

ENTRE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y PERÚ COMPRAS. LOS DILEMAS DE UNA POLÍTICA PÚBLICA

*Alberto Retamozo Linares **

*Profesor Principal de la
Facultad de Derecho y Ciencia Política*

SUMARIO: 1.- De las visiones subyacentes en el debate. 2.- Los proyectos de Ley presentados en el Congreso. Análisis y comentarios. 3.- Reflexiones finales y propuestas.

La normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado se ha constituido en los últimos años en una de las principales normas del país, caracterizándose tanto por su volatilidad, como por constituir una Política Pública esencial; escenario en el cual, cada cierto tiempo se plantean modificaciones a la legislación que trascienden la perspectiva exegetica, y exteriorizan visiones de organización del poder y de la forma como redistribuir recursos. El cómo se gasta y el quién gasta, constituyen interrogantes cuyas respuestas encierran intereses mayores.

El artículo que presentamos, se aventura a brindar algunas explicaciones a la problemática de las contrataciones públicas desde una perspectiva sociojurídica.

* Consultor en Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Sistema Nacional de Control.
consultogepu@albertoretamozolinares.com

El proceso de configuración de las decisiones políticas y su instrumentalización a través de la gestión pública, en el marco del sistema de dominación racional-legal¹, constituye el espacio en el que germinan y se realizan las políticas públicas.

Desde esta perspectiva, la concreción de las políticas públicas constituye un proceso dinámico que involucra visiones de futuro, decisiones, resultados, así como conflictos de intereses y expectativas de los actores políticos y sociales más diversos², a ella

¹ Sobre las formas de dominación se puede ver: Weber, Max. *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica. México. Octava reimpresión. 1987. 1237 Págs.

² Al respecto, citamos algunos artículos publicados en el Diario El Comercio:

Boza Dibós, Beatriz. «Del consultor: Elaborar lista de infractores». El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.

«Ejecutivo trata de acabar con sobrevaloración en licitaciones». El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.

Unger, Tomás. «Del consultor: Adquisiciones: un sistema trabado». El Comercio, Lima, 04 de marzo de 2007.

«Ineficiencia en compras genera pérdidas de S/.1.000 millones al año». El Comercio, Lima, 06 de marzo de 2007.

«Compra de patrulleros queda en 'stand by'». El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.

«Compra de patrulleros abre cisma en Gabinete». El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.

«Ministro Vallejos no convenció en Comisión de Fiscalización». El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.

«Pilar Mazzetti no es corrupta, tampoco eficiente». El Comercio, Lima, 07 de marzo de 2007.

«Gobierno cancela compra de patrulleros». El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.

«Empresa devolverá S/.11 millones por patrulleros». El Comercio, Lima, 08 de marzo de 2007.

«Alistan nueva legislación sobre compras estatales». El Comercio, Lima, 09 de marzo de 2007.

«Especificaciones técnicas ayudaron a empresa Manasa». El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.

«Sobrevaloraron algunas compras». El Comercio, Lima, 10 de marzo de 2007.

«PNUD da un millón de dólares para mejorar compras estatales». El Comercio, Lima, 11 de marzo de 2007.

«García pide hacer cuanto antes nueva licitación de patrulleros». El Comercio, Lima, 13 de marzo de 2007.

«¿Qué esconde una licitación?». El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007.

«Evalúan denunciar a Mazzetti por delitos de omisión y concertación». El Comercio, Lima, 14 de marzo de 2007.

«Contraloría alerta que es mejor anular que resolver contrato de patrulleros». El Comercio, Lima, 16 de marzo de 2007.

articulados. Situación que se agrava cuando, en torno a determinada política pública, circulan cantidades significativas de dinero o ésta deviene en el medio a través del cual el Estado se legitima constantemente ante la sociedad.

«MEF mejorará la ley para tener un gasto eficaz». El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007
«Proponen norma para hacer más transparente gasto público». El Comercio, Lima, 18 de marzo de 2007

«El Ministerio del Interior convocó a licitación pública la adquisición de 698 patrulleros para la Policía Nacional». El Comercio, Lima, 18 de julio de 2007

«El consorcio Daewoo International Corporation-Gun Supply International se adjudicó la buena pro». El Comercio, Lima, 24 de julio de 2007

«El Ministerio del Interior declaró desierto el cuestionado proceso de adquisición de 698 patrulleros». El Comercio, Lima, 23 de agosto de 2007

«Compra de raciones del SIS se realizó sin autorización». El Comercio, Lima, 25 de setiembre de 2007

«En el 2005 empresa ganadora ofreció a la PNP pertrechos antimotines más baratos». El Comercio, Lima, 25 de setiembre de 2007

«¿OTRA IRREGULARIDAD?. Empresa sin representante legal en el país». El Comercio, Lima, 25 de setiembre de 2007

«COMPRA DE PATRULLEROS Y PERTRECHOS». El Congreso interpela hoy a Luis Alva Castro. El Comercio, Lima, 26 de setiembre de 2007

«CARTA SACADA BAJO LA MANGA EN EL CONGRESO. Gobierno alista compra de patrulleros a Corea del Sur». El Comercio, Lima, 27 de setiembre de 2007

«ALENTADORA RESPUESTA A DENUNCIA DE EL COMERCIO». Presidente García exige que se revise contratos en Ica. El Comercio, Lima, 28 de setiembre de 2007

«Ministro Alva Castro debe purgar el sistema de compras del sector Interior». El Comercio, Lima, 28 de setiembre de 2007

«EXPERTOS CALIFICADOS COINCIDEN EN PROPUESTA. Organismo autónomo debe manejar compras estatales». El Comercio, Lima, 29 de setiembre

«EN BUSCA DE MAYOR EFICIENCIA. Plantean que se centralicen compras de bienes y servicios de entes públicos». El Comercio, Lima, 29 de setiembre de 2007

«AL GRANO. «Una entidad con capacidad de negociar compras». El Comercio, Lima, 29 de setiembre de 2007

«EXPERIENCIA A TOMAR EN CUENTA. En Chile, todas las adquisiciones estatales pasan por una sola institución». El Comercio, Lima, 29 de setiembre de 2007

«EJECUTIVO ALISTA PROYECTO DE LEY. Se creará una oficina central de compras». El Comercio, Lima, 30 de setiembre de 2007

«Compras centralizadas para erradicar corruptelas». Lima, 01 de octubre de 2007

«EN BUSCA DE TRANSPARENCIA Y EFICIENCIA. Central de compras del Estado debe reclutar a funcionarios experimentados». El Comercio, Lima, 01 de octubre de 2007

«SUS DESCARGOS NO CONVENCEN EN EL CONGRESO. Ex jefe del SIS niega haber conocido compra irregular». El Comercio, Lima, 02 de octubre de 2007

Este es el caso, en el Perú, de la Política Pública referida a las contrataciones y adquisiciones estatales, tan presente en nuestra vida cotidiana y tan ausente en eficacia para las mayorías nacionales. Escenario de la volatilidad e incoherencia normativa, de materialización del voluntarismo político, de realización de intereses y expectativas de los actores en ella involucrados, exteriorización de la debilidad de nuestros sistemas administrativos y de encuentros y desencuentros de la corrupción y la ética: problema irresoluto ante el que emergen soluciones finales de efímera existencia³.

«NUEVA ADQUISICIÓN FRUSTRADA DEL GOBIERNO. Interior suspende compra de pertrechos antimotines». El Comercio. Lima, 03 de octubre de 2007

«DEBE SER AUTÓNOMA Y TRANSPARENTE. Gabinete analiza nueva entidad para compras estatales». El Comercio. Lima, 04 de octubre de 2007

«MUCHO POR INVESTIGAR. Ampliación del presupuesto del SIS para compra de raciones fue irregular». El Comercio. Lima, 05 de octubre de 2007

«CELERIDAD QUE INCRIMINA Y QUE NO DEBE QUEDAR IMPUNE. En un día se aprobó una docena de documentos para compra de pertrechos». El Comercio. Lima, 06 de Octubre de 2007

«Ministerio del Interior anulará la compra de pertrechos antimotines». El Comercio. Lima, 07 de octubre de 2007

«Piden que Perú Compra sea ente bien estudiado». El Comercio. Lima, 08 de octubre de 2007

«Censura contra Alva Castro será votada entre mañana miércoles o el jueves». El Comercio. Lima, 09 de octubre de 2007

«Remueven de sus cargos a veinte personas por compra de pertrechos». El Comercio. Lima, 09 de octubre de 2007

«Advierten riesgos en la propuesta de crear una central de compras». El Comercio. Lima, 10 de octubre de 2007

«EJECUTIVO ENVIÓ PROYECTO DE LEY AL CONGRESO. Perú Compras absorberá parte de las funciones del Consucode». El Comercio. Lima, 11 de octubre de 2007.

³ Antecedentes normativos

En 1980 se promulgó el Decreto Supremo N° 034-80-VC, por el que se aprobó Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (R.U.L.C.O.P.), dispositivo al que le siguió en 1985 el Decreto Supremo N° 065-85-PCM que aprobó el Reglamento Único de Adquisiciones (R.U.A.); normas que estuvieron vigentes hasta 1999, cuando, en el marco de una Economía de Mercado y de Ajuste Estructural, entró en vigencia la Ley N° 26850, promulgada el 21 de junio de 1997 «Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado» (Ley), y posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Reglamento).

Desde antes de su promulgación y, después de ella, la Ley y el Reglamento fueron afectados por constantes modificaciones. Así tenemos, en cuanto a la primera, que por Ley N° 27070 de fecha 19 de marzo de 1999 se modificó el Artículo 44°; mediante Ley N° 27148 del 1 de

En el contexto nacional descrito, la revisión de los medios de comunicación nos ha permitido apreciar que a cada impulso político o denuncia pública relacionada con las compras estatales, le ha seguido como respuesta una propuesta legislativa presentada por congresistas o por el Poder Ejecutivo. Así, a las acusaciones de presuntos actos de corrupción en las compras públicas del primer y segundo trimestre del año 2007, le siguieron la presentación en el mes de mayo, por parte de la Célula Parlamentaria Aprista (CPA), del Proyecto de Ley de Contrataciones Públicas (Proyecto) y, en el mes de agosto, del Proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado presentado por el Poder Ejecutivo; mientras que a las denuncias del segundo semestre les siguió el Proyecto de Ley que crea la Central de Compras Públicas - Perú Compras, presentado también por el Poder Ejecutivo.

Independientemente de la causalidad que pueda existir entre las variables expuestas, lo que exterioriza la relación entre denuncia de actos de corrupción - presentación de proyectos de Ley, es que quienes tienen la responsabilidad de gobernar no han tenido, ni tienen, una Política Pública definida y coherente respecto de las contrataciones y adquisiciones estatales.

Con estas reflexiones que tienen por objeto contextualizar el desenvolvimiento de los proyectos de Ley que hemos reseñado, a continuación procederemos al análisis de los mismos en el orden expositivo siguiente: Comenzaremos por presentar las visiones que subyacen en los proyectos de Ley citados; establecidas las visiones, continuaremos con el estudio del Proyecto presentado por la CPA, para seguir con el Proyecto propuesto

julio de 1999 se modificó la Segunda Disposición Final; mediante Ley N° 27330 del 26 de julio del 2000 se modificaron 41 artículos, 2 Disposiciones Transitorias y 3 Disposiciones Complementarias; mediante Ley N° 27738 del 28 de mayo del 2002 se modificó el Artículo 33°; por Ley NÚ 28267 del 26 de diciembre del 2004 se modificaron 35 y se adicionaron 4 artículos; y, finalmente, por Ley NÚ 28911 del 3 de diciembre de 2006 se modificaron 5 artículos. En cuanto al Reglamento, se puede decir que corrió no sólo la misma suerte que la Ley, sino que en este extremo su devenir fue agravado, ya que se le modificó sucesivamente desde el cambio sustancial del 13 de febrero del 2001 cuando, en términos reales por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, se aprobó un nuevo Reglamento, después de lo cual fue modificado por los decretos supremos siguientes: N° 029-2001-PCM del 23 de marzo del 2001, N° 067-2001-PCM, del 20 de junio del 2001, N° 071-2001-PCM del 23 junio 2001, N° 079-2001-PCM del 3 de julio del 2001, N° 128-2001-PCM del 28 de diciembre del 2001, N° 011-2002-PCM del 12 de febrero del 2002, NÚ 063-2006-EF del 18 de mayo de 2006, NÚ 25-2006-EF del 21 de julio del 2006 y 148-2006-EF del 23 de setiembre de 2006, N° 028-2007 del 02 de marzo del 2007 y el N° 049-2007 del 27 de abril del 2007.

por el Poder Ejecutivo, y concluir con el Proyecto que crea la Central de Compras Públicas, también presentado por el Ejecutivo. Finalizada esta etapa, formularemos algunas reflexiones y propuestas.

I. De las visiones subyacentes en el Debate

Cuando se revisan los proyectos de Ley que hemos mencionado, así como los comentarios de periodistas y expertos en el tema, entendemos que, en términos generales, por el imaginario burocrático y social transitan tres visiones respecto de la forma cómo el Estado debe comprar.

La primera, que considera que el procedimiento vigente no ha dado resultados positivos, por lo que se debe crear un nuevo sistema administrativo de compras en el que la responsabilidad de las contrataciones y adquisiciones recaiga sólo en una Entidad, la que sería la encargada de ejecutar los procesos de selección y de adquirir todo lo que requieran las distintas entidades públicas que conforman el universo del Estado; la segunda, que entiende la solución del problema desde una perspectiva de mejora continua del procedimiento vigente, por cuanto asume que los cuestionamientos y crisis de las compras públicas son consecuencia de la debilidad de los sistemas administrativos del Estado, en este sentido considera que la eliminación de lo avanzado y la creación de una Entidad que centralice las compras sería negativa para el país; y, la tercera, que es una perspectiva ecléctica pendiente de implementación, que propone que en el marco de Modernización del Estado y de la oportunidad que brinda la coyuntura de crisis, se comience por ordenar, simplificar y unificar los distintos regímenes jurídicos que actualmente regulan las compras públicas, contexto en el que evaluará la pertinencia o no de crear un nuevo organismo.

En las líneas que siguen, cuando examinemos los proyectos de Ley presentados al Congreso, apreciaremos los términos en que se desenvuelven las visiones reseñadas en la norma positiva, y de cómo el Derecho deviene en organizador del Poder.

II. Los proyectos de Ley presentados en el Congreso. Análisis y comentarios.

II.1. El Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado presentado por la Célula Parlamentaria Aprista.

Este Proyecto se enmarca en la primera de las visiones que hemos glosado. Partiendo de la crítica al sistema vigente, en él se propone estructurar un nuevo sistema de contrataciones públicas, el que tendría las características siguientes:

- ✓ Se plantea la creación de un sistema único de contrataciones públicas, para lo que crea el Instituto Nacional de Compras Públicas (INCP), órgano que tendría como función el ejecutar todos los procesos de selección del Estado, corriendo por cuenta de la Entidad atendida el pago de los bienes adquiridos o los servicios u obras contratados. El INCP, que se configuraría sobre lo que hoy es el CONSUCODE, tendría presencia en todas las capitales de departamento, así como en las distintas entidades públicas a través de la designación en cada una de ellas de responsables de las compras públicas. En este esquema organizativo, en las distintas entidades públicas los procesos estarían a cargo de un Funcionario del INCP, sustrayendo de dicha responsabilidad al Titular de la Entidad.

Al asumir el INCP la responsabilidad de la ejecución de los procesos de selección, deja a la administración de la Entidad la responsabilidad de la formulación del Plan Anual de Contrataciones (PAC), el mismo que debe ser presentado ante este organismo "para la programación de las contrataciones y su publicación desagregada por tipo de producto y proceso de contratación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas"⁴, (SECOP).

En este escenario se replantea la organización de la Entidad, estableciéndose la creación de una dependencia encargada de planificar y elaborar el PAC, en las que también se deberá designar un coordinador responsable del cumplimiento del PAC y de los procesos de contrataciones ante el INCP.

- ✓ La propuesta centralizante tiende a burocratizarse cuando se establece que en los casos en que las entidades quieran modificar su PAC, sólo tendrán un margen de discrecionalidad del 10%, debiendo cualquier cambio superior a dicho porcentaje tramitarse ante el Congreso.
- ✓ Otro elemento destacable está relacionado con la distinción que hace, para el caso de contratación de bienes y servicios, entre productos comunes⁵ y productos no comunes⁶, o, lo que es lo mismo, entre productos estandarizados y no estandarizados. En esta clasificación no se consideran a las obras públicas.

⁴ Ver: Artículo 21° del Proyecto de Ley.

⁵ «Productos de características técnicas similares que producen diversos proveedores, que pueden ser utilizados para cumplir una misma finalidad. Los productos comunes tienen su origen en procesos de estandarización». Literal f) del Artículo 2° del Proyecto de Ley.

⁶ «Son aquellos que por sus características particulares no poseen productos similares en el mercado que permitan cumplir los mismos fines para los que son adquiridos». Literal g) del Artículo 2° del Proyecto de Ley.

Con la distinción expuesta, y siguiendo con el mismo criterio, clasifica a los procesos de selección entre contrataciones de productos comunes, no comunes y de obras públicas. En el primer caso, el proceso de selección es ejecutado por el INCP a través del SECOP, para lo cual podrá "contratar los servicios de una Sociedad Agente de Bolsa (SAP) y/o Sociedad de agente de Productos (SCP), que sirva de intermediaria en las transacciones realizadas en el SECOP", y cuyo costo será asumido por la Entidad⁷; en el segundo, el INCP efectúa el proceso, pero a través del Funcionario autorizado.

- ✓ La forma en que se ejecutan los procesos de selección para contratación en las modalidades de productos comunes y no comunes, se encuentra en relación directa con el Registro de Precios que efectúa el Proveedor al momento de registrarse en el Registro Nacional de Proveedores⁸.

Para el caso de los productos comunes, al tener el producto estandarizado y el precio registrado, se escoge "al proveedor que cuente con el menor precio publicado"⁹, procedimiento en el que interviene la Sociedad Agente de Bolsa; cuando se trate de productos no comunes, el valor referencial se obtiene del promedio de las cotizaciones presentadas por los postores al momento de registrarse, otorgándose la Buena Pro bajo la modalidad de Subasta inversa, después de lo cual viene la adjudicación. Las obras públicas también se deciden por Subasta Inversa.

Este es un criterio preocupante, toda vez que establece que las contrataciones públicas se decidan por el precio y no por la calidad a precios adecuados.

- ✓ En relación con las controversias que se presentan en el desarrollo de los procesos de selección, se dispone que estas serán resueltas por el Tribunal de Contrataciones Públicas (Tribunal) a través de salas especializadas en Observación de Bases, Impugnación de Procesos de adjudicaciones y Procedimientos Sancionatorios, decisión con la que se incorpora un nuevo rubro a las controversias, el de la Observación a las Bases. En la etapa de ejecución de contratos no se hace referencia a la Conciliación, ni al Arbitraje.

⁷ Ver: Numeral 43.1 del Artículo 43° del Proyecto de Ley.

⁸ Ver: Artículo 13° del Proyecto de Ley.

⁹ Ver: Numeral 43.1 del Artículo 43° del Proyecto de Ley.

- ✓ El Proyecto reduce drásticamente los impedimentos para contratar con el Estado, derivando al Reglamento el establecimiento de otras causales.

Omisión y remisión peligrosa, toda vez que por tratarse de disposiciones restrictivas de la Libertad estas deben estar establecidas por normas de mayor jerarquía, como es el caso de la Ley. Remitir al Reglamento dicha precisión es dejar el tema a la discrecionalidad de los funcionarios del INCP, quienes seguramente serían los encargados de elaborar y proponer la norma reglamentaria.

- ✓ Otros aspectos relevantes vinculados al proceso de selección, son los siguientes: Se mantiene la bonificación a los productos elaborados en el territorio nacional, la misma que se irá retirando gradualmente hasta el año 2012; no se hace distinción entre Garantías, y se establece que se irán descontando de los pagos mensuales a cuenta que haga la Entidad al Contratista; se reducen los casos de exoneraciones, quedando sólo los casos en que se trate de servicios públicos sujetos a tarifas únicas y las de carácter secreto o secreto militar, pero se agrega el rubro las contrataciones directas excepcionales que se originan en casos de fuerza mayor o fortuito, aquí surge la figura del desabastecimiento inminente¹⁰.
- ✓ En el rubro de los contratos se incorpora la figura de la "contraoferta", por la que el Proveedor "puede proponer una contraoferta de las condiciones accesorias del contrato siempre sujeto a previa aceptación de la entidad, no siendo materia de contraoferta las condiciones técnicas mínimas de calidad y el precio de los productos"¹¹.

Esta idea es interesante, toda vez que crea un espacio de negociación en la ejecución de contratos, brindando agilidad a la solución de controversias.

¹⁰ «Las entidades públicas pueden solicitar al Instituto Nacional de Contrataciones Públicas que realice, excepcionalmente, contrataciones de productos no comunes en forma directa, siempre que dichas contrataciones se originen por caso fortuito o fuerza mayor. Se considera que existe fuerza mayor cuando un hecho de la naturaleza, no previsible, genera una situación de desabastecimiento inminente de los productos, lo cual determina que la entidad no pueda cumplir con sus objetivos en el corto plazo. No existe caso fortuito o fuerza mayor cuando los funcionarios o servidores de las entidades actúan negligentemente, dejando pasar el tiempo sin realizar el requerimiento de los productos necesarios o el Plan Anual de Contrataciones este mal formulado, con la finalidad de acogerme a la contratación directa excepcional». (Artículo 58° del Proyecto de Ley).

¹¹ Artículo 75° del Proyecto de Ley.

- ✓ En el tratamiento de la Potestad Sancionadora del Tribunal incorpora como sanción a la Multa para funcionarios y servidores públicos que incumplan la norma. Por el lado de los contratistas se agrega como falta la "Presentación de Cotizaciones Sobrevaluadas".

La incorporación de la sanción y la falta innovan el ordenamiento sancionador en relación con la norma vigente, pero el problema no residen en la idea, sino en su aplicación. El cómo cobrar las multas y el cómo impedir que en una economía de mercado el Postor proponga el precio que estime conveniente, serían problemas por resolver.

En la lógica del Proyecto la falta es coherente, toda vez que se rige por la modalidad de precios registrados.

II.2 El Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado del Poder Ejecutivo

El Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo en el mes de agosto se enmarca en la segunda visión, por cuanto entiende la solución del problema desde una perspectiva de mejora continua del sistema vigente. Desde ésta perspectiva más que plantear una reestructuración del sistema de contrataciones estatales, lo que propone es una mejora de la normativa vigente. Más que una nueva Ley, parece que se trata de modificaciones a la actual, las mismas que seguidamente presentamos:

- ✓ Se propone como objetivos de la norma la maximización del valor del dinero de los contribuyentes para adquirir bienes, contratar servicios o ejecutar obras a precios y calidad requeridos.

En este caso, al igual que en el Proyecto presentado por la CPA, al privilegiarse el precio ante la calidad se vuelve a invertir la lógica en vigor en las contrataciones públicas.

- ✓ Se delimita el ámbito de aplicación de la norma sólo para aquellos casos en que el pago del precio o de la retribución se haga con fondos públicos y se incrementan los casos de inaplicabilidad de ésta, incorporando: Las contrataciones "que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de la ley o de autoridad policial"; las contrataciones "realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero", actualmente se tienen que someter al procedimiento nacional de inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores, estar hábil y aceptar recibir un trato diferenciado que privilegia al postor nacional; se incorpora

la contratación de abogados y asesores para la defensa en controversias internacionales sobre inversión extranjera, la misma que antes era posible realizar a través de la modalidad de servicios personalísimos; se agregan las "adquisiciones de bienes que realicen las Entidades mediante remate público"; se amplía la inaplicación de la norma a los casos en que participen organismos internacionales, precisándose que no es de aplicación a los "convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre que se brinden a los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y además no se persigan fines de lucro", y a las contrataciones "realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito"; finalmente se establece que tampoco es de aplicación para la "contratación de servicios públicos, siempre que no exista posibilidad de contratar con más de un proveedor", figura similar a la actualmente vigente como causal de exoneración de proceso de selección¹².

- ✓ El Proyecto efectúa precisiones y mejoras a la legislación vigente cuando trata sobre la delegación de facultades, donde el Artículo 5° establece que no es pasible de delegación "la aprobación de exoneraciones, la declaración de nulidad de oficio, la resolución de apelaciones y las autorizaciones de prestaciones adicionales". La precisión efectuada permite agilizar el proceso de toma de decisiones en la Entidad toda vez que, en adelante el Titular sabrá de antemano que funciones puede delegar.
- ✓ Se precisa mejor la organización y contenido de los Órganos que participan en las contrataciones, el Expediente de Contratación y el Plan Anual. Se afinan los mecanismos de fiscalización de postores y contratistas al establecer el intercambio de información del Registro Nacional de Proveedores con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, el Poder Judicial y Policía Nacional del Perú.
- ✓ Cuando aborda el tema de los impedimentos, se aprecia que en literal g) del Artículo 10° del Proyecto, se ha reducido de 24 a 12 meses el impedimento que tienen para contratar, en el ámbito correspondiente, las personas jurídicas en las

¹² Ver: Artículo 3° del Proyecto de Ley.

que las personas a que se refieren los literales precedentes de dicho artículo "tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social".

Pero, a la vez, mediante el literal h) se incorpora un impedimento similar en el caso de las personas jurídicas sin fines de lucro en las que las personas acotadas "participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos".

- ✓ Se mejora el rubro de características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar, en especial lo referente al rol del Plan Anual de Contrataciones; la relación entre Dependencia encargada y área usuaria en la evaluación de las posibilidades que ofrece el mercado para atender el requerimiento; y, en el caso de obras, la exigencia de contar previamente con el Expediente Técnico aprobado.
- ✓ Se mantiene los procesos de selección típicos, como son la Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y la Adjudicación de Menor Cuantía, así como las modalidades de Compras Corporativas, Convenio Marco de Precios y Subasta Inversa. La novedad en este rubro está dada por la disposición de que en los casos de las Adjudicaciones de Menor Cuantía cuyo monto no superen las 4 UIT, "las contrataciones se realizarán obligatoriamente en forma electrónica a través del SEACE".

Esta disposición fortalece la rapidez y la transparencia en un espacio donde las contrataciones tienen más posibilidades de ser direccionadas. Corresponderá al CONSUCODE mejorar sus mecanismos de comunicación electrónica con los proveedores inscritos a efectos de que le lleguen en oportunidad las convocatorias.

- ✓ En el caso de las exoneraciones de procesos de selección, se incorpora la posibilidad de aprobarlas en vía de regularización sólo cuando se trate de situación de emergencia.

Esta es una medida acertada. El reciente terremoto en el sur chico, nos ha permitido apreciar los problemas que tenían los funcionarios para cumplir con remitir en oportunidad los informes técnico-legales, cuando la emergencia seguía vigente. Pero esta disposición deberá precisarse en el Reglamento.

- ✓ Al tratar el tema del Comité Especial indica que en los casos en que este tome conocimiento de que en las propuestas obra un documento de dudosa veraci-

dad, deberá poner en conocimiento del hecho a la Dependencia encargada a fin de que proceda a la verificación correspondiente. Actividad que se ha venido realizando y que se busca formalizar.

- ✓ En cuanto a las condiciones mínimas de las Bases, el Proyecto termina por formalizar la presencia del pacto de Integridad, el que había sido incorporado a los procesos de selección por las derogadas Normas Técnicas de Control. Asimismo, se hace referencia a las Bases estandarizadas, las que vienen siendo trabajadas por el CONSUCODE.
- ✓ En relación al Valor Referencial, el Proyecto incrementa el plazo de vigencia y discrimina entre obras, bienes y servicios, correspondiendo al primero una antigüedad no mayor a 6 meses, y al segundo 3 meses.

Esta es una decisión acertada, ya que el actualizar los valores referenciales en entidades burocratizadas retrasa el proceso de selección.

- ✓ Otros aspectos que se modifican en los procesos de selección son los vinculados a la devolución de las propuestas, las bonificaciones y las garantías.

Para las propuestas se establece, en el caso de bienes y servicios, que el Comité Especial deberá devolver todas aquellas que superen el Valor Referencial. En el caso de obras si serán admitidas hasta un tope del 10%. Esta disposición no garantiza nada, en la Exposición de Motivos se debería fundamentar esta propuesta.

El Proyecto elimina la referencia a las bonificaciones a las micro y pequeñas empresas. Decisión apresurada, se han debido fijar plazos como el establecido en el Proyecto de la CPA.

Cuando se aborda el tema de las garantías el Proyecto se retrotrae a la norma primigenia y reactualiza a la Garantía de Seriedad de Oferta, la que coexistiría con las del Fiel Cumplimiento del Contrato, por adelantos y por el monto diferencial de la propuesta¹³. La reactualización de la Garantía de Seriedad de Oferta sólo incrementa los costos de transacción con el Estado, los mismos que de por sí ya son altos.

¹³ Ver: Artículo 39° del Proyecto de Ley.

- ✓ Al abordar el tema de los Contratos se establecen las disposiciones siguientes: En las situaciones de Resolución de Contratos se dispone, a diferencia de la normativa vigente que sólo considera las situaciones de caso fortuito y fuerza mayor, que en cualquier circunstancia "dará lugar al pago de la parte efectivamente ejecutada, salvo acuerdo en contrario"¹⁴; también se elimina la obligación de la Entidad de contar con un Registro Público de Contratos; en la eventualidad de incumplimiento por parte de la Entidad el Artículo 48° del Proyecto establece que ésta será pasible de pago de penalidades; y se fija el plazo máximo de responsabilidad del contratista por la calidad ofrecida y vicios ocultos, indicando que será de 7 años, en la norma vigente no existe este tipo de plazo.
- ✓ La tipicidad de las faltas de los contratistas, que en la actual normativa se encuentra establecida en el Reglamento, es consignada en el Artículo 51° del Proyecto, con lo que se elimina la discrecionalidad del Funcionario para tipificar faltas en el Reglamento.

En el ámbito de la solución de controversias, se establece que la Entidad resolverá, como última instancia administrativa, los recursos de Apelación que se interpongan en las Adjudicaciones de Menor Cuantía, correspondiéndole al Tribunal las impugnaciones referidas a las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas. Disposición que ya ha estado vigente.

- ✓ Al tratar el tema de la Nulidad, el Artículo 56° del Proyecto incorpora la Anulabilidad, estableciendo que la conservación del acto administrativo "será aplicable de acuerdo a lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General", tema respecto del cual el Tribunal ha fijado reiterados criterios. Asimismo, se amplía la discrecionalidad de la Entidad de declarar la Nulidad de Oficio de los contratos¹⁵.

Otro aspecto relevante en este Artículo es la declaratoria de nulidad cuando se ha contratado sin proceso de selección, así como el establecimiento de que el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido "se hará prevalecer en sede

¹⁴ En la norma vigente solo se considera para los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

¹⁵ «a) Por haberse suscrito en contravención del artículo 10 de la presente Ley;
b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad...;
c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación;
d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente».

judicial". Este es el caso que se presenta en las entidades donde la voluntad y urgencias conducen a contratar sin proceso de selección, pero también es el de los proveedores que quieren a vender a toda costa con la seguridad de que al final los problemas se arreglarán.

- ✓ En cuanto al rol del CONSUCODE, el Proyecto elimina la función contralora que esta Entidad asumió en los últimos años y le asigna el rol de promotor. Tampoco fijará criterios de interpretación o de integración de la Ley, sino que se limitará a la emisión de Directivas.
- ✓ Finalmente, se crean las condiciones jurídicas para las contrataciones públicas en el marco de los tratados de libre comercio. Al respecto la Quinta Disposición Complementaria Final del Proyecto establece que "En aquellas contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de tratados u otros compromisos internacionales, que implique la aplicación de los Principios de Trato nacional y No Discriminación, las Entidades contratantes deberán conceder incondicionalmente a los bienes, servicios y proveedores de la otra parte, un trato similar o no menos favorable que el otorgado por la normativa peruana a los bienes, servicios y proveedores nacionales, de conformidad con las reglas, requisitos y procedimientos establecidos en la presente Ley, en su reglamento y en la normativa de la materia".

Este es un escenario para el que el país aún no está preparado administrativamente, ni normativamente en el ámbito de las contrataciones estatales.

II.3. La Central de Compras Públicas - Perú Compra

El Proyecto remitido recientemente por el Poder Ejecutivo al Congreso constituye, además de una copia de la legislación chilena, una versión reducida del Instituto Nacional de Compras Públicas que se establecía en el Proyecto presentado por la CPA.

En principio debemos precisar que a diferencia de los dos casos anteriores, no estamos ante una nueva Ley de Contrataciones, sino ante la creación de una Entidad centralizadora de las compras públicas, pero inicialmente sólo de aquellas que ya se han venido centralizando y ejecutando, como es el caso de las Compras Corporativas y Convenios Marco.

En relación a estas dos modalidades, el Artículo 2° del Proyecto establece que la nueva Entidad realizará las Compras Corporativas obligatorias y facultativas, siempre

que se efectúe el encargo, y cuando esto no suceda podrá asesorar a las entidades que realicen compras facultativas. Se establece también que el nuevo organismo estará a cargo de la promoción y conducción de los procesos de selección para la generación de los Convenios Marco, pudiendo también proponer la elaboración y actualización de las Fichas Técnicas de los bienes y o servicios para adquirir bajo la modalidad de Subasta Inversa.

Estos procedimientos se vienen ejecutando en la Administración Pública y existe experiencia y conocimientos acumulados, actividad que significó la creación de una Sub Dirección en el CONSUCODE encargada de los Convenios Marco y Compras Corporativas. Por ello no se entiende el sentido de querer separar y sustituir lo que ya existe y funciona por algo por hacerse.

Pero a la vez que el Proyecto se propone centralizar este tipo de procedimientos especiales, se agrega entre sus funciones el de "Realizar las adquisiciones que le encarguen otras entidades del estado, de acuerdo al convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el valor referencial; así como la aprobación del Expediente de Adquisiciones y las Bases del proceso correspondiente, hasta la suscripción del contrato", así como ejecutar los procesos de selección "para adquisiciones específicas que se le asigne mediante Decreto Supremo ..." y "las demás que le encargue la normativa". Disposición que pone al Proyecto en el camino del INCP.

Tal como se ha manifestado, Perú Compras es copia de la normativa chilena, la misma que se trae al Perú porque allá funcionó bien. Criterio general que no deja de tener sustento, pero que obvia el hecho de que ambos estados históricamente han tenido evoluciones distintas. El Estado peruano y su Administración Pública tiene su propia especificidad y devenir histórico, por lo tanto la aplicación no tiene que ser necesariamente positiva.

III. Reflexiones finales y propuestas

Al iniciar el presente artículo, nos propusimos ingresar al tema del análisis de los proyectos de Ley no sólo a través de la revisión de la propuesta normativa, sino que en la perspectiva de contar con una mejor comprensión de las propuestas las abordamos como Política Pública. Porque, en términos reales, eso es la actividad del Estado objeto de las iniciativas legislativas.

Pero no sólo es una Política Pública, sino que tiene la condición de ser una de las principales por cuanto mediante ella el Estado gasta anualmente 24 mil millones de

soles en adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar servicios con el objetivo de atender el interés general, contexto en el que ¿el cómo y el quién gasta?, se constituyen en interrogantes a absolver por cualquier norma que pretenda regular este espacio de la gestión pública. Pero además porque a través de ella el Estado se convierte en el gran redistribuidor de la economía nacional.

Por lo tanto, en atención a la importancia política y económica de la norma para la vida nacional, lo primero en que cualquier Gobierno debe tener definiciones de política es en las contrataciones del Estado. Pero los hechos descritos en la introducción, nos indican que lastimosamente no es así. Lo que existe es el normar por apremio, la presión, el desconocimiento, el desorden, y el pensar que el tema sólo es normativo o de creación de nuevas entidades, cuando en realidad éste tiene que ver con problemas no resueltos en el país, como el de la necesidad de contar con un Estado moderno y eficiente. Si las compras estatales están mal es porque el Estado se encuentra en similar situación.

Pero somos conscientes que tampoco se puede esperar que se solucionen todos los problemas nacionales para encontrar un satisfactorio esquema de compras públicas. Se debe ir avanzado de a pocos, empezar a brindar seguridad jurídica con rumbo definido. Por ello, sin los apremios del tiempo político, ni las presiones de distinto orden, seguidamente formulamos algunas propuestas.

- ✓ Debemos ordenar y simplificar el régimen de las compras públicas. Tenemos varios procedimientos de compras que coexisten en paralelo y que lo único que hacen es generar confusión e incrementar los costos de transacción, tales como los que mencionamos a continuación:

1. Actualmente el Estado puede comprar a través de los organismos internacionales pagando por comisión y servicios entre el 3% y 5% del monto de dinero transferido para su administración. Este es el caso de PNUD, UNOPS, y otros organismos similares.

Esta modalidad que comenzó siendo utilizada para pagar los sueldos de la alta burocracia, hoy es utilizada en las contrataciones estatales por todos los niveles de Gobierno para obtener rapidez, evitar los trámites y problemas de la normativa de contrataciones vigente y, seguramente, para ahorrarse el desgaste que significa una denuncia de corrupción¹⁶.

¹⁶ Además, a través de ella se paga la Planilla de los altos funcionarios del Estado.

Pero esto es un exceso. La Contraloría General de la República, así como ha determinado el costo de la corrupción en este ámbito, que va entre el 10% y 15% del gasto anual, debería informar sobre cuánto dinero le ha significado al país, en los últimos quince años, el pago de comisiones y servicios a los organismos internacionales por administrar fondos. Quizás hubiera salido más barato invertir ese dinero en mejorar la estructura y sistemas administrativos del Estado.

2. Los otros procesos que distorsionan el marco jurídico de las contrataciones del Estado son los regulados por los Decretos de Urgencia 024 y 025. Este es el caso del Proceso de Selección Abreviado, en los que se han generado muchos de los problemas que han sido objeto de denuncia pública, por cuanto se incorporó a la gestión con plazos breves en un momento en el cual todas las dependencias públicas estaban ejecutando su Plan Anual de Adquisiciones.
3. La Subasta Inversa, las Compras Corporativas y los Convenios Marco de Precios, que se constituyen en procesos especiales regulados por la actual normativa.
4. Escenario al que se debe agregar Perú Compras y la normativa vigente.

Esta dispersión es negativa para la Gestión Pública. El país no puede promulgar normas tan importantes como la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, para no cumplirlas o eludirlas.

- ✓ En los proyectos de Ley, objeto del presente comentario, hemos podido establecer como criterio común que privilegian el precio antes que la calidad. El tema no es nuevo en nuestra legislación sobre contrataciones y adquisiciones estatales, por ello, hagamos un breve recuento.

El Principio de Eficiencia contenido en el numeral 4 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado vigente, que por su condición de Principio informa al contenido de la norma y sirve para la interpretación en caso de duda o vacío, indica que los bienes, servicios y obras que se contraten o adquieran "deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y/o entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones para su uso final". Si prestamos atención a la prelación, que es sustancial en el Derecho, nos daremos cuenta que se prioriza la Calidad ante el Precio. Esa es la regla que está vigente desde 1998 y con la cual los funcionarios de las distintas entidades públicas hacen gestión: Calidad a precios

adecuados. Disposición concordante con lo establecido en la Guía de Auditoría de Procesos de Selección aprobada por la Contraloría General de la República donde el Criterio de Eficiencia en materia de control se encuentra redactado en los términos siguientes: "Los bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final"¹⁷.

Esta concordancia no sólo es lógica, sino también positiva. El Estado adquiere bienes, contrata servicios y ejecuta obras para atender el interés general, pero este interés general está constituido por gente de carne y hueso con recursos y sin ellos, que son ante quienes el Estado debe legitimarse día a día, por ello los errores en éste ámbito terminan por afectar su legitimidad. Si esto es así, ¿se puede aceptar que el interés general sea atendido con productos, obras o servicios de segunda o que se decida por lo más barato? Definitivamente no.

El criterio de privilegiar Precio antes que Calidad sólo es aplicable para el caso de los bienes y servicios estandarizados que se adquieren por la modalidad de Subasta Inversa, pero sólo afecta a algunos productos porque, tal como lo ha demostrado "la crisis de los patrulleros", no todo es estandarizable, ni todo puede adquirirse por Subasta Inversa.

- ✓ Estos problemas deberían ser una invitación a mejorar el Estado. Se debe abordar y promulgar la Ley del Poder Ejecutivo y avanzar en la Reforma del Estado. Sólo así sabremos que tipo de Ente de compras necesitamos. No podemos promulgar normas tan importantes por cuestiones de coyuntura. Los sistemas administrativos son la vía por donde discurren las compras públicas.

Pero tampoco podemos olvidarnos del factor esencial, el siempre postergado factor humano. Las compras las hacen seres humanos que tienen familia, pero que en un número significativo carecen de expectativas de futuro porque son contratados por servicios no personales, no contando con derechos laborales ni beneficios de ningún tipo, ni siquiera pueden ser capacitados. El Estado debe resolver en paralelo este problema, es necesario contar con una Ley de Carrera Pública y otorgar la estabilidad que corresponda a los servidores públicos.

¹⁷ Ver: Anexo, Glosario de Términos de la Guía de Auditoría de Procesos de Selección.

- ✓ En cuanto a los proyectos presentados, ya hemos expuesto nuestra opinión general y particular respecto de cada uno de ellos, por lo que sólo queremos agregar la sugerencia de que se discuta y apruebe en un solo cuerpo normativo la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Perú Compras, teniendo como base los proyectos presentados por el Poder Ejecutivo.

Estas son algunas reflexiones respecto de los proyectos de Ley que esperamos sean debatidos con amplitud, ya que el texto de la vigente Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se discutió en el Pleno del Congreso en día y medio y en tres sesiones seguidas, con el agravante que en la Comisión de Fiscalización, de donde provino el Proyecto, la oposición no tuvo representantes porque se habían retirado ante las irregularidades que venía cometiendo el Régimen del ex - Presidente Alberto Fujimori.