LOS ÓRGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL (OCI) BAJO LA AUTORIDAD NORMATIVA Y FUNCIONAL DE LA CGR, EN SERVICIOS DE CONTROL PRACTICADOS A OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA.	96
7. ENTREVISTA A FUNCIONARIOS Y SERVIDORES PÚBLICOS VINCULADOS A LA GESTIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.	107
8. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA EN EL DERECHO COMPARADO	114
CAPÍTULO IV ANÁLISIS Y PROPUESTAS	126
1. PROMULGACIÓN DE UNA LEY QUE REGULE LA MODALIDAD CONFORME A LA RESERVA DE LEY Y PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN.	126
2. ESTABLECER LÍMITES OBJETIVOS Y RAZONABLES PARA QUE, POR EFICIENCIA, ESTA MODALIDAD DE EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS SE UTILICE DE MANERA EXCEPCIONAL.	127
2.1. LÍMITE PRESUPUESTAL DE 750 UIT PARA EJECUTAR OBRAS POR LA MODALIDAD DE ADMINISTRACIÓN DIRECTA.	129
2.2. EXCEPCIONES PARA EJECUTAR OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA CUANDO EL PRESUPUESTO DE OBRA SUPERE EL LÍMITE ESTABLECIDO DE 750 UIT.	136
3. INCORPORAR INSTRUMENTOS DE GESTIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRA CONFORME AL PRESUPUESTO Y PLAZOS ESTABLECIDOS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO.	138
3.1. Incorporación del factor de evaluación (puntaje) en la normativa de Contrataciones del Estado (LCE) por contratar personal del lugar donde se ejecutará la obra.	139
3.2. Calendario de adquisición de materiales, equipos y contratación del personal calificado y no calificado, y su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones (PAC).	141
3.3. Matriz para la gestión de riesgos.	143
3.4. Programa de ejecución de la obra y calendario acelerado de obra en caso de retraso.	143
3.5. Ampliación de plazo con consecuente deslinde de responsabilidades cuando no esté justificada.	144
3.6. Adicionales y deductivos vinculados y reducción de prestaciones de obra.	145
3.7. Reinicio de obra por contrata en caso de paralización injustificada.	146
3.8. Utilizar el cuaderno de obra digital, conforme a las disposiciones de OSCE.	147
CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	148
1. CONCLUSIONES:	148
2. RECOMENDACIONES:	148
REFERENCIAS	150
ANEXOS	157

Índice de tablas

Tabla 1 Principales modalidades excepcionales para ejecución de obras públicas vigentes en el Perú	¡Error! Marcador no definido.	42
Tabla 2 categorías y grados de la pirámide normativa.....		54
Tabla 3. Modalidades de obras públicas, número de obras y monto asignado.....		74
Tabla 4. Obras por administración directa según año de aprobación/viabilidad y porcentaje de monto ejecutado		86
Tabla 5. Obras por administración directa según el nivel de gobierno: gobierno local (GL), gobierno regional (GR) y gobierno nacional (GN):.....		88
Tabla 6. Obras por administración directa según la región donde se ejecutan o ejecutarán:.		78
Tabla 7. Obras paralizadas según causal reportada por las entidades;	¡Error! Marcador no definido.	
Tabla 8. Obras paralizadas por regiones	¡Error! Marcador no definido.	
Tabla 9. Situaciones adversas halladas por la CGR al practicar servicios de control a obras por administración directa.		97
Tabla 10. Pregunta 2 de la entrevista: ¿Qué cree que pasaría si se prohíbe ejecutar obras por Administración Directa en el país? Explique su respuesta.		109
Tabla 11. Pregunta 3 de la entrevista y respuestas sobre proyectos de ley tramitados en el Congreso de la República.		111
Tabla 12 Pregunta 4 de la entrevista: en algunas regiones del país es más utilizada la modalidad de obras por administración directa que en otras ¿A qué considera que se debe esto?		112

Índice de gráficos

Gráfico 1. Obras públicas aprobadas/viables desde el 23.02.2017 hasta el 08.03.2023 ...85

Gráfico 2. Número de obras por administración directa con ejecución de gasto, según nivel de gobierno88

Gráfico 3. Pregunta 1 de la entrevista sobre eficiencia de obras por Administración Directa frente a obras por contrata 108

Índice de anexos

Anexo 1. Entrevistas a servidores y funcionarios públicos.....	156
Anexo 2. Lista de informes de control de la CGR analizados.....	157
Anexo 3. Análisis de 110 informes de control de los OCI de la CGR, según situación adversa, monto presupuestal inicial y real y plazo inicial y final de obra.....	158

Introducción

En el Perú existen diversas modalidades para ejecutar obras públicas. La regla general, según el mandato del artículo 76 de la Constitución, es ejecutar obras por licitación pública y contrata, la cual se encuentra desarrollada en la Ley de Contrataciones del Estado, y cuyo propósito es –resultado de un concurso entre una pluralidad de postores– adjudicar la buena pro a un contratista que ejecute la obra por su cuenta y riesgo. No obstante, también existen otras modalidades para ejecutar obras públicas como las asociaciones público-privadas, obras por impuestos, por contratos colaborativos internacionales provenientes de acuerdos de Gobierno a Gobierno, por administración directa, entre otras. En el caso de la modalidad de administración directa, se trata de un mecanismo regulado por la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, cuya finalidad es que el Estado ejecute obras por su cuenta y riesgo; es decir, provistos de personal y equipos, la propia Entidad puede construir una carretera, un colegio, un hospital o cualquier obra de infraestructura.

Sobre el particular, al iniciar la investigación y problematizar el tema, se analizaron varios informes de control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) de diversas entidades, las exposiciones de motivos de los Proyectos de Ley 31/2016-CG, 120/2016-CR, 236/2021-CR, 720-2021-CR, 746/2021-CR, 875/2021-CG, 1580/2021-CR, 1833/2021 y 2043/2021-CR, así como la información del Banco de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) e informes de la Contraloría General de la República (CGR), verificando que la modalidad de administración directa reporta situaciones de ineficiencia porque las entidades no cuentan con la capacidad técnica y operativa para ejecutar obras de presupuestos cuantiosos, tiene el mayor número de obras paralizadas al 2023 y su regulación no estaría acorde a la reserva de ley exigida en la Constitución política vigente.

En este contexto, en la presente investigación, ante los problemas asociados a la regulación normativa y eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, se realizó un análisis con el objetivo principal de proponer alternativas de solución para mejorar la regulación normativa y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa. Para tal fin, se utilizaron las siguientes técnicas e instrumentos: i) revisión y análisis del marco constitucional e infra constitucional, jurisprudencial y doctrinario sobre la ejecución de obras por administración directa; ii) análisis de la base de datos del Banco de Inversiones del MEF para identificar la relevancia

de la modalidad de obras por administración directa en el Perú, en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno, ubicación geográfica y ejecución de gasto, a través del análisis de la información del Banco de Inversiones del MEF, desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de 2023; ii) evaluación de eficiencia en el gasto del presupuesto de 109 obras y evaluación de eficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de 78 obras por administración directa; iii) revisión y análisis de ciento diez (110) informes de control emitidos durante los años 2017 al 2023, en el marco de las acciones de control efectuadas por la Contraloría General de la República (CGR), realizados a obras por administración directa, que permitan identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa; iv) entrevistas estructuradas a veintiséis (26) funcionarios y servidores públicos para identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa; y, iv) análisis del derecho comparado en los países de Chile, Argentina, México y España, que regulen la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, con la finalidad de proponer alternativas de solución para el Perú.

Los resultados obtenidos son los siguientes: i) en el periodo analizado, desde el 23 de febrero de 2017 hasta el 8 de marzo de 2023, existen 28 211 obras públicas que cuentan con viabilidad/aprobación y están reportando gasto de ejecución por elaboración de expediente técnico o ejecución física, siendo las dos principales modalidades la contrata con 16 702 obras y la administración directa con 10 390 obras; ii) los Gobiernos Locales registran el 93% de obras por administración directa, siguiendo en el orden los Gobiernos Regionales con el 4% y el Gobierno Nacional con el 3%; iii) de las 109 obras analizadas, 89 tuvieron un incremento entre 1% y 640% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 72% de obras requirieron un incremento presupuestal; iv) de las 78 obras analizadas, se reporta que 72 tuvieron una ampliación entre 1.11% y 3144% del plazo de ejecución de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 92% de obras no se ejecutaron en el plazo previsto; v) al mes de mayo del 2023, la modalidad de administración directa reporta 886 obras paralizadas, siendo la modalidad que más reporta este problema; vi) según los ciento diez (110) informes de control emitidos por la CGR, los principales problemas de la administración directa son la ausencia de personal técnico-administrativo y equipos (maquinaria, herramientas, entre otros) para ejecutar eficientemente una obra pública; vii) los funcionarios y servidores públicos entrevistados no están de acuerdo, en su mayoría, en limitar que se ejecuten obras por

administración directa, pero no una prohibición absoluta que perjudique a las entidades públicas que sí cuentan con capacidad operativa y técnica para ejecutar obras por esta modalidad; y, viii) Chile, España, México y Argentina ha establecido un marco normativo que regula la ejecución de obras públicas por administración directa; sin embargo, es importante destacar que en todos estos países se han impuesto límites y restricciones para el uso de la modalidad.

Los resultados de la investigación han permitido concluir lo siguiente: i) la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, no se encuentra conforme a la reserva de ley del régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución, motivo por el cual, para establecer una excepción al régimen constitucional de contratación de obras públicas es necesario que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, con facultades delegadas, promulgue una ley que justifique la incorporación de tal modalidad en el ordenamiento jurídico; ii) en el periodo analizado, las principales modalidades de ejecución de obras en el Perú, según el número y presupuesto asignado, son la contrata y la modalidad de administración directa, siendo los gobiernos locales son los que más ejecutan estas últimas, comprobándose la relevancia de esta modalidad en el país y también la necesidad de que tenga un adecuado marco regulatorio; iii) se ha identificado evidencia de ineficiencia en la ejecución de obras por administración directa debido a que la Resolución de Contraloría 195-88-CG no impide que el presupuesto de obra y plazo de ejecución puedan incrementar ilimitadamente, lo que puede generar falta de liquidez y, por ende, paralizaciones, ni tampoco se han creado reglas para garantizar que las entidades acrediten que realmente cuentan con personal técnico-administrativo y equipos para ejecutar eficientemente una obra pública, más se ha advertido que el trasfondo que motiva el uso de esta modalidad es adquirir y brindar mantenimiento a maquinaria u otorgar empleo a personas en las localidades donde se ejecutan las obras.

En consecuencia, luego del análisis realizado en la presente investigación, se han propuesto las siguientes recomendaciones: i) el Congreso de la República o Poder Ejecutivo, con facultades delegadas, debe promulgar una ley que reconozca la modalidad de ejecución de obras por administración directa, en la cual se establezcan las reglas, procedimientos y controles necesarios; asimismo, al ser una excepción al régimen constitucional de contratación de obras públicas, debe limitarse su uso, por regla general, a aquellas obras cuyo presupuesto no supere el monto de una ficha técnica simplificada de proyectos de inversión

(750 UIT) y, excepcionalmente, aun por encima de ese techo presupuestal, solo cuando exista la necesidad de ejecutar obras en estado o situación de emergencia y en caso se declare desierto un procedimiento de selección por falta de postores; ii) incorporar instrumentos de gestión para promover la eficiencia en la ejecución de obras por administración directa; e, iii) incorporar para las obras por contrata, en el RLCE, un factor de evaluación para otorgar puntaje a los postores que se obliguen a contratar un porcentaje de su personal del lugar donde se ejecutará la obra, para que cubrir la necesidad de empleo local no se convierta en el motivo principal por el cual una entidad decida ejecutar una obra por administración directa.

Conforme a lo señalado, en la presente investigación se ha buscado no solo identificar los principales problemas asociados a la eficiencia y regulación normativa de la modalidad de ejecución de obras por administración directa, sino también proponer alternativas de solución para mejorar la regulación normativa, eficiencia y, con ello, fomentar el buen uso de los recursos del estado. En tal sentido, se espera que esta investigación contribuya en el debate que se necesita para mejorar la gestión pública en el país, con el propósito de que las obras públicas cumplan su finalidad esencial de satisfacer las necesidades de infraestructura que requieren urgentemente los ciudadanos.

CAPÍTULO I: Planteamiento del problema

1. Situación problemática

En el Perú existen diversas modalidades para ejecutar obras públicas. La regla general, según el mandato contenido en el artículo 76¹ de la Constitución política, es la ejecución de obras por contrata (Congreso Constituyente Democrático, 1993). Esta modalidad se encuentra desarrollada en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE) y su propósito es – resultado de un concurso entre una pluralidad de postores– adjudicar la buena pro a un contratista privado que, por su cuenta y riesgo, ejecute la obra y, una vez culminada, previo pago, la entregue al Estado para su uso, disposición y disfrute. Sin embargo, también existen otras modalidades para ejecutar obras públicas, entre otras, como las asociaciones público-privadas, obras por impuestos, por contratos colaborativos internacionales provenientes de acuerdos de Gobierno a Gobierno o por administración directa.

Sin embargo, es importante establecer una diferencia sustancial entre las principales modalidades existentes en la actualidad para ejecutar obras públicas. Las obras ejecutadas en el marco de la LCE, obras por impuestos o APP, exigen la participación necesaria de un contratista; no obstante, en el caso de las obras ejecutadas por administración directa no participa un contratista porque se habilita a que el propio Estado (cualquier entidad de los tres niveles de gobierno) ejecute la obra pública sin la intervención de un tercero (contratista u otra entidad). Es decir, por medio de la modalidad de administración directa, cualquier entidad que cuente con el personal técnico administrativo y los equipos (maquinaria, herramientas, etc.), puede construir carreteras, colegios, hospitales, puentes o cualquier otro tipo de infraestructura, sin necesidad de realizar un procedimiento de selección, otorgar la buena pro y suscribir un contrato con una empresa especializada del rubro de infraestructura o construcción.

¹ Constitución Política del Perú

“Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública.

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.”

Ahora bien, habiendo aclarado la diferencia sustancial que existe entre la modalidad de administración directa y otras modalidades principales de ejecución de obras públicas, se debe tener en consideración que la regla general establecida en el artículo 76 de la Constitución de 1993 es que las obras públicas se ejecuten obligatoriamente por contrata y cualquier excepción debería estar establecida en una norma con rango de ley, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída sobre el Expediente N.º 020-2003-AI/TC. Sin embargo, la modalidad de ejecución de obras por administración directa se encuentra regulada en la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, emitida por la Contraloría General de la República. Esta norma, evidentemente, no es una ley en el sentido formal, pues se trata de una resolución administrativa emitida por un Organismo Constitucionalmente Autónomo que fue publicada cuando estaba vigente la anterior Constitución Política de 1979. Esta situación ha llevado a considerar que es necesario determinar, en primer lugar, si tal resolución cumple lo dispuesto en la Constitución vigente respecto a la regla general y excepciones establecidas para la ejecución de obras públicas, objetivo que se ha planteado analizar en la presente investigación.

Por otro lado, respecto a la relevancia de esta modalidad de ejecución de obras públicas en el Perú, y dimensionar la problemática detectada respecto a la eficiencia de la modalidad, se debe tener en consideración que el Congreso de la República del Perú, citando a la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), ha informado que, durante los años 2011 y 2012, las entidades públicas han utilizado las modalidades de obra por contrata (en el marco de la LCE) y por administración directa en una proporción de 70% – 30%, respectivamente, del presupuesto público destinado a inversión pública (Congreso de la República del Perú, 2016). Asimismo, la CGR ha reportado que, entre los años 2018 al 2021, se ejecutaron 58, 212 proyectos de inversión, de los cuales 24, 175 fueron ejecutados por administración directa, lo que representa el 42% del total de modalidades utilizadas (Contraloría General de la República del Perú, Proyecto de Ley N.º 875/2021-CG, 2021). Es decir, la modalidad de administración directa es la alternativa más utilizada después de las obras ejecutadas en el marco de la LCE, lo que representa, en términos económicos, que mediante esta modalidad se ejecuta gran parte del presupuesto público destinado a obras de infraestructura.

Por otro lado, considerando la relevancia en términos presupuestales de las obras por administración directa, se realizaron indagaciones preliminares a través de la información del Banco de Inversiones del MEF (Ministerio de Economía y Finanzas, Portal de Transparencia

Económica, 2022), advirtiéndose que las obras por administración directa son mayormente utilizadas por municipios provinciales y distritales del centro y sur del país, y en menor medida por estamentos regionales o nacionales, siendo necesario corroborar e indagar las razones de este hecho, pues podría deberse a la falta de oferta privada en lugares alejados por dificultades de acceso o por otros motivos ajenos a estos.

Asimismo, respecto a casos concretos en los que se han identificado problemas relacionados con la modalidad de obras por administración directa, en el año 2019 se publicó una nota periodística que señalaba que la Municipalidad Provincial del Santa del departamento de Ancash aprobó expedientes técnicos para la ejecución de tres (3) obras mediante la modalidad administración directa, por un monto de inversión de S/ 6 450,501.53 soles. No obstante, al ser sometidas dichas obras a control concurrente, el OCI de la referida Municipalidad concluyó que el municipio carecía de capacidad técnica y administrativa para ejecutar las obras, recomendando que se adopten medidas preventivas y correctivas de inmediato. Fue así como, el 3 de junio de 2019, ante las deficiencias detectadas, el alcalde anunció públicamente que no tenía la capacidad técnica para ejecutar las obras, decidiendo que su gestión no ejecutará ninguna obra más por administración directa y todas serían licitadas públicamente a empresas privadas (Fernandez, 2019).

Ahora bien, a partir de los problemas detectados por el OCI de la Municipalidad Provincial del Santa, se analizaron aleatoriamente diez (10) informes de control emitidos por la CGR, publicados en el Buscador de Informes de Servicios de Control², advirtiéndose que los diez casos auditados presentaban situaciones adversas relacionadas, principalmente, con la sobrevalorización de las obras, falta de supervisión y residencia, incumplimiento de plazos por retrasos en la adquisición de material y equipos, inexistencia de capacidad técnica y profesional en la entidad para gestionar una obra, falta de liquidación técnico-financiera y obras paralizadas. Al respecto, se considera que uno de los motivos que podría estar provocando la ineficiencia en la ejecución de obras por esta modalidad se debería a que la regulación actual no ha establecido suficientes reglas para que las Entidades promuevan la asignación de roles con responsabilidades e incentivos para concluir las obras de manera

² <https://buscadorinformes.contraloria.gob.pe/BuscadorCGR/Informes/Avanzado.html>.

Informes de Control emitidos por la CGR: Informe n.º 2285-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2265-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2218-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2186-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2206-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2183-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 2256-2019-CG/GRAN-SOO, n.º 5801-2019-CG/GRHV-SOO, n.º 023-2019-OCI/2931-SOO, n.º 4059-2019-CG/GRAP-SOO y n.º 5739-2019-CG/GRAP-SOO.

eficiente en términos presupuestales y de plazos. Esto se considera crucial porque, por ejemplo, en el caso de las obras ejecutadas en el marco de la LCE, el contratista será el responsable de la ejecución de la obra y, por ende, es este quien asume el mayor riesgo financiero y contractual para lograr culminar y entregar las obras en el plazo. Para esto último, conforme a la LCE, se le exige al contratista que otorgue garantías a favor del Estado (como cartas fianzas o retenciones) para afianzar su cumplimiento de obligaciones, imponiéndole penalidades en caso suceda lo contrario, además de ser pasible de sanciones de inhabilitación temporal o definitiva por el Tribunal de Contrataciones del Estado en caso de incumplimiento. La misma finalidad persiguen las figuras de los adicionales de obra, solicitudes de ampliación de plazo acreditadas, subcontratación, exigencia del personal clave calificado, entre otras reglas. Esto demuestra que, en el caso de las obras por contrata, existe una serie de mecanismos para responder ante el dinamismo en la ejecución de las obras que, sin embargo, en el caso de la regulación actual de las obras por administración directa es más limitado, pero que podrían incorporarse en la medida que la naturaleza de la modalidad lo permita y, que el Estado cuente con reglas que permitan incentivar buenas prácticas y la asunción de responsabilidades que mejoren su eficiencia.

Sobre este último punto, y en la misma línea de lo señalado, es importante tener en consideración que ya existen varios proyectos de ley tramitados en el Congreso de la República que tienen como finalidad emitir una ley que regule la ejecución de obras por administración directa, como son los Proyectos de Ley 31/2016-CG, 120/2016-CR, 236/2021-CR, 720-2021-CR, 746/2021-CR, 875/2021-CG, 1580/2021-CR, 1833/2021 y 2043/2021-CR.

Conforme a lo expuesto, se advierte que la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, además de generar señales de que su regulación no es concordante con la Constitución, viene reportando casos de ineficiencia, motivo por el cual es necesario determinar si los proyectos de ley o propuestas que buscan limitar su uso con diferentes parámetros de excepcionalidad o incorporar reglas y procedimientos serían razonables y conformes a las reglas constitucionales sobre contratación y ejecución de obras públicas.

Con lo señalado, se ha acreditado con los informes de control emitidos por la CGR, exposición de motivos de los diversos proyectos de ley, información del Banco de Inversiones del MEF y CGR, que la modalidad de ejecución de obras por administración directa, regulada con la

Resolución de Contraloría 195-88-CGR, tiene evidencia de ineficiencia y la necesidad de ajustarse a los parámetros de constitucionalidad, motivo por el cual se considera justificado realizar la presente investigación con la finalidad de determinar con mayor profundidad la problemática existente y proponer alternativas para solucionar los problemas vinculados a esta modalidad de ejecución de obras públicas.

2. Problema de investigación

Inadecuada regulación normativa e ineficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa.

Preguntas de investigación

- ¿La Resolución de Contraloría 195-88-CG, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, es acorde al régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución?
- ¿Cuál es la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno, ubicación geográfica y ejecución de gasto?
- ¿Cuáles son las causas que limitan la eficiencia de la ejecución de obras públicas por administración directa?
- ¿Qué alternativas de solución se podrían adoptar para mejorar la regulación normativa y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras por administración directa?

3. Objetivos de investigación

Objetivo general

Proponer alternativas de solución para mejorar la regulación normativa y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa.

Objetivos específicos

1. Determinar si la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, es acorde al régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución.
2. Identificar la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en el Perú, en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno y ubicación geográfica, a través del análisis de la información del Banco de Inversiones del MEF, desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de 2023.
3. Identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa, a través de: i) evaluación de eficiencia en el gasto del presupuesto de 109 obras y evaluación de eficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de 78 obras por administración directa; ii) evaluación de ciento diez (110) informes de control de los OCI, bajo la autoridad normativa y funcional de la CGR, de los años 2017 al 2023; y, iii) aplicación de una entrevista estructurada a 26 funcionarios y servidores públicos.
4. Evaluar y proponer alternativas de solución para mejorar la calidad regulatoria y la eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, a partir de los resultados obtenidos y el análisis del derecho comparado de España, Argentina, Chile y México.

4. Metodología de la investigación

Tipo de investigación: analítica.

Enfoque de la investigación: cualitativo:

La investigación es analítica con enfoque cualitativo por la naturaleza del problema investigado y los objetivos planteados. La complejidad de analizar la deficiente calidad regulatoria o inadecuada regulación, así como la identificación de las causas de la ineficiencia en la ejecución de obras por administración directa, requiere un enfoque que permita comprender en profundidad los motivos de dicho problema. El método analítico permite

descomponer esta regulación y examinar críticamente el marco constitucional, jurisprudencial y doctrinario, los registros del Banco de Inversiones del MEF, los informes de control emitidos por la Contraloría General de la República, así como comprender las percepciones, opiniones y experiencias de los funcionarios públicos mediante entrevistas estructuradas, lo que permite una exploración detallada de la problemática desde la perspectiva de quienes están involucrados en su gestión, ejecución y supervisión. Estas metodologías combinadas permitirán una comprensión integral y contextualizada de la situación, proporcionando ideas valiosas para la identificación de áreas de mejora y la formulación de recomendaciones.

Métodos, técnicas e instrumentos de investigación

Análisis documental:

1. Revisión y análisis del marco constitucional e infra constitucional, jurisprudencial y doctrinario sobre la ejecución de obras por administración directa.
2. Análisis de la base de datos del Banco de Inversiones de Dirección General de Programación Multianual de Inversiones del MEF para identificar la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno y ubicación geográfica, a través del análisis de la información del Banco de Inversiones del MEF, desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de 2023.
3. Análisis y evaluación del Banco de Inversiones e informes de control emitidos por los OCI, a fin de determinar la eficiencia en el gasto del presupuesto de 109 obras y evaluación de eficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de 78 obras por administración directa.
4. Revisión y análisis de ciento diez (110) informes de control emitidos durante los años 2017 al 2023, en el marco de las acciones de control efectuadas por los OCI bajo la autoridad normativa y funcional de la CGR, practicadas a obras por administración directa que permitan identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa.
5. Análisis del derecho comparado en los países de Chile, Argentina, México y España, que regulen la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, con la finalidad de proponer alternativas de solución para el Perú.

Entrevistas:

Entrevistas estructuradas a veintiséis (26) funcionarios y servidores públicos para identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa.

Justificación de los métodos seleccionados

La elección del análisis documental y la entrevista estructurada se justifica por su idoneidad para abordar los objetivos y características específicas de la investigación.

El análisis documental, debido a la naturaleza normativa o procesal del objeto de investigación, permite revisar y analizar de manera exhaustiva el marco constitucional, jurisprudencial y doctrinario sobre la ejecución de obras por administración directa, así como los informes de control emitidos por la Contraloría General de la República y los registros del Banco de Inversiones del MEF. Esto proporciona una base sólida para comprender el contexto e identificar las principales problemáticas existentes en relación con esta modalidad de ejecución de obras públicas.

Por otro lado, se eligió aplicar entrevistas estructuradas con preguntas iguales para no perder el objeto de que los entrevistados revelen los problemas de la modalidad estudiada, pero con respuestas abiertas que permitan obtener información detallada y contextualizada sobre las percepciones, experiencias y opiniones de los funcionarios y servidores públicos involucrados en la gestión y ejecución de obras por administración directa.

Delimitación de la investigación:

La presente investigación comprende el análisis constitucional de la regulación de la modalidad de ejecución de obras por administración directa. Asimismo, comprende el análisis de la eficiencia de la referida modalidad para lo cual se ha tomado en consideración 110 informes de control emitidos por las OCI (CGR) durante los años 2017 al 2023, la información del Banco de Inversiones del MEF desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de 2023 y 26 entrevistas a funcionarios y servidores vinculados a la gestión de obras públicas.

En tal sentido, se encuentra fuera del alcance de la presente investigación las obras que hayan sido ejecutadas antes del 2017 y las propuestas de regulación de la modalidad de obras por administración directa que se han podido crear con posterioridad a la presentación formal de la investigación.

Limitaciones:

El presente trabajo de investigación se limita a proponer una propuesta de solución para mejorar la calidad regulatoria y eficiencia de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa, en base a la recopilación, procesamiento y análisis de los métodos y técnicas de investigación propuestos y conforme a las siguientes limitaciones:

- Para la evaluación de ciento diez (110) informes de control de los OCI de la CGR de los años 2017 al 2023, los informes de control se obtuvieron del Buscador de Informes de Control de la página web institucional de la CGR³. El criterio de búsqueda fue utilizar el siguiente término: “administración directa”. El criterio de selección ha sido en el orden cronológico de resultados obtenidos a partir de la búsqueda, es decir, los ciento diez (110) primeros informes que arrojó la búsqueda, respetando el orden que el buscador automáticamente brindó; sin embargo, se debe aclarar que en algunos casos los contenidos de los informes no estaban relacionados a la modalidad, en cuyo caso se omitió su evaluación y prosiguió con el informe que seguía en el orden respectivo. Asimismo, se consideró representativo analizar 110 informes, pues, en 110 informes, las auditorías ya correspondían al año 2017, motivo por el cual se consideró que el incremento de más informes habría generado saturación, es decir, no se habrían identificado más causas o situaciones adversas de las ya identificadas en estos 110 informes.
- La aplicación de una entrevista estructurada a 26 funcionarios y servidores públicos vinculados a la gestión de obras públicas, respecto a la eficiencia de la modalidad de obras por administración directa. La entrevista se elaboró a través del aplicativo Formularios de Google y el enlace se compartió a los entrevistados a través de *Google Drive*. La selección de entrevistados se realizó por afinidad con los investigadores e, indirectamente, a través

³ Contraloría General de la República (s.f.). *Buscador de Informes de Control*. <https://buscadorinformes.contraloria.gob.pe/BuscadorCGR/Informes/Avanzado.html>

de aquellos participaron otros funcionarios o servidores a quienes se compartió la entrevista. La selección fue de acuerdo a su experiencia en temas vinculados a esta modalidad de ejecución de obra. Los datos personales de aquellos se encuentran en los anexos de la investigación. En las limitaciones, se deja constancia que, inicialmente, se planificó aplicar entrevistas no estructuradas; no obstante, los entrevistados no accedieron a tal forma por falta de tiempo y, cuando se propuso que sea virtual, por desconfianza de que la entrevista quede grabada y sus opiniones puedan ser tergiversadas o publicadas. En este sentido, al aplicárselas entrevistas estructuradas mediante formulario, otra limitación que se tuvo es que las respuestas en algunos casos si bien contiene su opinión precisa, no ahondaron en justificar esas percepciones u opiniones como se hubiese deseado. Finalmente, otra limitación fue que varios de los entrevistados indicaron verbalmente que la modalidad de administración directa es más un mecanismo para brindar empleo local y cumplir con la población por temas políticos, pero manifestaron que no podían indicar ello en la entrevista escrita por ser controversial y evitar incidentes laborales. Aun así, se considera que la información brindada por los entrevistados ha sido valiosa y suficiente para el objetivo perseguido de explorar las razones del uso y eficiencia de la modalidad de administración directa.

- Se analizó el derecho comparado con la finalidad de proponer una mejora en la regulación de la modalidad de obras por administración directa, para lo cual se eligieron regulaciones de países afines a nuestro sistema jurídico romano germánico, vinculados, además, geográfica e idiomáticamente, con la finalidad de analizar su situación y determinar la aplicabilidad de sus reglas a la propuesta que se brindará con la presente investigación. Las limitaciones que se tuvieron fueron que no se encontró una investigación o referencia anterior de este análisis comparativo para, sobre esa base, ampliar más los países analizados, motivo por el cual se eligieron 4 países.

CAPÍTULO II: Marco teórico

1. Obras públicas en la normativa peruana.

1.1. Delimitación de obra pública.

Una obra, según la definición del RLCE, viene a ser la “construcción, reconstrucción, rehabilitación, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren expediente técnico, dirección técnica, mano de obra, materiales y/o equipos”.⁴ Esta definición contenida en la normativa de contrataciones del estado no especifica, sin embargo, el destino público de dichas actividades, pero en tal caso se debe tener en cuenta que, si bien el Estado tiene un poder discrecional para considerar que una obra es de interés público, para que estas lleguen a ejecutarse y ponerse a disposición de la ciudadanía se tendrá que utilizar necesariamente el presupuesto público y, por ende, deberán estar destinadas para el bien de la colectividad.

Según Coll Morales, la obra pública es el conjunto de edificaciones, infraestructuras y equipamiento, promovido y construido por el gobierno de un territorio para satisfacer necesidades básicas de una sociedad, agregando que deben ser de utilidad e impacto público. (Coll Morales, 2020).

Ahora bien, lo que diferencia una obra privada de una pública es la finalidad, propósito o utilidad que estas tengan. Así, la construcción de un cerco perimétrico para resguardar la seguridad de un lote de terreno de propiedad privado es primordialmente de interés del dueño de la propiedad, pero si se construye un puente o se asfalta la avenida de una ciudad, tal obra es de interés público, pues podrá ser usada por la ciudadanía en general.

Bajo ese marco, Linares Jara realizó un análisis de la legislación argentina, chilena, colombiana, mexicana y española, para luego compararla con la legislación nacional, considerando que existen tres elementos para identificar una obra pública: el objetivo, referido

⁴ Definición de obra establecida en el Anexo I del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N.º 344-2018-EF.

a la actividad material especializada; el subjetivo, referido a las Entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado; y la finalidad pública (Linares Jara, 2009).

En consecuencia, se puede afirmar que la obra pública se caracteriza, fundamentalmente, por la satisfacción de necesidades colectivas o, como rigurosamente se lo definía en el siglo XIX, por su destino al uso público o al aprovechamiento general (Jiménez de Cisneros Cid, 1999).

1.2. Principales modalidades de ejecución de obras públicas en el Perú

La Constitución política de 1993 ha dispuesto que las obras con utilización de fondos o recursos públicos se ejecuten obligatoriamente por contrata y licitación pública (Artículo 76°). Una redacción similar ya había sido adoptada en la Constitución política de 1979, en la que se dispuso que la contratación con fondos públicos de obras se efectúa obligatoriamente por licitación pública (Artículo 143°), como se reproduce a continuación: “La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.” Sin embargo, a pesar de tratarse de dos Constituciones distintas, en los dos casos se establecieron que el procedimiento, excepciones y responsabilidades aplicables al régimen de contratación pública sería establecido por ley.

En tal sentido, dado que la Constitución no establece diferencias entre modalidad directa e indirecta para ejecutar obras públicas, para determinar esa clasificación se debe acudir a la normativa de presupuesto público. La antigua Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley N.º 28411, artículo 59), vigente hasta 31 de diciembre de 2018⁵, hacía una diferencia entre obras públicas por ejecución presupuestaria directa o por ejecución presupuestaria indirecta. En el primer supuesto, la Entidad pública, con su personal e infraestructura, ejecutaba presupuestal y financieramente las actividades y proyectos, así como de sus respectivos componentes. Por otro lado, en el segundo supuesto, “la ejecución

⁵ Ley N.º 28411 derogada por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N.º 1440, publicado el 16 septiembre 2018, salvo la Cuarta, Séptima, Octava, Décima, Duodécima y Décimo Tercera Disposición Final y la Segunda, Tercera, Cuarta, Sexta, Séptima y Novena Disposición Transitoria, las cuales mantienen su vigencia. El citado Decreto Legislativo entró en vigencia el 01 de enero de 2019.

física y financiera de las actividades y proyectos, así como de sus respectivos componentes, era realizada por una entidad distinta a la Entidad pública, sea por efecto de un contrato o convenio celebrado con un contratista privado o con otra entidad pública, esto a título oneroso o gratuito”. No obstante, cabe precisar que esta diferencia que realizaba la derogada Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto no se encuentra vigente y en la nueva norma aprobada con Decreto Legislativo N.º 1440 no se ha establecido tal conceptualización o definición de los tipos de ejecución presupuestal.

Siendo así, las obras por ejecución presupuestal directa son aquellas ejecutadas por las Entidades mismas, sin un contratista privado, y aunque no existe un marco regulatorio recogido en una ley, desde el año 1988 las Entidades que utilizan esta modalidad vienen aplicando los procedimientos y requisitos establecidos en una resolución administrativa emitida por la Contraloría General de la República que estuvo dirigida a cautelar el correcto uso de los fondos públicos, esto es, la Resolución de Contraloría 195-88-CG.

Por otro lado, en el caso de las obras por administración presupuestaria indirecta, existen diversos marcos regulatorios o modalidades para ejecutarlas. La principal modalidad prevista en la Constitución política, como régimen principal de contratación pública, es la ejecución de obras por contrata, cuya regulación se encuentra desarrollada en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento. Excepcionalmente, existen otras modalidades creadas por ley, como lo requiere la reserva constitucional, que son las obras por impuestos, las obras por asociaciones público-privadas, las obras por colaboración entre entidades o las obras por contratos colaborativos derivados de acuerdos de Gobierno a Gobierno, entre otras. Lo cierto es que cada una de estas modalidades, de ejecución presupuestaria indirecta, está regulada en una ley emitida por el Congreso de la República que establece sus propios procedimientos y reglas, tal como a continuación se abordará con mayor detalle. Además, se abordará también la modalidad de ejecución de obras por administración no regulada por ley, sino mediante la Resolución de Contraloría 195-88-CG.

1.2.1. Ejecución presupuestaria indirecta: ejecución de obras públicas en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado.

Definición y características:

La Contraloría General de la República del Perú señala que la obra por contrata “es aquella en la que la entidad mediante un procedimiento de selección encarga la ejecución de la obra a una empresa constructora” (La Contraloría General de la República del Perú, Obras Públicas, 2019). Esta modalidad es la más utilizada por los tres niveles de gobierno, lo que se debe a que constituye el régimen general de contratación pública que rige en la Constitución Política.

Para ejecutar una obra por contrata, las entidades deben sujetarse a la regulación establecida en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo 082-2019-EF y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 344-2018-EF. Según el procedimiento previsto en la citada norma, las Entidades deben convocar un procedimiento de selección a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), buscando que la mayor cantidad de postores del mercado presenten sus ofertas y la buena pro se adjudique al proveedor que no solo cumpla los requisitos de admisión y calificación requeridos en las bases, sino que demuestre tener la capacidad técnica y económica para cumplir el contrato y las obligaciones que le correspondan.

Como es evidente, en esta modalidad de ejecución de obras públicas por contrata lo que se persigue es que la Entidad otorgue la buena pro necesariamente a un proveedor privado, y será este quien, bajo su riesgo y responsabilidad, suscribirá un contrato administrativo que lo obligue a ejecutarla en el plazo de ejecución previsto y conforme a lo establecido en el expediente técnico. Para Jiménez, que la iniciativa privada asuma la ejecución de obras públicas no le quita su carácter público, pues su destino sigue siendo el uso público o la satisfacción de una necesidad general. Por ello, considera que no existe “problema jurídico alguno en aceptar que una obra pública sea objeto de inversión, explotación retribuida y proporcionar una rentabilidad económica al empresario que la construye y gestiona” (Jiménez de Cisneros Cid, 1999).

Ahora bien, según el artículo 41 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para convocar un procedimiento de selección para la ejecución de una obra se necesita “contar con un expediente de contratación aprobado, estar incluido en el plan anual de contrataciones, tener expediente técnico aprobado, contar con asignación presupuestal, disponibilidad física del terreno, declaratoria de viabilidad, haber designado al comité de selección y contar con los documentos del procedimiento de selección aprobados.”

Además, en la citada norma se regulan tres etapas que integran un procedimiento de selección, que es la vía que debe utilizarse necesariamente para seleccionar al proveedor que ejecutará la obra. Las etapas son: planificación y actuaciones preparatorias, en las que se aprueba el expediente técnico, se realiza el estudio de mercado, se incorpora la contratación en el plan anual de contrataciones (PAC), se determina el valor referencial y se elaboran las bases. La segunda etapa es la selectiva, la cual inicia con la convocatoria pública a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), se publican las bases y el resumen ejecutivo de la indagación de mercado, se inscriben los participantes, se reciben las consultas y observaciones para ser absueltas por el comité de selección, se solicita, de ser el caso, que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emita un pronunciamiento sobre las consultas y observaciones planteadas por los participantes, se integran las bases como reglas definitivas, los postores presentan sus ofertas y el comité de selección otorga la buena pro. Finalmente, la tercera y última etapa es la ejecución contractual, la cual inicia con la suscripción del contrato y culmina con la recepción de la obra y su consecuente liquidación técnico-financiera.

Principios aplicables al régimen general de contratación pública.

Los principios de la contratación pública, al igual que los principios generales del derecho, tienen tres funciones. En primer lugar, sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la normativa de contratación pública; en segundo lugar, se utilizan como método de integración para solucionar los vacíos de la norma; y, por último, se utilizan como parámetros de orientación para la actuación de quienes intervienen en las contrataciones públicas. Al respecto, Morón considera que también se encuentra la función integradora frente a los vacíos del ordenamiento (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016).

Como refiere Rodríguez Arana, los principios generales son los criterios inspiradores del entero sistema normativo, son la esencia del ordenamiento que ayudan a asegurar y garantizar que el poder público actúe en el marco del derecho; asimismo, su carácter inspirador del ordenamiento lleva a reconocerlos como guías o puntos de referencia para que el derecho no se convierta en una maquinaria normativa al servicio del poder de turno (Rodríguez-Arana, 2011).

Ahora bien, en el caso de los principios generales de la contratación pública en el derecho internacional, Moreno sostiene que sobresalen el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación en el proceso selectivo, el cual está en íntima conexión con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia que, a su vez, son reforzados con la reciente introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación. Además de estos principios, señala que también se aplican hoy los de confidencialidad, motivación de las decisiones, economía, eficiencia y eficacia, la consecución de objetivos sociales y la protección del medio ambiente (Moreno Molina, 2015).

En el caso de Perú, el artículo 76 de la Constitución establece que la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras se realice obligatoriamente por contrata, licitación o concurso público. A partir de este mandato constitucional, se promulgó la LCE como una norma de desarrollo constitucional para regular el régimen general de contratación pública.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado, reiteradamente, que “la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras en las mejores condiciones posibles, dentro de un escenario adecuado que garantice tanto la concurrencia entre potenciales proveedores como la debida transparencia en el uso de los recursos públicos”. Asimismo, señaló que “el procedimiento administrativo se rige por principios que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley” (Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, 2022).

En este contexto, los principios reconocidos en el régimen general de contratación pública, vinculados a la presente investigación, son los siguientes:

Libertad de concurrencia: según la LCE, las Entidades deben promover el “libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación, debiendo evitarse exigencias y

formalidades costosas e innecesarias, prohibiéndose la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores”.

Como menciona Fiorini, “en aplicación del principio de libre concurrencia, es responsabilidad de la Administración establecer las reglas que permitan la participación del mayor número de postores, por cuanto sin concurrencia no es posible realizar la selección. Una concurrencia menguada, sin garantías suficientes, impide una correcta selección (...) los recaudos excesivos, la severidad en la admisión y la exclusión ante omisiones intrascendentes, deben ser reemplazados por aclaraciones oportunas y actos de subsanación” (Fiorini, 1976, pág. 635).

Por su parte, Morón considera que “este principio haya su proyección central en el momento en que la entidad define las condiciones de las bases, los requerimientos técnicos mínimos del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación, el método de evaluación y calificación, pero indubitablemente también guía la labor de su aclaración e interpretación, esto es, el proceso mismo de selección y la resolución de cualquier controversia que de ellas se deriven.” (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016)

Asimismo, Monedero asume que “la concurrencia (...) posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato, pues solo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener el mejor precio o, lo que es lo mismo, la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual elaborado por la Administración” (Monedero Gil, 1977).

Igualdad de trato: de acuerdo con la LCE, “todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para presentar sus ofertas, prohibiéndose privilegios o ventajas y algún tipo de trato discriminatorio manifiesto o encubierto entre postores. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva”.

Al respecto, la Dirección Técnico Normativa de OSCE, mediante la Opinión n.º 194-2019/DTN ha precisado que “la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, que cumpla con los requisitos previstos en

ésta pueda ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley”.

Es interesante que Morón indica que el principio de tratamiento igualitario a los postores y luego contratistas varía en su intensidad de acuerdo a la etapa del *iter* contractual; es decir, que, por ejemplo, en las actuaciones preparatorias, convocatoria, absolución de consultas y observaciones y presentación de ofertas el principio tiene un rol secundario, a diferencia de la etapa de evaluación de ofertas y otorgamiento de la buena pro, en la cual no pueden adoptarse decisiones que impliquen privilegios o discriminaciones incorrectas. Asimismo, indica que en la etapa de ejecución contractual el principio se dirige a impedir que, sin causa sobreviniente, se confieran ventajas al contratista a través de modificaciones al contrato, pero que es posible que opere el *ius variandi* que impliquen modificaciones contractuales extraordinarias que produzcan ventajas (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016).

Transparencia: conforme a lo establecido en la LCE, “las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico”.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha señalado lo siguiente: “En base al principio de transparencia, la administración pública debe ejercer el poder que le ha sido otorgado, respetando el derecho de los postores a tener pleno acceso a la información relativa al procedimiento de selección; para ello, resulta imperativo que exponga las razones o justificaciones objetivas que la llevan a adoptar una determinada decisión, de tal modo que los administrados estén en la posibilidad de acceder y/o conocer directamente el sustento preciso y suficiente de la decisión de la administración pública respecto, en el caso concreto, a consultas formuladas en el marco del procedimiento de selección.” (Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, 2022).

Asimismo, en relación a la transparencia en la contratación pública, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emitió la Recomendación del Consejo sobre

Contratación Pública, en el cual señaló lo siguiente: “[Se] recomienda que los adherentes aseguren un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública. A tal fin, los Adherentes deberán: i) fomentar un trato justo y equitativo a los potenciales proveedores aplicando el adecuado grado de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública [...]; ii) permitir el libre acceso, a través de un portal en Internet, a todas las partes interesadas, incluidos los potenciales proveedores nacionales y extranjeros, la sociedad civil y el público en general, a la información relativa a la contratación pública [...]; iii) garantizar la transparencia del flujo de fondos públicos, desde el principio del procedimiento presupuestario y a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública” (OCDE, 2015).

Publicidad: la LCE establece que “el proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones”.

En una regulación similar en Colombia, pero más precisa, la Ley 1437 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011) establece que, por “el principio de publicidad las autoridades dar a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código”.

Competencia. En la LCE se señala que “los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia”.

Al respecto, el TCE, al resolver un recurso de apelación, manifestó lo siguiente: “(...) este Colegiado considera que la exigencia que dispone que los gastos generales fijos y variables no se podrán modificar, incluida en las bases integradas, impidió que se desarrolle una efectiva competencia dentro del procedimiento de selección, a través de la libre decisión de los postores de establecer el precio ofertado, lo que transgrede el principio de libertad de

conurrencia y competencia y en consecuencia, la normativa de contrataciones públicas” (Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, 2022).

Eficacia y Eficiencia. Al respecto, Morón indica que “la eficacia o efectividad está referida al nivel de la consecución de las metas y los objetivos de la gestión, esto es, a la capacidad para lograr lo que se ha propuesto. Por otro lado, la eficiencia hace referencia a la mejor utilización de los recursos para el logro de los objetivos y metas de la gestión. (...). Se puede ser eficaz sin ser eficiente si, por ejemplo, se alcanza el objetivo, aunque en la gestión no se haya hecho el mejor uso de los recursos” (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016).

Por este principio, la LCE prescribe que “el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas, así como del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.”

Sobre el particular, el TCE ha señalado lo siguiente: “No obstante, la experiencia también ha demostrado que la inclusión de componentes como parte de la definición de obras similares, de manera injustificada y sin relación con el aseguramiento de calidad de la obra, ha servido para restringir la participación de postores en el procedimiento de selección, vulnerando, entre otros, principalmente los principios de libertad de concurrencia, competencia y eficacia y eficiencia” (Acuerdo de Sala Plena N.º 002-2023/TCE, 2023).

Por su parte, la OCDE ha establecido las siguientes recomendaciones para impulsar la eficiencia en la contratación pública: “(...) que los adherentes desarrollen procedimientos que, satisfaciendo las necesidades de la administración pública y de los ciudadanos, impulsen la eficiencia a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública. A tal fin, los Adherentes deberán: i) Simplificar el sistema de contratación pública y su marco institucional. (...) ii) implantar procedimientos técnicos adecuados que satisfagan eficientemente las necesidades de los destinatarios. (...) iii) crear, y utilizar, instrumentos que mejoren los procedimientos de contratación pública, reduzcan las duplicidades y logren una mayor eficiencia (...)”.

1.2.2. Ejecución presupuestaria indirecta: obras por impuestos (OxI):

En el año 2009 se aprobó la Ley 29230 con el objeto de impulsar la inversión pública regional y local con participación del sector privado, creándose la modalidad de ejecución de obras por impuestos (OxI). Este mecanismo impulsa la ejecución de proyectos de inversión pública con la participación del sector privado (Salinas Rivas, 2015), permitiendo que una empresa privada, en forma individual o en consorcio, financie y ejecute proyectos priorizados por los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Mancomunidades Regionales, Mancomunidades Municipales, Universidades Públicas o Entidades del Gobierno Nacional, para luego recuperar la inversión total realizada a través de un certificado para el pago de su impuesto a la renta, buscando que el Estado cuente con obras rápidas y eficientes, y la empresa privada tenga la oportunidad de contribuir en el desarrollo del país (ProInversión).

Como se aprecia, en esta modalidad, es el sector privado el que asume con su peculio, riesgo y gerencia, la ejecución de una obra pública, con cargo al pago que le corresponde por impuesto a la renta.

Al respecto, Chang señala que este mecanismo “es una forma de pago del impuesto a la renta; en lugar de pagar en dinero a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), las empresas privadas pueden emplear ese monto en financiar el proyecto de infraestructura pública de su interés” (Chang Yong, 2015).

Es importante destacar que esta modalidad, según Albújar, es única y no tiene antecedentes en otras legislaciones en el ámbito mundial, tanto que algunos gobiernos de América Latina han solicitado asesoría a la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (ProInversión) para replicarla en sus países (Albújar Cruz , Santa Cruz , Albújar, Gómez , & Terrones , 2016).

Según un reporte del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), desde el 2009 hasta diciembre de 2022, existen 505 convenios suscritos, adjudicados o proyectos concluidos entre entidades y empresas bajo la modalidad de obras por impuestos (OxI), que comprometen un monto de seis mil seiscientos sesenta y cuatro con 60/100 soles (S/ 6 664 000.60) (PROINVERSIÓN, s.f.).

Ahora bien, en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado, aprobado con Decreto Supremo N.º 081-2022-EF, se han establecido los procedimientos y reglas para la fase selectiva de la Empresa Privada y para la fase de ejecución de las obras por impuestos, entre los cuales se encuentran las figuras típicas de adicionales de obra, ampliaciones y suspensiones de plazo de ejecución de obra, penalidades, resolución de convenio, entre otras.

1.2.3. Ejecución presupuestaria indirecta: asociaciones Público-Privadas (APP)

Según el Decreto Legislativo 1362, en el Artículo 20 establece que las Asociaciones Público-Privadas (en adelante, APP) constituyen “una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. Mediante Asociaciones Público-Privadas se desarrollan proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada, y/o innovación tecnológica. En las Asociaciones Público-Privadas, se distribuyen riesgos y recursos; en este último caso, preferentemente privados. Las Asociaciones Público-Privadas se originan por iniciativa estatal o por iniciativa privada.”

Como se advierte, en una APP participa el Estado y uno o más inversionistas privados; es decir, se trata de una modalidad de ejecución presupuestaria indirecta en la que necesariamente se requiere de un privado o empresario para la ejecución de la obra.

Esta modalidad de ejecución de proyectos y obras públicas es utilizada para grandes obras de infraestructura, pues la norma solo lo considera aplicable en el caso de proyectos de competencia nacional y de origen estatal con un Costo Total de Inversión (CTI) o Costo Total del Proyecto (CTP), en caso no contenga componente de inversión, que supere las diez mil (10 000) UIT; y, en el caso de proyectos competencia de los Gobiernos Regionales o Gobiernos Locales, se exige que el CTI o CTP, en caso no contenga componente de inversión, supere las siete mil (7 000) UIT⁶.

⁶ Artículo 39º del Decreto Supremo 240-2018-EF. Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.

Asimismo, esta modalidad es utilizada para suscribir contratos a largo plazo, la que se define en función al retorno de la inversión, con un máximo posible de 60 años y mínimo de 22 años (si es adjudicada por ProInversión) o 10 años para proyectos de iniciativa privada cofinanciada. Además, también se diferencia de otras modalidades de ejecución de obras públicas porque en esta el Estado interviene asumiendo determinados riesgos y también la operación y mantenimiento la puede asumir el concesionario, a diferencia de las otras modalidades analizadas en las cuales la regla general es que esta actividad esté a cargo del contratante.

Finalmente, es pertinente indicar que las APP “han tenido éxito en países con un adecuado entorno institucional de estudio, planificación y desarrollo de proyectos que estimularon la cohesión y sinergias entre los aportes que brinda el sector privado (experiencia técnica, obtención de fuentes frescas de financiamiento, creatividad empresarial privada) y el aporte del sector público (sea a través de seguridades y garantías, o de financiamiento) para así lograr la prestación de infraestructuras y servicios públicos de calidad” (Huapaya Tapia, 2013).

1.2.4. Ejecución presupuestaria indirecta: obras por contratos colaborativos provenientes de acuerdos de gobierno a gobierno (G2G).

El Decreto Legislativo 1341, promulgado el 7 de enero de 2017, modificó la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225), incorporando como un supuesto excluido del ámbito de aplicación de dicha ley, pero sujeto a supervisión, a aquellas contrataciones que realice el estado peruano con otro estado a través de sus propios organismos, dependencias o empresas de propiedad estatal.

Posteriormente, mediante Decreto Legislativo 1444, promulgado el 16 de setiembre de 2018, se incorporó la Vigésimo Primera Disposición Complementaria Final a la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225), estableciéndose, entre otros aspectos, que la ejecución de obras “pueden ser ejecutadas por otro Estado a través de sus propios organismos, dependencias, empresa públicas o privadas nacionales o extranjeras, las que se regulan bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.”

A través de esta modalidad, conocida como acuerdos de Gobierno a Gobierno, fue posible que la República del Perú suscriba un acuerdo o Memorando de Entendimiento con el Gobierno de Gran Bretaña para ejecutar las obras requeridas en el marco de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos 2019. Esta modalidad permitió que el Gobierno de Gran Bretaña instale una oficina de gestión de proyectos (PMO, por sus siglas en inglés), cuyo rol ha sido plantear y ejecutar el proyecto en el Perú, recomendando para ejecutar las obras requeridas el uso del modelo estandarizado de contrato colaborativo *New Engineering Contract* edición 3 (NEC3).

Al respecto, el Acuerdo Gobierno a Gobierno permitió utilizar tecnologías constructivas innovadoras para el Perú, como es el caso del *New Engineering Contract* (NEC-3), que es un contrato estandarizado redactado en términos de ingeniería civil para facilitar la solución de controversias. Además, a pesar de tratarse de un acuerdo de gobierno a gobierno, este último no está obligado a ejecutar la obra por su propia cuenta, sino que puede administrar la contratación, como en este caso, para subcontratar a las empresas (privados) que serán quienes ejecuten tales obras.

Se debe rescatar que, a la fecha, esta modalidad de ejecución de obras públicas no solo ha sido utilizada en el Perú para los referidos Juegos Panamericanos y Parapanamericanos 2019, sino para la ejecución de las obras del Plan Integral de Reconstrucción con Cambios de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, en la cual el consorcio elegido por el Gobierno de Reino Unido recomendó el uso de los *New Engineering Contract* edición 3. Asimismo, para la construcción de la nueva Carretera Central, que viene siendo ejecutada en el marco del acuerdo entre el Gobierno Peruano y el Gobierno Francés, si bien la obra aún no se encuentra en ejecución, se ha anticipado que se utilizará Contrato de la *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC) o el *New Engineering Contract* (NEC). Por otro lado, la construcción de infraestructura educativa que viene siendo ejecutada en el marco del Acuerdo entre el Gobierno Peruano y el Gobierno Inglés, a través del Proyecto Especial Escuelas Bicentenario, viene ejecutando las obras con el *New Engineering Contract* edición 4.

Ahora bien, en el caso de los Contratos NEC o FIDIC, que son contratos de ingeniería y construcción estandarizados reconocidos internacionalmente, se puede rescatar que tienen en sus pilares una filosofía colaborativa y de confianza recíproca, alejándose del modelo

adversarial al cual está más ligado el modelo de obras pública bajo la Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, se rescata de estos modelos de contratos el hecho de que, por lo general, se persigue la especialización en la ejecución de las obras, motivo por el cual la regla general es utilizar la figura de la subcontratación, a diferencia del modelo de la Ley de Contrataciones del Estado en la cual la regla general es prohibir la subcontratación y permitirla de manera excepcional y con límites porcentuales del presupuesto.

1.2.5. Ejecución presupuestaria directa: obras por administración directa.

La característica principal de las obras por administración directa es que son ejecutadas con el personal, equipamiento, equipos y el gerenciamiento de las propias entidades del Estado. Se podría decir que en estos casos el Estado se sitúa en la posición que comúnmente tiene un proveedor especialista en ejecución de obras públicas, esto es, para planificar, gestar y ejecutar la contratación del personal, materiales, equipamiento y maquinaria necesaria para ejecutar una obra.

Para Morón, citando a Frank Mauricio, esta es una opción “de hacer en la logística de obras públicas y constituye la alternativa de ejecutar con sus propios recursos (humanos, materiales y de equipos) las construcciones que se requieren como medio para atender alguna problemática que amerita la intervención del Estado vía inversión pública. Asimismo, Morón también considera que las entidades actúan mediante suministros domésticos o también denominada administración directa, cuando cubren sus necesidades de servicios mediante su propio personal, o cuando, en vez de contratar una obra con contratistas particulares, proceden a la autoconstrucción con sus servidores públicos, equipos, materiales y experiencia” (Morón Urbina, Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?, 2016).

Asimismo, Morón, citando a Aragón & Chapi, señalan que “es evidente que, si una entidad cuenta con infraestructura, personal apto y especializado, materiales y con la experiencia necesaria para llevar a cabo la prestación, no solo resultaría recomendable sino que necesario optar por la autoconstrucción” (Morón Urbina, Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?, 2016)

Regulación de las obras por administración directa en el Perú

En el Perú, la modalidad de obras por administración directa no tiene una norma con rango de ley que regule de manera específica y desarrollada su funcionamiento. Esta modalidad se encontraba referido normativamente, de manera indirecta, en la hoy derogada Ley 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto), específicamente en el artículo 59°, en el cual se mencionaba que la “ejecución presupuestaria directa se produce cuando la entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las actividades y proyectos, así como de sus respectivos componentes”.

La referida Ley General de Presupuesto, como se aprecia, no desarrollaba la reserva de ley establecida en el artículo 76 de la Constitución Política de 1993, en cuanto a crear, como una excepción a la contratación ordinaria, la modalidad de ejecución de obras por administración directa, pues solo habilitaba legalmente a las entidades para que puedan disponer y ejecutar el presupuesto público asignado a un proyecto administrado por las propias entidades, es decir, brindaba la alternativa de no realizar la transferencia a un contratista privado para tal fin. Sin embargo, como se reitera, en esta Ley General de Presupuesto, por no ser su objeto de regulación, lógicamente no existe un desarrollo de las reglas, procedimientos y requisitos que se debe tener para ejecutar obras bajo esta modalidad.

En este escenario, la normativa peruana que sí regula a las obras por administración directa es la Resolución de Contraloría 195-88-CGR, emitida por la Contraloría General de la República el 18 de julio de 1988. Esta norma, como es evidente, tampoco tiene rango de ley, pues se trata de una resolución emitida por uno de los Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Ahora bien, la Resolución de Contraloría 195-88-CG establece que “las entidades que programen la ejecución de obras bajo esta modalidad deben contar con la asignación presupuestal correspondiente, el personal técnico administrativo y los equipos necesarios”. Como se ha visto anteriormente, esto es lo que define la naturaleza de esta modalidad de ejecución de obra, pues necesariamente la entidad que ejecutará la obra deberá contar con el personal (entre los cuales se encuentran, por ejemplo, ingenieros, maestros de obra, peones)

y los equipos necesarios (entre los que están la maquinaria, equipamiento, materiales y logística en general).

Además, en la Resolución de Contraloría 195-88-CG se ha establecido que es indispensable que las entidades, antes de ejecutar una obra por esta modalidad, cumplan los siguientes requisitos:

- “La asignación presupuestal correspondiente.
- Disponer del personal técnico-administrativo.
- Disponer de los equipos necesarios.
- Tener el expediente técnico aprobado por el nivel correspondiente que debe contener, básicamente, lo siguiente: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos, metrados, presupuesto base con su análisis de costos y cronograma de adquisición de materiales y de ejecución de obra, y el pronunciamiento del sector en caso de normas específicas que regule la obra.
- Se debe demostrar que el costo total de la obra resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad.
- Disponer del cuaderno de obra foliado y legalizado.
- Establecer la Unidad Orgánica responsable de la supervisión de la obra.
- Designar el ingeniero residente o ingeniero inspector responsable de la ejecución de la obra, según el monto de la obra.”

Asimismo, se ha establecido en la citada Resolución que, durante la ejecución de la obra, se deben realizar las pruebas de control de calidad de trabajos, materiales y funcionamiento y, al finalizar la obra, la Entidad debe designar la Comisión a cargo de la recepción y liquidación técnico-financiera de la obra.

Como se advierte, uno de los aspectos a resaltar es que se exige que se demuestre, antes de que las Entidades decidan ejecutar una obra por Administración Directa, que el costo total de la obra sea igual o menor al presupuesto de obra sin utilidad. Esta condición para utilizar esta modalidad es importante porque si el presupuesto de obra por administración directa es mayor al presupuesto de obra sin utilidad, entonces no sería rentable económicamente que la entidad asuma su ejecución, pues un proveedor del sector privado podría hacer lo mismo por un precio menor. En ello radica este requisito impuesto por la citada resolución para habilitar que las Entidades ejecuten obras por administración directa.

Problemática identificada en la modalidad de obras por administración directa.

Es importante poner en evidencia que la Resolución de Contraloría 195-88-CG precede a la Constitución política de 1993, pues se emitió en el año 1988. Por lo tanto, se considera que, en su debido momento, la modalidad de ejecución de obras por administración directa pudo estar justificada porque era un mecanismo para que los municipios o ministerios ejecuten obras sin necesidad de realizar un procedimiento de selección, pues posiblemente la carencia de oferta privada habría limitado o postergado de manera ilimitada la atención de las necesidades de la población. No obstante, cabe detenerse a pensar que en la actualidad el mercado ha cambiado, no solo en términos de alto número de proveedores con capacidad técnica y económica para ejecutar obras a nivel nacional, sino también porque el Estado ha creado un mercado de contrataciones públicas atractivo para los inversionistas en términos de rentabilidad, lo que se ve reflejado con el aumento de postores en los procedimientos de selección cada año, que, en el caso de obras, ha aumentado de un promedio de 3.5 postores en el año 2016, llegando al punto más alto en el año 2018 con 6.1 de promedio y en el año 2019 con 4.7 postores.⁷

Asimismo, se cuestiona si esta modalidad de obras por administración directa está cumpliendo su finalidad o razón de ser de constituirse en un mecanismo de inversión pública eficiente, pues la Contraloría General de la República (CGR) ha informado que, durante los años 2011 y 2012, las entidades públicas han utilizado las modalidades de obra por contrata y por administración directa en una proporción de 70% – 30%, respectivamente, del presupuesto público destinado a inversión pública (Congreso de la República del Perú, 2016). Sin embargo, dicho órgano también ha verificado que, entre los años 2018 al 2021, se ejecutaron 58 212 proyectos de inversión, de los cuales 24 175 fueron ejecutados por administración directa, lo que equivale al 42% del total de modalidades utilizadas (La Contraloría General de la República del Perú, Proyecto de Ley que aprueba la "Ley de obras por Administración Directa", 2021). Lo expuesto nos permite afirmar que dicha modalidad se viene utilizando cada vez más, lo que hace evidente que necesite ser regulada de manera que la misma sea más transparente, para de ese modo evitar la discrecionalidad y que el presupuesto público se ejecute de manera responsable y eficiente.

⁷ Estudio de evaluación del impacto de la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado, Año 2019. Citado en Exposición de Motivos de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado elaborada por el MEF: https://www.mef.gob.pe/contenidos/abastecimiento/exposicion_motivos_RM141_2021EF54.pdf

Por otro lado, la CGR ha indicado que esta modalidad “no cuenta con un marco regulatorio de adecuaciones técnicas institucionales, análisis de costo beneficio, así como de responsabilidades, que garanticen la calidad, oportunidad y costos óptimos en la gestión de las inversiones” (Peruvias, 2021). Asimismo, dicho órgano también ha reportado que, del total de las inversiones ejecutadas por administración directa, el 30% se encuentra en liquidación (9,084 inversiones), las cuales en su mayoría registrarían problemas para la etapa final de la ejecución, debido a los siguientes motivos, que se han evidenciado en las acciones de control:

- “Exceso del periodo de ejecución de las inversiones, que ponen en riesgo contar con la documentación completa que sustenta el financiamiento (en promedio alcanzan 100 procesos de contrataciones para la ejecución).” Sobre este punto, se hace referencia al aplazamiento del tiempo de ejecución de un proyecto debido a las contrataciones que se realizan para suministrar material, equipos o personal; es decir, debido a un problema vinculado a la falta de capacidad operativa de la Entidad para el suministro oportuno de los bienes y servicios.
- “Riesgo en pérdidas documentarias, sobre todo cuando su ejecución excede un periodo de gobierno, lo que se evidencia en los procesos de transferencia de gestión”. Esto debido a la falta de asignación clara de responsabilidades en los gestores de la obra. Es pertinente indicar que este es un problema asociado, generalmente, a esta modalidad, debido a que, en el caso de obras por Administración Indirecta la presencia de un contratista o tercero, vinculado por un contrato o convenio, hace que este último adquiera responsabilidades hasta la culminación, liquidación y pago de la obra, momento en el cual recién transfiere la responsabilidad de la inversión a la Entidad, escenario en el que es menos recurrente que ese contratista o tercero no promueva la liquidación de la obra y su cierre.
- “Excesivos cambios de residentes y supervisores y/o inspectores de obra lo que pone en riesgo la calidad y la regularidad de los expedientes de la sustentación física y financiera”. Esto debido a que en la norma vigente (Resolución de Contraloría N.º 195-88-CGR) no se ha establecido un procedimiento o requisitos para la transferencia de responsabilidades del residente y supervisor (inspector). Esto debería estar regulado en directivas o lineamientos internos de cada Entidad que, sin embargo, por los resultados, es evidente que no han sido eficientes. En el caso de obras por contrata, por otro lado, no existe posibilidad de un cambio de contratista porque, por regla general, está prohibida la cesión

de posición contractual⁸ y, en el caso del personal clave como residente y supervisor de obra, existe un procedimiento previsto en el RLCE para que la Entidad lo apruebe⁹, previo cumplimiento de varios requisitos.

- “Paralizaciones recurrentes en la ejecución”, entre otras (La Contraloría General de la República del Perú, Proyecto de Ley que aprueba la "Ley de obras por Administración Directa", 2021). En este caso, si bien la paralización de obras no es un problema exclusivo de la modalidad de administración directa, sí es importante destacar que en esta modalidad se encuentra la mayor proporción de obras en esta situación.

⁸⁸ Artículo 159 del RLCE: “Cesión de Posición Contractual Solo procede la cesión de posición contractual del contratista en los casos de transferencia de propiedad de bienes que se encuentren arrendados a las Entidades, cuando se produzcan fusiones, escisiones o que exista norma legal que lo permita expresamente.”

⁹ Artículos 190.3 y 193.4 del RLCE: “Excepcionalmente y de manera justificada el contratista puede solicitar a la Entidad le autorice la sustitución del profesional propuesto, en cuyo caso el perfil del reemplazante no afecta las condiciones que motivaron la selección del contratista. La sustitución del personal propuesto se solicita a la Entidad quince (15) días antes que se culmine la relación contractual entre el contratista y el personal a ser sustituido; si dentro de los ocho (8) días siguientes de presentada la solicitud la Entidad no emite pronunciamiento se considera aprobada la sustitución.

CAPÍTULO III: DESARROLLO DEL TEMA

En esta primera parte del desarrollo de la investigación, el objetivo es determinar si la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, es acorde a lo previsto en la Constitución Política de 1993.

1. Régimen general de contratación pública en la Constitución Política de 1979 y Constitución Política de 1993.

En primer lugar, el artículo 76 de la Constitución Política de 1993 establece lo siguiente:

«Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.»

Por su parte, la anterior Constitución Política de 1979, respecto al régimen de contratación pública, establecía lo siguiente:

«Artículo 143. La contratación con fondos públicos de obras y suministros, así como la adquisición o enajenación de bienes, se efectúan obligatoriamente por licitación pública. Hay concurso público para la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la ley de presupuesto. La ley establece el procedimiento, las excepciones y responsabilidades.»

Al respecto, a pesar de que la redacción es similar, Morón considera que existe una diferencia entre ambos textos constitucionales, al manifestar lo siguiente:

Si lo vemos con detenimiento apreciaremos que mientras la primera refiere que cuando se realicen contrato con fondos públicos, con los objetos que se señalan, estos deben concretarse previamente con la licitación pública como procedimiento de conformación, la segunda Carta afirma, por el contrario, que las actividades constructivas y suministros que las entidades se necesiten, se ejecutan mediante contratos (contrata), lo cual supone dos notas propias: alteridad (dos personas contrapuestas en la relación contractual) y patrimonialidad de la relación jurídica entre estas partes. Lo que la norma constitucionalidad no solo está planteado la necesidad de realizar licitaciones públicas para formar contratos, sino que cuando las entidades necesiten de obras, adquisición de bienes y adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos, estos se deben adquirir obligatoriamente por contrata. (...) el texto expreso de la actual carta indica que cuando las entidades necesitan suministros y obras los deben adquirir mediante contratos (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional (en adelante, TC), en los Fundamentos 35 y 36 de la Sentencia del Peno recaída en el Expediente N.º 00002-2021-PI/TC, ha manifestado lo siguiente:

De esta disposición constitucional (artículo 76) se infiere que la contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que, al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones (...). La función constitucional de esta disposición (artículo 76 de la Constitución) es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica, técnica y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

Como se advierte, la Constitución Política de 1993 dispone que las obras con utilización de fondos públicos se ejecuten obligatoriamente por contrata y licitación pública, es decir, mediante un procedimiento de selección en el cual participen la mayor cantidad posible de

postores que estén en condiciones de proveer o atender la necesidad del Estado, con quienes se tiene que perfeccionar un contrato. Asimismo, es posible identificar que la Constitución política de 1979 tenía una redacción similar a la Constitución de 1993, pero solo respecto al establecimiento de una regla general para que la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras públicas se realicen, obligatoriamente, mediante licitación o concurso público, más no en la especificación de que el proceso debiera devenir, necesariamente, en un contrato, pues esto último caracteriza solo y específicamente a la Constitución vigente.

Ahora bien, un punto en común en ambas constituciones es que se ha establecido que la ley debe regular los procedimientos, excepciones y responsabilidades del régimen constitucional de contratación pública. Esto nos indica que el constituyente ha creído conveniente que, en el caso específico de crearse excepciones al régimen general de contratación pública, esta deba crearse mediante ley. En el derecho, esta situación se conoce como reserva de ley, es decir, que se reserva o exige que ciertos aspectos de una regulación deban ser reconocidos o creados mediante una norma en específico (ley). En este contexto, toda vez que la regulación de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa es una excepción al régimen constitucional de contratación de obras públicas, es importante que se evalúe conforme a la citada reserva de ley.

1.1. Reserva de ley en el régimen constitucional de contratación pública

Es importante definir qué es una reserva de ley. Para Castillo esto significa que la regulación de ciertas materias ha de hacerse necesariamente por ley formal; esto es, por ley dada por el Poder Legislativo (J.L. Castillo, 1966). En esa misma línea, Carbonell señala que “puede entenderse como la remisión que hace normalmente la Constitución y de forma excepcional la ley, para que sea una ley y no otra norma jurídica la que regule determinada materia. En otras palabras, se está frente a una reserva de ley cuando, por voluntad del constituyente o por decisión del legislador, tiene que ser una ley en sentido formal la que regule un sector concreto del ordenamiento jurídico”.

Asimismo, es oportuno mencionar que en la doctrina se hace referencia a la reserva de ley absoluta (formal) y la reserva de ley relativa (material), siendo que la primera implica que la ley regula por sí misma toda la materia reservada, por lo que queda exenta absolutamente de cualquier acción del Ejecutivo y de los entes autónomos; en consecuencia, la reserva absoluta

o también llamada formal crea una obligación al legislador de regular el mismo la totalidad de la materia. En el caso de la reserva de ley relativa, la ley puede regular una materia de manera básica, dejando a los reglamentos lo demás; sin embargo, la ley establece las directrices de la regulación subordinada (Prestaciones Sociales: Reserva de Ley, s.f.).

Como se advierte, la reserva de ley implica que determinadas reglas o regulaciones tienen que crearse mediante una ley y no otro tipo de normas. En el caso concreto de esta investigación, del análisis del artículo 76 de la Constitución Política de 1993 se infiere que existe una reserva de ley para regular el procedimiento y responsabilidades, así como para crear las excepciones al régimen constitucional de contratación pública.

Es así como, en relación con la reserva de ley del artículo 76 de la Constitución vigente, Morón afirma lo siguiente:

De conformidad con el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, cuando una entidad desea adquirir o contratar bienes, servicios u obras, como regla general, debe efectuar un procedimiento de selección en el que concurren y compitan distintos proveedores, de modo tal que se elija a aquel cuya oferta técnica y económica reúna las mejores condiciones de calidad, plazo y precio que permitan garantizar la atención de sus funciones y operaciones esenciales, en la calidad requerida, a precios y costos adecuados, y en el tiempo oportuno. Dicho precepto constitucional también dispone que "La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades", creando una reserva de ley para el desarrollo normativo de la contratación estatal, y en particular, de los procedimientos de selección. No se trata de una reserva de ley formal, pues cabe la posibilidad de que la materia sea regulada por decreto legislativo o, en su defecto, por decreto de urgencia. Sin embargo, sí es una limitación para que, mediante ordenanzas regionales o locales, o normas reglamentarias del Poder Ejecutivo, se regule el contenido esencial de los procedimientos de contratación (Morón Urina, 2017).

Por otro lado, sobre la reserva de ley establecida en el citado artículo 76 de la Constitución vigente, en el Fundamento 6 de la Resolución aclaratoria del Expediente 020-2003-AI/TC, el TC, ha manifestado lo siguiente:

Que el Sistema de adquisición de productos en Bolsa, aun no presenta garantías tales como un adecuado control y fiscalización por parte de la Contraloría General de la República, la estandarización de los productos en venta por parte de expertos independiente a las partes, el establecimiento de sanciones a los proveedores en caso de incumplimientos frente al Estado, mecanismos de elección del agente intermediario, pero sobre todo que todas aquellas disposiciones que regulen la participación del Estado a través de la Bolsa de Productos respeten la reserva de ley material y formal que establece el artículo 76° de la Constitución y no mediante Resoluciones de CONASEV, Decretos de Urgencia atemporales o disposiciones transitorias como ha venido sucediendo.

Como se aprecia, si bien la doctrina establece que la reserva de ley implica que la regulación debe estar contenida en una ley en sentido formal, es decir, en aquella emitida por el poder legislativo, para Morón, el artículo 76 de la Constitución política de 1993 no contiene una reserva de ley material ni tampoco la cataloga como una reserva de ley netamente formal, pues indica que el procedimiento, responsabilidades y excepciones podrían ser regulados por una ley emitida por el poder legislativo, decreto legislativo o, excepcionalmente, decreto de urgencia, pero en ningún caso en mediante ordenanzas regionales o locales, o normas reglamentarias del poder ejecutivo.

Asimismo, como se advirtió en la cita previa, en un sentido parecido, el TC también ha señalado que el artículo 76 de la Constitución política de 1993 es material y formal, pero sosteniendo, a su vez, que en ningún caso podrían regularse tales materias (procedimiento, responsabilidades y excepciones) por decretos de urgencia atemporales, disposiciones transitorias o resoluciones de CONASEV.

Conforme a lo señalado, se advierte que el artículo 76 de la Constitución política de 1993, que regula el régimen constitucional de contratación pública establece que la ejecución de obras públicas se realice mediante un procedimiento selectivo y un vínculo contractual, debiendo estar el procedimiento, responsabilidades y excepciones a tal regla general en una ley. Es decir, existe una reserva de ley para regular dichas materias.

Asimismo, conforme a lo señalado por el TC y la doctrina, se considera que, en el caso exista la necesidad de crear un marco regulatorio excepcional al régimen constitucional de

contratación pública desarrollado en la LCE, la validez de aquel requiere la promulgación de una ley por el Congreso de la República o un decreto legislativo en caso de haberse delegado en el poder ejecutivo la función legislativa, o en último caso, mediante un decreto de urgencia cuando esté relacionado con la materia económica y financiera a regular excepcionalmente, más no podría estar contenida en un decreto supremo, resolución ministerial o normas de otra naturaleza por ser de inferior rango al de la ley.

1.2. El régimen general de contratación de obras públicas y las excepciones vigentes conforme a la reserva de ley

Respecto a la regulación del procedimiento, responsabilidad y excepciones a dicho régimen, es claro que la norma de desarrollo constitucional del artículo 76 de la Constitución política de 1993 es la LCE, cuya finalidad es establecer normas destinadas a optimizar la utilización de los fondos públicos y fomentar la implementación de un enfoque basado en la gestión por resultados en las adquisiciones de bienes, servicios y obras, a través de un criterio de oportunidad, asegurando las mejores condiciones en términos de precio y calidad, con el objetivo de cumplir con los propósitos públicos y mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos.

Al respecto, la Dirección Técnico Normativa de OSCE, a través de la Opinión n.º 131-2020/DTN, ha señalado lo siguiente:

(...) Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política del Perú y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional. En este contexto, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

Como se advierte, el régimen de contratación pública regulado a través de la LCE es la norma o ley de desarrollo del artículo 76 de la Constitución política, en la cual, en su artículo 2, se han reconocido los principios de transparencia, igualdad de trato, libertad de concurrencia, competencia, eficiencia y eficacia, vigencia tecnológica e integridad.

Ahora bien, como se ha manifestado, la Constitución vigente establece que el procedimiento, las excepciones y responsabilidades de las contrataciones públicas sean reguladas o creadas por ley; es decir, la Constitución creó una reserva de ley para la regulación de estos aspectos de la contratación pública.

Siendo así, como se mencionó, el régimen general de contratación pública que desarrolla el artículo 76 de la Constitución se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 30225, aprobado por Decreto Supremo N.º 082-2019-EF. Esta ley, de alcance general, establece una serie de procedimientos, excepciones y responsabilidades por la gestión y contratación de bienes, servicios y obras, resaltando que en el literal j) del artículo 4 se han establecido los supuestos excluidos de su ámbito de aplicación, entre los cuales se encuentran las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales.

Sobre el particular, se debe tener en consideración que el TC, a través de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, bajo una perspectiva de análisis el carácter dinámico de la Constitución, cuya finalidad es sistematizar e integrar la realidad a la norma constitucional, ha manifestado que la búsqueda de una mayor eficacia y optimización del uso de recursos públicos puede determinar que, debido a particulares y específicas necesidades de cada entidad –necesidades que van surgiendo como consecuencia de la modernización del Estado–, se opte por mecanismos alternos con procedimientos especiales de adquisición pública es lograr una mayor ventaja para el Estado; sin embargo, también se exige que, si el contexto socioeconómico requiere la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, la única condición será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda contratación pública.

Conforme a lo señalado, de la revisión del marco regulatorio de las contrataciones públicas vigentes, se ha encontrado que las principales excepciones del régimen general de contratación pública, en cuanto a obras públicas, se encuentran en las siguientes normas:

Tabla 1. Principales modalidades excepcionales para ejecución de obras públicas vigentes en el Perú

Denominación	Norma	Artículo de creación	Principios
Régimen Especial de Contratación para la Reconstrucción con Cambios	Ley n.º 30556. “Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios.”	Artículo 7-A. Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios 7-A.1 Créase el Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, para la contratación de bienes, servicios y obras por las entidades de los tres niveles de Gobierno para la implementación de El Plan, para el cumplimiento de los objetivos de la presente Ley.	- Aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado. - Uso obligatorio del SEACE - Principios: <ul style="list-style-type: none"> ● Libertad de concurrencia ● Competencia ● Eficiencia y eficacia ● Equidad ● Integridad ● Vigencia tecnológica ● Igualdad de trato ● Transparencia ● Publicidad ● Sostenibilidad ambiental y social
Régimen Especial de Obras por Impuestos.	Ley n.º 29230. “Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado”.	Artículo 15. Aplicación del marco normativo de obras por impuestos El desarrollo del proceso de selección de la empresa privada, así como la ejecución del proyecto, se regulan por lo dispuesto en la presente Ley, su Reglamento y lineamientos complementarios. No resulta de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, ni en su Reglamento.	- Uso obligatorio de Portal institucional de la Entidad y portal web de PROINVERSIÓN. - Principios: <ul style="list-style-type: none"> ● Libertad de concurrencia ● Competencia ● Eficiencia y eficacia ● Equidad ● Integridad ● Igualdad de trato ● Transparencia ● Sostenibilidad ● Enfoque de gestión por resultados ● Responsabilidad fiscal ● Confianza legítima

<p>Régimen Especial de Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos.</p>	<p>Decreto Legislativo n.º 1362 “Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos”.</p>	<p>Artículo 43. Procedimiento simplificado Los proyectos destinados a la prestación de servicios vinculados a infraestructura pública o servicios públicos, los de investigación aplicada y/o los de innovación tecnológica, así como aquellas Asociaciones Público-Privadas que no contengan componente de inversión, se tramitan a través de un procedimiento simplificado, conforme a las fases y plazos establecidos en el Reglamento. En este procedimiento simplificado, actúan como Organismos Promotores de la Inversión Privada, la entidad pública titular del proyecto o Proinversión, de acuerdo con los criterios de relevancia y magnitud desarrollados en el Reglamento. Sin perjuicio de lo anterior, la entidad pública titular del proyecto puede encargar el desarrollo del procedimiento a Proinversión.</p>	<p>- Uso obligatorio portal web de PROINVERSIÓN. - Principios:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Valor por dinero ● Asignación adecuada de riesgos ● Responsabilidad presupuestal ● Competencia ● Transparencia
<p>Régimen de ejecución de intervenciones en infraestructura mediante Núcleos Ejecutores</p>	<p>Ley n.º 31015 “Ley que autoriza la ejecución de intervenciones en infraestructura social básica, productiva y natural, mediante núcleos ejecutores”.</p>	<p>Artículo 1. Objeto de la Ley La presente ley autoriza a ministerios, organismos públicos ejecutores, gobiernos regionales y gobiernos locales para que, en el marco de sus competencias, ejecuten intervenciones en infraestructura social básica, productiva y natural o de mantenimiento de las mismas, que contribuyan efectivamente al cierre de brechas orientadas a reducir la pobreza y extrema pobreza en el ámbito rural y periurbano, incluyendo a las comunidades afectadas por terrorismo, bajo modalidad de núcleos ejecutores. Según el artículo 23 de su Reglamento, las intervenciones no deben superar las 600 UIT (S/ 2 970,000 soles).</p>	<p>- Uso obligatorio portal web de Entidad. - Principios:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Participación comunitaria ● Transparencia ● Temporalidad ● Eficacia
<p>Régimen Especial de</p>	<p>Ley n.º 28840</p>	<p>Segunda Disposición Complementaria</p>	<p>- Uso obligatorio del SEACE - Principios:</p>

<p>Contratación de bienes, servicios y obras de PETROPERÚ.</p>	<p>“Ley de fortalecimiento y modernización de la empresa Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A.”.</p>	<p>Las adquisiciones y contrataciones de PETROPERU S.A. se rigen por su propio Reglamento propuesto por su Directorio y aprobado por el CONSUCODE en el plazo máximo de treinta (30) días de presentado, vencido el cual, de no haber pronunciamiento, se producirá su aprobación automática. El mismo procedimiento se aplicará para las modificaciones del referido Reglamento.</p> <p>Las modalidades de adquisiciones y contrataciones de PETROPERU S.A. serán definidas en su Reglamento y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación sobre la materia. Los criterios de evaluación y calificación deberán ser congruentes con el objeto contractual y con las condiciones que ofrece el mercado [...].”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Auditabilidad ● Economía ● Eficiencia y eficacia ● Equidad ● Imparcialidad ● Integridad ● Libre competencia ● Publicidad ● Razonabilidad ● Sostenibilidad ambiental ● Transparencia ● Trato justo y equilibrado ● Valor por dinero ● Vigencia tecnológica
<p>Ejecución de obras públicas por acuerdo gobierno a gobierno</p>	<p>Decreto Legislativo n.º 1564 – “Decreto legislativo que modifica la cuarta disposición complementaria final del Decreto Legislativo n.º 1444, decreto legislativo que modifica la Ley n.º 30225, ley de contrataciones del estado”.</p>	<p>Artículo 2.</p> <p>“En las contrataciones de Estado a Estado, la adquisición de bienes, contratación de servicios, ejecución de obras, la gestión, desarrollo u operación, pueden ser ejecutadas por otro Estado, a través de sus propios organismos, dependencias, empresas públicas o privadas nacionales o extranjeras. Las contrataciones de Estado a Estado se regulan bajo los alcances del comercio internacional y por las normas y principios del derecho internacional.</p> <p>2. Para tal efecto, mediante decreto supremo refrendado por el/la Ministro/a proponente, se autoriza al Ministerio, sus Organismos Públicos adscritos, Programas o Proyectos</p>	<p>- Uso obligatorio de medio de difusión según estrategia del gestor del proyecto para las procuras y necesariamente el SEACE en ejecución contractual</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Alcances del comercio internacional ● Normas y principios del derecho internacional.

		Especiales a suscribir un Acuerdo de Estado a Estado (...)"	
--	--	---	--

Elaboración propia, 2023.

Como se aprecia, los regímenes excepcionales de contratación pública para la ejecución de obras públicas, actualmente vigentes en el Perú, han sido creados por medio de la promulgación de una ley (ley o decreto legislativo), respetando la reserva establecida en el artículo 76 de la Constitución política de 1993.

Por otro lado, de la revisión de los principios establecidos en cada una de las citadas modalidades de ejecución de obras públicas –excepcionales al régimen general de contratación pública– se advierte que en todos los casos han previsto que dichos procedimientos se realicen respetando y promoviendo la transparencia del proceso y de su ejecución, a través del uso de medios masivos de comunicación como lo son el SEACE, portal web de PROINVERSIÓN y Portales Web de las propias Entidades (como en el caso de obras ejecutadas por Núcleos Ejecutores), con lo cual se están adoptando medidas para hacer posible la supervisión y control dichas modalidades.

Asimismo, se advierte que uno de los principios reconocidos por las modalidades es el de libertad de concurrencia o libre competencia, el cual tiene como finalidad que las Entidades promuevan a través de sus convocatorias y reglas la mayor participación posible de postores, a fin de contratar al que oferte las mejores condiciones técnicas y económicas. Además, en las citadas modalidades también se han reconocido otros principios como el de eficiencia y eficacia, integridad, vigencia tecnológica, valor por dinero o equidad, los cuales también son consustanciales al régimen constitucional de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución política.

Conforme a lo señalado, de la revisión de la normativa que regula las diferentes modalidades excepcionales de ejecución de obras públicas, respecto a la forma, se ha constatado que en todos los casos han sido creadas mediante la promulgación de una ley. En el mismo orden de ideas, respecto al fondo, se ha verificado que todas las leyes que crearon dichas modalidades han incorporado una serie de principios que rigen sus procedimientos y ejecución, los cuales están dirigidos a promover la transparencia, imparcialidad y trato igualitario, principios que

el TC ha señalado que deberían estar reconocidos en cualquier modalidad de contratación excepcional al régimen general previsto en el artículo 76 de la Constitución política de 1993.

1.3. Análisis de un caso particular: la declaración de inconstitucionalidad de una excepción al régimen constitucional de contratación pública por contravenir el artículo 76 de la Constitución vigente.

En este apartado analizaremos un caso específico en el cual el TC declaró la inconstitucionalidad de una disposición legal que creó un régimen excepcional de contratación pública en la cual no se cumplió el contenido del artículo 76 de la Constitución vigente.

En el marco de la acción de inconstitucionalidad recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima interpuso una acción de inconstitucionalidad contra la Tercera Disposición Final de la Ley N.º 27635, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de enero de 2002, que disponía lo siguiente:

En la ejecución presupuestaria en materia de compra y venta de bienes y servicios, las Entidades del Gobierno e Instancias Descentralizadas y Gobiernos Locales procurarán realizar dichas transacciones en las Bolsas de Productos, supervisadas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, salvo que otras alternativas ofrezcan mejores condiciones de transparencia en la formación de precios de mercado, bajo responsabilidad de los funcionarios encargados de tales operaciones en dichas entidades. El cumplimiento de esta disposición se supeditará a las condiciones de oferta y demanda en la respectiva Bolsa de Productos, la que deberá acreditar la imposibilidad de realizar tales transacciones en un plazo no mayor de 10 (diez) días útiles, operando el silencio administrativo negativo.

Al respecto, el demandante alegó que la citada disposición legal contravenía lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, por el siguiente motivo:

El Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye una norma de desarrollo constitucional para lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución, en la cual no se han previsto sistemas o tipos de adquisición pública

distintos a los señalados en la misma, y que, por ello, los establecimientos hospitalarios que dependen del Ministerio de Salud, de EsSalud y de las Sociedades de Beneficencia Pública, están en la obligación de adquirir medicamentos a través del TUO, y no mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

A través de este caso, el TC ha tenido oportunidad de analizar el artículo 76 de la Constitución política de 1993, aclarando que la función del citado artículo es “garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, respetando principios como la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario”; asimismo, el TC estableció que la contratación estatal es distinta a los acuerdos entre particulares, ya que involucra recursos y finalidades públicas, motivo por el cual se requiere una regulación especial para garantizar transparencia y eficiencia en las operaciones.

Asimismo, en la citada Sentencia, el TC reconoce que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es la norma que desarrolla constitucionalmente estos principios, pero también admite que pueden existir situaciones excepcionales que requieran mecanismos alternativos de adquisición, siempre y cuando estén regulados por ley y cumplan con los principios constitucionales. Sin embargo, estos mecanismos no están exentos de fiscalización y responsabilidad, tanto previa como posterior. Además, enfatiza en la importancia de la eficiencia en la administración pública, considerando las necesidades particulares de cada entidad y la búsqueda de ventajas para el Estado en términos de costo y tiempo, reconociéndose que la modernización del Estado puede llevar a la adopción de procedimientos especiales de adquisición pública con el fin de optimizar el uso de recursos públicos.

En resumen, el TC establece la necesidad de una regulación especial para la contratación estatal, que garantice transparencia, eficiencia y respeto a los principios constitucionales; sin perjuicio de ello, reconoce la existencia de mecanismos alternos de adquisición, siempre y cuando estén respaldados por ley y representen ventajas para el Estado, siendo la fiscalización y responsabilidad elementos fundamentales en todos estos procesos.

Ahora bien, el TC, “a efectos de determinar si la citada disposición de carácter excepcional es acorde con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución, verificó si el mecanismo de Bolsa de Productos garantizaba el cumplimiento de los objetivos y finalidades que la Constitución establece para la contratación pública”. En principio, El TC sostiene que las Disposiciones Finales y Transitorias son auténticas disposiciones legales y deben analizarse conforme a un parámetro legal, aunque es claro en determinar que existe una reserva de ley en dicha disposición para regular excepciones, las que se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado. Seguidamente, el TC argumenta que la normativa cuestionada presenta deficiencias en cuanto a la intervención del Estado y no establece mecanismos adecuados de control y fiscalización; además, considera que la disposición normativa no garantiza la imparcialidad de los estándares de calidad o las especificaciones para los bienes, lo que podría dar lugar a posibles situaciones de concertación. También se menciona la falta de claridad en las reglas para la elección de la Sociedad Agente de Bolsa que representará a la entidad estatal.

Por otro lado, el TC destaca la importancia de la determinación de la calidad y características técnicas de los bienes a adquirir, y señala que el mecanismo de Bolsa solo sería viable para productos estandarizados, además, de señalar que el acceso a la Bolsa y la publicidad de las condiciones de adquisición pueden ser limitados para pequeños y medianos productores locales. En tal escenario, el TC, aunque reconoce las posibles ventajas de eficiencia y rapidez del sistema de adquisición en Bolsa, concluye que el mecanismo no garantiza los principios constitucionales de transparencia, imparcialidad, trato justo e igualitario en las adquisiciones estatales. Por lo tanto, el TC considera que el mecanismo de adquisición en la Bolsa de Productos, tal como estaba regulado en ese momento, no era adecuado como alternativa para la adquisición pública y no cumple con los principios constitucionales establecidos en el artículo 76 de la Constitución, declarando su inconstitucionalidad.

Ahora bien, respecto a la reserva de ley contenida en el artículo 76 de la Constitución política de 1993, el TC, en la citada Sentencia recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC, ha señalado lo siguiente:

Es evidente entonces que en la disposición subanálisis (artículo 76 de la Constitución) existe una reserva de ley para determinar los procedimientos, las excepciones y responsabilidades en las obras, adquisición de bienes y contratación de servicios. Ese el caso de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que constituye una

norma de desarrollo constitucional, y en la que se establecen los casos en los cuales el Estado está exceptuado de efectuar adquisiciones bajo los procesos de selección en ella señalados (artículos 19° y 20° de la Ley), así como las responsabilidades solidarias para el caso de los miembros del comité especial encargado de llevar a cabo el proceso de selección.

Asimismo, el TC, respecto a la reserva de ley y el caso concreto en análisis, argumentó lo siguiente:

Se observa, asimismo, que parte de la regulación del sistema se basa en resoluciones de CONASEV, lo cual no es consustancial con el principio de reserva de ley establecido en la Constitución. En torno a ello, este Tribunal reitera que, si debido a criterios de eficiencia se considera conveniente la adopción de un mecanismo alternativo, este debe estar regulado por ley, mediante la cual se establezcan reglas y principios de modo tal que no quede la menor duda de la transparencia, imparcialidad y trato igualitario en las operaciones.

Como se advierte, para interés de la presente investigación, a partir de este caso específico, el TC ha señalado dos argumentos importantes: i) existe una reserva de ley en el artículo 76 de la Constitución para regular procedimientos, excepciones y responsabilidades en la contratación pública, que debería ser por licitación, concurso público y contrata; y, ii) que, independientemente del cumplimiento formal de la emisión de la norma, cualquier regulación de este régimen debe cumplir mínimamente con los principios constitucionales de transparencia, imparcialidad, trato justo e igualitario en las adquisiciones estatales.

En atención a lo señalado, queda claro que el régimen general de contratación pública se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que las excepciones al dicho régimen general, si bien están excluidas de someterse a este marco normativo, para encontrarse conforme a la Constitución no solo deberían estar regulados en la ley, sino que su marco regulatorio debe reconocer y promover, mínimamente, los principios de transparencia, imparcialidad, trato justo e igualitario, en atención a lo establecido en el artículo 76 de la Constitución política de 1993.

Finalmente, se debe precisar que el artículo 76 de la Constitución vigente establece la obligatoriedad de la licitación pública y contrata para la ejecución de obras públicas, sin crear diferencia alguna entre modalidades de estas últimas. Es a nivel legal que se ha diferenciado que las obras pueden ejecutarse por dos modalidades: directa o indirecta. En atención al análisis del TC, entonces, es posible afirmar que el objetivo del legislador ha sido establecer una reserva de ley para el régimen constitucional de contratación estatal y también de ejecución de obras, por lo cual se puede deducir que este incluye a las obras en general, independientemente de su modalidad de ejecución.

2. Análisis de la Resolución de Contraloría N.º 195-88-CG y su conformidad con la reserva de ley del artículo 76 de la Constitución vigente.

2.1. Jerarquía normativa

Como se ha señalado, el marco regulatorio de la modalidad de administración directa se encuentra en la Resolución de Contraloría 195-88-CG y, habiéndose determinado que existe una reserva de ley en el artículo 76 de la Constitución vigente, es pertinente analizar qué tipo de norma es la resolución evaluada.

En relación con la jerarquía normativa, Trazegnies, citando a Hans Kelsen, señala que “la obligatoriedad de las normas no puede encontrarse en la fuerza coactiva para imponerlas: El hecho bruto de que alguien ordene algo no es jamás una razón suficiente para considerar el mandato como una norma válida (...). Sólo una autoridad competente puede plantear normas válidas; y su competencia no puede descansar sino en otra norma que la habilite para la creación de normas”. Es así como, conforme a lo establecido por Kelsen, existen tres clases principales de normas: la Constitución, la legislación y los Actos Administrativos (Furnish, 1972).

Al respecto, en la sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el Expediente N.º 047-2004-AI/TC, el TC señala que la pirámide jurídica nacional debe ser establecida en base a dos criterios rectores: i) las categorías, que son expresión de un género normativo que ostenta una cualificación de su contenido y una condición preferente determinada por la Constitución o por sus normas reglamentarias); y, ii) los grados, que son los que exponen una jerarquía

existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Siendo así, el TC establece la siguiente pirámide normativa:

Tabla 2: categorías y grados de la pirámide normativa

Categoría	Grado
“Primera categoría: las normas constitucionales y las normas con rango constitucional	1er grado: la Constitución.
	2do grado: leyes de reforma constitucional
	3er grado: tratados de derechos humanos.
Segunda categoría: las leyes y las normas con rango de ley.	leyes, los tratados, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley.
Tercera categoría: los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.	1er. grado: las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).
	2do. y demás grados descendentes: las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.
Cuarta categoría: las resoluciones	1er. grado: las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, etc.).
	2do. y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intrainstitucional.”
Quinta categoría: los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.	

Fuente: Expediente n.º 047-2004-AI/TC
Elaboración propia

Sobre el particular, para interés de la presente investigación, podemos afirmar que la CGR, al ser un órgano constitucional autónomo, tiene competencia para expedir resoluciones, las cuales, conforme a lo señalado por el TC, son fuente normativa con rango distinto a la Ley. En tal sentido, se puede concluir que las resoluciones emitidas por la CGR se encuentran en el primer grado de la cuarta categoría, cuando las leyes y normas con rango de ley se encuentran en la segunda categoría.

2.2. Análisis de forma

El 18 de julio de 1988, la Contralora General de la República (en adelante, CGR) emitió la Resolución de Contraloría N.º 195-88-CG, aprobando dos (2) artículos y doce (12) disposiciones procedimentales que regulan la ejecución de obras por administración directa. Esta norma, como se advierte, fue emitida durante la vigencia de la Constitución política de 1979 y su finalidad fue regular una excepción a la regla general de contratación pública establecida en el artículo 143 de dicha Constitución.

A mayor detalle, en la parte considerativa de la Resolución de Contraloría N.º 195-88-CG se pone de manifiesto que su emisión responde a la necesidad de asegurar el proceso integral de control, para lo cual, mediante Memorando Múltiple N.º 90-88-CG/SC, el despacho del contralor general de entonces designó una comisión Ad Hoc encargada de revisar y actualizar las normas relativas al control de obras públicas, cuyo resultado fue el proyecto de resolución que se emitió.

Asimismo, es importante resaltar que en la citada Resolución se indica que su emisión se encuentra amparada en los literales b) y k) del artículo 12 e inciso e) del artículo 16 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Actividad Pública, promulgada con el Decreto Ley N.º 19039.

Sobre el particular, es importante aclarar que en los referidos literales b) y k) del artículo 12 del citado Decreto Ley se confirió a la CGR una función normativa, pero esta tenía como objeto que aquella dicte normas técnicas a seguir en el proceso de control, así como las disposiciones necesarias para asegurar el funcionamiento del proceso integral de control. Es decir, el citado Decreto Ley N.º 19039 estableció que era función de la CGR regular los procesos de control, entendiendo estos como aquellos destinados a verificar el cumplimiento normativo vinculado a la ejecución presupuestal del Estado (competencia supervisora), más en ningún extremo del citado Decreto se otorgó a la CGR la facultad o prerrogativa de crear o regular una excepción a la regla general de ejecución de obras públicas contenida en la Constitución de 1979 (competencia regulatoria).

Ahora bien, si el citado Decreto Ley no le confirió a la CGR la potestad para regular una excepción al régimen general de obras públicas, es pertinente remitirse a analizar sus normas de creación como Órgano Constitucional Autónomo. En tal sentido, toda vez que la Resolución de Contraloría 195-88-CG se emitió cuando estaba en vigencia la Constitución Política del año 1979, se debe tener presente que, en esta, específicamente en el artículo 146, se establecía lo siguiente respecto a la CGR:

[...] como organismo autónomo y central del Sistema Nacional de Control, supervigila la ejecución de los presupuestos del sector público, de las operaciones de la deuda pública y de la gestión y utilización de bienes y recursos públicos. El Contralor General es designado por el Senado, a propuesta del presidente de la república por el

termino de siete años. El Senado puede removerlo por falta grave. La ley establece la organización atribuciones y responsabilidades del Sistema Nacional de Control.

Asimismo, en similar sentido, se debe tener en cuenta que el artículo 82 de la Constitución política de 1993 establece que la CGR “es una entidad descentralizada de derecho público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica, y es el órgano superior del Sistema Nacional de Control y supervisa la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control”.

Por otro lado, de la revisión de la respectiva norma de desarrollo constitucional, se advierte que el literal I) del artículo 32 de la Ley N.º 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, norma actualmente vigente, establece que el contralor general de la República, en el desempeño de su gestión, solo se encuentra facultado para emitir resoluciones que constituyen precedente de observancia obligatoria y de cumplimiento inexcusable; no obstante, esta facultad está sujeta al principio de legalidad y respeto de la Constitución, lo que implica que tampoco se encuentra la habilitación legal para crear excepciones al régimen de ejecución de obras públicas previsto en el entonces artículo 143 de la Constitución política de 1979, ni de lo constitucionalmente determinado en el artículo 76 de la actual Constitución Política de 1993, cuya finalidad es promover la ejecución de obras mediante una licitación pública o procedimiento de selección y cumpliendo una serie de principios que promuevan la transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario.

Finalmente, la propia CGR en los últimos años ha presentado dos proyectos de ley al Congreso de la República con el objeto de que se emita una ley que regula la modalidad de ejecución de obras por administración directa. Lo resaltante es que, por ejemplo, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 31/2016-CG, ingresada el 12 de agosto de 2016, la CGR manifestó lo siguiente:

(...) la CGR ha identificado que, en materia de ejecución de obras públicas -tema estrechamente relacionado a materias de gestión e inversión pública, específicamente, tratándose de la ejecución de obras públicas por administración directa (...) que el marco legal vigente (...) Resolución de Contraloría N.º 195-88-CG, resulta en la actualidad insuficiente y no contribuye a desincentivar actuaciones irregulares en la administración. (...) A tal efecto se propone establecer un conjunto de normas que

regulen, entre otros, los siguientes aspectos (...): los principios generales que inspiren esta modalidad, el carácter excepcional de su ejecución, las etapas del proceso, la sujeción a la normativa de los sistemas administrativos y funcionales, las restricciones aplicables, los requisitos generales para su ejecución, así como el régimen de ejecución (...). La CGR reconoce, sobre la base de lo previsto en el artículo 76 de la Constitución Política, que si bien la normativa de Contrataciones del Estado constituye la norma legal de desarrollo constitucional, también es cierto que resulta constitucionalmente procedente que la ley pueda establecer excepciones al régimen general, debiéndose destacar que estas últimas no implican, conforme lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, el desconocimiento de los principios generales sobre los cuales se asienta la contratación pública; por lo que, dichos regímenes de excepción siempre deben estar sujetos al control y fiscalización del Estado, debiendo además representar un régimen más ventajoso para la sociedad.

Por lo otro lado, la CGR en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley N.º 875/2021, respecto a los antecedentes de la regulación actual de obras por administración directa, argumentó lo siguiente:

(...) El Sistema Administrativo de Control, en el marco de sus competencias, mediante Resolución de Contraloría N.º 195-88-CG, 18 de julio de 1988, regulan la ejecución de Obras Públicas por Administración Directa, para fines de control, ya que estas comprometen el uso de ingentes recursos financieros del estado, cuya cautela es atribución de la CGR.

Como se advierte, la propia CGR ha presentado al Congreso de la República, en los años 2016 y 2021, respectivamente, dos proyectos de ley que tienen como objeto regular la ejecución de obras por administración directa. En las exposiciones de motivos de ambos proyectos se advierte que la CGR reconoce que esta modalidad debe ser regulada como una excepción al régimen general establecido en el artículo 76 de la Constitución Política de 1993, proponiendo la incorporación no solo de reglas, sino también de los principios de moralidad, eficiencia, transparencia, economía, sostenibilidad y subsidiariedad.

Si bien la CGR no ha emitido un pronunciamiento expreso respecto a la situación particular de la reserva de ley constitucional y la Resolución de Contraloría 195-88-CG, ciertamente se

advierte que al estar promoviendo insistentemente de que el Congreso de la República emita una ley para regular tal modalidad podría dar cuenta de que dicha resolución, respecto a la reserva de ley, no sería conforme a la Constitución.

2.3. Análisis de fondo (finalidad y principios constitucionales)

En atención a lo desarrollado previamente, el TC, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 020-2003-AI/TC manifestó que las excepciones al régimen general de contratación pública reconocido en el artículo 76 de la Constitución Política de 1993 debe contener: «(...) *reglas y principios de modo tal que no quede la menor duda de la transparencia, imparcialidad y trato igualitario en las operaciones.*»

Al respecto, la Resolución de Contraloría 195-88-CG, emitida el 18 de julio de 1988, consta de dos artículos, siendo el segundo de ellos exclusivamente para derogar normas anteriores. El artículo 1, sin embargo, establece las siguientes normas para regular la ejecución de obras públicas por administración directa:

- “Las entidades que planeen llevar a cabo obras bajo esta modalidad deben contar con asignación presupuestal, personal técnico-administrativo y los equipos necesarios.
- Los convenios celebrados por las entidades para encargar la ejecución de obras por administración directa deben precisar la capacidad operativa de la entidad ejecutora, asegurando el cumplimiento de las metas establecidas.
- Es requisito indispensable contar con un Expediente Técnico aprobado por la autoridad competente, que incluya una memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos, metrados, presupuesto base con análisis de costos y cronograma de adquisición de materiales y ejecución de la obra. En caso de existir normas específicas referidas a la obra, se requerirá el pronunciamiento del sector o entidad correspondiente.
- La entidad debe demostrar que el costo total de la obra ejecutada por administración directa sea igual o inferior al presupuesto base deducida la utilidad, lo cual deberá reflejarse en la liquidación de la obra.
- Durante la etapa de construcción, la entidad llevará un Cuaderno de Obra donde se registrarán la fecha de inicio y término de los trabajos, las modificaciones autorizadas, los avances mensuales, los controles diarios de ingreso y salida de materiales y personal,

las horas de trabajo de los equipos, así como los problemas que afecten el cumplimiento de los cronogramas y las constancias de supervisión de la obra.

- La entidad contará con una Unidad Orgánica encargada de supervisar las obras programadas.
- La entidad designará a un ingeniero residente responsable de la ejecución de la obra cuando el costo total sea igual o mayor al monto previsto en la Ley Anual de Presupuesto para la contratación mediante concurso público de precios. En el caso de obras con un costo total inferior, se designará a un ingeniero inspector.
- El ingeniero residente y/o inspector presentará informes mensuales detallados sobre el avance físico valorizado de la obra, identificando aspectos limitantes y brindando recomendaciones para superarlos. La entidad deberá tomar las medidas correspondientes.
- Durante la ejecución de las obras se realizarán pruebas de control de calidad de los trabajos, materiales y funcionamiento de las instalaciones, según las especificaciones técnicas correspondientes.
- Los gastos realizados en estas obras deben ser concordantes con el Presupuesto Analítico aprobado por la entidad, anotando los gastos de jornales, materiales, equipos y otros en registros auxiliares por cada obra incluida en el proyecto.
- Al concluir la obra, la entidad designará una comisión encargada de formular el Acta de Recepción de los trabajos y realizar la liquidación técnica y financiera en un plazo de 30 días. Esta comisión también revisará la Memoria Descriptiva elaborada por el ingeniero residente y/o inspector”.

Como se advierte, la Resolución de Contraloría 195-88-CG ha establecido requisitos mínimos para que las Entidades ejecuten obras mediante esta modalidad; sin embargo, los que pueden considerarse que tienen por finalidad que persigan dotar de transparencia a las actuaciones sería la obligatoriedad de contarse con un Cuaderno de Obra en el cual se realicen las anotaciones sobre la ejecución de obra que permita efectuar un control sobre ella.

No se encuentra otra regla en la citada Resolución que cautele y promueva la transparencia en la ejecución de obras bajo este mecanismo, pues la referida a la participación del residente de obra, supervisor o Unidad Orgánica a cargo de la supervisión, están dirigidas al control permanente de la obra por la propia entidad, sin que tales exigencias necesariamente fomenten la transparencia del mecanismo mediante su publicidad o por medio de la supervisión de entidades o terceros no vinculados a la entidad ejecutora que participen con imparcialidad.

Por otro lado, en la citada Resolución tampoco se han establecido reglas conducentes a cautelar o fomentar la imparcialidad y trato igualitario. Esto último se puede justificar en la medida que en este caso son las propias entidades quienes ejecutarán las obras sin la intervención de terceros; sin embargo, aun en este escenario, antes de emitirse la norma correspondía que se justificara la no incorporación de reglas o principios que cautelen la imparcialidad y trato igualitario, pues podría darse el caso que tal modalidad no tenga el suficiente fundamento para su creación como medida excepcional. Es decir, con la finalidad de no afectar los derechos fundamentales a la libertad de empresa y libre competencia de los proveedores del estado que cuenten con las capacidad técnica y económica para ejecutar obras públicas, la citada Resolución debió prever reglas para justificar que la Entidad pública ejecute directamente las obras sin considerar la participación de contratistas del sector privado, esto con la finalidad concreta de que no se tenga, como lo es ahora, total discrecionalidad de parte de las Entidades para decidir ejecutar toda obra pública sin ningún límite presupuestal, ni atendiendo a la complejidad, especialidad o inmediatez de la infraestructura.

Como se advierte, a excepción de las modalidades de ejecución de obras públicas, excepcionales al régimen general, en el caso de la modalidad de ejecución de obras por administración directa, la Resolución de Contraloría 195-88-CG no contiene suficientes reglas o principios que garanticen y fomenten la imparcialidad, trato justo e igualitario y, sobre todo, la transparencia del proceso y ejecución.

3. Resolución de Contraloría 195-88-CG y el principio constitucional de subsidiariedad y el derecho constitucional a la iniciativa privada

3.1. Economía social de mercado, subsidiariedad económica y libre iniciativa privada en la Constitución política de 1993

La Constitución política es la norma suprema que determina el ordenamiento político y jurídico de una sociedad. Para Gonzáles, la Constitución política de Perú de 1993 se puede dividir en tres partes. En primer lugar, se han reconocido los derechos fundamentales, que

expresan los objetivos, aspiraciones y necesidades primordiales de la persona y de la sociedad en su conjunto; es segundo lugar, se adoptó un régimen económico que se ocupa de la tarea concreta de la generación de los recursos necesarios para atender los derechos fundamentales y construir el desarrollo económico nacional; y, en tercer lugar, se determinó la estructura del Estado que dé cuenta de la forma cómo se organiza para conducir el país con el objeto de servir a esos derechos fundamentales (González Vigil, 1995).

Ahora bien, el reconocimiento de los derechos constitucionales en el Perú ha sido gradual. En general, las Constituciones en su origen recogieron principalmente las libertades civiles conquistadas a través de las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX (inglesa y francesa, principalmente), pero luego (específicamente en el siglo XX) se han consagrado en su cuerpo, además, derechos económicos, sociales y culturales (“DESC”). Posteriormente, al culminar la segunda guerra mundial, también se reconocieron derechos relacionados con la paz, autodeterminación de los pueblos y recientemente, al iniciarse el siglo XXI, los derechos vinculados con la era digital.

En este contexto, la Constitución Política Mexicana de 1917, producto de la revolución civil, fue la carta magna que reconoció por primera vez los derechos económicos vinculados a la educación, salud, prensa, agro y economía. Luego, en el siglo XX, han adoptado esos DESC la mayoría de las Constituciones alrededor del mundo, principalmente en Latinoamérica. Es así que, según Orbegoso, en el caso peruano, la Constitución política de 1920 fue la que recogió por primera vez los derechos sociales en su Título IV, influido por la referida Constitución mexicana de 1917; no obstante, el exhaustivo catálogo de estos derechos apareció por primera vez en la Constitución política de 1979 por influencia tanto de la Constitución española de 1978 como de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en particular, por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Orbegoso Silva, 2016).

Posteriormente, al igual que en las normas fundamentales anteriores, la Constitución peruana de 1993 ha reconocido un catálogo extenso de DESC, entre los que se encuentra el régimen económico en los artículos 58 al 65 del Título III, el cual es de una economía social de mercado. Este modelo político y económico va más allá de una economía liberal tradicional que solo brinda un trato preferencial a la libre iniciativa privada, sin interferencia del Estado

(o reducida está a su máxima expresión de brindar seguridad y libertad), sino que también se encuentran implícitos valores no solo económicos, sino de justicia social o redistributivos.

El origen de la economía social de mercado como sistema económico, para Oscar Sumar y Eduardo Iñiguez, se encuentra en el derecho y política alemana, y supone la complementariedad entre políticas de apertura de mercado y, al mismo tiempo, el reconocimiento de derechos sociales. Se reconoció en él la libertad de los individuos para tomar decisiones en ejercicio de su libertad económica, dejando al libre mercado la asignación de recursos mediante la libre interacción entre oferta y demanda como un clásico sistema de económica de mercado (Súmar Albújar & Iñiguez Ortiz, 2017).

Kresalja y Ochoa consideran que el régimen de economía social de mercado es el resultado de la combinación de elementos heterogéneos, procedentes de las distintas formas de concebir la economía de mercado e inspirado tanto en postulados del neocapitalismo contemporáneo como del socialismo democrático (Kresalja & Ochoa , 2016). Por su parte, Gallegos señala que la función del Estado es compatibilizar el interés privado con el interés social, que tenga a la justicia como valor rector, en equilibrio dinámico con la libertad, fundamentando en ambos la construcción de una sociedad con mayores niveles de equidad, pues el mercado es el más eficiente asignador de recursos, pero debe permitirse y regularse la libre competencia, pues no son leyes naturales las que gobiernan o determinan su operatividad (Gallegos Molina, 2008). Landa, finalmente, considera que la economía social de mercado ofrece un bienestar social mínimo para todos los ciudadanos a través de las reglas del mercado, donde la iniciativa privada sigue siendo fundamental, pero debe cumplir también una función social, que coadyuve al Estado a lograr el bienestar general, en función de la construcción de una sociedad solidaria (Landa, 2007).

El TC, sobre la economía social de mercado, precisó que “los particulares y el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las libertades económicas con responsabilidad social, mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector ante las deficiencias y fallos del mercado. Por ende, la actuación del Estado no permanece indiferente ante las actividades económicas de los particulares, lo que, por cierto, en modo alguno supone la posibilidad de interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2006).

Por esos motivos, el régimen de economía social de mercado ha sido denominado la tercera vía entre el capitalismo y el socialismo, en donde esta no constituye una finalidad constitucional expresa, sino que su existencia se ve garantizada a través de piezas de mosaico, y es que esta se ve reflejada en las llamadas libertades económicas, sociales y culturales, así como en los derechos sociales y económicos (Haberle, 1997, pág. 25).

Conforme a lo señalado, se puede concluir que la economía social de mercado es un modelo intermedio entre la economía de mercado (liberalismo) y la economía planificada (estatismo). En tal sentido, si bien la iniciativa privada es libre, ella no puede ser ejercida en contraposición con el interés general y social, sino que será necesario integrar la lógica del mercado con la satisfacción del interés general y social, donde el Estado asume como rol esencial el orientar el desarrollo del país, permitiendo que los agentes económicos que intervienen en el mercado actúen de manera libre respetándose sus derechos y garantizando la libre competencia.

En consecuencia, en la economía social de mercado se debe reconocer que el Estado interviene en las relaciones económicas, pero es importante tener claro que esa intervención no solo es delimitada en la Constitución como garantía mínima para los ciudadanos y los agentes económicos, sino como producto del dinamismo y cambio social.

Habiéndose definido lo que es el régimen de economía social de mercado, es importante tener en cuenta que la Constitución política de 1993 reconoce expresamente, dentro de tal régimen, el principio de subsidiariedad empresarial. Este principio, en el caso de Perú, está destinado a limitar la participación del Estado solo en actividades empresariales, pero la naturaleza del principio de subsidiariedad económica (no necesariamente empresarial) es más amplia, pues, según la teoría política, esta última limitar la intervención del Estado donde las organizaciones civiles o familias pueden atender directa y de manera más eficiente sus necesidades.

A mayor detalle, se debe aclarar que el principio de subsidiariedad, en términos generales (y no exclusivamente empresarial), fue respaldado y fundamentado por la iglesia católica y romana. Ariño señala que su primer exponente fue el Papa Pío XI, quien en la Encíclica *Quadragesimo Anno* del 15 de mayo de 1931 expresó que no era lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, como tampoco lo es, porque daña y perturba el recto orden social, quitar a las comunidades

menores lo que ellas pueden realizar por sí mismas, para atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada. Sin embargo, ha sido posible encontrar que, antes de promulgarse la Encíclica *Quadragesimo Año*, la iglesia católica y romana ya había fundamentado el principio de subsidiariedad a través de la carta encíclica *Rerum Novarum* promulgada el 15 de mayo de 1891. En esta, el Sumo Pontífice León XIII postula que los Estados solo deben intervenir cuando las sociedades intermedias (familias, organizaciones sociales) no puedan atender sus necesidades directamente (subsidiariedad horizontal) y los Estados deben promover la delegación de funciones a los órganos más cercanos a las familias (subsidiariedad vertical) (Ariño Ortiz, 1993).

Sobre esta diferencia, a nivel jurisprudencial, a través del Expediente N° 0008-2003-AI/TC, el TC ha señalado que el principio de subsidiariedad tiene tres acepciones. La primera tiene que ver con el sentido horizontal del principio y significa que la intervención del Estado debe suscitarse solo cuando sea necesario y no debe ir más allá de proteger aquellos intereses especialmente valiosos y necesitados de protección legal que se encuentren en situación de vulnerabilidad. La segunda supone la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para poder emitir normas en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, en donde entrará a tallar la función integradora o subsidiaria que permitirá suplir o llenar las lagunas de la ley creando o constituyendo el derecho, a efectos de no dejar aspectos sin desarrollar, menos aun cuando se trate de la función subsidiaria del Estado, de intervenir en aquello en que la actividad de los particulares no es suficiente para superar las fallas del mercado. Finalmente, la tercera, está vinculada a la llamada subsidiariedad en sentido vertical, misma que se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor y un ordenamiento menor, en donde el primero solo puede intervenir en aquellos campos en donde la intervención del ordenamiento menor no sea competente, ello a fin de no colisionar ante intervenciones yuxtapuestas pues el fin central siempre será regular de manera idónea realidades que resulten satisfactorias para las necesidades de los particulares.

Como se advierte, el principio de subsidiariedad limita la participación o actuación del Estado en la sociedad, por un tema de eficiencia, ante la presencia de organizaciones de la sociedad civil o familias. La finalidad ha sido limitar la intervención del Estado en la satisfacción de necesidades, cuando son mejor atendidas por la sociedad civil o por delegación a los estamentos más cercanos a los involucrados. Es por ello que el principio de subsidiariedad empresarial tiene como fundamento político el principio de subsidiariedad general, toda vez

que este también persigue que el Estado no intervenga donde los agentes económicos pueden atender las necesidades de la sociedad.

3.2. Impacto de la modalidad de obras por administración directa con la subsidiariedad económica y libre iniciativa privada.

La razón subyacente de la modalidad de administración directa

En primer lugar, al no estar frente a un principio constitucional, sino ante una excepción de del régimen constitucional de ejecución de obras establecido en el artículo 76 de la Constitución política de 1993, se debe determinar cuál es la razón subyacente de la ejecución de obras por administración directa.

En el Expediente N.º 02437-2013-PA/TC se definió que el objetivo de una norma es el estado de cosas o situación jurídica que se pretende alcanzar o conformar. Para este caso concreto, en principio, el TC ha establecido que el objeto del régimen de contratación previsto en el artículo 76 de la Constitución es “lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2003).

Siendo así, en el caso de la modalidad de ejecución de obras por administración directa, el objeto o razón subyacente sería la ejecución de obras públicas que mejoren la calidad de vida de los ciudadanos a través del uso eficiente del presupuesto público. Esto se basa no solo en el fundamento contenido en la propia Resolución de Contraloría 195-88-CG, sino específicamente en que en el numeral 4 del artículo 1 de esta se prevé una condición sumamente importante: “la entidad debe demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad, situación que deberá reflejarse en la liquidación de la obra”.

Como se advierte, la modalidad de administración directa encuentra su justificación en una cuestión de eficiencia, debido a que solo se puede ejecutar una obra pública por esta vía si se demuestra que se utilizando utilizarán los mismos o menores recursos del presupuesto con el

cual podría ejecutarlo un contratista. Como se analizó en el marco teórico, la eficiencia implica encontrar opciones o alternativas para que las entidades cumplan la meta u objetivo utilizando menos o igual cantidad de recursos y si esto no se consigue estaríamos ante un resultado ineficiente.

Al respecto, es pertinente cuestionarse si la modalidad de administración directa, al ser una excepción al régimen constitucional de contratación pública que podría estar vulnerando la libre iniciativa privada y la participación subsidiaria del Estado, está cumpliendo su finalidad. El TC, mediante el Fundamento 65 de la Sentencia N.º 0048-2004-PI/TC, establece que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Asimismo, en el Expediente N.º 2437-2013-PA/TC también establece que se debe determinar si entre el medio empleado y el fin que se persigue alcanzar existe una relación de causalidad.

En este sentido, se debe tener en cuenta que la finalidad de la modalidad de obras por administración directa es ejecutar obras públicas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través del uso eficiente del presupuesto público.

Es importante tener en cuenta que en las obras por administración directa las actividades que se desarrollan son de aprovisionamiento o suministro doméstico para ejecutar la infraestructura de manera directa. Es decir, la regulación solo gira en torno a habilitar legalmente a las entidades para que puedan disponer del presupuesto asignado de manera directa, sin transferencia a un contratista privado. Si bien es cierto, con esta habilitación se logra la finalidad última de mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, ello no significa que se estén brindando servicios asistenciales sino más bien que esta modalidad de ejecución presupuestal constituye un medio para garantizar la prestación de dichos servicios. En otras palabras, con el uso de esta modalidad se ejecutan obras públicas para brindar un ambiente idóneo y las condiciones adecuadas mediante las cuales el Estado ejecuta la prestación de servicios asistenciales tales como salud, seguridad, educación, entre otros.

A manera de ejemplo, se puede citar el servicio de salud brindado por alguna posta médica, en donde, por un lado, es la municipalidad la que se encargará de ejecutar la obra pertinente a fin de proveer a la ciudadanía de una estructura idónea que facilite la prestación de este servicio; sin embargo, será el Ministerio de Salud, alguna dirección o unidad ejecutora la que,

por su función legalmente asignada, se encargue directamente de brindar dicho servicio asistencial que represente el sostenimiento, la asistencia y la promoción de la salud de las personas.

No obstante, lo que sí resulta debatible es la eficiencia encontrada en la realidad de la modalidad en la consecución de su fin. Evidentemente para conocer esto es necesaria una evaluación *ex post*. Pues de un análisis *ex ante*, la modalidad busca ser eficiente y, por ende, no se duda que esté permitiendo ejecutar obras públicas para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través del uso eficiente del presupuesto público. Sin embargo, del análisis *ex post* realizado en la presente investigación, se ha hallado evidencia de que esta modalidad es ineficiente porque no existen límites o controles para las variaciones presupuestales o sobrevalorizaciones de la obra, ni tampoco para limitar el aplazamiento del cronograma de ejecución sin consecuencia alguna, amén de haberse reportado problemas más graves como haber generado la mayor cantidad de obras paralizadas en el país. Entonces, si es cuestionable la eficiencia pretendida por la Resolución de Contraloría 195-88-CG tiene como objetivo contar con una obra pública culminada con menores o igual presupuesto de obra que podría utilizar un contratista.

A pesar de lo descrito, si bien la evaluación *ex post* podría determinar la ineficiencia de la modalidad, esto no implica que se rompa o incumpla la relación de causalidad entre la modalidad y el fin que persigue. Es decir, si bien la modalidad, en la práctica, puede no ser lo suficientemente eficiente para cumplir su finalidad, esto no implica, necesariamente, que la modalidad en sí no cumpla esa finalidad en algún escenario. En todo caso, esto depende, según la evidencia encontrada, de la capacidad operativa y técnica con la que debe contar una entidad para optar por ejecutar una obra por administración directa, pues si, a pesar de no tener las condiciones previas decide utilizarla, es altamente probablemente que se torne en un proyecto ineficiente y no se cumpla la finalidad.

Por otro lado, es importante aclarar que la modalidad de obras es un medio para ejecutar el presupuesto público cuya inexistencia en el ordenamiento jurídico no implica en sí la afectación de derecho fundamental o prestación de servicio público; sin embargo, un escenario contrario, es decir, reconocer la existencia de la modalidad de administración directa, en los términos actuales, sí conlleva no solo a una afectación de la reserva de ley prevista en el artículo 76 de la Constitución (al no crearse debidamente una excepción al

régimen constitucional de contratación de obras públicas), sino también de los artículos 58 y 60 en cuanto a la libre iniciativa privada y principio de subsidiariedad económica, pues la afectación de este derecho y principio constitucional, respectivamente, podría estar siendo limitado sin la debida razonabilidad.

En tal contexto, la modalidad de obras por administración directa (a través de tal excepción al régimen constitucional de contratación pública), en teoría, o por medio de una evaluación *ex ante*, sí conduce a la consecución de un fin constitucional, pues, se busca disponer del presupuesto público de manera más eficiente, lo que, se reitera, en teoría debería garantizarse si se cumplieren los requisitos previstos en la Resolución de Contraloría 195-88-CG, especialmente el de que las entidades demuestren que utilizarán un presupuesto de obra igual o menor al proyectado y que cuenten con la capacidad operativa y técnica para ello. Por tal motivo, podría decirse que necesariamente se logrará la finalidad o razón subyacente perseguida por dicha regla, que es ejecutar obras públicas con el uso eficiente del presupuesto público para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos. En concreto, existe una relación causal entre el medio y el fin desarrollado.

3.3. La razonabilidad de la modalidad de obras por administración frente al derecho a la libre iniciativa privada y subsidiariedad

¿La modalidad de obras por administración directa implica que el Estado impida que el sector privado goce del derecho fundamental a la libre iniciativa privada, reconocido en el artículo 58 de la Constitución política de 1993, pues será el Estado quien ejecute una obra pública sin necesidad de contratar a un proveedor para tal fin? Esta pregunta es interesante porque nos permitirá analizar si, en efecto, la modalidad de administración directa para ejecutar obras públicas podría estar afectando derechos constitucionales vinculados al régimen económico de la Constitución.

Al respecto, Morón ya ha problematizado sobre este punto al señalar lo siguiente:

La disyuntiva de las entidades públicas entre atender sus necesidades de bienes, servicios y obras mediante sus medios propios o proceder a su externalización, a través de acuerdos patrimoniales con empresas privadas, se encuentra en el centro del análisis

de este tema. ¿Hasta qué punto?, ¿con qué presupuestos y requisitos?, ¿con qué límites las entidades pueden auto organizarse para atender sus propias necesidades de bienes, servicios u obras con sus exclusivos instrumentos, organismos, recursos y personal? O, por el contrario, ¿cuándo debe buscar satisfacer estas necesidades acudiendo al mercado, creando relaciones jurídico-patrimoniales con proveedores privados? Indudablemente, detrás de este tema encontramos dos concepciones diferentes y en controversia sobre lo que debe ser contemporáneamente la actuación económica de la administración, de la política pública y de la ideología política sobre los linderos de la gestión gubernamental. ¿En cuál de estos roles la iniciativa estatal cumple mejor su rol subsidiario establecido en el artículo 60 de la Constitución Política? (Morón Urbina, Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?, 2016)

Como se advierte, Morón se pregunta hasta qué punto la modalidad de administración directa debería estar razonablemente permitida como para no afectar o vulnerar el principio de subsidiariedad económica de la Constitución.

Sobre el particular, se considera que este análisis no solo se circunscribe a verificar ese grado de posible afectación del principio de subsidiariedad empresarial, sino también el derecho constitucional a la libre iniciativa privada que ostentan los agentes privados del mercado para ejecutar obras públicas.

Una perspectiva sobre este tema se pudo advertir en el Proyecto de Ley 31/2016-CG y 120/2016-CR, que propone la “Ley que Regula la Ejecución de Obras Públicas por administración directa, aprobada por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del periodo anual de sesiones 2018-2019.” La propuesta del Congreso de la República es que se promulgue una ley para regular la modalidad de obras por administración directa, pero en ella se restringe su uso, pues la entidad debe convocar primero un procedimiento de selección y si se declara desierto dos veces, recién estaría habilitada para ejecutar la obra por administración directa, y siempre que el presupuesto de obra no supere el monto de S/ 1 800 000 00 (un millón ochocientos mil con 00/100 soles).

El citado proyecto de ley fue aprobado en el Congreso de la República y remitido al Poder Ejecutivo para su promulgación; no obstante, este último estamento la observó, lo que

conllevó a que la citada Comisión (Segunda Legislatura Ordinaria) levante las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo, para lo cual sostuvo en el citado Dictamen que la necesidad de emitirse la ley se debe, entre otros aspectos, a que las Entidades, al ejecutar obras por administración directa, se encuentran vulnerando el principio de subsidiariedad de la Constitución de 1993.

A mayor detalle, el Poder Ejecutivo planteó la siguiente observación: “se considera una interpretación muy restrictiva del Principio de Subsidiariedad, pues estaría limitando la posibilidad de que el Estado ejecute directamente obras, obligándolo a contratar a empresas privadas, incluso si esta contratación fuera más onerosa”.

La Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República levantó tal observación, insistiendo en el texto de la autógrafa, manifestando lo siguiente:

«Enrique Bernales, en su análisis comparado de la constitución de 1993, con relación al artículo 60 sobre la subsidiariedad, refiere lo siguiente: “El criterio del constituyente respecto de la actividad empresarial del estado fue que debía ser verdaderamente restringida, luego de un periodo previo en el que las empresas públicas crecieron en número y generaron perdidas presupuesta/es inimaginables. Por ello se estableció ciertas reglas para la actividad empresarial publica: sólo puede ser autorizada por ley expresa (...), la actividad que se realice con la empresa pública debe ser subsidiaria, esto es, que sirve de instrumento a los otros sectores en la misma actividad, o que sustituye la inactividad de otros sectores, tienen que ser expresamente declarados el alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional en la ley que autoriza la actividad” (...).

En consecuencia, el principio de subsidiariedad está de acuerdo con lo que plantea la constitución vigente. Evitando la discrecionalidad del uso de este mecanismo excepcional. Por otro lado, los principios son el marco donde se desenvuelve el propósito de la ley, que ayuda a su interpretación y aplicación, buscando evitar vacíos y por el contrario fijar parámetros. En este sentido, la Comisión se pronuncia por la insistencia en el texto de la Autógrafa que regula la ejecución de obra pública por administración directa».

Conforme a lo expuesto, en la exposición de motivos de los proyectos de Ley 31/2016-CG y 120/2016-CR, el Congreso de la República sostiene que la ejecución de obras por administración directa sí implica la vulneración del principio de subsidiariedad no solo en su concepción económica sino más específicamente empresarial.

Por otro lado, la afectación podría ir más allá si se considera el argumento sostenido por el presidente del Consejo Regional de Arequipa, quien informó que un grupo de consorcios constructores estaría evaluando denunciar al Gobierno Regional argumentando que este se encuentra ejerciendo una competencia desleal al ejecutar ineficientemente obras por administración directa frente a empresas que podrían hacerse cargo de ellas. A mayor detalle, indicó que «las obras bajo administración directa implican que el gobierno regional debe construir y ejecutar la obra, contratando al personal (ingenieros, arquitectos, obreros, etc.) y, a la vez, proveyendo el material. No es posible que el gobierno regional tenga 88 obras por administración directa. (...) El GRA fue elegido para gobernar, no para ejecutar obras. Es imposible que las concluya en su totalidad (...)» (El Pueblo, 2023).

Ahora bien, el argumento de una posible afectación de la competencia en estas circunstancias es un hecho que Morón también considera posible en el caso de la ejecución de obras por encargo. Este autor, en su análisis de las modalidades de administración directa y por encargo (situación similar en la cual la obra la ejecuta otra entidad pública mediante la suscripción de un convenio interinstitucional), recomienda lo siguiente: “Algunos aspectos que la legislación debería considerar sobre este tema son: (...) prever la posibilidad de impugnación de los encargos por postores potenciales, un control permanente para verificar que en su ejecución se han cumplido las condiciones de eficacia que se adujeron para su celebración” (Morón Urbina, *Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?*, 2016).

Como se aprecia, Morón, entre otros aspectos, recomienda que para las obras por encargo se prevea la posibilidad de que los potenciales postores impugnen la decisión de la entidad de optar por ese mecanismo. Es sumamente interesante esta posición, más aun si en el desarrollo del artículo, al analizar los aspectos controversiales de la administración directa, el autor señala lo siguiente: “La tendencia universal hacia el empleo no expansivo del autoprovisionamiento de bienes, servicios y obras por parte de las entidades proviene, fundamentalmente, de dos fuentes de críticas. La primera es la óptica del mercado y de la libre

competencia empresarial que aprecian en el empleo de medios propios serias implicancias negativas en la competencia en los mercados (...)" (Morón Urbina, Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas?, 2016).

Aunque en la Resolución de Contraloría 195-88-CG no lo reconozca, las actividades que necesariamente realiza una entidad al ejecutar una obra por administración directa son propias de una empresa especializada y dedicada exclusivamente al rubro constructivo, como lo es gerenciar y administrar organizativa y presupuestalmente un proyecto, financiera y contractualmente, así como sufrir las contingencias, riesgos y posibles daños por cuenta y responsabilidad propia.

En tal sentido, se debe partir por señalar que, según el artículo 58 de la Constitución política de 1993, la iniciativa privada es libre y el Estado tiene en la economía un rol orientador del desarrollo del país, limitado para no intervenir sino es por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Ciertamente, cuando el Estado decide ejecutar obras públicas por administración directa también se convierte no en un vigilante o conductor del desarrollo del país, sino en un agente económico más del mercado, pues gestionará y administrará, cual un proveedor privado, la realización de una obra pública, siendo exigible, por ende, que cuente con la experiencia, conocimiento técnico y logística para ello.

En este sentido, la cuestión es saber hasta qué punto es razonable tener una modalidad de ejecución de obras públicas así en el ordenamiento jurídico. Porque, dejaría de ser razonable e idónea la validez de una modalidad así frente a medios alternos igualmente satisfactorios si estos no producen u ocasionan una menor afectación o aflicción a derechos fundamentales.

En el Expediente N.º 045-2004-PI/TC, el TC manifiesta que un examen de necesidad implica verificar si existen medios alternativos que conduzcan a lograr una misma finalidad, buscando determinar si el medio analizado no es el más gravosos o, al menos, que lo sea en menor intensidad. Evidentemente, se debe tener en cuenta que el o los medios hipotéticos alternativos escogidos deben ser igualmente idóneos que el sometido a evaluación (Fundamento 38). Asimismo, en el Expediente N.º 02437-2003-PA/TC, el TC entiende que, cuando se refiere a la existencia o no de medios alternativo, se trata de medios alternativos igualmente idóneos, pues de hecho que existen otras medidas que puedan lograr la misma finalidad, pero lo que

interesa para este parámetro es que esos medios alternativos signifiquen un menor costo o igual beneficio.

Conforme a lo señalado, en el caso concreto cabe preguntarse ¿existen otras modalidades de ejecución presupuestal, además de las obras por administración directa, que permitan la ejecución de obras públicas para la consecución de la finalidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y que sean menos limitantes del derecho a la libre iniciativa privada y subsidiariedad económica?

Siendo así, las obras por ejecución presupuestal indirecta más relevantes son: i) las obras por contrata, ii) obras por impuestos, iii) obras por concesión o por asociaciones público-privadas, iv) obras ejecutadas por organismos internacionales, u v) obras en el marco de acuerdos de gobierno a gobierno (G2G), entre otras.

Como se advierte, existen diversas modalidades contractuales que persiguen la misma finalidad que las obras por administración directa. Ahora bien, el análisis más detallado cada tipo de modalidad se encuentra en el marco teórico de la presente investigación. Lo que debe quedar claro es que todas las modalidades de ejecución presupuestal indirecta cumplen la misma finalidad que la modalidad de obras por administración directa, con la única diferencia de que las primeras necesariamente intervienen un tercero o proveedor privado y no es la propia entidad quien ejecuta la obra pública.

Lo señalado significa que la administración directa, desde su diseño, produce una lesión del principio de subsidiariedad económica y libre iniciativa privada, pues las otras modalidades de administración indirecta sí promueven por su diseño la libre iniciativa privada, competencia y abstienen al estado de interferir donde de forma más eficiente lo pueden hacer terceros o el sector privado. Es importante, sin embargo, tener en cuenta que este análisis de necesidad no depende de resultados, sino de alternativas que sean o no menos lesivas para los derechos o principios involucrados.

En conclusión, la modalidad de ejecución de obras por administración directa, regulada con la Resolución de Contraloría 195-88-CG, tal como encuentra diseñada, no se encuentra justificada razonablemente en términos de necesidad frente a otras alternativas de ejecución de obras públicas; no obstante, es importante precisar que esta afirmación no implica la

eliminación del ordenamiento jurídico, sino, como se cuestiona Morón, saber hasta qué límite, o en qué circunstancias, es razonable permitir que las entidades utilicen la modalidad de administración directa, lo que podría estar justificado, por ejemplo, si la medida responde a una eficiencia comprobada o a escenarios particulares que se propondrán al finalizar la presente investigación luego de realizar el análisis de eficiencia.

Síntesis del apartado

Las modalidades excepcionales al régimen constitucional de contratación pública, bajo sujeción de la Constitución política de 1979 o la Constitución política de 1993, deben ser creados o regulados por ley.

La Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, que regula la ejecución de obras por administración directa, no se encuentra conforme a la reserva de ley establecida en el artículo 76 de la Constitución política de 1993, en la que se establece que las obras se ejecutan obligatoriamente por licitación pública y contrata.

La administración directa produce una lesión del principio de subsidiariedad económica y libre iniciativa privada, pues las otras modalidades de administración indirecta sí promueven por su diseño la libre iniciativa privada, competencia y abstienen al estado de interferir donde de forma más eficiente lo pueden hacer terceros o el sector privado.

4. Diagnóstico de obras por administración directa en el Perú

4.1. Estado situacional de obras por administración directa según el Banco de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas

En el presente capítulo se abordará la pregunta de investigación: ¿cuál es la relevancia de la modalidad de obras por administración directa en comparación con otras modalidades de ejecución de obras públicas, según el presupuesto público asignado, nivel de gobierno y ubicación geográfica?

Para tal efecto, el análisis se realizará con la información obtenida del Banco de Inversiones del MEF, desde la implementación del Invierte.pe (2017) hasta el 8 de abril de 2023. Al

respecto, “la herramienta del Banco de Inversiones (BI) es utilizada por los funcionarios públicos para almacenar, actualizar y publicar las Fichas de Registro de proyectos de inversión pública. Esta aplicación permite la comunicación electrónica entre las Unidades Formuladoras (UF), las Unidades Ejecutoras de Inversión (UEI) y la Dirección General de Programación Multianual de Inversiones del Ministerio de Economía y Finanzas (DGPMI). Mediante esta herramienta, el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones cuenta con una base de datos estandarizada que contiene la información más relevante de los proyectos presentados y evaluados por diversas Unidades Formuladoras en Perú” (Banco de Inversiones, 2022).

Ahora bien, es pertinente aclarar que, con la finalidad de establecer un parámetro objetivo y actual de la información a analizar, se optó por realizar un diagnóstico solo considerando las inversiones que han sido aprobadas o cuya viabilidad fue declarada en el marco normativo del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones (Invierte.Pe); es decir, solo se han considerado inversiones cuya viabilidad o aprobación se realizó a partir del 23 de febrero de 2017, fecha en la que entró en vigencia Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1252, que creó el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones y derogó la Ley N.º 27293, Ley del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), estableciendo como fecha de corte el 8 de marzo de 2023. En este escenario, se debe aclarar que no se han considerado las inversiones cuya aprobación o viabilidad se realizó en el marco del SNIP, pero que podrían encontrarse actualmente en ejecución.

Asimismo, se debe tener en consideración que, en las inversiones analizadas, se ha considerado a los proyectos de inversión y a las IOARR (Inversiones de Optimización, de Ampliación Marginal, de Rehabilitación y de Reposición)¹⁰.

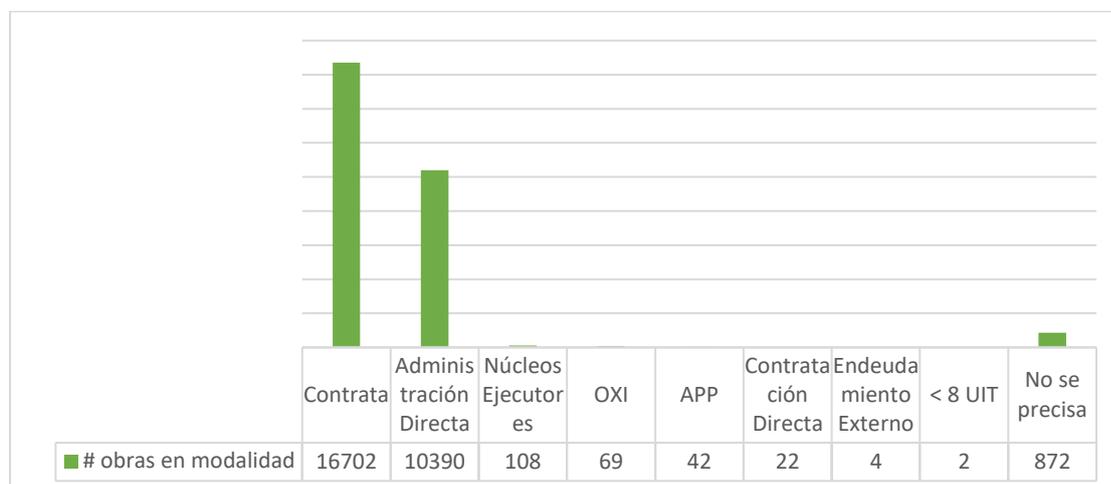
Por otro lado, se debe aclarar que, de todas las inversiones aprobadas o cuya viabilidad ha sido declarada entre el 23 de febrero de 2017 hasta el 8 de marzo de 2023, solamente se han seleccionado aquellas que tienen gasto devengado. Esta selección se realizó con la finalidad

¹⁰ Según el MEF, “un proyecto de Inversión crea o modifica la capacidad productora de servicios a cargo del Estado, mientras que una IOARR representa una intervención específica sobre algún activo o subconjunto de activos que forman parte de una Unidad Productora en funcionamiento. Por ejemplo, si se requiere rehabilitar un mirador turístico, debe hacerse por medio de una IOARR, no por medio de un Proyecto de Inversión. En este caso, se interviene sobre un activo estratégico específico (el mirador) que forma parte de una Unidad Productora; aquí el recurso turístico sería la UP”. https://www.mef.gob.pe/contenidos/inv_publica/docs/capacitaciones/Guia_Instructiva/2_Identificacion_de_Inversiones_de_Optimizacion_Ampliacion_Marginal_Rehabilitacion_y_Reposicion_IOARR.pdf

de que el diagnóstico sea lo más cercano posible a aquellas inversiones que han iniciado la fase de ejecución y gasto a través de la elaboración de expediente técnico o ejecución de obra propiamente dicha, no considerando a aquellos que podrían haber obtenido su aprobación o viabilidad, pero que, por diversos motivos, no se haya continuado con dichas actividades. Por lo tanto, se ha seleccionado solamente a los proyectos que se encuentran en la fase de ejecución de las inversiones que estén reportando gasto financiero.

Siendo así, a continuación, se muestran los resultados obtenidos del análisis de los proyectos de inversión del Banco de Inversiones del MEF, relacionada con el objeto de la investigación.

Gráfico 1. Obras públicas aprobadas/viables desde el 23.02.2017 hasta el 08.03.2023



Fuente: Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF

Elaboración propia, 2023.

Como se aprecia, entre el 23 de febrero de 2017 y el 8 de marzo de 2023, se registraron 28 211 obras públicas que cuentan con viabilidad/aprobación¹¹ y están reportando gasto de ejecución por elaboración de expediente técnico o ejecución física.

Asimismo, la modalidad de contrata es la más utilizada para ejecutar obras públicas con 16 702 obras en ejecución y en segundo lugar se encuentra la modalidad de administración directa con 10 390 obras en ejecución.

Tabla 3. Modalidades de obras públicas, número de obras y monto asignado

¹¹ Los proyectos de inversión son declarados viables y las IOARR se aprueban.

Modalidad	Número de Obras	Monto Asignado
Administración Directa	10390	11 439 712 835
Contrata	16702	53 279 154 680
APP	42	302 542 097.2
OXI	69	463 173 598.2
Núcleos Ejecutores	108	144 860 561.1
Contratación Directa	22	40 485 012.28
Endeudamiento Externo	4	18 976 737.17
< 8 UIT	2	64 176.62
No se precisa	872	2 594 147 554
TOTAL	28211	68 283 117 252

Fuente: Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF

Elaboración propia, 2023

En el periodo analizado, se registraron 28 211 inversiones distribuidas en ocho (8) modalidades de ejecución, de las cuales 16 702 obras son ejecutadas por la modalidad de contrata y 10 390 por administración directa, siendo ambas las modalidades más utilizadas para ejecutar obras públicas. En este punto, es pertinente señalar que la modalidad de contrata prácticamente quintuplica el presupuesto de las obras por administración directa.

Tabla 1. Obras por administración directa según año de aprobación/viabilidad y porcentaje de monto ejecutado

AÑO VIABILIDAD	NÚMERO OXAD	MONTO ACTUALIZADO	DEVENGADO ACUMULADO	SALDO NO EJECUTADO	% DEL MONTO EJECUTADO
2017	296	421167352.3	115710212.5	305457139.8	27.47
2018	1240	1085864873	341024299.5	744840573.5	31.41
2019	2210	3192453219	771453140.4	2421000079	24.16
2020	2108	2710946069	593865435.4	2117080634	21.91
2021	2267	2321993369	605210997.2	1716782372	26.06
2022	2236	1688223694	243819135.8	1444404558	14.44
2023	35	19064258.68	785024.68	18279234	4.12
TOTAL		11439712835	2671868245	8767844590	23.36

Fuente: Consulta avanzada Banco de Inversiones MEF

Elaboración propia, 2023.

De la referida Tabla se destaca que, en el año 2017, se inició la implementación del nuevo sistema Invierte.pe para la inversión pública. Esto pudo haber generado un período de adecuación y transición, lo que se refleja en el menor número de obras registradas por

administración directa en ese año (296) en comparación con los años posteriores donde se ha mantenido una media superior a las 2000 obras. Es probable que a medida que el sistema se implementó y los funcionarios públicos se familiarizaron con él, la cantidad de obras haya aumentado en los años siguientes hasta mantener un número casi constante de dos mil obras anuales.

Existe una media constante de la cantidad de obras por administración directa. Se observa una tendencia ascendente hasta el año 2021, donde se alcanza la cifra más alta de 2,267 obras; sin embargo, los años 2019, 2020, 2021 y 2022, se registra un número de obras superior a las 2000, relativamente cercano, lo que indica que este número es una constante en las obras ejecutándose por esta modalidad año a año. Sin perjuicio de ello, se debe precisar que el año 2023 el número de obras bajó a treinta y cinco (35), lo cual se debe al cierre anticipado del análisis para la presente investigación que fue hasta el 8 de marzo de 2023 y no refleja el número total de obras para todo el año.

El monto actualizado asignado a lo largo del período analizado muestra variaciones significativas entre los años:

- El año 2017 registra un monto actualizado asignado de S/ 421 167 352.30 soles, el cual es el más bajo de todo el período. Esto puede deberse a la implementación del nuevo sistema Invierte.pe y el período de adecuación.
- A partir del año 2018, se observa un aumento gradual en los montos actualizados asignados, alcanzando su punto máximo en el año 2019 con 3 192,453,219 soles; no obstante, es importante destacar que el año 2023 presenta un monto actualizado asignado relativamente bajo hasta el 8 de marzo, lo cual puede ser atribuido al cierre anticipado del análisis y no refleja el monto total asignado para todo este año.
- En relación con el porcentaje de gasto, este se calculó dividiendo el gasto acumulado entre el monto actualizado asignado y multiplicándolo por 100. A lo largo del período analizado, se observan diferentes niveles de porcentaje de gasto del presupuesto asignado, lo que indica el porcentaje de utilización de los recursos asignados.
- El año 2023 presenta el porcentaje de gasto más bajo, con un valor de 4.12%. Esto se debe nuevamente al cierre anticipado del análisis al 8 de marzo de 2023. En todo caso, si se toma en consideración los años completos, el año 2022 muestra el porcentaje de gasto más bajo, con un valor del 14.44%.

- Por otro lado, en el año 2018 se registra el porcentaje de gasto más alto con 31.41%, lo que indica una mayor ejecución de los recursos asignados.

En conclusión, el análisis comparativo considerando las variables mencionadas refleja la evolución de las obras ejecutadas por administración directa a lo largo del período analizado. Aunque existen algunas fluctuaciones y desafíos en términos de eficiencia de gasto y ejecución de proyectos, es importante destacar el progreso en la cantidad de obras y la disminución del saldo no ejecutado en el marco del sistema Invierte.pe.

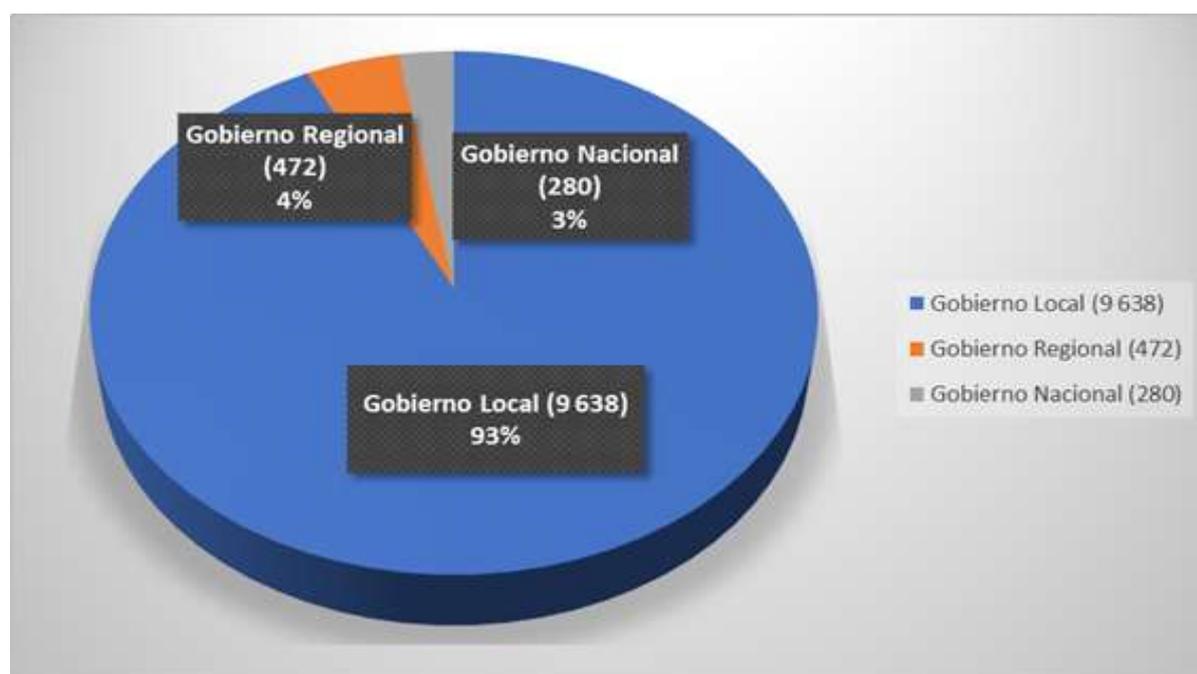
Tabla 2. Obras por administración directa según el nivel de gobierno: gobierno local (GL), gobierno regional (GR) y gobierno nacional (GN):

Nivel de Gobierno	Número de obras	Monto total inversiones	Ejecutado	Saldo por ejecutar / no ejecutado	% del monto ejecutado
GL	9638	8419027272	2540088819	5878938453	30.17
GR	472	1929491198	546457909	1383033289	28.32
GN	280	1091194365	560859163.1	530335201.9	51.40
TOTAL	10390	22879425670	7294811782	15584613888	

Fuente: Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF

Elaboración propia, 2023

Gráfico 2. Número de obras por administración directa con ejecución de gasto, según nivel de gobierno



Fuente: Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF

Elaboración propia, 2023

En este gráfico y tabla se advierte que los Gobiernos Locales presentan el mayor número de obras registradas, con un total de 9 638 obras (93%). En segundo lugar, se encuentran los Gobiernos Regionales con 472 obras (4%) y el Gobierno Nacional con 280 obras (3%). Esto muestra que los Gobiernos Locales están ejecutando una mayor cantidad de obras por administración directa en comparación con los otros niveles de gobierno.

Por otro lado, respecto al monto asignado, el nivel de Gobierno Nacional tiene asignado el menor monto y también cuenta con menos obras en comparación con los Gobiernos Locales y los Gobiernos Regionales. Asimismo, el Gobierno Nacional ha logrado una alta eficiencia en la ejecución del presupuesto, lo que indica una gestión eficiente de los recursos asignados.

Asimismo, en relación con el gasto del presupuesto, el Gobierno Nacional presenta el mayor porcentaje de gasto del presupuesto, con 51.40%. Le siguen los Gobiernos Locales con el 30.17% y el Gobiernos Regionales con un 28.32%. Esto indica que el Gobierno Nacional ha logrado ejecutar un mayor porcentaje de los recursos asignados en comparación con los otros niveles de gobierno, pero también es el que tiene menos obras.

En resumen, el Gobierno Nacional tiene asignado un menor monto presupuestal en comparación con los otros niveles de gobierno, pero también cuenta con menos obras en ejecución. Por otro lado, los Gobiernos Locales tienen la mayor cantidad de obras registradas, y su porcentaje de eficiencia de gasto apenas supera el 30%. Los Gobiernos Regionales, si bien tiene mucho menos obras registradas en comparación con los Gobiernos Locales, se advierte que su ejecución de gasto es similar a la de estos últimos, pues bordea el 30%. Estos resultados sugieren que cada nivel de gobierno tiene fortalezas y enfoques diferentes en la gestión de las obras.

Tabla 6. Obras por administración directa según la región donde se ejecutan o ejecutarán

	NÚMERO DE OBRAS POR ADMINISTRACIÓN DIRECTA EN EJECUCIÓN O POR EJECUTARSE
Cusco	949
Lima	903
Puno	834
Junín	784

Huancavelica	678
Cajamarca	628
Ayacucho	601
Áncash	570
San Martín	526
La Libertad	492
Apurímac	491
Huánuco	475
Arequipa	419
Loreto	388
Amazonas	284
Ica	274
Piura	243
Tacna	158
Pasco	143
Moquegua	139
Ucayali	139
Lambayeque	101
Tumbes	80
Madre de Dios	58
Callao	33
Total	10 390

Fuente: Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF
Elaboración propia, 2023

En esta Tabla se puede observar que las regiones donde se ejecutan o se ejecutarán una mayor cantidad de obras por administración directa son Cusco, Lima y Puno, con 949, 903 y 834 obras, respectivamente, cuya viabilidad o aprobación se registró desde 23 de febrero de 2017 al 8 de marzo de 2023.

Por otro lado, las regiones con una menor cantidad de obras ejecutadas o por ejecutarse mediante administración directa son Tumbes, Madre de Dios y Callao con 80, 58 y 33 obras respectivamente.

En resumen, se destaca la asignación significativa de recursos financieros a obras ejecutadas por administración directa, el aumento gradual en el número de obras a lo largo de los años, y la variabilidad y bajo porcentaje de ejecución de gasto.

5. Análisis de eficiencia de gasto presupuestal y eficiencia de plazos en la ejecución de obras por administración directa.

En este apartado, se han seleccionado obras ejecutadas por administración directa para identificar el presupuesto de obra aprobado del expediente técnico y el monto que finalmente se gastó al ejecutarla (con fecha de corte al momento de realizar esta investigación, pudiendo estar la obra aun en ejecución o culminada). Asimismo, de modo similar, se identificó el plazo de ejecución de la obra aprobado en el expediente técnico y el plazo en que finalmente se ejecutó la obra hasta el momento de realizar esta investigación (pudiendo estar la obra aun en ejecución o culminada). Este análisis permitirá obtener información que revele la eficiencia en el gasto presupuestal y en el cumplimiento del plazo; es decir, determinar si las proyecciones iniciales del presupuesto de obra y plazo se cumplieron en la realidad.

Es pertinente indicar que, para este análisis, se seleccionaron las mismas obras que han sido sometidas a los 110 servicios de control (que se analizarán en el apartado inmediato posterior), pues de estas obras también se realizará la evaluación de situaciones adversas identificadas por parte de los OCI. El motivo es que este resultado de eficiencia de presupuesto y plazo se complementa con los resultados de las situaciones adversas identificadas por los OCI en las mismas obras.

Por otro lado, una limitación fue que la información del presupuesto y plazos de ejecución se obtuvieron del Banco de Inversiones del MEF o de los propios informes de control, pero no se obtuvo esos datos de todas las obras, por lo cual, de los 110 informes de control, solo se obtuvo resultados del gasto del presupuesto de 109 obras y de la evaluación de eficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de 78 obras. Finalmente, se precisa que este es un análisis realizado por los autores de esta investigación, siendo independiente al análisis de situaciones adversas realizado por los OCI del acápite posterior.

5.1. Ineficiencia en el uso del presupuesto: diferencia entre el presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico y el monto utilizado en la obra

El detalle del porcentaje de variación entre el presupuesto de obra inicial (aprobado en el expediente técnico) y el realmente ejecutado o gasto se encuentra en el Anexo n.º 3. A continuación, se muestran las obras que tuvieron una mayor diferencia entre el presupuesto de obra inicial y final:

Tabla 7. Eficiencia del gasto presupuestal

	Entidad	Código Único de Inversión – Tipo de obra	Presupuesto inicial en S/	Presupuesto final en S/ (en ejecución o culminado)	% variación (presupuesto inicial y final)
1	Municipalidad Provincial de Pachinea	2505995 – Cerco perimétrico	315,000.00	2,330,765.33	639.93%
2	Gobierno Regional Ayacucho	2333481 - Servicio educativo	2,084,887.03	8,410,796.08	303.42%
3	Municipalidad Distrital de Independencia - Lima	2269001 - Acceso peatonal	135,421.30	374,314.42	176.41%
4		2097765 - Muro de contención	132,692.00	477,700.50	260.01%
5	Universidad Nacional de San Cristóbal de Huamanga - Ayacucho	110091 - Infraestructura académica	8,416,817.95	35,802,011.72	325.36%
6	Municipalidad Distrital de Ilabaya - Jorge Basadre- Tacna	2448177 - Reparación de sistema de riego	373,157.09	1,260,263.68	237.73%
7	Proyecto Especial Alto Huayaga	2062526 - Micropresa	1,040,329.00	3,363,232.00	223.29%

Fuente: Búsqueda Avanzada del Banco de Inversiones del MEF / Informes de Control de los OCI de la CGR.

Elaboración propia, 2023

A mayor detalle, de las 109 obras analizadas, 89 tuvieron un incremento entre 1% y 640% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 72% de obras requirieron un incremento presupuestal, conforme al siguiente detalle:

- 16 obras reportan un incremento presupuestal entre 1 y 15%;
- 9 obras entre 16 y 30%;
- 19 obras entre 31% y 50%;
- 11 obras entre 51% al 75%;
- 9 obras del 76% al 100%;
- 9 obras entre el 101% y 150%;
- 5 obras entre el 151% al 200%;
- 4 obras entre el 201% al 300%;
- 2 obras entre 301% a 400% y
- 1 obra específicamente tuvo un incremento del 639%.

De otra manera, se puede advertir que 28 obras reportan incremento entre el 16 y 50%, y 41 obras entre el 51% y el 639%. Es importante advertir, sin embargo, que muchas de estas obras aún se encuentran en ejecución, es decir, probablemente los montos de incremento del presupuesto de obra aun puedan aumentar más, lo que agrava más la situación descrita.

Entonces, las preguntas son: ¿cómo se controla que se eviten estos incrementos significativos del presupuesto de obra?, ¿no existe un límite razonable para que estas variaciones solo sean posibles hasta cierto límite presupuestal? La respuesta es negativa. No existe un límite en la Resolución de Contraloría 195-88-CG que evite, impida o castigue (responsabilice) cuando las entidades gastan en una obra un presupuesto abismalmente distinto con el que iniciaron su ejecución.

Ahora bien, en el marco de la LCE, los incrementos presupuestales, sea por necesidad de adicionales de obra o mayores metrados, pueden ser aprobados por la propia Entidad cuando no pueden superar el 15% del monto contractual, pues si superan tal porcentaje —y solo hasta el 50%— es necesaria una autorización para la ejecución y pago por parte de la CGR. Y, por último, en caso la variación del monto contractual supere el 50%, se debe resolver el contrato.

Por su parte, la Resolución de Contraloría 195-88-CG no cuenta con límites presupuestales para controlar el incremento del presupuesto de obra, ni tampoco regula en sí alguna figura para aprobar adicionales o mayores metrados, estando ante un vacío que es justamente el que no impide, normativamente, que las entidades gasten hasta, como se ha visto, hasta el 639% del presupuesto de obra inicial.

Se considera que este vacío en la modalidad de administración directa es una deficiencia regulatoria o de diseño con el cual la Resolución de Contraloría 195-88-CG no permite el control de eficiencia del gasto público, pues si la obra, durante su ejecución, reporta este tipo de variaciones, es un indicador o señal de un uso indebido del presupuesto en base a un deficiente expediente técnico o gerenciamiento, el cual lamentablemente, en este momento, no es posible ni impedir ni castigar.

Por otro lado, de las obras analizadas, 17 reportan una ejecución presupuestal menor a la presupuesto de obra del expediente técnico, lo que de momento da indicios de estar siendo ejecutada en términos de eficiencia económica; no obstante, hay dos problemas con ese resultado favorable: i) son obras aún en ejecución y, por ende, ese presupuesto puede aumentar

conforme avance la obra y este resultado favorable puede cambiar negativamente; y, ii) en todas estas obras se han encontrado otro tipo de situaciones adversas o riesgos, pues aún están en ejecución o no han sido liquidadas, lo que implica que el resultado puede variar (entidades no tienen la capacidad técnica y operativa, no se ejecuta conforme al expediente técnico o deficiencias constructivas).

5.2. Ineficiencia en el cumplimiento del plazo de ejecución de obra: diferencia entre el plazo de ejecución aprobado en el expediente técnico y el plazo real.

Tabla 8. Eficiencia del plazo de ejecución

	Entidad	Código Único de Inversión – Tipo de obra	Plazo inicial (días calendarios)	Plazo final - días calendarios (obra en ejecución o concluida)	% variación (plazo inicial y final)
1	Municipalidad Provincial de Pachinea	2505995 – Cerco perimétrico	90	1800	1900.00%
2	Municipalidad Distrital de Independencia - Lima	2266746 – Protección vial	42	882	2000.00%
3	Municipalidad Distrital de Ilabaya - Jorge Basadre- Tacna	2448182 - Reparación del sistema de riego	60	1232	1953.33%
4	Municipalidad Distrital de Independencia - Lima	2413499 - Protección en AAHH	45	1460	3144.44%
5		2269014 - Acceso peatonal	60	1460	2333.33%
6	Municipalidad Distrital de Íllimo	2399607 - Matadero municipal	90	2159	2298.89%
7	Municipalidad Distrital de Independencia-Lima	2269014 - Acceso peatonal	60	1399	2231.67%

Fuente: Búsqueda Avanzada del Banco de Inversiones del MEF / Informes de Control de los OCI de la CGR.

Elaboración propia, 2023

A mayor detalle, de las 78 obras analizadas, se reporta que 72 tuvieron una ampliación entre 1.11% y 3144% del plazo de ejecución de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 92% de obras no se ejecutaron en el plazo previsto, conforme al siguiente detalle:

- 9 obras tuvieron un incrementó el plazo entre 1 y 43% del plazo inicial;
- 18 obras entre el 52 y 100%;
- 10 obras entre 108% y 285%;
- 7 obras entre 338% al 443%;
- 10 obras del 508% al 893%;

- 10 obras entre el 1117% y 1953%;
- 5 obras entre el 2000% al 3145%

Es importante advertir, sin embargo, que muchas de estas obras aún se encuentran en ejecución, es decir, probablemente los plazos de ejecución aun puedan aumentar más, lo que agrava más la situación descrita.

Entonces, las preguntas son: ¿cómo se controla que se eviten estos incrementos significativos del plazo de ejecución de obra? La respuesta es que no existe una figura o restricción en la Resolución de Contraloría 195-88-CG que evite, impida o castigue (responsabilice) cuando las entidades ejecutan la obra en un plazo abismalmente distinto del que se consideró en el expediente técnico al iniciar su ejecución.

Ahora bien, en el marco de la LCE, las ampliaciones de plazo están reguladas, permitiéndose solo cuando la causa sea ajena a la voluntad del contratista y siempre que afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra. Las causas para aprobar una ampliación son: “a) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista. b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado. c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.”¹²

Por su parte, la Resolución de Contraloría 195-88-CG no cuenta con una regulación de la ampliación de plazo, estando ante un vacío que es justamente el que no impide, normativamente, que las entidades amplíen, libremente, como se ha visto, hasta el 3145% del plazo inicial de obra.

Se considera que este vacío en la modalidad de administración directa es una deficiencia regulatoria o de diseño con el cual la Resolución de Contraloría 195-88-CG no permite el control de eficiencia del plazo en que se deben ejecutar las obras para ser entregadas a la

¹² Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 197. Causales de ampliación de plazo

El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por cualquiera de las siguientes causales ajenas a su voluntad, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente al momento de la solicitud de ampliación:

a) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.

b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra.

En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.

c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.”

población beneficiaria. Y, además, hay que sumar que una ampliación de plazo también genera mayor presupuesto, pues mantener más tiempo del previsto el personal de obra, o brindar mantenimiento a la maquinaria o equipos, así como disponer de gastos generales en ese periodo, también genera que las obras requieran, así como se retrasan, también generen un mayor presupuesto durante ese periodo, cuestión que, lamentablemente, en este momento, no es posible controlar ni impedir.

Por otro lado, de las obras analizadas, 5 reportan un plazo de ejecución menor al establecido en el expediente técnico, lo que de momento da indicios de estar siendo ejecutada en términos de eficiencia en la gestión del tiempo; no obstante, hay dos problemas con ese resultado favorable: i) son obras aún en ejecución y, por ende, el plazo puede ampliarse conforme avance la obra y este resultado favorable puede cambiar negativamente; y, ii) en todas estas obras se han encontrado otro tipo de situaciones adversas o riesgos, pues aún están en ejecución, lo que implica que el resultado puede variar.

6. Análisis de ciento diez (110) informes de control emitidos por los Órganos de Control Institucional (OCI) bajo la autoridad normativa y funcional de la CGR, en servicios de control practicados a obras por administración directa.

En este apartado se abordará la siguiente pregunta de investigación: ¿cuáles son las causas que limitan la eficiencia de la ejecución de obras públicas por administración directa? El objetivo es identificar y analizar las causas que limitan la eficiencia en la ejecución de obras públicas por administración directa, a través de la evaluación de ciento diez (110) informes de control emitidos por los OCI bajo la autoridad normativa y funcional de la CGR, desde el 2019 hasta el 2023.

Los informes de control se obtuvieron del Buscador de Informes de Control de la página web institucional de la CGR¹³. El criterio de búsqueda fue utilizar el siguiente término: “administración directa”. El criterio de selección ha sido en el orden de resultados obtenidos a partir de la búsqueda, es decir, los ciento diez (110) primeros informes que arrojó la búsqueda, respetando el orden que el buscador automáticamente brindó. No obstante, se debe aclarar que en los casos en los cuales los informes de control no estaban relacionados al tipo

¹³ Contraloría General de la República (s.f.). *Buscador de Informes de Control*. <https://buscadorinformes.contraloria.gob.pe/BuscadorCGR/Informes/Avanzado.html>

de modalidad de ejecución de obras citadas, se omitió su evaluación y prosiguió con el siguiente informe del orden respectivo.

En consecuencia, las principales situaciones adversas encontradas por los OCI de diversas entidades son las siguientes (se debe precisar que una sola obra auditada puede haber tenido una o más situaciones adversas):

Tabla 3. Situaciones adversas principales halladas por los OCI al practicar servicios de control a obras por administración directa.

Etiquetas de fila	Número de Situación adversa principal
Entidad sin personal técnico administrativo ni equipos necesarios	26
Obra sin liquidación impide conocer su costo real y eficiencia del gasto	18
Entidad sin personal técnico administrativo	11
Entidad no regula internamente el procedimiento específico para ejecución de obras por AD	8
Deficiencias en proceso constructivo	6
Sobrecostos y ampliación injustificada de plazo	5
Obra sin presupuesto	5
Se pagó por partidas no ejecutadas	4
Partidas no ejecutadas	3
Se recibió obra sin haber concluido	3
Entidad ejecuta obra sin maquinaria y equipos propios	3
Obra paralizada	3
Sin cuaderno de obra para control	2
Simulación de procedimiento de selección	2
Pagos indebidos	2
Deficiencias en la elaboración del Expediente Técnico	1
Obra ejecutada sin Expediente Técnico	1
Deficiente indagación de mercado para mano de obra, herramientas y materiales	1
Proveedores incumplieron contrato	1
Cuaderno de obra sin anotaciones	1
Falta de registro en INFOBRAS	1
Almacén no cumple condiciones para conservación y protección de bienes	1
Sin condiciones de seguridad e integridad para el personal	1
Cambio de modalidad sin justificación	1
Perjuicio económico	1
Total general	110

Fuente: Buscador de Informes de Control CGR

Elaboración propia, 2023

Tabla 10. Situaciones adversas secundarias halladas por los OCI al practicar servicios de control a obras por administración directa.

Situación adversa secundaria	Número de situación adversa secundaria
Sobrevaloración (perjuicio económico)	17
Pérdida o daño de materiales	8
Obra paralizada	7
Partidas no ejecutadas	4
Sobrecostos y ampliación injustificada de plazo	3
Entidad no regula internamente el procedimiento específico para ejecución de obras por AD	2
Deficiencia en proceso constructivo	2
Incumplimiento de ET en construcción genera riesgo de no concluir la obra o afectar su vida útil	2
Pagos indebidos	2
Obra sin presupuesto	2
Ampliación injustificada de plazo	2
Se recibió obra sin haber concluido	1
Deficiente supervisión de la obra	1
Desabastecimiento de bienes y servicios	1
Entidad sin personal técnico administrativo ni equipos necesarios	1
Sin condiciones de seguridad e integridad para el personal	1
Obra inconclusa	1
Fraccionamiento en adquisición de bienes y servicios	1
Cuaderno de obra sin anotaciones	1
Obra sin liquidación impide conocer su costo real y eficiencia del gasto	1
Total general	58

En relación con las Tablas N.º 9 y N.º 10, es pertinente indicar que, al analizar los 110 informes emitidos por los OCI, en algunos casos se identificó más de 1 situación adversa. En este supuesto, se optó por seleccionar la situación adversa principal y una secundaria; no obstante, es posible que en las inversiones auditadas existan más de dos situaciones adversas que no se tomaron en consideración para el presente análisis.

Por otro lado, se debe indicar que esta selección aleatoria de informes de control implicó la evaluación de obras por administración directa en 84 municipalidades, 11 gobiernos regionales, 4 empresas del estado y e l Fondo Metropolitano de Inversiones, 6 universidades, 5 entidades del gobierno nacional y proyectos especiales.

A continuación, se analizarán las principales situaciones adversas o causas de problemas identificados en obras por administración directa.

- **Entidad sin personal técnico administrativo ni equipos necesarios (26):** esta representa la principal situación adversa hallada por los OCI en las inversiones sometidas al servicio de control. Sin embargo, a este problema se deben sumar lo siguientes: “Entidad sin personal técnico administrativo” (11) y “Entidad ejecuta obra sin maquinaria y equipos propios” (3), pues estos son el mismo problema identificado de manera individual.

En este escenario, si bien este problema se detectó en cuarenta (40) inversiones de 110, lo que representa el 36.36%, es pertinente aclarar que este es, a su vez, la causa de otros problemas más específicos detectados, como “deficiencias en el proceso constructivo” (6) “sobrecostos y ampliación injustificada de plazo” (5) o “se recibió obra sin haber concluido” (3), pues el no tener ni el personal ni los equipos para ejecutar la obra repercute en estos últimos directamente.

Sobre el particular, a nivel regulatorio, se puede señalar que la Resolución de Contraloría 195-88-CGR exige, como un requisito esencial, que las entidades cuenten con el personal técnico administrativo y los equipos necesarios para ejecutar la obra. Sin cumplir este requisito, en estricto, las entidades no se encuentran habilitadas por la norma para ejecutar la obra por administración directa. El hecho de que, aun en ese escenario, la Entidad opte por aprobar la ejecución por tal modalidad, no solo es una infracción normativa, sino que en la práctica están sometiendo a esas obras a un alto riesgo de que, durante su ejecución, se detecten muchos de los demás problemas identificados en esta muestra de informes de control: paralizaciones, deficiencias constructivas, pagos indebidos, sobrevaloraciones o ampliaciones de plazo injustificadas, entre otras.

Finalmente, es pertinente poner evidencia que las diferentes OCI tienen un criterio diferente entre ellas al determinar qué implica que las entidades cuenten con el “personal técnico administrativo y el equipamiento necesario”, como lo exige la Resolución de Contraloría 195-88-CG. Esto es así porque en algunos casos los OCI son más afines a una lectura literal de este requisito y consideran una situación adversa

cuando las entidades incluyen en el presupuesto de obra la contratación de personal técnico (residente, supervisor) o administrativo (asistentes) o la adquisición del equipamiento (usualmente maquinaria pesada o rodillos, mezcladoras, etc); no obstante, en otros casos se advirtió que el criterio más flexible no se enfoca en esta particularidad condicional para ejecutar la obra sino en determinar la eficiencia en el plazo, presupuesto o en la verificación de la correcta ejecución física de la obra. Aun así, el presente reporte es contundente al demostrar que la causa principal de problemas o riesgos de las obras ejecutadas por administración directa, aun cuando existen dos criterios, es que las entidades incumplen la norma y deciden optar por esta modalidad sin contar con el personal técnico administrativo y el equipamiento necesario para ello.

- **Obra sin liquidación impide conocer su costo real y eficiencia del gasto (18):** si bien solo esta omisión es una situación adversa o irregularidad en sí, también debe quedar claro que, a la vez, es una causa que no permite determinar si existió sobrecostos o perjuicio económico, ni determinar otras situaciones adversas al ejecutarse la obra, como deficiencias constructivas o pagos indebidos por contratación de personal o maquinaria prohibida en esta modalidad, toda vez que no se practicó la liquidación para sustentar los conceptos y gastos reales. Por ende, existe en un número considerable de obras auditadas en esta muestra en los que los OCI no ha podido determinar las situaciones adversas por falta de liquidación de dichas obras y, además, al tratarse en la mayoría de los casos de servicios de control concurrente u orientación de oficio acotada.

No obstante, cobra especial interés detenerse a analizar el numeral 4 del artículo 1 de la Resolución de Contraloría 195-88-CG, pues en esta se exige lo siguiente: “La entidad debe demostrar que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulta igual o menor al presupuesto base deducida la utilidad, situación que deberá reflejarse en la liquidación de la obra”. Con esta regla, lo que se exige a las entidades, por eficiencia, es que la obra por administración directa no cueste más que el haberse ejecutado por administración indirecta. Sin embargo, la dificultad a la cual se enfrentan los OCI o quienes auditan o analizan estas obras es que, justamente, no todas tienen liquidación. Por ende, es una dificultad poder determinar el cumplimiento del requisito del numeral 4 del artículo de la Resolución, de que la obra sea menos onerosa, si es que la entidad no practica la liquidación. Y esto es lo que motiva que el criterio en muchos servicios de control de los OCI justamente sea comunicar a los Titulares de las

Entidades que constituye una situación adversa el no practicarse la liquidación que corresponda.

Ahora bien, resulta más controversial que en los 110 informes de control analizados, los OCI en los pocos casos que sí estuvo ante obras concluidas y liquidadas no haya cuestionado o considerado una situación adversa que esta hayan terminado con un costo mayor al presupuesto inicial. Es decir, el criterio adoptado por los OCI sobre este punto es no considerar una situación adversa o incumplimiento del numeral 4 del artículo 1 de la Resolución de Contraloría 195-88-CG, pasible de generar responsabilidad en los funcionarios, el que la entidad no cumpla con demostrar en la liquidación que la obra por administración directa costó menos que haberlo ejecutado por administración indirecta.

Una cuestión adicional importante es que Entonces, el cuestionamiento es que, producto de un análisis realizado para esta investigación, 86 obras comprendidas en los 110 informes de control de las OCI reportan un incremento entre 0.84% y 639.95% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 72.27% de obras analizadas sufrieron un incremento presupuestal. Ante esta situación, habría correspondido que los OCI, como se indicó, cuestionen el incumplimiento de la resolución, que exige que las obras por esta modalidad no cuesten más que el presupuesto base. No obstante, en ningún caso los OCI han cuestionado este aspecto, lo que lleva a preguntarse si esta disposición de la Resolución es acaso poco razonable como para que nadie la aplique.

Probablemente, una de las causas por las cuales las entidades no liquidan las obras por administración directa es tener un desincentivo en el numeral 4 del artículo 1 de la Resolución, pues en caso las liquiden y el resultado sea haber dispuesto más de 1 sol del presupuesto base inicial de la obra, en estricto, esto debería conllevar a responsabilizar a los funcionarios que aprobaron la ejecución de obra por esta modalidad e incumplir tal regla. Recuérdese que la resolución establece que la liquidación es la que determinará si la obra tuvo un costo igual o menor que el presupuesto base, por lo cual, aun cuando sea evidente a todas luces que las obras hayan superado el presupuesto base, no puede responsabilizarse a nadie por tal incumplimiento mientras no exista una liquidación formalmente aprobada por la entidad primero.

En consecuencia, se piensa que, si las obras por administración indirecta contienen regulaciones de mayores trabajos, metrados o adicionales de obra, como formas de gestionar los cambios o riesgos naturales en cualquier proyecto u obra, cuya finalidad es que las obras concluyan y el presupuesto no exceda determinados límites razonables, entonces no se debería considerar un tratamiento diferente para la administración directa en la cual la obra a construir sigue siendo la misma y solo cambia el responsable de su ejecución; siendo así, se considera posible reemplazarse la figura del numeral 4 del artículo 1 de la resolución por las figuras de los adicionales y mayores metrados.

- **Entidad no regula internamente el procedimiento específico para ejecución de obras por AD (8):** la ejecución de obras por administración directa se encuentra regulada en la Resolución de Contraloría 195-88-CG. No existe otra norma de superior o inferior rango que, complementariamente, regule tal modalidad, ni tampoco la resolución estableció la obligación de que las Entidades emitan normas internas que regulen con mayor precisión esta modalidad. En este escenario, se advierte un problema en el diseño normativo de la citada resolución, pues en el numeral 4 del artículo 1 se estableció que las entidades deben demostrar, con la respectiva liquidación, que la obra tuvo un costo igual o menor que el presupuesto base inicial, lo que implícitamente prohíbe generar pagos por adicionales, mayores metrados, mayores gastos generales o cualquier otro concepto que implique aumentar el presupuesto base inicial. No obstante, las entidades han emitido directivas para regular con mayor detalle la ejecución de obras por administración directa¹⁴, en las cuales se incorporan las figuras de adicionales, mayores metrados o ampliaciones de plazo, en similar sentido que el previsto en la LCE, lo que no ha sido cuestionado por los OCI en los 110 informes de control evaluados en esta investigación. Esta situación conlleva a inducir, como se indicó anteriormente, la carencia de razonabilidad del numeral 4 del artículo 1 de la Resolución, pues, además de no ser observado por la CGR, tampoco es cumplida por las entidades que emiten directivas e incorporan figuras que contravienen abiertamente tal limitación de incremento presupuestal.

¹⁴ Por ejemplo, las Entidades en las cuales se practicó los servicios de control de los OCI en esta investigación, emitieron las siguientes normas para regular la modalidad de ejecución de obras por administración directa: Directiva N.º 001-2020/GR-GG—SGSL-SGO (Gobierno Regional de Ayacucho), Directiva N.º 012-2010-GRA/OPDI (Gobierno Regional de Arequipa); Directiva N.º 01-GODURT-UOSL-MPLP/A (Municipalidad Provincial de Lucanas); Directiva N.º 002-2019 (Municipalidad Provincial de Moho); Resolución de Alcaldía N.º 439-2021/MPSI-A (Municipalidad Provincial de San Ignacio); Directiva Regional N.º 01-2023 (Gobierno Regional Puno).

Ahora bien, esta situación adversa implica que el criterio de los OCI es asumir que la falta de regulación de la modalidad de administración directa por las entidades constituye una situación adversa que “genera el riesgo de un inadecuado control”. Inclusive en casos específicos de los informes de control analizados, el OCI sostiene que “la Entidad no cuenta con directivas internas que regulen los procedimientos de adicionales de obra, ampliaciones de plazo y otros sobre obras públicas por administración directa” (Informe de Orientación de Oficio 002-2020-OCI/0226-SOO); o que una situación adversa es el “no haberse aprobado un adicional de obra en trámite” (Informe de Visita de Control 021-2023-OCI/2901-SVC) o la “imposibilidad de ejecutar el adicional” (Informe de Control Específico 5722-2021-CG/SADEN-SCE).

En estos casos se advierte que los OCI, a pesar de que no existe obligación alguna para que las entidades emitan documentos internos para regular la modalidad de ejecución de obras administración directa, asumen que debería existir tal regulación y esto se demuestra porque una de las principales situaciones adversas encontradas en los 110 informes de control justamente es que recomiendan a los titulares de las entidades de que adopten medidas correctivas para regular la modalidad, inclusive señalando expresamente que se regulen las figuras de ampliaciones de plazo o adicionales. Es decir, en estos casos los OCI están siendo claros en dos asuntos: i) la Resolución de Contraloría 195-88-CGR es insuficiente como marco regulatorio de la modalidad, entre otros aspectos porque lo general de su regulación les impide asignar responsabilidades; y, ii) que no reconocen el numeral 4 del artículo 1 de la citada resolución al realizar sus servicios de control, pues recomiendan regular figuras que tienen una consecuencia directa en justificar el aumento del presupuesto de obra: ampliaciones de plazo y adicionales.

Conforme a lo desarrollado, es importante poner en evidencia que en la Resolución de Contraloría 195-88-CG no se han reconocido figuras como la ampliación de plazo y aprobación de adicionales o mayores metrados, que sin embargo sí han sido desarrolladas en otras modalidades indirectas y su finalidad es permitir efectuar un control financiero y de plazos de la obra. Por ejemplo, a mayor detalle, LCE ha establecido que es posible que una entidad apruebe adicionales o mayores metrados de obra cuando no pueden superar el 15% del monto contractual y, en caso superen el

monto del contrato entre el 15% y 50%, además requieren la autorización de la CGR para su ejecución y pago. En la práctica, cuando los adicionales o mayores metrados superan el 15% se está ante un camino más dificultoso para que la CGR apruebe su ejecución y pago. Sin embargo, con este tipo de restricciones se busca que una obra no termine costándole al estado más del 50% del monto contractual, pues en caso superen este porcentaje, obligatoriamente se debe resolver el contrato¹⁵. En el mismo sentido, la LCE regula la figura de la ampliación de plazo por causas no imputables al contratista que afecten la ruta crítica, estableciendo un procedimiento y plazos rígidos para que el contratista justifique el estar en esta causal.

Lo explicado anteriormente no sucede en el caso de las obras por administración directa, pues la resolución que lo regula no ha previsto las figuras de los adicionales de obra o mayores metrados, ni tampoco la ampliación de plazo. Esta regulación insuficiente no permite efectuar ningún tipo de control presupuestal y de plazos en la obra por administración directa; es decir, la obra ejecutada por administración directa puede iniciar con un presupuesto de 10 millones y terminar costándole al estado 50 millones o más y esto, a nivel normativo, no puede ser observable posteriormente ni remediado con medidas correctivas cuando aún se ejecuta la obra.

Por otro lado, otro tema que se ha podido advertir es que la falta de regulación interna impide que pueda establecerse el procedimiento y responsabilidades para que las entidades aprueben la ejecución de obra por administración directa, pues este control previo no ha sido regulado en la Resolución de Contraloría 195-88-CG y, por ende, en la regulación no se tiene una fórmula para garantizar que las entidades cumplan con acreditar la capacidad operativa y técnica antes de iniciar la ejecución de obra. Por ello, cuando contraloría sostiene que una situación adversa es que no se regule internamente el funcionamiento de esta modalidad, también está impulsando que a través de estas normas internas se pueda establecer el control respectivo para que primero se acrediten las condiciones técnicas y operativas para aprobar luego, bajo responsabilidad, que la obra se ejecute por administración directa, situación que no sucede actualmente.

¹⁵ Numeral 206.7 del artículo 206 del RLCE: “Las prestaciones adicionales de obra y los mayores metrados, en contratos a precios unitarios, en conjunto, no pueden superar el cincuenta por ciento (50%) del monto del contrato original. En caso que superen este límite, se procede a la resolución del contrato, no siendo aplicable el artículo 167 para continuar con la ejecución de la obra se convoca a un nuevo procedimiento por el saldo de obra por ejecutar, sin perjuicio de las responsabilidades que pudiera corresponder al proyectista.”

- **Obras paralizadas**

Una de las principales situaciones adversas identificadas son las obras paralizadas. En los informes analizados se pudo identificar que los motivos por los cuales se llega a esta situación son, principalmente, la falta de disponibilidad presupuestal o el desabastecimiento de materiales. En el caso de la falta de disponibilidad presupuestal es importante evidenciar que se ha señalado que las entidades iniciaron ejecución física sin contar con el presupuesto de obra. Por un lado, las Entidades inician ejecución física sin contar con la disponibilidad presupuestal para ejecutar la totalidad de la obra, a pesar de que la Resolución de Contraloría 195-88-CG establece en el numeral 1 del artículo 1 establece que la entidad debe contar con la “asignación presupuestal correspondiente”. Entonces, al incumplir esa regla, las entidades inician ejecución con un presupuesto parcial asignado, y si no se dispone con el presupuesto restante más adelante, la consecuencia será la paralización de la obra. Por otro lado, se ha advertido que, de 109 obras analizadas en esta investigación, 41 obras tuvieron un incremento del 51% al 639% del presupuesto inicial, lo que evidencia que las entidades sí pudieron garantizar la disponibilidad del 100% del presupuesto de obra establecido en el expediente técnico al iniciar la ejecución, pero que durante la ejecución no tuvieron más recursos para solventar ese incremento y, por ende, las obras entran en paralización.

Sobre este último punto, se considera importante analizar el Reporte de Obras Paralizadas en el Territorio Nacional a Mayo 2023 (Reporte N.º 005-2023-CG/SESNC), emitido por la CGR en el cual se da cuenta de la siguiente información: (Contraloría General de la República del Perú, 2023)

Tabla 11. Obras paralizadas según modalidad de ejecución

Fuente: Sistema Nacional de Obras Públicas – Infobras

Elaboración: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control (SESNC) CGR.

Como se advierte, a mayo del 2023, la modalidad de obras por Administración Directa reporta 886 obras paralizadas, estando focalizado el mayor número de estas en los Gobiernos Locales.

Tabla 12. Obras paralizadas según causal reportada por las entidades

Modalidad de ejecución	Gobierno Nacional		Gobierno Regional		Gobierno Local		Total			
	N.º	Costo actualizado S/.	N.º	Costo actualizado S/.	N.º	Costo actualizado S/.	N.º	%	Costo actualizado S/.	%
Adm. Directa	23	122,905,666	43	382,583,760	820	1,442,702,387	886	55.1%	1,948,191,812	8.6%
Por Contrata	189	8,922,061,093	126	4,425,988,539	359	3,797,725,425	674	41.9%	17,145,775,057	75.7%
Núcleos Ejecutores	43	55,047,918	0	0	0	0	43	2.7%	55,047,918	0.2%
Obras por impuestos	0	0	1	144,602,568	3	28,415,639	4	0.2%	173,018,207	0.8%
APP/ Concesiones	0	0	1	3,148,962,778	0	0	1	0.1%	3,148,962,778	13.9%
Convenio con Organismos Internacionales	1	177,954,129	0	0	0	0	1	0.1%	177,954,129	0.8%
Total	256	9,277,968,805	171	8,102,137,645	1182	5,268,843,451	1609	100%	22,648,949,901	100%
Causales de paralización declara para la entidad	N.º obras paralizadas	Porcentaje %	Costo actualizado s/.	% Costo Actualizado	Saldo de inversión S/.	% de Saldo de Inversión				
Falta de Recursos Financieros y Liquidez	118	9.7%	555,437,635	2.5%	212,965,574	1.9%				
Incumplimiento de contrato	167	12.0%	7,834,652,657	34.6%	4,171,502,793	37.0%				
Discrepancias, Controversias y Arbitraje	65	3.9%	5,263,977,135	32.2%	2,915,733,951	25.9%				
Conflictos Sociales	10	0.7%	333,135,070	1.5%	216,748,964	1.9%				
Eventos Climáticos	14	1.2%	180,347,606	0.8%	45,906,684	0-4%				
Deficiencia en el Expediente Técnico	27	1.9%	489,389,497	2.2%	295,111,775	2.6%				
Abandono de Obra	22	1.7%	115,054,612	0.5%	61,243,238	0.5%				
Falta de Permisos, Licencias y Autorizaciones	8	0.7%	1,396,963,727	6.2%	533,512,721	4.7%				
Disponibilidad de Terreno	11	0.9%	177,732,289	0.8%	30,939,165	0.3%				
Interferencias	6	0.5%	43,667,090	0.2%	29,499,713	0.3%				
Otros (*)	1161	67.0%	6,258,592,583	27.6%	2,751,449,412	24.4%				

Total	1609	100%	22,648,949,901	100%	11,264,563,990	100%
--------------	------	------	----------------	------	----------------	------

(*) Comprende causas no imprevistas, transferencia de gestión, no atribuibles a ambas partes, entre otros.

Fuente: Sistema Nacional de Obras Públicas – Infobras

Elaboración: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control (SESNC) CGR.

En este reporte se han identificado los principales problemas que han causado la paralización de obras públicas, resaltando la falta de recursos financieros y liquidez, el incumplimiento de contrato y las discrepancias, controversias y arbitrajes.

En consecuencia, la modalidad de administración directa tiene más obras paralizadas que las otras modalidades indirectas, y las causas se encuentran en la falta de recursos financieros o liquidez, lo que justamente se identificó en análisis de los 110 informes de control de esta investigación, pero también existen problemas relacionados con obras por modalidad indirecta en las que interviene un contratista (incumplimiento de contrato y controversias) que en caso de la administración directa solo sería posible en caso los proveedores de bienes y servicios incumplan sus obligaciones contractuales o inicien controversias.

7. Entrevista a funcionarios y servidores públicos vinculados a la gestión de obras públicas.

A continuación, se presentan los resultados de las veintiséis (26) entrevistas estructuradas aplicadas a funcionarios y servidores públicos vinculados a la gestión de obras públicas, respecto a la eficiencia de la modalidad de obras por administración directa. La entrevista se elaboró a través del aplicativo Formularios de Google y el enlace se compartió a los entrevistados a través de Google Drive. La selección de entrevistados se realizó por afinidad con los investigadores e, indirectamente, a través de aquellos participaron otros funcionarios o servidores a quienes se compartió la entrevista. Los datos personales de los entrevistados se encuentran en los anexos de la investigación. Asimismo, de los entrevistados, 13 representan a gobiernos locales, 9 al gobierno nacional y 3 a gobiernos regionales.

Gráfico 3. Pregunta 1 de entrevista



Fuente: elaboración propia, 2023

Como se aprecia, de los veintiséis (26) funcionarios y servidores públicos entrevistados, catorce (14) consideran que las obras ejecutadas por contrata son más eficientes que la administración directa y solo cuatro (4) consideran que esta es más eficiente que la contrata; asimismo, cuatro (4) consideran que ambas modalidades son igualmente eficientes y cuatro (4) no fueron partidarios de un resultado concreto.

A continuación, se transcriben las respuestas más relevantes:

Tabla 13. Pregunta 1 de entrevista

“La administración directa resulta eficiente cuando se cuenta con todos los elementos necesarios para la ejecución de la obra, por ejemplo, personal calificado, maquinaria, entre otros que permitan que la obra pueda ejecutarse sin desabastecimiento de alguno de estos elementos”.	“Considero que la administración directa es menos eficiente ya que, en promedio, toma mayor tiempo de ejecución y mayores gastos adicionales a la obra. Sin embargo, es una modalidad alterna en aquellas zonas en las que no hay diversidad de contratista para la ejecución de obras”.
“En términos generales, considero que las obras por contrata muchas veces resultan ser más eficientes que las obras por administración directa, ya que cuentan con mayores recursos para su correcta ejecución y supervisión. No obstante ello, también existen casos en los cuales la ejecución de una obra por administración directa resulta ser la mejor opción,	“Las contrataciones directas son más deficientes que las por contrata, pues el Estado asume los riesgos de la ejecución de obra, y muchas veces no es buen gestor de recursos y personal”.

especialmente, en aquellas obras de poca complejidad que pueden ser atendidas de manera inmediata”;	
“No necesariamente es menos eficiente la administración directa, pues la entidad se encuentra limitada a ejecutar la obra con personal de la entidad, el cual no necesariamente es afín o especializado a la materia. Además, tanto la ejecución como la supervisión de la obra estará a cargo de la entidad, lo cual no necesariamente garantiza un actuar imparcial”;	“Considero que las obras por administración directa son más eficientes, ya que los costos de ejecución son menores o iguales a lo presupuestado dentro del expediente técnico. Lo que nos falta es personal competente con capacidad operativa, equipos necesarios para la ejecución de obras”;
“las obras por administración directas son eficientes en el costo de obra si la entidad cuenta con equipos, maquinaria, personal calificado personal profesional responsable de obra competente mano de obra calificada y un excelente sistema logístico, de lo contrario resulta menos eficaz debido a que se incurrirá en atrasos y por consiguiente los gastos generales variables de personal profesional y mano de obra puede llegar a incurrir en un gasto mayor que si se hubiera contratado la obra en la modalidad por contrata”;	“Considero que las obras por contrata son para obras de gran envergadura y mucha cuantía económica, y las de administración directa para aquellos menos complejos que fácil las entidades pueden asumirlas, ejecutándolas estas mismas”
“La administración directa es menos eficiente que la contrata. Los costos de supervisión y gestión de los contratos menores y el trabajo realizado no se estiman fácilmente al inicio, no se consideran por ser un aparente "ahorro", y eso tiene consecuencias en la pérdida de eficiencia de la ejecución en su conjunto”.	

Fuente: entrevistas

Elaboración propia, 2023

Tabla 12. Pregunta 2 de la entrevista: ¿Qué cree que pasaría si se prohíbe ejecutar obras por administración directa en el país? Explique su respuesta.

Respuestas a favor de las obras por contrata:	Respuestas a favor de las obras por administración directa:
<p>Si se prohíben las obras por administración directa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Mejoraría la eficiencia de obras públicas por contrata. - Mejoraría el gasto del presupuesto público y habría mayor simplificación administrativa. - Mejoraría la capacidad en la gestión de obras públicas. - Los privados serán quienes asuman los riesgos. - Ante la incapacidad de las Entidades para ejecutar obras por Administración Directa, se evitaría que los funcionarios públicos incurran en responsabilidades. 	<p>Si se prohíben las obras por administración directa:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No se tendría una alternativa más para ejecutar de forma eficiente el presupuesto público por entidades que sí tienen la capacidad operativa y técnica. - Habría dificultad para encontrar contratistas de obras en algunas zonas del Perú y fronteras. - Se paralizarían varios proyectos de OXAD. - Aumentaría la ineficiencia y corrupción. - Se ocasionaría un perjuicio a las obras pequeñas donde sí es posible que se apliquen las OXAD. - Habría un mayor gasto en el presupuesto de obra. - No existirían reajustes de precio mediante la representación de coeficientes de incidencia en el

	<p>costo de la obra, como sí se aplica en las obras por contrata, toda vez que las obras por administración directa no consideran la utilidad dentro de sus presupuestos.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Las entidades con bajos presupuestos no podrían pagar una gran parte de su gasto corriente (operadores, repuestos de maquinaria y servicios de maquinaria entre otros). - La principal sería la demora en el aprendizaje de realizar otro tipo de contratos en aquellos pliegos que suelen contratar en esta modalidad directa.
--	--

Fuente: entrevistas

Elaboración propia, 2023

Los resultados obtenidos de la entrevista a los funcionarios y servidores públicos vinculados a la gestión de obras públicas reflejan diversas posturas en cuanto a las consecuencias de prohibir la ejecución de obras por administración directa. Por un lado, los que se encuentran contra la modalidad de obras por administración directa argumentan que su prohibición mejoraría la eficiencia de las obras, impulsaría un uso más eficiente del presupuesto público y simplificaría la gestión administrativa; es decir, resaltan que la administración indirecta transferiría los riesgos asociados a la ejecución de obras.

Por otro lado, los partidarios de las obras por administración directa argumentan que su prohibición limitaría la capacidad de las entidades públicas para ejecutar de manera eficiente el presupuesto, especialmente aquellas que sí cuentan con capacidad operativa y técnica. Se menciona que en algunas zonas del país y en las fronteras podría haber dificultades para encontrar contratistas de obras, lo que podría afectar la continuidad de proyectos en curso. Además, se plantean que la prohibición de esta modalidad podría aumentar la ineficiencia y la corrupción en la ejecución de las obras, así como perjudicar a proyectos de menor escala donde sí es viable.

Estos resultados destacan la complejidad del tema y la existencia de consideraciones tanto a favor como en contra de las obras por administración directa. Cada postura tiene sus argumentos válidos y refleja las diferentes perspectivas y experiencias de los funcionarios entrevistados.

Tabla 134. Pregunta 3 de la entrevista

<p>Pregunta: el Congreso de la República se ha propuesto regular las obras por administración directa (Proyectos de Ley 31/2016-CG, 120/2016-CR, 875/2021-CG, entre otros). En estos proyectos se han establecido diferentes límites para ejecutar obras por administración directa, entre los cuales resaltan las siguientes condiciones: i) solo se habilita usar dicha modalidad si se declara desierto la segunda convocatoria de un procedimiento de selección por falta de ofertas o postores; ii) que el valor referencial de la obra sea inferior al de una licitación pública; o iii) que el presupuesto de la obra no supere las cincuenta (50) UIT. ¿Considera pertinentes y razonables estas tres limitaciones para ejecutar obras por administración directa? ¿Cree que el efecto será positivo o negativo para la gestión de obras públicas en el país?</p>	
<p>Respuestas en contra de la propuesta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No sería razonable. El efecto sería negativo. Propondría que no exista la OXAD, porque son engorrosas, ineficientes y limitantes para la entidad. - Sería perjudicial para aquellas entidades que sí tienen la capacidad para ejecutar directamente sus propias obras, limitándoles su capacidad de respuesta en la atención de la necesidad de la población. - No sería eficiente. Propondría establecer un régimen especial de contratación para los bienes y servicios que servirán de insumos para la obra, así como para el personal. - Sería inapropiado. Existen entidades que sí cumplen los requisitos que se exige actualmente para ejecutar OXAD. - No sería eficiente. Se propone, en su lugar, establecer un régimen especial de contratación para los bienes y servicios que servirán de insumos para la obra, así como para el personal. - En desacuerdo. Propone mejorar las capacidades técnicas de recursos humanos para ejecutar obras públicas, en lugar de la propuesta de los proyectos de ley. - Tendría un efecto negativo limitar las OXAD al tope presupuestal señalado para las Entidades que sí cuentan con capacidad operativa. - Tendría un efecto negativo. Si toda obra se ejecuta por contrata, no habría manera de brindar mantenimiento a la maquinaria con la que cuentan muchas entidades. - Tendría un efecto negativo. La demora en esperar que se declare desierto un procedimiento de selección implicaría un retraso en los plazos para las entidades que sí cuentan con la capacidad operativa. - Tendría un efecto negativo. Se limitaría la disponibilidad del presupuesto. Las partidas tendrán que ser establecidas por el MEF. - El efecto es que no llegaría a utilizarse las OXAD, toda vez que existe un sinnúmero de contratistas capaces de concursar y evitar que se declare desierto el procedimiento de selección. - No se limitaría la ejecución de OXAD. Sin embargo, cabe preguntarse cuántas entidades están preparadas para ejecutar aquellas. - Es limitante y tendrá efecto negativo porque también existen OXAD que tienen un presupuesto alto. 	<p>Respuestas a favor de la propuesta:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es acertada la propuesta. Sin embargo, además, debe exigirse acreditar la capacidad operativa de la Entidad y que la CGR acompañe la ejecución de OXAD. - El efecto va depender de la necesidad de la obra, así como el estudio de impacto social y económico que pueda generar. - A favor de la medida. Por experiencia en FONIPREL, las OXAD no son una buena opción. - Es una medida apropiada. - Es una buena opción.

<ul style="list-style-type: none"> - Será complicado para aquellos lugares donde se exige a la Entidad que los trabajadores sean de las comunidades. - La propuesta no tiene sustento técnico. - Las propuestas no son completas ni atacan el problema de eficiencia por tipo de mercado en el que se desarrollan las obras. Se debería transitar a obras por contrata o similares en todos los pliegos con acceso a mercados. Por razones de eficiencia. Y en aquellos dónde la oferta de postores o proveedores es limitada, como casos especiales y de excepciones, se podría regular la administración directa pero con un protocolo de supervisión mínima y responsabilidades para monitorear costos y plazos totales de la obra. 	
---	--

Fuente: entrevistas.

Elaboración propia, 2023

Tabla 14. Pregunta 4 de la entrevista: en algunas regiones del país es más utilizada la modalidad de obras por administración directa que en otras ¿por qué considera que sucede esto?

<ul style="list-style-type: none"> - Las razones son políticas y de corrupción. - Posiblemente porque para los proveedores más competitivos, que cuentan con las capacidades necesarias económicas y técnicas, les resulta poco atractivo ejecutar proyectos en la sierra del país. - El desarrollo nacional se ubica en la costa. En dicha zona hay mayor oferta para poder participar en procedimientos de selección, generando que haya menos procesos desiertos. A diferencia de ellos, la sierra y selva tienen un menor desarrollo y accesibilidad a la zona de trabajo, lo que podría hacer menos atractivo el participar en procesos de selección en dicha zona. - Las obras están sobrevaloradas, las cuales no brindan un beneficio para el ciudadano y vemos como estas quedan inconclusas y existen presuntos actos de corrupción. - Se debe a la incapacidad operativa para la toma de decisiones y para la ejecución de la obra, no quieren asumir responsabilidades. Tenemos un país con mucha necesidad como las carreteras, hospitales, colegios, etc. - La ejecución de obras por administración directa en los gobiernos regionales y locales son de mayor incidencia debido a que cuentan ya con los requisitos exigidos en este tipo de normas. A lo largo de los años han reforzado sus equipos y personal técnico, debido a la magnitud de obras de sus sectores demanda dichas implementaciones. - Quizá porque las entidades consideran más eficiente que ellas mismas ejecuten las obras; sin embargo, no siempre esto suele ser correcto. - Es para agilizar las contrataciones. - La administración directa permite brindar empleo como obreros a los pobladores donde se ejecutan las obras, generándoles fuentes de ingresos y desarrollo en esas localidades, lo que no sucede con los contratistas y por eso las localidades piden la administración directa - La geografía de la zona propicia una continua actuación de ejecución de obras por administración directa; asimismo, son más los gobiernos locales y regionales los que gozan de maquinaria pesada especial para la ejecución de obras. - Uno de los motivos puede ser la falta de ofertas por parte de ejecutores de obras en esos lugares teniendo la potestad de ser realizadas directamente por los gobiernos locales.

- La falta de capacidad técnica, operativa y mano de obra impiden realizar la ejecución directamente.
- Tienen mayores recursos (canon minero) y dentro de ellas son mayormente las provinciales.
- Los gobiernos locales de la sierra cuentan con menos recursos que los de la costa, por lo que haciendo una buena planificación de sus obras por administración directa logran optimizar sus recursos y cubrir un mayor porcentaje de las necesidades de la población. Una obra por administración directa bien planificada y ejecutada resulta hasta 30% más económico en comparación a una obra por contrata ejecutada en el mismo plazo.
- Por el poco control de auditoría de parte de entidades como contraloría, en las zonas más lejanas sucede que los alcaldes hacen arreglos cuando llega una auditoría y forman parte de la corrupción, y les es conveniente ejecutar cuantas más obras por beneficio personal e incluso existe muchas obras mal ejecutadas en esas zonas lejanas.
- Se debe tomar en consideración que la gestión pública es una medición de ejecución por resultado; sin embargo, se debería precisar que los porcentajes de ejecución deberá acompañarse de la conclusión de la obra y si esta cubre una necesidad para la población.
- Por los acuerdos con las comunidades para dar empleo directo.

Fuente: entrevistas
Elaboración propia, 2023

Como se aprecia, algunos funcionarios y servidores públicos consideran que estas limitaciones son inapropiadas y limitantes para las entidades que tienen la capacidad de ejecutar sus propias obras. Argumentan que la administración directa puede ser eficiente y que se deben mejorar las capacidades técnicas y recursos humanos en lugar de limitarla. Además, se menciona que restringir la administración directa al tope presupuestal propuesto o esperar a que se declare desierto un procedimiento de selección puede tener un efecto negativo en los plazos y la disponibilidad del presupuesto.

Por otro lado, hay funcionarios que respaldan las propuestas legislativas, considerando que son acertadas y necesarias para garantizar una ejecución más eficiente de las obras públicas. Se destaca la importancia de evaluar la necesidad de la obra y su impacto social y económico antes de decidir sobre la modalidad de ejecución. Algunos mencionan su experiencia negativa con la administración directa y creen que estas no son una buena opción.

Resalta, por otro lado, que se haya indicado que la modalidad de administración directa les sirve para brindar empleo local en los lugares donde se ejecutan las obras o que esta modalidad les permita brindar mantenimiento de la maquinaria que es propiedad de la entidad. Sobre estos puntos, es interesante como estos se han convertido en motivos para decidir utilizar esta modalidad y no la eficiencia que en la administración de los recursos que persigue la Resolución de Contraloría 195-88-CG.

En resumen, las respuestas de los funcionarios y servidores públicos muestran una discrepancia de opiniones sobre las propuestas legislativas para regular las obras por administración directa. Mientras algunos consideran que las limitaciones son inapropiadas y limitantes, otros respaldan las propuestas como una medida necesaria para mejorar la eficiencia en la gestión de obras públicas.

El resultado de las entrevistas revela que, si bien la mayor parte de funcionarios y servidores vinculados a la gestión de obras públicas entrevistados consideran que las obras por contrata son más eficientes que la modalidad de administración directa, a su vez, no están de acuerdo en prohibir que se ejecuten obras por administración directa. Esto es importante porque, si bien los entrevistados coinciden, en su mayoría, en que la modalidad no es eficiente, a su vez consideran que una prohibición absoluta perjudicaría a las entidades públicas que sí cuentan con capacidad operativa y técnica para ejecutar obras por esta modalidad; asimismo, rescatan que en algunas zonas del país y en las fronteras podría haber dificultades para encontrar contratistas de obras, lo que podría afectar la continuidad de proyectos en curso; finalmente, plantean que la prohibición de la modalidad perjudicaría a proyectos de menor escala donde sí es viable su gestión.

8. Análisis de la regulación de obras por administración directa en el derecho comparado

Con la finalidad de proponer una mejora en la regulación de la modalidad de obras por administración directa, se ha analizado el derecho comparado de países afines a nuestro sistema jurídico romano germánico, vinculados, además, geográfica e idiomáticamente, con la finalidad de analizar su situación y determinar la aplicabilidad de sus reglas a la propuesta que se brindará con la presente investigación.

Ahora bien, es importante señalar que una de las razones por las que se eligieron los países de España, Argentina, Chile y México es porque advertimos que en dichas legislaciones tienen regulada la modalidad de ejecución de obras por administración directa, independientemente del nombre asignado, lo que no se pudo advertir en otros países producto de la indagación. Por ende, corresponde analizar las legislaciones referidas para que sirvan de insumo en el planteamiento de una mejora regulatoria en nuestro ordenamiento y realidad nacional.

8.1. Ejecución directa de prestación en España

En España, el régimen general de contratación pública se encuentra regulado en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, por la cual se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014.

Esta Ley 9/2017 regula la “contratación del sector público a fin de garantizar que la misma se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

En el artículo 30 de la Ley 9/2017 se “regula la ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados”.¹⁶ Esta norma permite que las Entidad ejecuten obras públicas empleando exclusivamente medios propios o con la colaboración de empresarios particulares, pero siempre y cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:

- “Que la Administración tenga montadas fábricas, arsenales, maestranzas o servicios técnicos o industriales suficientemente aptos para la realización de la prestación, en cuyo caso deberá normalmente utilizarse este sistema de ejecución.
- Que la Administración posea elementos auxiliares utilizables, cuyo empleo suponga una economía superior al 5 por 100 del importe del presupuesto del contrato o una

¹⁶ Un medio propio personificado es “una entidad pública o privada que reúne una serie de requisitos que le facilitan ser declarado así. Los medios propios tienen la posibilidad de recibir encargos por parte de las administraciones públicas que pueden incluir prestaciones propias de los contratos a cambio de una compensación tarifaria. La Ley de Contratos del Sector Público prevé como sistema de cooperación interadministrativa vertical que los entes del sector público puedan encargar a medios propios personificados la ejecución directa de determinadas prestaciones, sin que dicha relación tenga que canalizarse a través de un contrato (art. 31.1.a, art. 32 y art. 33 LCSP). Es decir, sin que les sean de aplicación las disposiciones de la LCSP. <https://www.gobierno.es/blog/medio-propio-personificado>

mayor celeridad en su ejecución, justificándose, en este caso, las ventajas que se sigan de la misma.¹⁷

- Que no haya habido ofertas de empresarios en la licitación previamente efectuada.
- Cuando se trate de un supuesto de emergencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.
- Cuando, dada la naturaleza de la prestación, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo.
- Cuando sea necesario relevar al contratista de realizar algunas unidades de obra por no haberse llegado a un acuerdo en los precios contradictorios correspondientes.
- Las obras de mera conservación y mantenimiento, definidas en el artículo 232.5.
- Excepcionalmente, la ejecución de obras definidas en virtud de un anteproyecto, cuando no se aplique el artículo 146.2 relativo a la valoración de las ofertas con más de un criterio de adjudicación.”

Amoedo-Souto, sobre el particular, señala lo siguiente:

Las técnicas de autoprovisión dentro del sector público se detallan dentro del capítulo de la Ley destinado a regular la racionalidad y consistencia de la contratación del sector público. Esta ubicación refleja la voluntad del legislador de enfocar el conjunto de técnicas de autoprovisión dentro del sector público en una perspectiva de eficiencia y consistencia del recurso a la externalización contractual. La primera técnica de autoprovisión que encontramos es un contenido clásico de las leyes de contratos: la ejecución de obras, suministros y servicios por la propia Administración. Estamos ante los encargos obligatorios de prestaciones a servicios administrativos no personificados, esto es, encargos de autoprovisión estrictamente intra administrativa en los que no hay, *stricto sensu*, una cooperación pública entre dos o más sujetos público administrativos. Su regulación se incluye ahora en el artículo 30, y mantiene sus dos modalidades tradicionales de ejecución:

¹⁷ Al respecto, este requisito se refiere a "justificarse esta economía en función de los recursos propios de la Administración o por ella gestionados que pueda aportar, es decir personal, maquinaria, elementos auxiliares, materiales, etc. Deberá calcularse el importe total que se represente esta aportación de medios respecto al presupuesto de contrata y ver si se consigue el límite del 5 por ciento establecido en la Ley. En cuanto a la posibilidad de que se consiga una mayor celeridad en la ejecución de las obras, deberá justificarse adecuadamente este extremo, indicando y justificando las ventajas que pueda aportar a la Administración esta mayor celeridad.” Proyecto final de máster especialidad gestión autor: José Miguel Palmer Valls y tutora: Dra. Francisca Ramón Fernández. Particularidades de la ejecución de obras directamente por la administración. https://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/14663/TFM_24-08-11%20FINAL.pdf?sequence=1

- Con servicios propios –esto es, integrados en la estructura orgánica administrativa y no segregados mediante personificación independiente.
- Con colaboración de empresarios particulares.

La regulación es muy similar a la anterior, y sigue conservando su carácter no básico, de modo que sigue dejando un amplio espacio normativo para las Comunidades Autónomas (aunque las Comunidades no hagan uso de sus potestades normativas al respecto); pero se incorporan algunas mejoras de redacción menores, y las siguientes dos novedades de interés: a) Desaparición del umbral máximo de ejecución directa de obras. Ha desaparecido el umbral económico máximo de ejecución de obras por la propia administración, que estaba situado en 5.225.000 € (el importe a partir del cual estábamos en contrato de obras sujeto a regulación armonizada). b) Introducción de una regla de racionalización de la ejecución directa de servicios. En materia de realización de servicios, el párrafo tercero incorpora una relevante regla de racionalización de la contratación, que complementa lo previsto por el artículo 28, y que deberán observar los órganos de contratación de la Administración General del Estado: “La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios” (Amoedo - Souto, 2021).

Como lo explica el autor citado, entre las limitaciones para usar este tipo de modalidad no existe un umbral o tope presupuestal. Sin embargo, antes de la promulgación de la Ley 9/2017 sí existió tal restricción, pues solo se podía utilizar la modalidad de “ejecución directa” para obras valuadas en máximo 5.225.000 €. Esta situación es relevante para interés de la presente investigación; no obstante, debe analizarse minuciosamente, pues daría la impresión de que la modificación normativa española fue para brindarle más prerrogativas a las entidades para ejecutar obras por esta modalidad sin una restricción presupuestal; no obstante, esto es cuestionable por dos factores: i) en primer término, la habilitación para utilizar esta modalidad es excepcional, pues su uso solo puede estar justificado legalmente si se presenta alguno de los ocho (8) supuestos previstos en la Ley 9/2017, los cuales están vinculados, básicamente, a la falta de ofertas de contratistas privados en la licitación convocada, a situaciones de emergencia o cuando la entidad cuente con la logística, servicios y materiales para garantizar eficientemente su ejecución; ii) en segundo lugar, porque el citado autor indica que las Comunidades Autónomas no hacen uso de sus potestades normativas respecto a esta modalidad, lo que sugiere que esta modalidad no significa un instrumento relevante para la

ejecución de obras públicas en España, como si lo es en Perú, donde, como hemos evidenciado, es la segunda modalidad con la cual se ejecutan obras públicas.

Conforme a lo indicado, si bien en España no existe actualmente un límite presupuestal para ejecutar obras públicas por “ejecución directa”, lo cierto es que igual esta es una modalidad excepcional del régimen de contratación y solo puede aplicarse cuando se esté ante los ocho (8) supuestos específicos detallados en la norma, con los cuales su utilización se torna de un carácter muy excepcional al ser una opción más para ejecutar obras públicas dentro del marco de contratación pública general, no llegando a constituir un régimen especial.

8.2. Ejecución directa del objeto del contrato en Argentina

El Decreto 1023/2001 regula el régimen de contrataciones de la administración nacional. En el artículo 12 se establecieron las facultades y obligaciones de la autoridad administrativa, señalándose que esta tendrá, entre otras facultades, la prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.¹⁸

En este caso, lo que se permite es que la administración nacional o entidades públicas ejecuten obras directamente, inclusive utilizando los bienes y medios de un contratista, solo cuando este no hubiese cumplido con ejecutar la obra dentro de plazos razonables.

Órtiz de Zárate comenta que esta facultad sólo puede ser ejercida por la Administración cuando medie un incumplimiento grave de las obligaciones por parte del contratista y, por interés público, sea imperioso restablecer las prestaciones, pues caso contrario, correspondería, en principio, la extinción del contrato y la selección de un nuevo cocontratante (Ortiz Zárate & Diez, 2003).

Asimismo, Reguerira indica que, “cuando el incumplimiento del contratista obedezca a razones de fuerza mayor o caso fortuito, se ha entendido que la ejecución directa de las prestaciones por parte de la Administración sería sin responsabilidad para aquel, pero si le

¹⁸ Art. 12, Decreto 1023/01, en el ámbito nacional, y art. 9, Ley 2095, en el orden local.

fuera imputable a éste, el contratista debe responder por los daños y perjuicios que la Administración soportará como consecuencia de la ejecución por sí o como consecuencia de la celebración de un nuevo contrato a fin de ejecutar la prestación no realizada. En estos casos las consecuencias se asimilan a la rescisión por culpa del contratista” (Alonso Regueira, y otros, 2017).

Como se advierte, esta regulación responde a una medida de urgencia que puede adoptar una entidad pública para concluir la ejecución de una obra y siempre que el contratista privado no haya podido cumplir con esta en un plazo razonable por razones de fuerza mayor o caso fortuito.

Por otro lado, en el artículo 9 de la Ley 6021 (que regula la ley general de obras públicas) se establece que las obras, trabajos, instalaciones y adquisiciones deberán adjudicarse mediante licitación pública, quedando exceptuadas de la obligación de este acto y podrán ser adjudicadas mediante licitación privada, concurso de precios o ejecutadas por administración de acuerdo con las normas que establezca la reglamentación, en los siguientes casos:

- Cuando el presupuesto oficial, excluidas las reservas previstas en los artículos 7 y 8, no exceda las sumas que establezca la reglamentación.
- Cuando se tratare de obras u objetos de arte o de técnica o naturaleza especial que sólo pudieran confiarse a artistas, técnicos, científicos, empresas u operarios especialmente capacitados, o cuando deban utilizarse patentes o privilegios exclusivos.
- Cuando las circunstancias exijan reserva.
- Cuando los trabajos de urgencia reconocida o circunstancias imprevistas demandaren una inmediata ejecución.
- Cuando realizada una licitación no haya habido proponentes o no se hubiesen hecho ofertas convenientes.
- Cuando estén comprendidas dentro de la capacidad ordinaria de trabajo de la repartición respectiva.
- Cuando deban realizarse trabajos que resulten indispensables, urgentes o convenientes en una obra en curso de ejecución y su importe exceda las reservas del artículo 7. El importe de estos trabajos no podrá exceder el cincuenta por ciento (50%) del monto total contratado, incluidas las reservas de ley. En todos los casos de excepción deberá

dictaminar previamente el consejo respectivo. (Senado y Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, 1959)

Como se advierte, en el caso de Argentina, la regla general es ejecutar obras por contrata; sin embargo, es posible que las Entidades públicas opten por obras “ejecutadas por administración”, de manera excepcional, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor. Asimismo, también se puede ejecutar por la administración cuando estén frente a alguno de los siete supuestos previstos en el artículo 9 de la Ley 6021, entre los que se encuentra la ausencia de oferta privada, por urgente necesidad o cuando no exceda del presupuesto asignado en el reglamento. Es decir, existen límites claros para el uso de la modalidad de ejecución por administración.

8.3. Obras por administración directa en Chile

El artículo 167 del Decreto N.º 75 de 2004 y sus modificaciones posteriores aprueban el Reglamento para contratos de obras públicas. En esta norma se establece que si, de la verificación de la obra efectuada por la comisión de recepción, resulta que los trabajos no están terminados o ejecutados en conformidad con los planos, especificaciones y reglas de la técnica, o se ha constatado que se han empleado materiales defectuosos o inadecuados, esta no dará curso a la recepción provisional y elaborará un informe detallado a la Dirección, proponiendo un plazo para que el contratista ejecute, a su costa, los trabajos o reparaciones. Sin embargo, también se establece que, cuando el contratista no hiciera las reparaciones y cambios dentro del plazo que la Dirección le fije por oficio, ésta podrá llevar a cabo la ejecución de los trabajos por cuenta del contratista, incluso por trato directo o administración directa, cuando se trate de obras menores, con cargo en primer lugar a las retenciones y, en segundo lugar, a las garantías del contrato. (Públicas, 2004)

Como se advierte, en Chile está permitido que las Entidades públicas ejecuten obras por administración directa solo en caso de que un contratista no concluya la obra adjudicada o no la haya ejecutado conforme a lo establecido en el expediente técnico; no obstante, no está permitido que las Entidades públicas utilicen tal modalidad si no es ante tal supuesto.

8.4. Obras por administración directa en México

El artículo 21 de la Ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas (última reforma publicada DOF 28-05-2009), establece que “las dependencias y entidades según las características, complejidad y magnitud de los trabajos formularán sus programas anuales de obras públicas y de servicios relacionados con las mismas y los que abarquen más de un ejercicio presupuestal, así como sus respectivos presupuestos, considerando que la ejecución deberá incluir el costo estimado de las obras públicas y servicios relacionados con las mismas que se realicen por contrato y, en caso de realizarse por administración directa, los costos de los recursos necesarios, las condiciones de suministro de materiales, de maquinaria, de equipos o de cualquier otro accesorio relacionado con los trabajos, los cargos para pruebas y funcionamiento, así como los indirectos de los trabajos” (Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, 2009).

Asimismo, en el artículo 70 se establece que, “cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 24 de esta Ley, las dependencias y entidades podrán realizar trabajos por administración directa, siempre que posean la capacidad técnica y los elementos necesarios para tal efecto, consistentes en maquinaria y equipo de construcción y personal técnico, según el caso, que se requieran para el desarrollo de los trabajos respectivos y podrán utilizar la mano de obra local que se requiera, lo que invariablemente deberá llevarse a cabo por obra determinada; alquilar el equipo y maquinaria de construcción complementario; utilizar preferentemente los materiales de la región, y utilizar los servicios de fletes y acarreos complementarios que se requieran”. Adicionalmente, se señala de manera expresa que, “en la ejecución de los trabajos por administración directa, en ninguna circunstancia podrán participar terceros como contratistas, sean cuales fueren las condiciones particulares, naturaleza jurídica o modalidades que éstos adopten. Cuando se requieran equipos, instrumentos, elementos prefabricados terminados, materiales u otros bienes que deban ser instalados, montados, colocados o aplicados, su adquisición se regirá por las disposiciones correspondientes a tal materia”.

Por otro lado, en la citada ley se establece que, “previamente a la realización de los trabajos por administración directa, el titular del área responsable de la ejecución de los trabajos emitirá el acuerdo respectivo, del cual formarán parte la descripción pormenorizada de los trabajos que se deban ejecutar, los proyectos, planos, especificaciones, programas de

ejecución y suministro y el presupuesto correspondiente y se verificará que se cuente con el presupuesto correspondiente y los programas de ejecución, de utilización de recursos humanos y, en su caso, de utilización de maquinaria y equipo de construcción. Además, la ejecución de los trabajos estará a cargo de la dependencia o entidad a través de la residencia de obra y una vez concluidos deberá entregarse al área responsable de su operación o mantenimiento. La dependencia o entidad deberá prever y proveer todos los recursos humanos, técnicos, materiales y económicos necesarios para que la ejecución de los trabajos se realice de conformidad con lo previsto en los proyectos, planos y especificaciones técnicas; los programas de ejecución y suministro y los procedimientos para llevarlos a cabo”.

Como se advierte, en el caso de México, la regulación de las obras de administración directa es similar a la que se tiene en Perú, estando ante una modalidad más para ejecutar obras, sin que exista un límite presupuestal para proceder a su uso. No obstante, al igual que en Perú, sí se exige que la Entidad que ejecute obras bajo esta modalidad cuente con el presupuesto suficiente, así como con el personal y equipamiento necesarios. Es decir, se debe acreditar que operativa y logísticamente se está en condiciones de ejecutar la obra.

Estado de Guerrero en México

El artículo 29 de la Ley de obras públicas y sus servicios del estado de Guerrero Número 266, establece que las dependencias, entidades y ayuntamientos podrán realizar las obras públicas y servicios relacionados con las mismas, mediante los procedimientos que a continuación se señalan: por contrato o por administración directa. (Congreso del Estado Libre y Soberano de Guerrero, 2004)

Salvo algunas excepciones se ejecutará obra por administración directa, cuando se deriven de fenómenos naturales o siniestros no previstos, como es el caso de sismos, huracanes, inundaciones, entre otros. Las obras que no se encuentren enmarcadas en el párrafo anterior, se ejecutarán por administración directa siempre y cuando no rebasen el monto de diez mil salarios mínimos. Además de cumplir con lo anterior, las dependencias, entidades y ayuntamientos estarán obligadas a realizar la afiliación de los trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, así como contratar a un perito responsable como supervisor externo colegiado, ya que no pueden ser juez y parte. Una vez que se rebase el monto de diez

mil salarios mínimos, el método a seguir será por licitación pública o por invitación, según sea el caso.

Como es evidente, en este caso, la modalidad de ejecución de obras por administración directa solo puede ser utilizada ante fenómenos naturales o siniestros o, caso contrario, cuando no sobrepasen diez mil salarios mínimos. Es decir, se está ante una modalidad excepcional y limitada para ejecutar obras públicas.

8.5. Resumen de la regulación comparada de obras por administración directa en Argentina, Chile, España y México.

Tabla 55. Resumen de la regulación comparada de obras por administración directa en Argentina, Chile, España y México

País	Ley/Regulación	Requisitos
España	Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público	<ul style="list-style-type: none"> - Colaboración de empresarios particulares o medios propios no personificados. - Ocho supuestos para el uso de la ejecución directa: <ol style="list-style-type: none"> 1. Obras de emergencia. 2. Obras de escasa cuantía. 3. Obras complementarias o accesorias. 4. Obras en las que no haya pluralidad de empresas. 5. Obras que requieren la utilización de medios técnicos o artísticos especiales. 6. Obras de investigación o desarrollo. 7. Obras que deben realizarse en virtud de compromisos internacionales. 8. Obras que sean declaradas de interés público por la administración. - La ejecución directa se considera una opción dentro del marco de la contratación pública general, pero existen límites claros para el uso de la modalidad de ejecución por administración.
Argentina	Decreto 1023/2001	<ul style="list-style-type: none"> - Incumplimiento del contratista dentro de plazos razonables. - Siete supuestos para la adjudicación de obras por administración directa: <ol style="list-style-type: none"> 1. Situaciones de emergencia. 2. Obras de escasa cuantía. 3. Obras específicas que requieren conocimientos técnicos particulares. 4. Obras complementarias a proyectos en curso. 5. Reparaciones o mantenimiento urgentes.

		<p>6. Proyectos de investigación y desarrollo.</p> <p>7. Obras con financiamiento externo.</p> <p>- Límites claros para el uso de la modalidad de ejecución por administración.</p>
Chile	Decreto N.º 15 de 1992	<p>- Incumplimiento del contratista en la terminación de la obra o uso de materiales defectuosos o inadecuados.</p> <p>En ese supuesto, la administración puede ejecutar los trabajos por cuenta del contratista, por trato directo o administración directa, pero siempre que se trate de obras menores.</p> <p>- No se permite el uso de la administración directa en otros casos que no sean los de incumplimiento del contratista.</p>
Estado de Guerrero México	Ley de obras públicas y sus servicios del estado de Guerrero, Número 266	<p>Situaciones Permitidas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Fenómenos naturales o siniestros no previstos (sismos, huracanes, inundaciones, etc.). 2. Obras que no excedan el monto de diez mil salarios mínimos.
México	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados.	<p>1. Capacidades Requeridas:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dependencias y entidades deben formular programas anuales de obras y servicios considerando la ejecución por contrato y administración directa. - Deben contar con capacidad técnica, maquinaria, equipo de construcción y personal necesario. - Se permite utilizar mano de obra local, alquiler de equipo y maquinaria complementaria, materiales de la región y servicios de fletes y acarreos. <p>2. Prohibición de Participación de Terceros:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No se permite la participación de terceros como contratistas en la ejecución de obras por administración directa. <p>3. Requisitos Previos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Emisión de acuerdo con descripción de trabajos, proyectos, planos, especificaciones y presupuesto correspondiente. - Contar con recursos humanos, técnicos, materiales y económicos necesarios. <p>4. Responsabilidad y Entrega:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La dependencia o entidad es responsable de la ejecución y debe entregar los trabajos a la entidad responsable de operación o mantenimiento.

Elaboración propia, 2023

En los países mencionados, Chile, España, México y Argentina, se ha establecido un marco normativo que regula la ejecución de obras públicas por administración directa. Sin embargo, es importante destacar que en todos estos países se han impuesto límites y restricciones para

el uso de esta modalidad. Por ejemplo, restringidas a un límite presupuestal se encuentra la regulación de Guerrero (México), Chile y Argentina; sin embargo, en el caso de España, si bien no existe actualmente un límite presupuestal, son otro tipo de restricciones las que hacen excepcional esta modalidad.

Por otro lado, en Chile se restringe la modalidad a ser usada ante fenómenos naturales o siniestros y a obras menores de cierto monto. En España, se permite en casos de emergencia y cuando la entidad cuenta con capacidad técnica y recursos adecuados. En México, se exige capacidad técnica y recursos. En Argentina, se permite en casos de incumplimiento contractual y cuando las obras no superen ciertos límites económicos o técnicos.

Ahora bien, existe una situación particular entre los países en análisis y el Perú, pues producto de la investigación no se encontró evidencia de que la modalidad de administración directa o ejecución directa esté consolidado como un medio relevante o importante para ejecutar obras públicas. En el caso de España, por ejemplo, el autor citado refiere que las Comunidades Autónomas no hacen uso de sus potestades normativas respecto a esta modalidad, lo que sugiere que esta modalidad no significa un instrumento relevante para la ejecución de obras públicas, como si lo es en Perú, donde, como hemos evidenciado, es la segunda modalidad con la cual se ejecutan obras públicas. Entonces, esta particularidad es importante porque, a pesar de no encontrarse evidencia de que en aquellos países la administración directa sea una modalidad importante para ejecutar obras, aún en ese escenario, han optado por restringirla desde su diseño normativo o regulatorio.

Conforme a lo expuesto, a pesar de que en los países analizados no se encontró que la administración directa o ejecución directa haya posibilitado la gestación de problemas graves en la ejecución de obras (como sí lo tiene Perú), es importante admitir que las restricciones que aquellos han impuesto son relevantes para proponer las alternativas de solución a la problemática hallada en la presente investigación, específicamente en lo vinculado a los límites razonables para su utilización.

CAPÍTULO IV ANÁLISIS Y PROPUESTAS

1. Promulgación de una ley que regule la modalidad conforme a la reserva de ley y principios establecidos en la Constitución.

En principio, conforme a lo desarrollado en el Capítulo anterior, la Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988 no se emitió en amparo de la reserva de ley prevista en el artículo 76 de la Constitución política de 1993, en las que se establece que las obras se ejecutan obligatoriamente por licitación pública y contrata.

En tal sentido, en la medida que esté justificada la necesidad de legitimar la modalidad de ejecución de obras por administración directa, deberá crearse una excepción al régimen constitucional de contratación y ejecución de obras públicas a través de la emisión de una ley, emitida por el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo con facultades delegadas, en la cual se tenga en consideración que dicha modalidad debe regularse considerando, mínimamente, la potencial afectación de principios o derechos constitucionales como la libre iniciativa privada o subsidiariedad económica.

Asimismo, esta ley que debe emitirse, además de establecer las reglas, procedimientos y controles para la ejecución de obras mediante esta modalidad, al ser una excepción al régimen constitucional, tal como lo ha señalado el TC, deberá estar regido, mínimamente, por el principio de transparencia en las operaciones. Para esto último, como se detallará más adelante, deberán promoverse mecanismos para publicitar la gestión de la obra y así poder someterla a control y supervisión.

Asimismo, al ser una excepción al régimen constitucional, tal como lo ha señalado el TC, por la naturaleza de la modalidad, la ley que se promulgue debe garantizar que el aprovisionamiento se realice en aplicación y reconocimiento de los principios de imparcialidad, libre competencia y trato justo e igualitario.

2. Establecer límites objetivos y razonables para que, por eficiencia, esta modalidad de ejecución de obras públicas se utilice de manera excepcional.

Conforme a la información obtenida de la Consulta Avanzada del Banco de Inversiones del MEF, desde el 23 de febrero de 2017 hasta el 8 de marzo de 2023, las Entidades registraron 28 211 inversiones públicas que cuentan con viabilidad/aprobación y están reportando gasto de ejecución por elaboración de expediente técnico o ejecución física. De estas inversiones, en primer lugar se encuentra la modalidad de contrata con 16 702 obras en ejecución y en segundo lugar la modalidad de administración directa con 10 390 obras. Al respecto, los gobiernos locales presentan el mayor número de obras en ejecución por administración directa, con un total de 9 638 (93%). Le siguen los gobiernos regionales con 472 obras (4%) y el gobierno nacional con 280 obras (3%). Esto muestra que los municipios provinciales y distritales son los estamentos que más vienen utilizando la modalidad de administración directa para ejecutar obras.

En relación con la eficiencia, de las 109 obras analizadas, 89 tuvieron un incremento entre 1% y 640% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 72% de obras requirieron un incremento presupuestal; asimismo, de 78 obras analizadas, 72 tuvieron una ampliación entre 1.11% y 3144% del plazo de ejecución de obra aprobado en el expediente técnico; es decir, el 92% de obras no se ejecutaron en el plazo previsto. Este resultado demuestra que la ineficiencia con la que vienen ejecutándose obras por esta modalidad, cuyo presupuesto de obra puede variar sin ningún límite y el plazo puede ampliarse años sin que los órganos de control ni ciudadanía pueda impedirlo, pues no existen restricciones normativas aplicables para ello.

Entre las principales causas encontradas en el análisis de los 110 informes de control emitidos por los OCI se destaca que las entidades no cuentan con personal técnico administrativo ni equipos necesarios para ejecutar obras por administración directa; asimismo, las obras no cuentan con liquidación que permita conocer su costo real y eficiencia del gasto, las entidades no regulan internamente el procedimiento específico para ejecución de obras y se tiene un número importante de obras paralizadas.

Sobre las obras paralizadas, el reporte de la CGR revela que el mayor número de obras paralizadas en el país (886 obras paralizadas) son por administración directa, relegando al segundo lugar a la modalidad de contrata con 674 obras paralizadas. Según el reporte de la CGR, los principales problemas por los cuales las obras se han paralizado, independientemente de la modalidad, son la falta de recursos financieros y liquidez, un motivo que también se ha identificado en los 110 informes de control de esta investigación.

En atención a lo señalado, la problemática asociada a la ineficiencia de la ejecución de obras por administración directa es la falta o deficiencia del personal calificado, equipos (maquinarias, equipos o herramientas) que la Entidad debería acreditar antes de disponer la ejecución de una obra bajo esta modalidad. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Resolución de Contraloría 195-88-CGR establece, justamente, que las Entidades solo pueden utilizar la modalidad de administración directa cuando cuenten con el personal y equipos necesarios; es decir, actualmente, se exige que las entidades garanticen estar en condiciones de ejecutar directamente una obra con la finalidad de que estas no terminen en paralizaciones, abandono o sobrevaloraciones, entre otros problemas; no obstante, a pesar de esta exigencia, ha quedado demostrado que los gobiernos locales, principalmente, no están en condiciones de ejecutar obras por la modalidad de administración directa, por falta de personal técnico administrativo y equipos, pero aun así lo hacen y luego las obras resultan con retrasos de plazos y sobrevaloraciones extremadamente altas, paralizaciones o abandono.

Sobre este último aspecto, es importante indicar que los funcionarios y servidores entrevistados, en su mayoría consideran la administración directa un mecanismo no eficiente, pero no están de acuerdo en prohibir tajantemente o derogar esta modalidad. Esto es importante porque, si bien los entrevistados coinciden, en su mayoría, en que la modalidad no es eficiente, a su vez consideran que una prohibición absoluta perjudicaría a las entidades públicas que sí cuentan con capacidad operativa y técnica para ejecutar obras por esta modalidad; asimismo, consideran que en algunas zonas del país y en las fronteras podría haber dificultades para encontrar contratistas de obras, lo que podría afectar la continuidad de proyectos en curso; finalmente, plantean que la prohibición de la modalidad perjudicaría a proyectos de menor escala donde sí es viable su gestión.

Conforme a lo señalado, en la presente investigación, en el periodo analizado, en relación a las obras ejecutadas por administración directa, se ha demostrado lo siguiente: i) es la segunda

modalidad más utilizada para ejecutar obras públicas; ii) más del 90% de obras por administración directa vienen siendo ejecutadas por gobiernos locales; iii) de las 109 obras analizadas, 89 (el 72%) tuvieron un incremento entre 1% y 640% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico; iv) de 78 obras analizadas, 72 (92%) tuvieron una ampliación entre 1.11% y 3144% del plazo de ejecución de obra aprobado en el expediente técnico; v) entre todas las modalidades, tiene el mayor número de obras paralizadas (886) a mayo del 2023; vi) las situaciones adversas encontradas por OCI, las entidades no cuentan con personal técnico administrativo ni equipos necesarios, las obras no cuentan con liquidación que permita conocer su costo real y eficiencia del gasto, las entidades no regulan internamente el procedimiento específico para ejecución de obras y se tiene un número importante de obras paralizadas; vii) los funcionarios y servidores públicos entrevistados reconocen, en su mayoría, la ineficiencia de la modalidad, pero a su vez no están de acuerdo en su eliminación, sino en una mejora regulatoria.

En tal sentido, la propuesta en este aspecto reconoce las siguientes situaciones:

2.1. Límite presupuestal de 750 UIT para ejecutar obras por la modalidad de administración directa.

Para sustentar la alternativa que mejore la regulación de la modalidad de obras por administración directa, promoviendo su eficiencia, se ha considerado dos argumentos centrales: i) el resultado del análisis del impacto de la regulación en el principio de subsidiariedad económica y libre iniciativa privada; y, ii) el resultado del análisis de eficiencia de la modalidad.

Resultado del análisis de impacto de la regulación en el principio de subsidiariedad económica y libre iniciativa privada.

Conforme al análisis de constitucionalidad realizado en esta investigación, la modalidad de administración directa, en comparación con las otras modalidades de ejecución indirectas, desde su diseño o regulación produce una lesión del principio de subsidiariedad económica y libre iniciativa privada, pues las otras modalidades de ejecución de obras públicas indirectas sí promueven, por su configuración, la libre iniciativa privada, competencia y abstienen al estado de interferir donde de forma más eficiente lo pueden hacer terceros o el sector privado.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta que el análisis realizado sobre este impacto no depende de resultados, sino de alternativas que sean o no menos lesivas para los derechos o principios involucrados.

Siendo así, la modalidad de ejecución de obras por administración directa, regulada con la Resolución de Contraloría 195-88-CG, tal como encuentra diseñada, no se encuentra justificada razonablemente en términos de necesidad frente a otras alternativas de ejecución de obras públicas; no obstante, es importante precisar que esta afirmación no implica la eliminación del ordenamiento jurídico, sino, como se cuestiona Morón, saber hasta qué límite, o en qué circunstancias, es razonable permitir que las entidades utilicen la modalidad de administración directa, lo que podría estar justificado, por ejemplo, si la medida responde a una eficiencia comprobada o a escenarios particulares.

Asimismo, es importante considerar que, en el marco teórico de la presente investigación, se ha identificado que Chile, España, México y Argentina cuenta con un marco normativo que regula la ejecución de obras por administración directa, destacando que en todos estos países se han impuesto límites y restricciones para su uso. En Chile, se restringe su uso a situaciones producidas por fenómenos naturales o siniestros y a obras menores de cierto monto. En España, se permite en casos de emergencia, obras menores y cuando la entidad cuenta con capacidad técnica y recursos adecuados. En México, se exige capacidad técnica y recursos, pero no se establece un límite presupuestal específico. En Argentina, se permite en casos de incumplimiento contractual y cuando las obras no superen ciertos límites económicos o técnicos.

Por lo expuesto, teniendo en consideración la situación descrita, a pesar de la problemática detectada, se considera que la administración directa sí está justificada como modalidad para ejecutar obras públicas, pero solo en la medida que sea excepcional y no un mecanismo discrecional como lo es hoy. Es deseable que el Estado cuente con varios mecanismos para la ejecución de obras públicas, pues esto abrirá la opción para que, llegado el momento de seleccionar, se analicen los riesgos y se escoja aquella modalidad que sea viable y se ajuste mejor a la necesidad y complejidad de la obra a ejecutar.

Resultado del análisis de eficiencia de la modalidad.

Las Entidades, en general, no cuentan con la capacidad técnica y operativa para ejecutar por sí mismas obras públicas complejas o de un alto presupuesto que requiera un gerenciamiento especializado. En la presente investigación se ha puesto en evidencia que las entidades deciden ejecutar obras públicas por administración directa y en el camino aparecen los incidentes relacionados a la falta de presupuesto, abastecimiento inoportuno o extensiones de plazo exorbitantes, que terminan encareciéndolas y abandonadas. Esto se debe, principalmente, a los problemas recurrentes que se han detectado en el análisis de los informes de control de los OCI: las entidades no cuentan con personal y equipos necesarios para ejecutar obras, a pesar de que la Resolución de Contraloría 195-88-CG exige que las entidades acrediten tener aquellos. Esto se suma a que el mayor número de obras paralizadas en el país se encuentran en la modalidad de administración directa.

Ante esta situación, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con el periodo analizado, más del 90% de obras por administración directa están siendo ejecutadas por gobiernos locales, sin que estos necesariamente hayan garantizado tener la capacidad operativa. La cuestión es entender la razonabilidad de permitir que las Entidades ejecuten, ellas mismas, obras técnicamente complejas (con riesgos inherentes) o que rebasen la capacidad razonable que puede tener un municipio distrital o provincial para gerenciar adecuadamente estos proyectos. Con los resultados obtenidos, es cuestionable otorgar a las entidades la entera discrecionalidad de decidir utilizar esta modalidad para obras muy especializadas como la construcción de infraestructura educativa, infraestructura de salud, puentes o carreteras, en los cuales el cumplimiento de las normas técnicas hace necesario contratar empresas constructoras que cuenten con la experiencia mínima en el rubro. Es razonable que la modalidad de administración directa puede utilizarse para ejecutar obras de pistas y veredas, cercos perimétricos, infraestructura deportiva o recreativa, casetas, entre otras, en las que los riesgos inherentes y necesidad de especialización son menores, para lo cual esta modalidad podría ser una alternativa eficiente, pero no necesariamente en el caso de aquellas que requieran equipos de profesionales más especializados y experimentados (por ende, con mayores remuneraciones) para la planificación, ejecución de obra, análisis contractuales y legales, así como departamentos de logística y gerenciamiento para el aprovisionamiento oportuno de sus materiales y equipos, siendo estas condiciones poco probables que las pueda tener una entidad y, en caso de tenerlas, debería saberse a qué costo, pues los resultados de esta investigación demuestran que, de las 109 obras analizadas, 89 tuvieron un incremento entre el 1% y 640% del presupuesto de obra aprobado en el expediente técnico.

Como se ha señalado, si es evidente que muchas obras, dada su complejidad técnica o alto presupuesto, no pueden ser ejecutadas por administración directa, la pregunta es ¿por qué las entidades sí avalan o promueven su uso? Al respecto, en las entrevistas realizadas, algunos funcionarios y servidores públicos señalaron dos razones de fondo importantes: i) que los gobiernos locales utilizan la modalidad de administración directa para adquirir y brindar mantenimiento a la maquinaria que ya que es de su propiedad, con la finalidad no solo de ejecutar obras por administración directa (lo que solamente podría abaratar el presupuesto si con ello se ejecutan varias obras), sino para contar con dicha maquinaria para atender diversas necesidades de la población; y, ii) las entidades deciden utilizar la modalidad de administración directa para poder contratar el personal obrero de las localidades donde se ejecutan las obras y brindarles por este medio un empleo, por razones políticas o de exigencia de los moradores.

En relación con la primera razón de fondo, las entidades consideran en el presupuesto de una obra por administración directa la adquisición o mantenimiento de maquinaria con la finalidad de que la entidad disponga de ella permanentemente y la usen para otras actividades no vinculadas a la obra que motivó su compra o mantenimiento (descolmatación de ríos, apertura de trochas, afirmado de carreteras, atender emergencias de huaicos, deslizamientos, entre otras). Esto se demuestra porque, al efectuar una búsqueda en el SEACE, solo hasta el 6 de agosto del 2023, se advierte que se han convocado 499 procedimientos de selección para la adquisición o alquiler de maquinaria y combustible para estos¹⁹. Sin embargo, si bien adquirir maquinaria para cubrir diversas necesidades es entendible, la modalidad de administración directa no puede servir de canal para su cometido porque se pierde de vista el objetivo principal que es ejecutar una obra con mayor eficiencia de lo que se haría con una modalidad indirecta. Los resultados demuestran que las entidades no están decidiendo ejecutar una obra por administración directa asumiendo que esta modalidad es la más eficiente que hacerlo mediante la contrata, APP, Obra por Impuesto, Núcleo Ejecutor, entre otras, sino que lo justifican como una oportunidad de adquirir nueva maquinaria o porque así podrán brindar mantenimiento a la existente. Entonces, elegir la modalidad más eficiente para ejecutar la obra termina siendo un objetivo relegado o secundario.

¹⁹ El criterio de búsqueda del SEACE fue a utilizar los términos “Administración Directa” y “2023”.

Conforme a lo señalado, si bien las entidades son quienes tienen la prerrogativa y responsabilidad de determinar si tienen la capacidad de ejecutar una obra por administración directa, esto debería implicar que realicen una evaluación de riesgos y el sinceramiento de la capacidad operativa de la entidad, lo que no se ha realizado de manera correcta, pues esta modalidad tiene el mayor número de obras paralizadas y un alto porcentaje de las obras auditadas por las OCI, bajo la autoridad de la CGR, reportaron situaciones adversas porque las entidades decidieron ejecutarlas sin tener el personal técnico administrativo ni los equipos necesarios para gerenciar obras.

En relación con el segundo motivo de fondo, en las entrevistas se ha advertido que una de las razones más importantes por las cuales las entidades deciden ejecutar obras por administración directa es la posibilidad que les brinda este mecanismo de contratar personal para ejecutar la obra, pues en el caso que la obra sea ejecutada por contrata, la selección del personal es una decisión que le compete al contratista y no a la Entidad. Inclusive un gobernador regional se atrevió a decirlo públicamente al indicar “que su gestión priorizará la ejecución de obras por administración directa, como una forma de dinamizar la economía local y generar empleo”.²⁰

Sobre este punto, nuevamente surge la pregunta: ¿se está eligiendo la modalidad de administración directa porque es más eficiente que una modalidad indirecta y se cuenta con la capacidad técnica y operativa? o ¿se está eligiendo la modalidad de administración directa como un medio para brindar empleo en las localidades donde se ejecutan las obras, perdiéndose de vista el objetivo medular de entregar una obra pública a la población?

Si lo que motiva a las entidades para elegir la administración directa es brindar empleo local, sea por rédito político, inserción laboral o presión de las localidades, estos motivos están perjudicando a las propias localidades que esperan tener una obra en funcionamiento y no paralizada por años, en abandono o con retrasos que impactan negativamente en el cierre de la brecha de infraestructura.

²⁰ <https://encuentro.pe/actualidad/destacadas/obras-por-administracion-directa-o-indirecta-cual-es-la-mejor-opcion/>

En este contexto, más adelante se propondrá una alternativa de solución que desvincule a la modalidad de administración directa del beneficio del empleo local, para que la primera sea elegida por las entidades en función de su eficiencia y no por un motivo alterno laboral.

En atención a lo señalado, se justifica establecer un límite presupuestal para la ejecución de obras por administración directa, por la necesidad de que esta modalidad sea menos lesiva de los principios y derechos constitucionales relacionados con la libre iniciativa privada y subsidiariedad económica, así como por la evidencia de ineficiencia del mecanismo en la práctica.

Ahora bien, en relación con esta propuesta de limitación presupuestal, es importante tener en consideración que la CGR remitió al Congreso de la República los Proyectos de Ley 31/2016-CG y 875/2021-CG. Estos proyectos de ley han sido los que más han avanzado en su trámite, habiendo sido aprobados en su oportunidad por el Congreso de la República, tanto el primer Proyecto de Ley 31/2016-CG (que incluyó al Proyecto de Ley 120/2016-CR del Grupo Parlamentario Fuerza Popular), como el segundo Proyecto de ley 875/2021-CG; sin embargo, las autógrafas de ambas leyes fueron observadas por el Poder Ejecutivo [en el gobierno de los Ex Presidentes Martín Vizcarra Cornejo (16 de agosto de 2018) y Pedro Castillo Terrones (15 de agosto de 2022)]

Lo interesante es que en estos proyectos de ley se han establecido diferentes formas de limitar el uso de la modalidad de administración directa, entre los cuales resaltan las siguientes condiciones: i) solo se habilita usar dicha modalidad si se declara desierta la segunda convocatoria de un procedimiento de selección por falta de ofertas o postores; ii) que el valor referencial de la obra sea inferior al de una licitación pública; o iii) que el presupuesto de la obra no supere las cincuenta (50) UIT.

En este escenario, actualmente el Proyecto de Ley 875-2021-CG es el único que continúa en trámite para ser promulgado por insistencia y en él se establece que solo se permitirá la ejecución de obras por administración directa cuando el presupuesto de obra no supere las cincuenta (50) UIT.

Al respecto, se coincide con la CGR en que debe establecer un límite general para habilitar el uso de la modalidad de administración directa; no obstante, en la exposición de motivos de

los citados proyectos de ley no se ha justificado el por qué considerar solo obras con un presupuesto menor a las cincuenta (50) UIT o S/ 247,500.00 (doscientos cuarenta y siete mil con 00/100 soles).

Siendo así, se comparte con esas propuestas de que es razonable limitar el uso de la modalidad de administración directa, pues esta, por su propia naturaleza, debería habilitarse para obras de baja envergadura técnica (nivel bajo de riesgo), lo que puede asociarse con el presupuesto. Por ello, se considera que la alternativa de solución regulatoria para fijar un límite a esta modalidad debería estar alineado con la determinación de la complejidad de un proyecto de inversión, según lo establecido en el Anexo 10 de la Directiva n.º 001-2019-EF/63.01, aprobada con Resolución Directoral n.º 001-2019-EF/63.01, que contiene la “Directiva General del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones”. En esta directiva se establece que en la formulación y evaluación de un proyecto de inversión se aplica los siguientes niveles de documentos técnicos: ficha técnica simplificada, ficha técnica estándar; ficha técnica y estudio de pre inversión. La ficha técnica simplificada se elabora para los proyectos de inversión simplificados, cuyos montos de inversión, a precios de mercado, sean iguales o menores a setecientos cincuenta (750) UIT.

Siendo así, se considera razonable el criterio adoptado por la DGPMI del MEF para inversiones públicas, en las que se encuentra el componente de obra pública; en consecuencia, se debería habilitar, por regla general, que la modalidad de administración directa solo pueda utilizarse cuando el presupuesto de obra definido en el expediente técnico no supere el tope para usar una ficha técnica simplificada de 750 UIT, es decir, para este año 2023, sería el monto equivalente de S/ 3,712,500 (tres millones setecientos doce mil quinientos con 00/100 soles).

Sin perjuicio de considerar que el límite para habilitar el uso de la modalidad de administración directa sea el tope de una ficha técnica simplificada para proyectos de inversión (S/ 3.7 millones), también se considera razonable y justificado que se permita, excepcionalmente, ejecutar obras que superen dicho límite presupuestal, en supuestos específicos como se desarrollará a continuación.

2.2. Excepciones para ejecutar obras por administración directa cuando el presupuesto de obra supere el límite establecido de 750 UIT.

Si bien la regla general propuesta es que solo se puedan ejecutar obras por administración directa cuando su presupuesto no supere el monto de una ficha técnica simplificada de proyectos de inversión (S/ 3.7 millones), se considera razonable y justificado que, excepcionalmente, se permita el uso de esta modalidad en los siguientes supuestos:

Necesidad de ejecutar obras en estado o situación de emergencia. Si bien la normativa de contrataciones del Estado prevé que las entidades, a través de una contratación directa por situación de emergencia, pueden contratar inmediatamente un proveedor para ejecutar obras sin que se realice el procedimiento de selección, lo cierto es que existen situaciones en las cuales ese contexto también justifica que la entidad actúe de manera inmediata y con su propia capacidad técnica y operativa para ejecutar las obras que contengan o eviten los efectos de la emergencia.

Recuérdese que la modalidad de administración directa implica que la Entidad cuente, mínimamente, con el personal y equipos, motivo por el cual, en la medida que estos componentes estén asegurados, sí resulta más eficiente ejecutar una obra a través de esta modalidad en situaciones o estados de emergencia, independientemente de que el presupuesto de obra supere el tope de una ficha técnica simplificada de proyectos de inversión (S/ 3.8 millones), pues la urgencia e inmediatez justificaría adoptar la medida.

Sin embargo, con la finalidad de garantizar la razonabilidad en la elección de la modalidad de administración directa en estas situaciones, es necesario resaltar que una situación de emergencia o estado de emergencia, al ser excepcional, siempre es temporal.²¹ En tal escenario, se justifica habilitar que las entidades opten por ejecutar obras por administración directa solo mientras esté vigente o dure el estado o situación de emergencia, lo que implica que, una vez superado este, la Entidad solo podría continuar ejecutando la obra siempre que esta no reporte un retraso superior al 25% del calendario de obra ni un aumento presupuestal superior al 25%; caso contrario, habiendo superado esos límites, la ejecución del saldo de obra

²¹ Tal como lo analizó el TC en el Expediente n.º 00233-2022-PA/TC.

debería reiniciarse por una modalidad indirecta porque la entidad ya estaría evidenciando una indebida administración de la obra que podría terminar en su paralización o no conclusión.

En caso se declare desierto un procedimiento de selección por falta de postores. En relación con esta excepción, se deben tener presente los derechos fundamentales a la libertad de empresa y libre competencia de los proveedores del estado.

Al respecto, adicionalmente a lo argumentado precedentemente, y haberse evidenciado que el diseño de esta modalidad, *per se*, es limitante de los derechos a la libre iniciativa privada y subsidiariedad económica, también debe reconocerse que el artículo 59 de la Constitución vigente reconoce el derecho a la libertad de empresa en los términos siguientes: “*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]*”.

Sobre el particular, según el TC ha manifestado lo siguiente: “la libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades (STC 0003-2006-PI/TC), y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual” (Cf. STC 3330-2004-AA/TC). (Tribunal Constitucional, 2013)

Asimismo, en la STC 3116-2009-PA/TC, el TC estableció que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones *ius*-fundamentales básicas, entre las cuales se encuentra la posición de *acceso*, mediante la cual se garantiza no solo la potestad de decidir crear empresas, sino también actuar en el mercado o acceder al mercado.

En este contexto, no se encuentra justificación suficiente para que el Estado tenga la habilitación ilimitada o sin restricciones para ejecutar obras públicas con su propio personal y equipos, pues esta prerrogativa no está considerando la potencial afectación de los derechos a la libertad de empresa que válidamente pueden reclamar los proveedores del estado que cuenten con la habilitación legal y técnica para ejecutar obras públicas. Como se analizó anteriormente, Morón, en este punto, ha recomendado que la legislación de este tipo de obras

prevea la posibilidad de impugnación por postores potenciales como un control permanente para verificar que en su ejecución se han cumplido las condiciones de eficacia que se adujeron para optar por tal modalidad.

Entonces, si se tiene en consideración que el Estado podría decidir, de manera arbitraria e irrestricta, ejecutar cualquier obra por administración directa, esto implica cerrar la posibilidad de que el sector privado acceda a competir por obtener una buena pro y encargarse de la ejecución de la obra, en el marco del régimen general y constitucional de contratación pública.

Por lo señalado, se propone que se permita la ejecución de obras por administración directa en el caso que estas superen el tope de una ficha técnica simplificada de proyectos de inversión, solamente cuando acrediten haber convocado un procedimiento de selección y que este se haya declarado desierto por la falta de postores. Asimismo, con la finalidad de evitar que se limite la concurrencia de postores con requisitos o exigencias innecesarias o evaluaciones de ofertas indebidas para forzar la declaratoria de desierto, en la regulación se debe incluir la obligación de que la entidad comunique y remita el expediente de contratación al OCI en caso decida ejecutar la obra pública por administración directa luego de declarar desierto el procedimiento de selección, en cuyo caso el OCI estará obligado a iniciar el servicio de control que corresponda para determinar si existieron situaciones adversas que hayan podido limitar la libertad de concurrencia y competencia para forzar la declaratoria de desierto.

3. Incorporar instrumentos de gestión para la ejecución de obra conforme al presupuesto y plazos establecidos en el expediente técnico.

A continuación, se formulan una serie de propuestas que deberían implementarse en la regulación de las obras por administración directa para mejorar su eficiencia en la gestión de cambios relacionados al presupuesto de obra y plazo de ejecución.

3.1. La ley a emitirse debe establecer un procedimiento y responsabilidades previas para decidir ejecutar una obra por administración directa.

En esta investigación se ha advertido que las entidades deciden ejecutar la obras por administración directa aun sin cumplir con las condiciones técnicas y operativas, y si bien este incumplimiento luego puede ser detectado como una situación adversa por los OCI, lo cierto es que también es necesario adoptar una posición más preventiva que reactiva o correctiva.

Para tal caso, es importante que en la regulación de esta modalidad se establezca el procedimiento y responsabilidades para que las entidades aprueben la ejecución de obra por administración directa, a través de un control previo, para garantizar que las entidades cumplan con acreditar la capacidad operativa y técnica antes de iniciar la ejecución de obra, lo que podría promoverse con la emisión de un informe técnico, un informe legal y un informe presupuestal de las áreas correspondientes de cada entidad, en las cuales se los haga responsables por que se acredite tales condiciones.

3.2. Incorporación del factor de evaluación (puntaje) en la normativa de Contrataciones del Estado (LCE) por contratar personal del lugar donde se ejecutará la obra.

En las entrevistas se ha advertido que una de las razones más importantes por las cuales las Entidades deciden ejecutar obras por administración directa es la posibilidad que les brinda este mecanismo de contratar personal para ejecutar la obra, pues en el caso que la obra sea ejecutada por contrata, la selección del personal es una decisión que le compete al contratista y no a la entidad.

En este escenario, en muchos casos, cuando las entidades deciden utilizar la modalidad de administración directa no evalúan, necesariamente, tener la capacidad técnica y operativa o la complejidad de la obra, sino exigencias que les hacen en las localidades donde se ejecutará la obra de que se contrate el personal que vive en ellas, condicionando este requerimiento al otorgamiento de la licencia social. En otros casos, son las propias entidades las que deciden utilizar esta modalidad para brindar puestos de trabajo por estrategia política. Es así como la modalidad de administración directa para ejecutar determinadas obras, en muchos casos, es elegida por razones que no tienen que ver con que sea la modalidad más adecuada o idónea, sino como un medio para que la entidad brinde trabajo en el lugar de la obra.

Entonces, si muchas obras se ejecutan por la modalidad de administración directa para brindar trabajo, a pesar de que técnica y operacionalmente no sea la modalidad más adecuada, una alternativa que se propone para mitigar este problema es la incorporación de un nuevo factor de evaluación en las obras ejecutadas en la LCE. En el marco de la LCE, un factor de evaluación es un criterio que las entidades pueden incorporar en las bases opcional o facultativamente para que aquellos postores que cumplan tal requisito obtengan un puntaje adicional que los diferencie de sus competidores y puedan obtener un mejor resultado en el otorgamiento de la buena pro. Actualmente, la LCE reconoce solo los siguientes factores de evaluación: “contar con certificación del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo”, “contar con certificación del sistema de gestión de la responsabilidad social”, “contar con certificación del sistema de gestión ambiental”, “haber sido reconocido como empresa hídricamente responsable del “Programa Huella Hídrica”, “contar con certificación del sistema de gestión de la energía”, “haber sido reconocido como “Empresa segura, libre de violencia y discriminación contra la mujer”, “contar con certificación del sistema de gestión antisoborno” y “capacitación en caso de llave en mano”. Esto implica que, por ejemplo, la entidad puede escoger alguno o varios de esos factores de evaluación y otorgar un puntaje a los postores que acrediten su cumplimiento, lo que permitirá que estos obtengan una ventaja frente a sus competidores.

Siendo así, el nuevo factor de evaluación que se propone incorporar consistiría en que se otorgue un puntaje a los postores que contraten un porcentaje mínimo del personal no calificado de la provincia donde se ejecutará la obra, lo que podría acreditarse con la presentación de una declaración jurada en su oferta y que, en caso de incumplir tal obligación durante la ejecución del contrato, sería una causal de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones.

Con esta propuesta, se persigue que la necesidad o intención de brindar trabajo en la zona o localidad donde se ejecutan las obras no signifique una obligación para que las entidades opten, obligatoriamente, por la modalidad de administración directa, sino que puedan tener la opción de elegir la modalidad de contrata que, con la incorporación de dicho factor de evaluación en las bases del procedimiento de selección, también garantizaría que el contratista que obtenga la buena pro contrate un porcentaje mínimo de personal que la entidad requiera conforme a la realidad del lugar.

En consecuencia, se propone incorporar para las obras por contrata, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el factor de evaluación para otorgar un puntaje a los postores que se comprometan a contratar un porcentaje del personal del lugar donde se ejecute la obra, para que cubrir la necesidad de empleo local no se convierta en el motivo principal por el cual una entidad decida ejecutar una obra por administración directa.

3.3. Calendario de adquisición de materiales, equipos y contratación del personal calificado y no calificado, y su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones (PAC).

La Resolución de Contraloría 195-88-CG establece que, para ejecutar una obra por administración directa, las entidades deben contar con el personal técnico administrativo y los equipos necesarios.

Por otro lado, el Proyecto de Ley 875-21-CG, aprobado por el Congreso de la República y observado por el Poder Ejecutivo, establece que la entidad, previamente a la aprobación de la ejecución de obra por administración directa, debe emitir un informe técnico en el que sustente y evidencie que cuenta, entre otros requisitos, con lo siguiente:

(...) d) el personal técnico y administrativo necesario para la ejecución de la obra y (que) están disponibles, de acuerdo con los requerimientos definidos en el cálculo de los gastos generales directos que debe formar parte del expediente técnico. e) La propiedad de los equipos y maquinaria mínimos establecidos en el expediente técnico, en estado operativo, conforme a las cantidades y características requeridas por la complejidad y características de la obra y con la disponibilidad según el calendario de requerimiento de equipos y maquinaria. Los documentos que acreditan la titularidad sobre dichos bienes deben formar parte del expediente técnico. (...) j) Calendario de requerimiento de la contratación de la mano de obra calificada y no calificada necesaria para la ejecución de la obra, de acuerdo con el programa de ejecución de obra.

Como se aprecia, la regulación actual establece que, para ejecutar una obra por administración directa, es necesario contar previamente con la disponibilidad del personal y equipos. En el caso del proyecto de ley, sin embargo, se exige contar con la disponibilidad del personal, la

propiedad de los equipos y maquinaria mínimos y la disponibilidad de equipos y maquinarias, según el calendario de requerimiento. Al parecer, el proyecto de ley pretende diferenciar entre equipos y maquinarias mínimas y aquellas que no sean “esenciales” y puedan adquirirse según el calendario de requerimiento, lo que se considera más adecuado para esta modalidad, pues es probable que las entidades no puedan acreditar la disponibilidad del personal, titularidad de la maquinaria y equipos en el expediente técnico, pues esto implicará que, antes de aprobarse el expediente técnico, se cuente con títulos de propiedad, contratos de alquiler, de cesión en uso, entre otros, cuando muchos de los equipos serán utilizados en alguna etapa de la obra cuando ya se encuentre en ejecución y no de manera permanente.

En tal caso, la regulación actual ha sido técnicamente inadecuada, pues se requería que las entidades cuenten con el personal técnico administrativo y los equipos necesarios, cuando en la práctica estos venían siendo adquiridos o puestos a disposición de las entidades cuando ya se había iniciado la ejecución de la obra, con lo cual los problemas de desabastecimiento se han tornado en uno de los problemas principales detectados en esta modalidad, por falta de programación, planificación y presupuesto.

Por ello, se coincide con la propuesta del citado proyecto de ley de acreditar la titularidad de los equipos y maquinaria esenciales en el expediente técnico documentalmente y que lo complementario se acredite con los cronogramas de adquisición; sin embargo, también se considera que, al momento de aprobarse la ejecución de obra por esta modalidad, de acuerdo a lo previsto en el calendario de adquisición de material, maquinaria y personal, también se acredite su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones (PAC); es decir, se deberá acreditar la programación de los procedimientos de selección para adquirir o alquilar equipos y maquinarias, así como la contratación del personal clave y no clave, cuando corresponda, según la programación que corresponda a los cronogramas. Sobre este punto, debe tenerse en consideración que, si bien la modalidad de administración directa habilita la ejecución de la obra por la propia Entidad, esto no los exonera de adquirir el material, equipo, maquinaria, bienes y personal aplicando la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, por regla general, a través de la convocatoria de los procedimientos de selección correspondientes.

Por ello, la propuesta de incluir la contratación del personal, equipos y maquinaria en el PAC solucionará la dificultad de iniciar una obra y luego no contar con el presupuesto para la

adquisición de la logística o personal, pues al incluirse al inicio en el PAC se tendrá que haber acreditado previamente la habilitación presupuestal necesaria.

3.4. Matriz para la gestión de riesgos.

Las buenas prácticas en la ejecución de proyectos implican gestionar sus riesgos asociados para poder mitigarlos, evitarlos, aceptarlos o transferirlos, así como asignarle a una parte su control, para así evitar que se materialicen e impacten en la conclusión oportuna y eficiente de la obra.

En el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, existe la obligación de que el expediente técnico a ejecutar contenga la identificación y asignación de los riesgos asociados que podrían repercutir en el proyecto. Para tal fin, en el año 2017, el OSCE emitió la Directiva n.º 012-2017-OSCE/CD que tiene como objeto la gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras.

La gestión de riesgos es fundamental para lograr que las obras puedan afrontar los cambios producidos por riesgos inherentes a los proyectos de infraestructura, motivo por el cual se propone que las obras por administración directa también cuenten con un instrumento que permita la identificación y asignación de riesgos en el expediente técnico, los cuales deberán ser gestionados usando una metodología igual o similar a la incluida en los Anexos N.º 1 y N.º 3 de la Directiva N.º 012-2017-OSCE/CD, que son adaptables a la modalidad de administración directa por haberse creado utilizando la metodología estándar del *Project Management Body of Knowledge* (PMBOK).

3.5. Programa de ejecución de la obra y calendario acelerado de obra en caso de retraso.

El Programa de ejecución de obra es la *“secuencia lógica de actividades constructivas que se realizan en un determinado plazo de ejecución; la cual comprende solo las partidas del presupuesto del expediente técnico, así como las vinculaciones que pudieran presentarse. El programa de ejecución de obra se elabora aplicando el método CPM y es la base para la elaboración del calendario de avance de obra valorizado”*.ⁱ²²

²² Definición según el Anexo N.º 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por otro lado, el calendario acelerado de obra es aquel que se le debe exigir a un contratista cuando se encuentre en un retraso que ponga en riesgo la culminación de la obra, debiendo plantear la aceleración de los trabajos de modo que garantice el cumplimiento de la obra dentro del plazo previsto. En el caso de la modalidad de administración directa deberá ser responsabilidad del residente de obra elaborar y cumplir con la incorporación de estos instrumentos.

Para la modalidad de obras por administración directa se solicita la inclusión de ambos instrumentos con la finalidad de controlar el avance de la obra y tener una forma de superar algún retraso que interfiera con la culminación de la obra en el plazo programado.

3.6. Ampliación de plazo con consecuente deslinde de responsabilidades cuando no esté justificada.

La figura de la ampliación de plazo no está reconocida en la Resolución de Contraloría 195-88-CG, ni tampoco se encuentra en el Proyecto de Ley 875-21-CG.

Si bien la modalidad de administración directa implica que las entidades estarán a cargo de la gestión de la obra, esto no debe implicar desconocer que deberán atribuirse responsabilidades en el residente de obra y supervisor de obra designados para en la obra.

En tal escenario, si se pretende dotar de mayor eficiencia a la modalidad, es necesario que el residente de obra, en caso considere que se han presentado eventos que generen la ampliación del plazo de ejecución de obra, acredite dicha circunstancia y le solicite al supervisor de obra que se amplie formalmente dicho plazo. No se entiende el por qué esta modalidad cuenta, actualmente, con la exigencia de tener un residente o inspector (de acuerdo con el presupuesto de la obra), pero sin hacerlo responsable a este por el retraso en la culminación de la obra.

Por lo señalado, no solo es suficiente crear la figura del supervisor de obra como lo plantea el Proyecto de Ley 875-21-GR, sino que deben crearse desincentivos para el cumplimiento del plazo de ejecución de obra, promoviendo que el residente, supervisor de obra y personal asuman su responsabilidades a través del procedimiento formal de ampliación de plazo con el respectivo deslinde de responsabilidades en la Entidad cuando las causas para ampliar el

plazo se hayan producido por la inacción de quienes estén a cargo de la gestión de algún componente de la obra (planificación, abastecimiento, personal, presupuesto, entre otros).

3.7. Adicionales y deductivos vinculados y reducción de prestaciones de obra.

Ni en la Resolución de Contraloría 195-88-CG ni en el Proyecto de Ley 875-21-CG se ha incorporado la figura de los adicionales-deductivos vinculados y reducciones de prestaciones de obra. Para muchos no es deseable que se apliquen estas figuras porque se las asocia, comúnmente, con la asignación de mayor presupuesto; no obstante, en realidad es un mecanismo que permite controlar la modificación del expediente técnico, pues la alternativa técnica tiene que ser aprobada en base a un límite presupuestal, siendo imprescindible su incorporación en la modalidad de administración directa para evitar lo que se encontró en esta investigación: obras cuyo presupuesto terminó siendo abismalmente superior al inicial sin que la norma permita su limitación.

Las causas que podrían generar la aprobación de un adicional o deductivo de obra son las deficiencias del expediente técnico o por la necesidad de ejecutar nuevas prestaciones para cumplir la finalidad de la obra. Ahora bien, una de las principales situaciones adversas encontradas por la CGR en sus acciones de control, en la muestra analizada en la presente investigación, han sido las deficiencias del expediente técnico, se encuentra justificado que se incorpore la figura de los adicionales-deductivos vinculados y reducción de prestaciones de obra, justamente para que las entidades cuenten con una opción legal que les permita modificar el expediente técnico cuando se presenten estos problemas. En el mismo sentido, una situación adversa recurrente encontrada en esta investigación es que el presupuesto de obra del expediente técnico termina siendo ampliado dos, tres, cuatro, hasta seis veces el monto inicial, lo que solo debería permitirse en la medida de que se sustente con las modificaciones del expediente técnico por adicionales-deductivos vinculados.

Asimismo, para limitar las modificaciones indiscriminadas del expediente técnico, es importante tener en consideración que debería adoptarse el mismo criterio de la Ley de Contrataciones del Estado; es decir, solo deben ser procedente la aprobación de un adicional-deductivo de obra cuando el porcentaje de incidencia respecto del presupuesto de obra no sobrepase el 15%, en cuyo caso lo debe aprobar el titular de la entidad, o si sobrepasa el 15% y máximo hasta el 50%, debería aprobarse por el titular de la entidad y obtenerse la

autorización para su ejecución y pago por la CGR. Finalmente, en caso sobrepase el 50% del presupuesto de obra, debería reiniciarse su ejecución por una modalidad indirecta, tal como sucede en el marco de la LCE que, en ese supuesto, obliga a resolver el contrato.

3.8. Reinicio de obra por contrata en caso de paralización injustificada.

Uno de los graves problemas que ha identificado la CGR son las obras paralizadas. Según el Reporte N.º 005-2023-CG/SESNC, a mayo de 2023, la modalidad de obras por administración directa reporta 886 obras paralizadas, estando focalizado el mayor número de estas en los Gobiernos Locales.

Al respecto, se debe tener en consideración que una obra paralizada, de manera injustificada, podría tener diversas causas, pero ello no justifica que en el caso de las obras por administración directa estas permanezcan indefinidamente en ese estado sin que las Entidades adopten acciones para reactivarlas. En este contexto, a fin de brindar una solución a esta problemática, se considera que la ley que regule la modalidad de obras por administración directa debería establecer que el plazo máximo para mantener una obra paralizada sea de tres (3) meses, con la finalidad de que pueda reactivarse la obra, obligatoriamente, luego de ese plazo, mediante la modalidad de contrata, salvo que se acredite que no existen postores luego de haberse convocado el procedimiento de selección respectivo, en cuyo escenario podría optarse por reactivarla nuevamente con administración directa.

Si bien esta propuesta puede significar un retroceso en caso de que no existan postores en el mercado interesados en concluir una obra iniciada por administración directa, lo cierto es que este es un escenario incierto y detrás de la medida también estará el incentivo para que las Entidades actúen inmediatamente para solucionar las paralizaciones injustificadas para evitar tener que convocar un procedimiento de selección para su reactivación.

Una solución similar ha sido adoptada en la Ley que garantiza la reactivación de obras paralizadas (Ley N.º 31589), en la cual se ha establecido que las obras por administración directa paralizadas deben seguir un procedimiento para ser reactivadas mediante la modalidad de contrata; no obstante, de reconocerse esta alternativa en la propia ley que regule las obras por administración directa se evitaría realizar todo el procedimiento de reactivación previsto en la citada ley, pudiendo acortarse el tiempo para llegar al mismo fin, a la vez que se genera

un incentivo para que las Entidades afronten de inmediato las paralizaciones de obra a fin de continuar su ejecución mediante administración directa.

3.9. Utilizar el cuaderno de obra digital, conforme a las disposiciones de OSCE.

La Resolución de Contraloría 195-88-CG exige actualmente que se cuente con un cuaderno de obra; no obstante, en el Proyecto de Ley 875-21-CG se ha establecido la exigencia del cuaderno de obra digital para las obras ejecutadas con la modalidad de administración directa.

La incorporación del cuaderno de obra digital es adecuada al avance tecnológico y quizá sea una de las herramientas más eficientes para transparentar el uso de los recursos del estado, así como el control y fiscalización de la obra. Por este motivo, se concuerda con la propuesta del citado proyecto de ley en que debe exigirse que las entidades que ejecuten obras por administración directa habiliten un cuaderno de obra digital a través del SEACE, conforme a los lineamientos establecidos en la Directiva N.º 009-2020-OSCE/CD, para lo cual deberá autorizarse esta medida a través de la ley que regule esta modalidad de ejecución de obras.

CAPÍTULO V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones:

- La Resolución de Contraloría 195-88-CG del 18 de julio de 1988, que contiene el marco regulatorio para la ejecución de obras públicas por administración directa, no se encuentra conforme a la reserva de ley del régimen de contratación pública previsto en el artículo 76 de la Constitución, motivo por el cual, para establecer una excepción al régimen constitucional de contratación de obras públicas es necesario que el Congreso de la República o el Poder Ejecutivo, con facultades delegadas, promulgue una ley que justifique la incorporación de tal modalidad en el ordenamiento jurídico.

En el periodo analizado, las principales modalidades de ejecución de obras en el Perú, según el número y presupuesto asignado, son la contrata y la modalidad de administración directa, siendo los gobiernos locales son los que más ejecutan estas últimas, comprobándose la relevancia de esta modalidad en el país y también la necesidad de que tenga un adecuado marco regulatorio.

- Se ha identificado evidencia de ineficiencia en la ejecución de obras por administración directa debido a que la Resolución de Contraloría 195-88-CG no impide que el presupuesto de obra y plazo de ejecución puedan incrementar ilimitadamente, lo que puede generar falta de liquidez y, por ende, paralizaciones, ni tampoco se han creado reglas para garantizar que las entidades acrediten que realmente cuentan con personal técnico-administrativo y equipos para ejecutar eficientemente una obra pública, más se ha advertido que el trasfondo que motiva el uso de esta modalidad es adquirir y brindar mantenimiento a maquinaria u otorgar empleo a personas en las localidades donde se ejecutan las obras.

2. Recomendaciones:

- El Congreso de la República o Poder Ejecutivo, con facultades delegadas, debe promulgar una ley que reconozca la modalidad de ejecución de obras por administración directa, en la cual se establezcan las reglas, procedimientos y controles necesarios; asimismo, al ser una excepción al régimen constitucional de contratación de obras

públicas, debe limitarse su uso, por regla general, a aquellas obras cuyo presupuesto no supere el monto de una ficha técnica simplificada de proyectos de inversión (750 UIT) y, excepcionalmente, aun por encima de ese techo presupuestal, solo cuando exista la necesidad de ejecutar obras en estado o situación de emergencia y en caso se declare desierto un procedimiento de selección por falta de postores.

- Se propone incorporar los siguientes instrumentos de gestión para promover la eficiencia en la ejecución de obras por administración directa: i) calendario de adquisición de materiales, equipos y contratación del personal calificado y no calificado, y su inclusión en el Plan Anual de Contrataciones (PAC); ii) matriz para la gestión de riesgos; iii) programa de ejecución de la obra y calendario acelerado de obra en caso de retraso; iv) regular las figuras de ampliación de plazo, adicionales-deductivos vinculados y reducción de prestaciones de obra, reinicio de obra por contrata en caso de paralización injustificada y utilizar el cuaderno de obra digital conforme a las disposiciones de OSCE.
- Se propone incorporar para las obras por contrata, en el RLCE, un factor de evaluación para otorgar puntaje a los postores que se obliguen a contratar un porcentaje de su personal del lugar donde se ejecutará la obra, para que cubrir la necesidad de empleo local no se convierta en el motivo principal por el cual una entidad decida ejecutar una obra por administración directa.

Referencias

Acuerdo de Sala Plena N.º 002-2023/TCE, 002-2023 (Tribunal de Contrataciones del Estado 02 de Diciembre de 2023).

Albújar Cruz , A., Santa Cruz , E., Albújar, J., Gómez , E., & Terrones , S. (2016). *Obras por Impuestos: factores que promueven la participación de la empresa privada*.

Obtenido de Serie Gerencia para el Desarrollo:

https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/105/Gerencia_para_el_desarrollo_55.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Alonso Regueira, E., Cardaci Méndez, A., Cormick , M., Diana, N., Dubinski, G., & Kodelia, G. (2017). *Contratos de la Administración Teoría y Práctica*. Buenos Aires: Diamantes en Almíbar.

Amoedo - Souto, C. A. (2021). ¿Hacer en el sector público o comprar al sector privado? La regulación de la autoprovisión administrativa en España. *Revista IUS ET VERITAS* N.º 62, 106.

Ariño Ortiz, G. (1993). *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Obtenido de Dialnet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=14656>

Banco de Inversiones. (2025 de 10 de 2022). *Plataforma digital única del Estado Peruano*.

Obtenido de Plataforma digital única del Estado Peruano:

<https://www.gob.pe/institucion/mef/pages/918-banco-de-inversiones>

Chang Yong, H. (2015). Obras por Impuestos. Poderosa herramienta para la ejecución de obras de infraestructura. *Tiempo de Opinión*, 26-33.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. (2011). Ley N.º 1437. *Numeral 9 del Artículo 3º*. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Coll Morales, F. (01 de febrero de 2020). *Economipedia*. Obtenido de Obra pública:
<https://economipedia.com/definiciones/obra-publica.html>

Congreso Constituyente Democrático. (29 de diciembre de 1993). Congreso Constituyente Democrático. *Constitución Política del Perú*. Lima, Lima, Perú : Congreso Constituyente Democrático.

Congreso de la República del Perú. (2016). Exposición de motivos del Proyecto de Ley N.º 120/2016-CR - Proyecto de Ley de ejecución de obras por administración directa. Lima: Grupo Parlamentario Fuerza Popular.

Congreso del Estado Libre y Soberano de Guerrero. (30 de 06 de 2004). *Ley de Obras Públicas y sus servicios del Estado de Guerrero Número 266*. Obtenido de Ley de Obras Públicas y sus servicios del Estado de Guerrero Número 266: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://www.ordenjuridico.gob.mx/Es tatal/GUERRERO/Leyes/GROLEY25.pdf

Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos. (30 de Abril de 2009). *Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas*. Obtenido de Diario Oficial de la Federación : https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo29.pdf

Contraloría General de la República del Perú. (2021). *Proyecto de Ley N.º 875/2021-CG*. Lima: Contraloría General de la República del Perú.

Contraloría General de la República del Perú. (2023). *Reporte de Obras Paralizadas en el Territorio Nacional a Mayo 2023*. Lima: Subgerencia de Seguimiento y Evaluación del Sistema Nacional de Control.

Economía, M. d. (2016). *Exposición de Motivos de la Ley de Contrataciones del Estado*. Lima : Ministerio de Economía.

El Pueblo. (30 de Diciembre de 2023). *Diario El Pueblo*. Obtenido de Diario El Pueblo: <https://diarioelpueblo.com.pe/index.php/2023/12/30/consorcios-evaluan-denunciar-a-gra-por-competencia-desleal-en-ejecucion-de-obras/>

Fernandez, F. (03 de junio de 2019). *La MPS ya no ejecutará las obras por administración directa*. Obtenido de <https://diariocorreo.pe/edicion/chimbote/la-mps-ya-no-ejecutara-las-obras-por-administracion-directa-890777/>

Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo*. (S. EDICIÓN, Ed.) Buenos Aires: ABELEDO - PERROT.

Furnish, D. B. (1972). La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano. *Derecho PUCP*, 61-80.

Gallegos Molina, L. (2008). Economía Social de Mercado, Medio Ambiente y Responsabilidad Social Empresarial. *Impresiones de Tarea Asociación Gráfica Educativa*, 12-13.

González Vigil, F. (1995). Nuevo Regimen Economico Constitucional y Política Exterior. *Agenda Internacional*, 29-33.

Haberle, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Huapaya Tapia, R. (2013). *Diez Tesis sobre las Asociaciones Público - Privadas (APP)*.
Obtenido de Revista de Derecho Administrativo:
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13465>
- Jiménez de Cisneros Cid, F. J. (1999). Hacia un nuevo concepto de infraestructura pública/obra pública desligado del dominio público y del servicio público. *Anuario de la Facultad de Dereho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 195-201.
- Kresalja, B., & Ochoa , C. (2016). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- La Contraloría General de la República del Perú. (2019). *Obras Públicas*. Obtenido de https://doc.contraloria.gob.pe/PACK_anticorrupcion/documentos/7_OBRAS_PUBLI_CAS_2019.pdf
- La Contraloría General de la República del Perú. (23 de Noviembre de 2021). Proyecto de Ley que aprueba la "Ley de obras por Administración Directa". Lima: La Contraloría General de la República del Perú.
- Landa, C. (2007). Principio rectores y derechos fundamentales del administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993. *Revista de Derecho Administrativo*, 29-46.
- Linares Jara, M. (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo*, 175-190. Obtenido de Revista De Derecho Administrativo .
- Ministerio de Economía y Finanzas. (30 de Octubre de 2018). Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1362. *Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión*

Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos. Lima:
Ministerio de Economía y Finanzas.

Ministerio de Economía y Finanzas. (25 de noviembre de 2022). *Portal de Transparencia Económica*. Obtenido de Obtenido de Seguimiento de la Ejecución Presupuestal (Consulta amigable):

https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100944&lang=es-ES&view=article&id=504

Monedero Gil, J. I. (1977). *Doctrina del Contrata del Estado*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

Moreno Molina, J. A. (2015). Principios Generales de la Contratación Pública en el Reciente Derecho Internacional, Europeo y de América Latina. *Derecho & Sociedad*, 55-64.

Morón Urbina, J. C. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Morón Urbina, J. C. (2016). Las Obras por Administración Directa y por encargo: ¿Solución o problema? ¿Hay que restringirlas? *IUS ET VERIAS*, 246-260.

OCDE. (2015). *OCDE RECOMENDACIÓN DEL CONSEJO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA*. Comité de Gobernanza Pública de la OCDE.

Orbegoso Silva, M. (Diciembre de 2016). *Los derechos sociales en Perú. La influencia de la Constitución mexicana de 1917*. Obtenido de Revista IUS:
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472016000200003

Ortiz Zárate, M., & Diez, H. (2003). Perfiles de la contrataciones administrativa a la luz del dec. Delegado 1023/2001. *Revista de Derecho Administrativo N.º43 - Lexis Nexis*, 65.

Peruvias, R. E. (2021). *Peruvias.pe*. Obtenido de <https://peruvias.pe/contraloria-plantea-regulacion-de-obras-por-administracion-directa/>

Prestaciones Sociales: Reserva de Ley. (s.f.). *Reserva de Ley*. Obtenido de Prestaciones Sociales: PRESTACIONES SOCIALES: Reserva de Ley. Consulta: 13 de febrero de 2024. <https://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/E/1/2010-2019/2011/10/97B22.HTML>

PROINVERSIÓN. (s.f.). *investinperu.pe*. Obtenido de <https://www.investinperu.pe/es/oxi/estadisticas>

Públicas, M. d. (1 de diciembre de 2004). *Reglamento para Contratos de Obras Públicas*. Obtenido de <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=233103&f=2022-12-24>

Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, Resolución N.º 02922-2022-TCE-S2 (Tribunal de Contrataciones del Estado 07 de Septiembre de 2022).

Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, Resolución N.º 1007-2022-TCE-S4 (Tribunal de Contrataciones del Estado 01 de Abril de 2022).

Resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado, Resolución N.º 2922-2022-TCE-S2 (Tribunal de Contrataciones del Estado 07 de Septiembre de 2022).

Rodríguez-Arana, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Revista de la Facultad de Derecho*, 29-54.

- Salinas Rivas, S. F. (2015). Obras por Impuestos: Cuellos de Botella y Propuesta de Mejoras. *Derecho & Sociedad*, 273-287.
- Senado y Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires. (26 de 02 de 1959). *Ley 6021*. Obtenido de Gobierno de la provincia de Buenos Aires:
<https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1959/6021/9249>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 020-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 2003).
- Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N.º 1963-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 2006).
- Súmar Albújar , O., & Iñiguez Ortiz, E. (2017). Economía y Constitución. La libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Themis*.
- Tribunal Constitucional. (2013). *Sentencia del Tribunal Constitucional - Expediente N.º 0011-2013-PI/TC*. Lima: Tribunal Constitucional.

Anexos

Anexo 1. Entrevistas a servidores y funcionarios públicos

[https://drive.google.com/drive/folders/1s32X6i9PkF3w9Zbr836bCD9q8ZgctGE0?usp=shari
ng](https://drive.google.com/drive/folders/1s32X6i9PkF3w9Zbr836bCD9q8ZgctGE0?usp=sharing)

Anexo 2. Lista de 110 informes de control de la CGR analizados

026-2023-2-0404	002-2023-OCI/0464-SVC	003-2022-2-1952
021-2023-OCI/2901-SVC	003-2023-2-0335	012-2022-2-2181
11053-2023-CG/GRMD-SCC	001-2023-OCI/1317-SOO	022-2022-OCI/3859-SOO
007-2022-OCI/5450-SOO	016-2022-OCI/0371-SOO	019-2022-2-0365
10984-2023-CG/GRTB-AOP	005-2023-OCI/0404-SVC	4425-2022-CG/GRTA-SOO
011-2023-OCI/1742-SOO	001-2023-OCI/0333-SOO	016-2022-2-2682
015-2023-OCI/5335-SOO	025-2022-OCI/0198-SVC	004-2022-OCI/4284-SOO
021-2023-OCI/0404-SVC	8753-2022-CG/GRAN-SCE	028-2022-OCI/5337-SOO
3966-2023-CG/GRMD-SCC	30419-2022-CG/GRAN-SCE	010-2022-2-2181
004-2023-OCI/5334-SOO	4050-2022-CG/GRCU-AOP	005-2022-OCI/0364-SOO
004-2023-OCI/0365-SVC	012-2022-2-2136	019-2022-2-0465
001-2023-OCI/0185-SOO	3776-2022-CG/GRTA-SOO	003-2022-OCI/0384-SOO
022-2022-OCI/0376-SOO	019-2022-OCI/0376-SOO	077-2022-CG/SEDEN-SOO
007-2022-2-0617	018-2022-OCI/0376-SOO	006-2017-OCI/5335-AS
013-2022-2-2136	015-2022-OCI/0376-SOO	005-2017-OCI/5335-AS
047-2021-OCI/0191-SCC	20253-2021-CG/SADEN-AOP	002-2021-OCI/4643-SOO
023-2021-OCI/2181-SOO	027-2021-OCI/2129-SOO	027-2020-2-1512
014-2021-2-2961	003-2021-OCI/0411-SOO	022-2021-OCI/0362-SOO
017-2021-2-3614	001-2021-OCI/0749-SOO	064-2018-MPLC/OCI
008-2021-2-2682	004-2021-OCI/2048-SOO	013-2017-2-5765
026-2021-OCI/2181-SOO	015-2020-OCI/2181-SOO	015-2021-OCI/2155-SCC
006-2021-OCI/3475-SVC	038-2021-OCI/0379-SOO	050-2017-2-5334
021-2021-OCI/0198-SVC	005-2021-OCI/1318-SOO	007-2017-2-0323
057-2021-2-0191	002-2021-OCI/2339-SVC	12440-2021-CG/SEDEN-SOO
5722-2021-CG/SADEN-SCE	035-2020-2-0427	010-2020-OCI/3861-SOO
167-2019-OCI-MDCN-T	032-2020-OCI/2960-SOO	048-2020-OCI/0373-SOO
109-2019-OCI-MPQ	014-2020-OCI/1319-SOO	012-2020-OCI/5348-SOO
003-2020-2-2362	022-2020-OCI/1314-SOO	007-2020-OCI/0392-SVC
025-2020-2-2931	031-2020-2-0347	001-2020-OCI/2950-SOO
052-2020-2-0369	022-2020-2-0455	001-2020-OCI/0392-SVC
026-2020-2-0455	4059-2019-CG/GRAP-SOO	2218-2019-CG/GRAN-SOO
005-2020-OCI/2632-SVC	023-2019-OCI/2931-SOO	2265-2019-CG/GRAN-SOO
005-2020-OCI/4284-SVC	5801-2019-CG/GRHV-SOO	2285-2019-CG/GRAN-SOO
002-2020-OCI/4284-SVC	2256-2019-CG/GRAN-SOO	2206-2019-CG/GRAN-SOO
002-2020-OCI/0226-SOO	2183-2019-CG/GRAN-SOO	5957-2019-CG/GRAP-SOO
015-2021-OCI/2181-SOO	001-2021-OCI/4643-SOO	5739-2019-CG/GRAP-SOO
2186-2019-CG/GRAN-SOO	004-2021-OCI/1929-SOO	

Anexo 3. Análisis de 110 informes de control de los OCI de la CGR, según situación adversa, monto presupuestal inicial y real y plazo inicial y final de obra

https://docs.google.com/spreadsheets/d/1paW1dulPNR6Bb8NukSyBqAlUVJ5YIMRM/edit?usp=drive_link&oid=113309310824809265477&rtpof=true&sd=true