

APUNTES Y COMENTARIOS A LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (DECRETO LEGISLATIVO 1017)

ALEXANDRA MOLINA DIMITRIJEVICH

Abogada por la Universidad de Urea.
Licenciada en Administración Pública por la Universidad Libre de Bruselas (ULB).

SUMARIO:

I. Antecedentes.- II. Lo denominado de la norma.- III. "Maximización del dinero del contribuyente".- IV. Contrataciones "con determinado proveedor": una peligrosa exclusión.- V. Principios que rigen las contrataciones: una saludable permanencia.- VI. Especialidad de la norma, delegación y competencia.- VII. Del expediente de contratación.- VIII. Del registro Nacional de Proveedores (RNP) y los requisitos elementales para contratar con el Estado.- IX. De los impedimentos para contratar con el Estado.- X. Sobre las características técnicas de los bienes, servicios y obras a contratar (artículo 13 del proyecto).- XI. Re-clasificación de los Procesos de Selección e inclusión de nuevas modalidades de contratación.- XII. De las exoneraciones.- XIII. De las condiciones mínimas de las bases.- XIV. Del Valor Referencial.- XV. De los denominados "Cuestionamientos a las Bases".- XVI. Algunos aspectos fundamentales relacionados con la ejecución contractual.- XVII. "Contractualización" de las penalidades.- XVIII. Elevación a rango legal de la figura de "Supervisión".- XIX. Responsabilidad del contratista.- XX. Infracciones y sanciones.- XXI. Solución de controversias.- XXII. De los recursos impugnativos.- XXIII. Sobre el régimen de nulidades.- XXIV. Del denominado "OSCE" (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado).- XXV. Conclusiones y comentarios.

I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio No. 157-2007-PR, de fecha 7 de agosto de 2007, el Ejecutivo remitió al Congreso el proyecto de la Ley¹ que, sustituyendo el régimen de rango legal compilado por el Decreto Supremo No. 083-2004-PCM (Texto Único Ordenado-TUO- de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada inicialmente por Ley 26850)², tiene por objeto regular los procesos a través de los cuales el Estado elige a sus co-contratantes, así como también la consecuente ejecución de los contratos³ que se deriven de dicha selección. La intención inicial y central de quienes desarrollaron dicho proyecto, no reposaba en otra cosa que en la necesaria renovación y/o actualización del régimen instaurado por la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.⁴

Meses después, con fecha 20 de diciembre de 2007, se publica en el Diario Oficial El Peruano la Ley 29157, bautizada con el extenso nombre de "Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de Legislar sobre diversas materias relacionados con la implementación del acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento", Ley autoritativa⁵ mediante la cual se delega al Poder Ejecutivo facultades para que éste, en un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, legisle sobre las materias especificadas en la misma norma, con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EEUU y su protocolo de enmienda, y el apoyo a la competitividad económica. Entre estas materias se encuentra la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa y modernización del Estado.

¹ Proyecto de Ley 1499-2007-PE

² Cuya dación se produjo el 30 de julio de 1997, y posteriormente fue modificada por las Leyes 27330, 27338, 27148 y 28267.

³ Que, como es evidente, también pueden "perfeccionarse" a través de órdenes de compra o servicio (en el caso de adjudicaciones de menor cuantía distintas a las convocadas para la ejecución y consultoría de obras, conforme al lo establece el artículo 197 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), que son actos de administración interna generados en la dependencia encargada de las contrataciones y adquisiciones de la Entidad que, si bien es cierto no comparten el modo de ejecución tradicional de un contrato, conllevan una manifestación de voluntad institucional que es el correlato posterior del otorgamiento de la buena pro, contratándose.

⁴ Norma que, como recordamos, unificó toda la normativa anterior, que dividía la contratación de obras (regulada por Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas -RLLCOP-) de las demás compras estatales (normadas por el Reglamento Único de Adquisiciones -RLA-) y los servicios de consultoría (bajo el ámbito del REGAC).

⁵ En el marco del artículo 104 de la Constitución Política del Estado.

Como consecuencia de ello, y dentro del plazo conferido por la precitada Ley Autoritativa, el 4 de junio de 2008 se publicó en El Peruano el Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado. De igual modo, en la misma fecha, se publica el Decreto Legislativo 1018, norma que crea la por muchos esperada "Central de Compras Públicas – Perú Compras".

Visto este panorama inicial, el presente artículo tiene como finalidad esencial comentar los aspectos de la nueva normativa que, a nuestro parecer, revisten mayor importancia, realizando un análisis comparativo entre esta y la normatividad aún vigente⁶, así como también complementando nuestros comentarios al nuevo régimen a aprobarse con los aportes doctrinarios que pudieran ser esclarecedores, coherentes con la realidad peruana y con la diversa problemática que tiene que enfrentar la Administración a la hora de seleccionar a los particulares con quienes requiere contratar para agenciarse de bienes, servicios, o para la ejecución de aquellas obras que, dentro del marco del cumplimiento de sus fines, requiere la población.

II. LA DENOMINACIÓN DE LA NORMA

A diferencia del régimen que, en lo esencial, fue aprobado mediante Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (1997)⁷ –y que inclusive hasta la fecha regula los lineamientos básicos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras que éstas requieran–, la norma se cuida de incurrir en la confusión terminológica contenida en el régimen actual. En efecto, ¿qué diferencia a una adquisición de una contratación? o ¿qué las hace figuras idénticas? ¿Porque? i) quien adquiere lo hace generalmente en mérito a un contrato⁸, ii) quien contrata no siempre "adquiere", pues se adquiere bienes, pero resulta claro que "adquirir" no es el término más adecuado para el caso de los servicios, iii) en general, en lo que atañe a las obras, la propiedad de "lo construido", se "adquiere" porque estas, en virtud de lo prescrito por el artículo 938 del Código Civil⁹, se adhieren al suelo perteneciente a un propietario determinado, pero aquí lo que importa no es establecer el régimen de propiedad de obras construidas por cuenta del Estado, sino establecer el régimen de contratación en sí de la persona natural o jurídica que ejecutará las mismas, con lo cual la palabra "adquisición" termina siendo, para efectos prácticos, irrelevante. Sea como sea, una técnica legislativa adecuada implica claridad en el texto de la ley, sobre todo cuando se trata de disposiciones que no solo se utilizan en el quehacer cotidiano del abogado, sino también, del ingeniero o del administrador (logístico), como es el caso de la normativa en materia de contrataciones del Estado. Por tanto, consideramos un acierto del proyecto la supresión de la palabra "adquisiciones".

III. "MAXIMIZACIÓN DEL DINERO DEL CONTRIBUYENTE"

La primera parte del artículo 2 del Proyecto señala que "(...) El objetivo de esta Ley es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones para proveerse de bienes, servicios u obras por parte de las Entidades del Estado (...)".

⁶ En este caso, se produce la denominada "Vocatio Legis", toda vez que, según la Décimo-Segunda Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo 1017, esta norma entrará en vigencia a los trece (13) días calendario contados a partir de la publicación de su Reglamento y del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado – OSCE –denominación que, en adelante, llevará el hoy CONSUCODE. Según la misma norma –Disposición Complementaria y Final Segunda–, el Reglamento deberá ser aprobado dentro de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes a la publicación del referido Decreto Supremo.

⁷ Derogada expresamente por el Decreto Legislativo 1017 (ver literal a) de la Disposición Complementaria Derogatoria de esta norma), derogatoria que, naturalmente, se extiende a sus normas modificatorias.

⁸ Que, definido por el artículo 1351 del Código Civil, es aquel "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial", y es el vehículo de transmisión de la propiedad por excelencia, al lado de los demás modos de adquisición tales como la apropiación, accesión, y especificación y mezcla (conforme a la regulación del Libro V del Código Civil), figuras que a mayor abundamiento –típicamente, la segunda de las mencionadas en el caso de obras– son poco comunes en el ámbito estatal.

⁹ "El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él".

¿Cómo hacer encajar este mandato dentro de una perspectiva puramente jurídica, más allá de lo que se considera como "conveniente"? Recordemos que: 1. El dinero del contribuyente ingresa a las arcas del Estado, en gran medida, por la vía de los impuestos, que, como sabemos, son tributos no vinculados.¹² 2. En segundo lugar, "el dinero del contribuyente" no es el único elemento que constituye las finanzas públicas del Estado.¹³ 3. Finalmente, el término en sí, aparentemente, no tendría mayor coherencia con la naturaleza del interés público y los fines estatales, sería más armónico con la realidad empresarial. Ahora bien, más allá de de estas consideraciones técnico-jurídicas, pareciera que la conveniencia de incluir este término provendría de un (a nuestro entender y en este caso justificado), ánimo de pragmatismo político. En efecto, a nuestro juicio, eventualmente, aquí la intención de quien elaboró el proyecto fue de alguna manera introducir frases que refuerzan una mayor conciencia tributaria, así como también, por el lado del funcionario público encargado de las contrataciones y adquisiciones del Estado, reforzar una convicción hacia el buen uso del dinero estatal, actitud que siempre denotará apego al correcto ejercicio de la función pública.

IV. CONTRATACIONES "CON DETERMINADO PROVEEDOR": UNA PELIGROSA EXCLUSIÓN

Se ha incluido el literal "k" al numeral 3.3, del artículo 3 del proyecto, que excluye del ámbito de aplicación de la norma a aquellas contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de ley o de autoridad jurisdiccional.

A nuestro parecer, si el Legislativo decide mantener este texto, el Reglamento que en su oportunidad se emita, debería regular los alcances de lo indicado anteriormente, y lo deberá hacer de modo estricto, para que la excepción no se convierta en regla, y, sobre todo, para que la inclusión de esta posibilidad, paradójicamente, no se convierta en una peligrosa exclusión.

V. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS CONTRATACIONES: UNA SALUDABLE PERMANENCIA

El proyecto previo a la norma que finalmente se publicó (vale decir, el remitido al Congreso mediante Oficio No. 157-2007-PR¹⁴) dejaba prácticamente intactos¹⁵ los principios que deben regir las contrataciones estatales. A diferencia de ello, el Decreto Legislativo 1017 mantiene los ocho (8) principios vigentes, agregando sin perjuicio de ello los siguientes:

- Principio de Promoción del Desarrollo Humano: Que, según el legislador delegado, supone que "(...) la Contratación Pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia" (retórica que podría sugerir cierta "inhibición" del legislador, quien se cuida de utilizar el término "Derechos Humanos" –técnicamente el que resultaría más apropiado– el mismo que, en ciertos sectores, puede resultar políticamente incorrecto).

¹² Los impuestos, en nuestro sistema jurídico, están definidos legalmente como aquellas tributos cuyo cumplimiento no origina una contraprestación directa a favor del contribuyente por parte del Estado (literal a) de la Norma 3 C.T. – Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo No. 135-99-EP).

¹³ La Ley 27209, Ley de Gestión Presupuestaria del Estado, es clara en este aspecto. En efecto, el artículo 11 de esta norma realiza una clasificación económica de los recursos públicos, existente aparte de los denominados "ingresos corrientes" (donde se incluye aquellos de naturaleza tributaria), ingresos de capital (predominantemente por concepto de venta de activos), transferencias, financiamiento con operaciones de crédito interno y externo (deuda pública), y, finalmente, financiamiento con rólidos de balance de ejercicios anteriores.

¹⁴ Al cual hemos hecho referencia al inicio del presente artículo.

¹⁵ Evidentemente, se suprime, por una cuestión de coherencia, el término "adquisiciones". De otra parte, mientras la norma que aun rige se refiere (en cuanto a los demás principios) a la aplicabilidad de otros principios del Derecho Común y del Derecho Administrativo, el proyecto, de algún modo, utiliza los términos más inclusivos de "Derecho Privado/Derecho Público".

- Principio de Razonabilidad: Según el cual "en todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado". Consideramos acertada la inclusión de este principio, pese a su imprecisa redacción (ya que la fase contractual es posterior al desarrollo de los procesos de selección) y a la redundancia en que se incurre al final de la frase, pues a nuestro parecer el resultado esperado de toda compra estatal no es otro que la plasmación de todos los principios y finalidades consagrados por la norma, lo cual en buena cuenta satisface el interés público.
- Principio de Publicidad: Según el cual "las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia" deberán ser publicados y difundidos adecuada y suficientemente a fin de garantizar la concurrencia de los potenciales postores. Hay que precisar, en este punto, que este principio se extiende a todo el proceso de selección e, incluso, a la suscripción de los contratos, y tiene en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) una certera herramienta hacia su materialización.
- Principio de Equidad: De conformidad con este principio, "las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general". Se trata, pues, de una "equidad" que, en un primer momento, aparece como "relativizada", garantizándose una preeminencia del interés general que enervaría la equivalencia de prestaciones que en principio caracteriza a todo contrato. Sin embargo, en el fondo, sin garantía del interés público no hay equidad posible¹¹, y no es más que el Estado el primer llamado a garantizarlo.
- Principio de Sostenibilidad Ambiental: Se indica que "(...) en toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia". Este principio podría resultar plenamente aplicable en los casos de compra de combustible o contratación de obras.

También se efectúan ciertas adiciones y/o modificaciones a los principios ya existentes, que conviene comentar:

- Se cambia la denominación del actual "Principio de Libre Competencia" por la "Libre concurrencia y competencia" (cuando los términos competencia y concurrencia, en la práctica, vienen a ser lo mismo).¹²
- Se sustituye, en lo que atañe al "Principio de Eficiencia", la confusa frase "bienes, servicios o ejecución de obras que se adquieran o contraten" por una fórmula más precisa: "las contrataciones que realicen las Entidades deben efectuarse bajo las mejores condiciones", así como también se agrega que debe hacerse "el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles", debiendo las contrataciones observar "criterios de celeridad, economía y eficacia", siendo este un pertinente diseño de este principio.
- En lo correspondiente al Principio de Trato Justo e Igualitario, se quita la última frase ("salvo las excepciones de ley"), lo cual saludamos, ya que la esencia de este principio no debería contemplar excepción alguna, pues supondría un verdadero contrasentido.

¹¹ Más aún cuando el interés público es la "norma ética suprema aplicable a los asuntos políticos", y por ende "la norma última para la responsabilidad gubernamental". CASSINELLI, C.W. El interés público en el contexto de la ética pública. En: *El Interés Público*. Carl J. Friedrich Editor Editorial Roble, México, 1967, pp. 57 - 64.

¹² Es más, en francés, la frase "libre concurrence" significa "libre competencia", "l'appart entre producteurs, commerçants qui se disputent une clientèle". Le Robert Micro, Dictionnaire d'apprentissage de la langue française. Dictionnaires Le Robert, Nouvelle Édition, Paris, 1998.

Debemos recordar además que, el hecho de que una norma dedique un extenso artículo a regular el tema de los principios, reviste una vital importancia por cuanto los mismos informan todo el cuerpo normativo (legal y por ende, el reglamentario, que se debe a aquél) que regula este tema. Como así lo señala Marcial Rubio¹⁶, tales principios (en atención a su esencia) tienen un carácter axiológico, pero en este caso, al lado de esta naturaleza, convive un ineludible carácter técnico, nutriendo la estructura, el modo de operación y el contenido de este régimen tan particular.

Además de mantener este aspecto positivo del cuerpo legal comentado, la norma, acertadamente, ubica la finalidad, la razón de ser de estos principios, en el artículo que regula el objeto de la norma (artículo 2). En tal sentido, su función es más que crucial, retirando a los principios de un espacio que podría percibirse como meramente lírico (o interpretarse como tal por quienes, imbuidos de un espíritu extremadamente pragmático, les atribuyen - a nuestro juicio erróneamente - inutilidad), para articularlos con dicho objeto normativo, confiéndoles la importancia práctica que les corresponde, al ser los canales centrales para plasmar aquello que la norma busca. La respuesta al trillado ¿para qué sirven? es, pues, más que obvia.

VI. ESPECIALIDAD DE LA NORMA, DELEGACIÓN Y COMPETENCIA

La norma publicada echa mano constantemente de la dicotomía (para algunos caduca, pero para nosotros aún viable para efectos básicamente didácticos) Derecho Público/Derecho Privado. Esta se repite en el artículo 5, que regula la especialidad de la norma y delegación. En efecto, según la norma bajo comentario, la Ley y el Reglamento¹⁷ prevalecen sobre las normas de derecho público¹⁸ y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Al respecto, es importante precisar que las primeras (fundamentalmente la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General) se aplican de manera supletoria a la etapa que va desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro, mientras que las segundas (fundamentalmente el Código Civil) son de aplicación (siempre supletoria), a la etapa de ejecución contractual. En este punto, consideramos importante recordar que, dentro de las discusiones sobre la naturaleza jurídica del régimen de contrataciones del Estado (donde juristas como Manuel de la Puente y Lavalle -perspectiva civilista- sostienen que se trata de Contratos Privados¹⁹, frente a la posición bastante difundida en el medio, en el sentido de que se trata de Contratos Administrativos -perspectiva que podríamos llamar "administrativista"-²⁰, compartimos la posición de Santofimio, a cuyo criterio "(...) el estudio de la institución desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado"²¹.

Con respecto a la delegación, la norma agrega una serie de situaciones de indelegabilidad de la competencia para las contrataciones estatales. Cabe precisar que tal competencia le corresponde,

¹⁶ RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico*, Fondo Editorial PUCP, Octava Edición, 1999, p. 307.

¹⁷ La redacción de la norma puede dar pie a interpretaciones forzadas de la misma, que pretendan señalar que de dicha norma se desprende que se está otorgando fuerza de ley al reglamento. Por el contrario prevalece a nuestro juicio el denominado "principio de jerarquía normativa", no debiendo, las normas reglamentarias, transgredir ni desnaturalizar las leyes, conforme consagra la Constitución Política del Estado en el numeral 8 de su artículo 118.

¹⁸ Esta referencia expresa a las normas de "Derecho Público" resulta positiva en la medida en que se utiliza un término más amplio que el que actualmente figura en la normativa vigente ("normas generales de procedimientos administrativos"), ya que, con la nueva normativa, se deja por sentado la aplicabilidad de, por ejemplo, las normas del Sistema Nacional de Inversión Pública (SNIP), en lo no expresamente previsto por la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y, evidentemente, por sobre las normas de Derecho Privado que se pretende invocar (no es un ánimo lúdico ni decorativo el que motiva al legislador a colocar en primer término la expresión "Derecho Público").

¹⁹ Ya que, según dicho autor, los *Contratos Privados de la Administración* se definen, concreta y asertivamente, por la carencia de cláusulas inorbitantes en los mismos. En: *Tribuna*, Revista de Derecho, No. 39, 1999, pp. 7-11.

²⁰ Otros juristas, con sutiliza terminológica (lo que de suyo implica mayor precisión), utilizan la denominación de "*Contratos de la Administración Pública*". Ver: SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, *El Concepto y los factores de los Contratos de la Administración Pública* como referentes necesarios para el desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. En: *Derecho y Sociedad*, No. 29, Año XVIII, diciembre 2007, pp. 55-62.

²¹ SANTOFIMIO GAMBÓN, Jaime Orlando, *Actas del IV Congreso de la Asociación de Juristas del Sistema de Contratación en el Perú*. En: *Derecho y Sociedad*, No. 29, Año XVIII, diciembre 2007, pp. 55-62.

de por sí, al Titular de la Entidad.²² Así, éste último podrá delegar cualquier aspecto relacionado con dicha competencia, siempre y cuando medie una resolución, y que, básicamente, no se trate de las siguientes situaciones, consideradas cruciales por quien propone el proyecto, a saber a. aprobación de exoneraciones, b. declaración de nulidad de oficio, c. resolución de apelaciones y d. autorización de adicionales.

Elo no quita que, en aplicación del principio administrativo de desconcentración de funciones²³, existan órganos que se encarguen de la programación, preparación, ejecución y supervisión de los procesos de contratación hasta su culminación. Este aspecto se encuentra regulado en el artículo 6 del proyecto, que, consideramos, debería agregar que toda esta división funcional no debe prescindir de la autoridad (y responsabilidad) del Titular del Pliego.

Lo que nos parece saludable es la obligación, plasmada en el segundo párrafo del precitado artículo 6, de que los funcionarios y servidores que se encarguen de las contrataciones, acrediten estar capacitados en la materia, dejándole al reglamento la tarea de normar estos aspectos, en cuyo caso, sugerimos que la capacitación pueda ser teórica o práctica, y que se consagre (esto siempre en el texto legal) que sobre estas personas no hayan recaído sentencias judiciales determinando responsabilidad penal.

VII. DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

La norma que todavía rige las contrataciones estatales, le dedica a la ejecución de obras públicas, en su artículo 6, el siguiente párrafo, que, desafortunadamente, ha sido eliminado por la norma bajo análisis:

"Para el caso de ejecución de obras, la Entidad deberá contar además, previa a la convocatoria del proceso de selección correspondiente, con el Expediente Técnico, el mismo que debe cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento, debiendo la Entidad cautelar su adecuada formulación con el fin de asegurar su calidad técnica y reducir al mínimo la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras".²⁴

En lo que comúnmente la normativa denomina "el caso de obras", la alta complejidad técnica inherente a la ejecución de las mismas hace necesario que el legislador plantee fórmulas de regulación detallada, con el propósito de uniformizar el régimen, de proporcionar reglas claras y concretas respecto de un tema que, en la práctica, reviste complicados enigmas y dilemas en el seno de las diversas entidades que, para cumplir con sus fines inherentes, deben ejecutarlas, para sí (por ejemplo, sedes administrativas)²⁵ o para beneficio directo de la población (colegios, hospitales, carreteras). Un buen intento de sistematizar este tema lo constituye el hecho de que el actual reglamento consagra un capítulo entero a la ejecución de obras. Sin embargo, la calidad de la regulación que aún existe en la normativa vigente, solo genera desorden e informalidad en la ejecución de obras, y una enorme casuística que a su vez es causa de demoras innecesarias. En este contexto, se desaprovecha una oportunidad

²² Según lo que prevé el artículo 2 del actual Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo No. 084-2004-PCM.

²³ Consagrado en el artículo 74 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y que supone básicamente que los órganos de decisión se encuentren liberados de las rutinas de ejecución.

²⁴ El punto 28 del Anexo I (definiciones) del Reglamento de la Ley a modificarse, lo define, valga la redundancia, como "el conjunto de documentos que comprende memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, Valor Referencial, análisis de precios, calendario de avance, fórmulas polinómicas, y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental, u otros complementarios".

²⁵ Esto simplemente a manera de ejemplo para la gran mayoría de entidades, ya que en la práctica, y de conformidad con el artículo 9 numeral 9.7. de la Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2008 (Ley 29142, del 10 de diciembre de 2007), se encuentra prohibida (cuando menos, para el presente ejercicio) la adquisición y construcción de inmuebles para sedes administrativas, salvo las excepciones expresamente previstas por dicha ley.

de dotar a la normativa de disposiciones más sólidas, en materia de obras, a contracorriente de lo que realmente se necesita regular.

VIII. DEL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES (RNP) Y DE LOS REQUISITOS ELEMENTALES PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

En esta parte de la norma, encontramos como novedad positiva la inclusión de una adecuada terminología. En efecto, mientras que el artículo 8 de la norma que aún rige se refiere únicamente a los postores, aquí se incluye los términos "participante, postor y/o contratista", lo cual no deja absolutamente ninguna duda (que de pie a interpretaciones contrarias al interés público) acerca de la obligación de estar inscrito en registros en todas las etapas que implica la contratación estatal.²⁶

Criticamos que, sin embargo, se incluya la frase "impedido, sancionado ni inhabilitado" ya que, como es obvio, la inhabilitación es la especie y la sanción el género. La inhabilitación es, en efecto, en el ámbito de la contratación estatal, la sanción por excelencia, pero también existen sanciones económicas aplicables. En todo caso, el proyecto, para evitar redundancias, debió limitarse a decir que para ser postor, participante y/o contratista, se requiere (aparte de estar inscrito en el RNP), no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado.

IX. DE LOS IMPEDIMENTOS PARA CONTRATAR CON EL ESTADO

Sobre los impedimentos para contratar con el Estado (regulados en el artículo 10 del proyecto), que en esencia constituyen una regulación fundamental para la lucha contra la corrupción, no podemos dejar de mencionar lo siguiente:

- Con buena técnica legislativa, el artículo se inicia con la frase "cuquiera sea el régimen legal de contratación aplicable", creemos que con el afán de evitar que se transgreda la norma a través de figuras contractuales que escondan la participación, como verdaderos contratistas, de aquellos que se encuentran impedidos de serlo.
- Sin embargo, no se suprime (o adapta a la realidad), como sería necesario, la inadecuada mención al "órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos" (¿cuál es?). En este punto, resulta válido poner el ejemplo de la Defensoría del Pueblo, organismo constitucionalmente autónomo (según artículo 161 de la Constitución Política del Estado) que carece de "órgano colegiado".
- El literal e) —que impide participar a quienes hayan tenido intervención directa en la determinación de las características técnicas, por una cuestión de orden y de congruencia— debió precisar como obvia excepción a la regla en él plasmada al denominado "Concurso Oferta", modalidad en la cual el contratista de una obra es también el encargado de elaborar el Expediente Técnico.²⁷

²⁶ La insuficiencia terminológica de la norma vigente ha llevado a algunos contratistas, en la práctica, a suponer, erróneamente, que no existe obligación de estar inscrito en el RNP al momento de suscribir el contrato. Puede suceder, por ejemplo, que un contratista se encuentre inscrito en el RNP mientras fue postor, expirando tal inscripción en una oportunidad posterior al otorgamiento de la buena pro y anterior a la firma del contrato. En estos casos, se debería interpretar que, al inscribirse la norma actual o bien referirse expresamente a la obligación de los contratistas a contar con dicha inscripción, la misma es también obligatoria en estos casos, porque resultaría ilógico que, en la parte correspondiente a sanciones del Reglamento, se considere como infracción dicha omisión sin que exista un conjunto de obligaciones sustancial (normas 5 artículo 294 del Reglamento vigente). Consideramos, en tal sentido, que la claridad del proyecto evitará que se generen dichas interpretaciones forzadas, incongruentes y finalmente contrarias al interés general.

²⁷ A esta figura se ha recurrido con mucha frecuencia, con ocasión del denominado "Shock de Inversión", impulsado por el Ejecutivo a través del Ministerio de Vivienda en los temas de saneamiento. Sin embargo, más allá de la normativa especial que regula estos procesos (Decreto de Urgencia 024.2005 y normas conexas), la inexistencia de una regulación técnica (que no debió incluirse en este proyecto) de esta figura ha generado, en la práctica, una serie de problemas

X. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE LOS BIENES, SERVICIOS Y OBRAS A CONTRATAR (ARTÍCULO 13 DEL PROYECTO)

- Reformulando la regulación que se encuentra aún vigente, la nueva norma coloca expresamente como punto de partida y referencia fundamental para todo requerimiento al Plan Anual de Contrataciones (definido por el artículo 8 del propio proyecto como aquel documento que, básicamente, debe prever todas las contrataciones de bienes, servicios y obras que se requerirán durante el año fiscal).
- De otra parte, se elimina, con acierto (y en salvaguarda de los Principios de Eficiencia, Libre Competencia y de Moralidad en las Contrataciones públicas), la posibilidad de que las indagaciones sean aleatorias. Se incluye, en este sentido, la obligación de que dicha evaluación garantice una pluralidad de proveedores en el mercado para la convocatoria respectiva. La norma todavía vigente, solo circunscribe la obligación de estudios técnicos previos a los casos de Licitaciones y Concursos Públicos, olvidándose de que el grueso de las contrataciones, pasa por procesos de Adjudicación de Menor Cuantía.²⁸
- Se consagra un texto más amplio y elaborado que regule las características técnicas en el delicado "caso de obras". Así, se agregan términos como "disponibilidad física del terreno", lo que, evidentemente, no alude a una mera disponibilidad, sino más bien a la posibilidad concreta de tomar posesión del mismo, aunque a nuestro juicio se ha debido considerar también la posibilidad jurídico-legal de que la Entidad tenga el derecho de propiedad del terreno y que éste se encuentre debidamente saneado. También se inserta la obligación de que se cuente con un Expediente Técnico aprobado (olvidándose, eso sí, hacer la salvedad para el caso del denominado "Concurso Oferta", sobre cuya complejidad nos hemos referido en líneas precedentes), y se consagra que se debe reducir al mínimo la necesidad de reformular el mismo a causa de errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de ejecución de obras, un hecho recurrente que genera sobrecostos a las entidades, amén de contravenir con claridad los Principios de Eficiencia y Economía en la Contratación Pública. Al margen de esto, la norma, en general, debería brindar una regulación específica del caso de "consultoría de obras", figura que se encuentra a medio camino entre los servicios y las obras, y que en la actualidad carece de un régimen normativo concreto que le de un cauce uniforme²⁹ a la elaboración de los estudios técnicos que influyen de modo directo en la calidad de la obra a ejecutarse, a fin de minimizar, por ejemplo, la posibilidad de adicionales.

XI. RE-CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN E INCLUSIÓN DE NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

Se introduce, en el artículo 15 de la norma, una denominación coherente con el panorama actual de las contrataciones estatales. Así, se utiliza el término "mecanismos de selección", que engloba 1.a los procesos de selección en sí (licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía), 2.a la modalidad de selección denominada "subasta inversa", y 3. a las compras corporativas que se realizan, de acuerdo con el segundo y tercer párrafo del aludido artículo, por Convenio Marco. Se agregan, además, cuestiones propias del e

que han derivado, con frecuencia, en la inexecución eficiente –o en la ejecución ineficiente– del gasto público en muchas entidades.

²⁸ La Unidad de Investigación y Métodos del Consucode ha determinado que: "En esta realidad se abre que la mayor proporción de las compras y contrataciones se están realizando a través de Adjudicaciones de Menor Cuantía, las cuales en número son 297 veces más que las Licitaciones Públicas". En: Informe de Contrataciones Públicas – al 1er trimestre de 2008. Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUJCODE). Lima, abril de 2008 (ver documento en la página web de dicha institución: <http://www.consuajcode.gob.pe/>).

²⁹ Aspecto estrechamente vinculado al concepto de Seguridad Jurídica.

- government³⁰ (panorama que no se apreciaba cuando se gestó la estructura medular de la norma vigente, en épocas de la Ley No. 26850, en que no teníamos la gran incidencia actual de Internet), como el conocido portal del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) que, según se plantea, servirá de medio obligatorio para efectuar las adjudicaciones de menor cuantía (artículo 18).

XII. DE LAS EXONERACIONES

La norma (en su artículo 20 y siguientes) incluye algunas novedades respecto de las exoneraciones de procesos de selección. Resaltamos lo siguiente:

- Se elimina la exoneración a aquellas contrataciones de servicios públicos sujetos a tarifas únicas.³¹
- Se reformula el tenor de lo que se regula actualmente en el literal a) del artículo 20 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 083-2004-PCM (exoneraciones para contratar entre entidades del Sector Público). En este caso, se sustituye la vaga frase de "(...) de acuerdo a los criterios de economía que establezca el Reglamento", por una oportuna precisión: "(...) siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política". Es conveniente, en tal sentido, ligar este asunto al Principio de Subsidiariedad consagrado por la Constitución Política del Estado en el precitado artículo 60, según el cual solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. En buena cuenta, se debe cumplir con los requisitos contenidos en el referido artículo de la Carta Magna.
- En relación con los bienes o servicios que no admiten sustitutos, se aclara a nivel legal la confusión instaurada por el Reglamento³² (que precisa, en el segundo párrafo de su artículo 144, que se considera que existe proveedor único cuando se ha establecido la exclusividad del proveedor por razones técnicas)³³, al introducir en el literal e) del artículo 20 del proyecto, un texto bastante más claro y concreto al respecto.
- Se agrega un párrafo que deja al Reglamento la tarea de establecer las formalidades, condiciones y requisitos complementarios para cada exoneración. Siendo así, confiamos en que el nuevo Reglamento, fije límites que salvaguarden el interés público y la transparencia, lo cual de ningún modo debe suponer dejar de lado el concepto de eficiencia en la gestión pública, que es justamente la razón que explica la existencia de las exoneraciones, las mismas que, por ese elemento de balance entre lo eficaz y lo correcto, que es inherente a tal concepto, no deben perder en ningún momento su naturaleza excepcional.

³⁰ En un trabajo realizado en 2003 por la Secretaría de Gestión Pública de la PCM para el Banco Interamericano de Desarrollo, se establece como objetivo estratégico para el posicionamiento del Gobierno Electrónico en el Perú, el crear un sistema de compras transparente que fomente el desarrollo regional, lo cual implica "(...) un sistema electrónico de adquisiciones y Compras del Estado". Esto se encuentra evidentemente inscrito dentro del marco de la Reforma del Estado, de reciente impulso. BERMUDEZ MOGNI, Pablo, Gobierno Electrónico. Presentación en Power Point disponible en: <http://www.iaef.org/ids/indicam/2003/presentacionadecmuer.pdf#287>, Gobierno Electrónico.

³¹ Que, en la normativa actual, está contemplado en el literal b) del artículo 19 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 083-2004-PCM.

³² Autores como REMANÍO sostienen que este tipo de exoneraciones es aplicable al caso de la adquisición de programas de computadoras, incluyendo de ello, por ejemplo, al alquiler de locales. En: RETAMOSO LINARES, Alberto, *Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control, Acreditación y Certificación*, Jurim Editores, Lima, mayo 2007, pp. 411-412.

³³ En el caso de parámetros y derechos de autor, tal como expresamente señala la norma aún vigente.

XIII. DE LAS CONDICIONES MÍNIMAS DE LAS BASES

Al fijar la necesidad de aprobar las Bases formalmente¹⁴, la norma utiliza el término genérico "procesos de selección" y no circunscribe el tema a las Licitaciones y Concursos Públicos.¹⁵ Asimismo, un elemento que, sin duda alguna, va a reforzar el rol rector del hoy CONSUCODE (que, como señalaremos más adelante, se denominará, por mandato de esta norma, OSCE)¹⁶ lo constituye la aprobación de bases estandarizadas por parte de este organismo, aunque dicha estandarización de bases, sin perder su naturaleza vinculante (para poder lograr uniformizar el régimen en aras de preservar la seguridad jurídica), debería también ser adaptable para las Entidades, en función de cada caso concreto y de sus propias necesidades.

XIV. DEL VALOR REFERENCIAL

Aquí, destacamos el valioso aporte de la norma, que dota al proceso de definición del Valor Referencial de criterios más objetivos.¹⁷ De este modo, con el nuevo régimen la Entidad, por el contrario, debería efectuar estudios y análisis en el mercado, de los niveles de comercialización, siempre de acuerdo a los parámetros que serán establecidos en el nuevo Reglamento. Estos parámetros son, conforme vemos, muy distintos a los actuales, que le dan un lugar al elemento aleatorio, lo cual, a nuestro entender, deja la puerta abierta a la posibilidad de "actos indebidos en la contratación estatal".¹⁸

Asimismo, se incorporan límites más claros en torno a la antigüedad del Valor Referencial. Así, en el denominado "caso de obras", esta no podrá exceder de seis (6) meses a la fecha de la convocatoria, no pudiendo exceder de tres (3) meses tratándose de bienes y servicios. La normativa vigente (artículo 34 del Reglamento), se refiere a una antigüedad no mayor a dos (2) meses, para todos los casos. Siendo así, nos atrevemos a sostener que la nueva propuesta, en el marco del proceso inflacionario actual, tendría como probable efecto el que se logre mejores precios para las adquisiciones estatales.

XV. DE LOS DENOMINADOS "CUESTIONAMIENTOS A LAS BASES"

En este punto, más allá de la imprecisión anotada en el párrafo anterior, saludamos que el proyecto defina, con rango de ley, los conceptos de observaciones y consultas. En efecto, las primeras son, según el texto propuesto, "pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases" y las segundas son mecanismos de cuestionamiento de bases "en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección".

XVI. ALGUNOS ASPECTOS FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

- Según la nueva norma, las modificaciones a los contratos se ceñirán a las situaciones expresamente contempladas en el Reglamento. Esta reducción en la flexibilidad de los contratos de la administración pública, es un ejemplo más de que nos encontramos dentro de un régimen en el cual las disposiciones que atañen al Derecho Público ingresan a ámbitos en los que el Estado (en principio) actúa como un particular, no pudiendo el Contrato modificarse en base

¹⁴ Es decir, por el Titular de la Entidad o por el funcionario delegado.

¹⁵ Aunque le deja al Reglamento la tarea de desarrollar excepciones para los casos de Adjudicaciones de Menor Cuantía.

¹⁶ Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales.

¹⁷ La normativa vigente lo define como un "[...] valor determinado por la Entidad mediante estudios o indagaciones sobre los precios que ofrece el mercado y que será referido al objeto de la adquisición o contratación (artículo 32 del Reglamento). La ley (artículo 12) señala por su parte que tales estudios o indagaciones son de carácter aleatorio.

¹⁸ Utilizando la expresión que da nombre al esclarecedor y didáctico artículo de Santofemil, amablemente citado.

al ejercicio absolutamente libre de la autonomía de la voluntad.³⁹ Es importante concordar este punto con el artículo 1355 del Código Civil, el mismo que establece con claridad que "(...) la ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos" (el subrayado es nuestro). Según algunos autores, este artículo "deviene en inaplicable"⁴⁰, por cuanto el artículo 62 de la Constitución Política del Estado dispone que "la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato" (el subrayado es nuestro). Sin embargo, consideramos que: 1. el artículo 1355 del Código Civil está referido a que las normas⁴¹ podrían determinar ciertos cánones ex - ante a fin de preservar el interés público.⁴² Pretender establecer dichos límites de manera ex - post sería contrario al artículo 62 de la Constitución - dicho artículo 62 de la Carta Magna se refiere a las normas vigentes "(...) al tiempo del contrato" - 2. En esa medida, los límites a las modificaciones contractuales del Estado, establecidos por el proyecto, nos parecen un gran aporte que el mismo proporciona, porque el segundo párrafo del artículo 36 (que regula las modificaciones contractuales bajo la normativa vigente) es paradójicamente vago y al mismo tiempo está rizado de arbitraria inflexibilidad.⁴³ En este sentido, cuando el reglamento se ocupe de establecer dichos límites, deberá considerar que los mismos sean objetivos y razonables, que respeten los principios en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado (establecidos en esta misma Ley), el interés público, pero que al mismo tiempo que no den pie a entrampamientos de carácter administrativo-interno que le resten eficiencia a las adquisiciones estatales.

- Regresa a nuestro sistema legal de contrataciones y adquisiciones del Estado la denominada "garantía de seriedad de oferta", a fin de que el Contratista proporcione medios accesorios para asegurar la validez de la misma hasta el otorgamiento de la buena pro.
- En relación con la culminación del contrato, la norma añade como requisito para que se produzca ello que se haya efectuado el pago correspondiente. La normativa actual regula este aspecto en el artículo 270 del Reglamento, estableciendo que el contrato culmina con la sola liquidación.

XVII. "CONTRACTUALIZACIÓN" DE LAS PENALIDADES

El novedoso artículo 48 de la norma comentada, prevé que las penalidades, que teóricamente son sanciones civiles de tipo "predeterminado" según Escola y por tanto proceden automáticamente⁴⁴, serán establecidas en el Contrato. A la fecha, la fórmula polinómica para la determinación de penalidades se encuentra normada en el artículo 222 del Reglamento vigente, que usualmente es transcrito en el texto de los diversos contratos suscritos por la Administración bajo el régimen que comentamos. Siendo así, se establece un margen de libertad más amplio en este aspecto, en contraposición al tema de las modificaciones contractuales, que hemos comentado líneas arriba.

³⁹ Soñela Bercaitz que "(...) la libertad de las partes, consecuencia primera del principio de la Autonomía de la Voluntad, no existe en el Contrato Administrativo". BERCAITZ, Miguel Ángel, *Tercer General de los Contratos Administrativos*, Segunda Edición, corregida y actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p.348.

⁴⁰ Esta interpretación, que no compartimos, puede encontrarse en el Código Civil concordado de la editorial Juris Editores, en lo referente al Libro de Contratos (Código Civil concordado y sumado, Juris Editores, Cuarta Edición Actualizada, Lima, 2005, p. 314.)

⁴¹ Cuando el artículo 1355 habla de "ley" se refiere a ella en sentido lato, vale decir, a las disposiciones normativas, a aquellas que ostentan carácter general.

⁴² Por el contrario, excluimos de la frase los términos "interés social y ético", porque, a diferencia del concepto de "interés público", técnicamente, no cuentan carácter jurídico y por tanto pueden prestarse a abusos e interpretaciones subjetivas.

⁴³ Al indicar que al Contrato "(...) podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección".

⁴⁴ LINARES, Op. Cit., p. 165.

XVIII. ELEVACIÓN A RANGO LEGAL DE LA FIGURA DE "SUPERVISIÓN"

La norma, en su artículo 47, eleva a rango legal la figura de la Supervisión, configurando legal y expresamente un "derecho de supervisión" para aplicar (por sí misma⁴³ o mediante terceros) "los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas". Asimismo, se advierte al Contratista que la inexistencia en los hechos de una "supervisión" no lo releva de su obligación de cumplir con lo pactado en el contrato.

XIX. RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA

Resulta acertado que, en la norma, se deje a las Bases la potestad de determinar el plazo máximo de responsabilidad del Contratista. Además, nos parece atinado que se añada (como punto de referencia indispensable) que el plazo de responsabilidad para los contratistas de obra, se cuente a partir de la recepción total o parcial de obra, proporcionando así, para el "caso de obras", un parámetro inexistente en la norma legal que aún rige las contrataciones estatales.

XX. INFRACCIONES Y SANCIONES

En lo que atañe a las infracciones y sanciones en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la norma vigente, como resulta claro para muchos, transgrede el principio de tipicidad en materia sancionatoria-administrativa, desarrollado por la doctrina y establecido en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En efecto, la potestad sancionatoria-administrativa en nuestro país está regida, entre otros, por el principio de tipicidad, según el cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, y las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria (artículo 230 numeral 4 de la Ley 27444).

En efecto, sostiene Morón Urbina que la propia ley puede convocar, la concurrencia de la administración para culminar la tarea tipificadora, habilitándole a regular "(...) sólo lo mínimo indispensable para concretar la tipificación (...)", por ejemplo, cuando "(...) el Reglamento desarrolla una tipificación por remisión de la ley (...) consideramos necesario reiterar la necesidad que la remisión de la ley al reglamento deba a su vez determinar lo esencial de la conducta constitutiva del ilícito, pues tampoco sería admisible por imperfecta una remisión en blanco al Poder Ejecutivo para determinar aquello que será sancionable (...)"⁴⁴ (el subrayado y la negrilla son nuestros). Agrega Morón que el sentido legítimo de la frase "salvo que la ley permita tipificar en vía reglamentaria" es que la ley mantenga dentro de su ámbito regulatorio lo esencial de la conducta antijurídica.⁴⁵

Contrastando lo indicado con los Decretos Supremos Nos. 083 y 084-2004-PCM, el régimen vigente vulnera frontalmente los principios del derecho administrativo sancionador. El artículo 52 de la Ley (cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por la primera de las normas nombradas), señala en su párrafo primero que "El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas y entidades, en los casos en que esta Ley o su reglamento señalen, las sanciones siguientes (...)" -la negrilla es nuestra-. Dentro

⁴³ Eliminando así la denominación "inspección", a nivel legal.

⁴⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Sexta Edición Revisada Actualizada, Gaceta Jurídica, Lima, junio 2007, p. 659.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 659.

del orden de ideas hasta aquí seguido, si bien es cierto las consecuencias administrativas terminan siendo señaladas de manera general en la propia norma legal, existe una clara remisión en blanco de la Ley al Reglamento, configurándose de este modo la vulneración a que hemos hecho alusión previamente.

Afortunadamente, el proyecto coloca en el rango que corresponde a la descripción del grueso de las infracciones administrativas relacionadas con la materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, reconociendo así un principio básico que se conecta de manera directa con el Estado de Derecho⁴⁸, sin perjuicio de que, en el último inciso del artículo, se indique que el Reglamento tipificará más infracciones. El Proyecto de Ley 1490/2007-PE (al que hicimos referencia al inicio del presente artículo) era más tajante aún, no abriendo la puerta de dicha posibilidad.

XXI. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

En el Título V de la norma encontramos que se mantiene la división clara y ordenada entre lo que es una controversia y una impugnación. Sobre estos dos conceptos, debemos mencionar que, en la contratación estatal, en el primer caso se trata de posiciones encontradas dentro del marco de una relación jurídica de co-contratantes que mantienen discrepancias en relación con aspectos precisamente contractuales, mientras que el segundo caso se produce dentro del escenario pre-contractual que caracteriza a los procesos de selección, cuya naturaleza es netamente "administrativa".

En el caso específico de las "controversias" (que, de idéntica manera al régimen actual, serán dilucidadas siempre en arbitraje), se aprecia que la norma pre-determina la especialidad de los regímenes jurídicos que analizará/utilizará el Tribunal Arbitral en el decurso del proceso y, consecuentemente, en la preparación de su decisión final, estableciendo como orden de preferencia de carácter obligatorio el siguiente: 1) Este Decreto Legislativo y su Reglamento, 2) Las normas de derecho público y 3) las de derecho privado, aún cuando, en el artículo 4) del proyecto ("especialidad de la norma"), ya está fijado el orden de prelación de las fuentes que todos los operadores de esta normativa (incluyendo dentro de este concepto, naturalmente, a los árbitros) deben seguir, aunque, sin perjuicio de esto, probablemente la intención del legislador ha sido la de inhibir de alguna manera cierta tendencia "civilista" que pudiera surgir en sede arbitral.

Además, se agrega que, sobre la base del Principio de Transparencia, el ahora denominado "OSCE" deberá disponer la utilización de los laudos para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo, lo cual consideramos muy positivo para el desarrollo del arbitraje en el Perú. Imaginamos que, en este caso, será el Reglamento y/o normas de inferior jerarquía se encargarán de desarrollar este dispositivo.

XXII. DE LOS RECURSOS IMPUGNATIVOS

Este artículo 53, dedicado a la regulación de la facultad de contradicción en la etapa pre-contractual (artículo que curiosamente tiene un encabezado en plural cuando solo habrá un recurso: el de apelación), y que es preámbulo imprescindible de toda contratación estatal, consagra la reciente eliminación de los recursos de revisión, continuando una tendencia a la simplificación de etapas, como parte del procedimiento especial de cuestionamiento de todo acto impugnado dictado dentro del marco de un proceso de selección, de carácter, como ya dijimos, netamente administrativo.

⁴⁸ Según García de Enterría y Fernández, "(...) la especificidad de la conducta o objetivo viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que los conductos accionables sean una inscripción a esa libertad y por tanto, esencialmente delimitados (...) por la representación democrática del pueblo a través de las Leyes (...)". ERIC GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Yomira Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Versión Latinoamericana en base a la duodécima edición, Palestra-Terres, Lima, 2006, p. 1079.

Asimismo, en el segundo párrafo se da a entender que el otorgamiento de la buena pro es, en esencia, un acto administrativo, al calzar este perfectamente en la definición del artículo 1 de la Ley 27444.⁹⁹

También se hace una distinción entre los órganos que conocen y resuelven las apelaciones. Así, dentro del esquema planteado en la norma bajo análisis y comentario, el Tribunal se ocupará de las apelaciones suscitadas en los casos de valores referenciales que superen las seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), mientras que a la Entidad (a través de su titular) le corresponderá resolver las apelaciones en los casos de montos iguales o menores a dicho parámetro. En ambos casos, tal como se deduce con facilidad del primer párrafo del artículo 53 del proyecto, y tal como, de forma coherente y expresa se indica en el tercer párrafo del mismo, el acto administrativo que resuelve una apelación agota la vía administrativa. El cambio, con respecto a lo plasmado en el Proyecto de Ley 1490/2007-PE (que establecía la división en función del proceso de selección del que se tratase), tendría por finalidad reducir ostensiblemente la carga procedimental del Tribunal de Contrataciones del Estado y, al mismo tiempo, otorgar facultades resolutorias en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a las Entidades.¹⁰⁰

Finalmente, consideramos muy positivo que la Ley consagre la figura de la jurisprudencia de observancia obligatoria, generada como consecuencia de acuerdos de "Sala Plena" en los que se interpreta de modo expreso y con carácter general la normativa en materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

XXIII. SOBRE EL RÉGIMEN DE NULDADES

Regulada en el artículo 56 de la norma, esta figura, tal como está diseñada, busca proporcionar una solución jurídica adecuada frente a los vicios que se presentan en el proceso de selección, así como también en los contratos que se suscribe bajo este ámbito.

La norma vigente, por el contrario, en el caso de nulidad de contratos, reduce la posibilidad de declararla cuando se verifiquen los supuestos contenidos en el artículo 9 de la Ley (es decir, cuando han sido suscritos por quienes estén impedidos para ser postores y/o contratistas), así como también frente al quebrantamiento del principio de presunción de veracidad (luego de ser ello comprobado vía fiscalización posterior) dejando fuera del firme ámbito de las nulidades a contratos igualmente lesivos al interés público pero que estén fuera de dichas causales.

En efecto, se incorpora la posibilidad de que la Entidad anule de oficio los Contratos por una serie de causales expresas que van más allá del escueto e insuficiente texto de la norma que aún nos rige, en lo que atañe al régimen de nulidades. Así, en el proyecto se describe como causales las siguientes:

- a) Por haberse suscrito en contravención del artículo 10 de la Ley (se mantiene la nulidad de los contratos suscritos por quien tiene impedimentos).

⁹⁹ Que establece que "(...) son actos administrativos las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta". En efecto, el otorgamiento de la buena pro es: 1) una declaración de las entidades, emitida luego de una evaluación técnica y económica; 2) destinada a producir efectos jurídicos generando derechos y obligaciones; 3) recae sobre un "administrado" (el postor) que en virtud del otorgamiento de la buena pro firma se convertirá en "co-contratista"; 4) la situación concreta se configura por cuanto estamos dentro del marco de un proceso de adquisición estatal.

¹⁰⁰ El CONSUCODE ha señalado expresamente, además, que "(...) desde marzo de 2007, se nota un incremento exorbitante de expedientes debido al Decreto Supremo No. 028-2007-EF que modifica una serie de artículos del Reglamento (...) en la que se establece que los recursos impugnativos se presentarán directamente al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (...) Asimismo ya no se presentan ante esta instancia los recursos impugnativos referidos a Licitaciones y Compras Públicas, sino además los correspondientes a procesos de Adjudicación Directa Pública, Selectiva y de Menor Cuantía. Esto ha generado un embudo de expedientes y el incremento de carga laboral en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado" (Op. Cta., CONSUCODE p. 40).

- b) Cuando se verifique la transgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación (los contratos son consecuencia del otorgamiento de una buena pro, pero el proceso de suscripción contractual debe necesariamente detenerse si dicho otorgamiento, acto administrativo a través del cual se pone de manifiesto la voluntad estatal¹¹, llega a ser apelado.
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente (por ejemplo, cuando en función del monto, de acuerdo a la Ley de Presupuesto vigente, lo que debe efectuarse es una Adjudicación Directa Selectiva y se convoca a una Menor Cuantía, el contrato que se firme como consecuencia de tal proceso, podrá ser declarado nulo).

Luego se agrega un párrafo que sanciona con nulidad al proceso y al contrato en sí, cuando se comete el gravísimo acto de contratar directamente bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que corresponda.

Conforme se desprende de las líneas precedentes, consideramos positiva la incorporación de nuevas causales de nulidad. Sin embargo, la norma debería hacer que dicha anulación de oficio a que hace referencia, no sea meramente potestativo para la Entidad (tal como se puede intuir de la frase "(...) podrá anularlos de oficio (...)"), sino una cuestión que necesariamente se produzca (sugiriéndose un texto del tipo "la Entidad declarará nulos, de oficio, los contratos que (...)"), una atribución que, de no ejercerse, genere responsabilidad funcional.

Asimismo, dentro de la regulación más detallada del régimen de nulidades de contratos con el Estado, se establece un orden de prelación de las fuentes del derecho, que deberá ser respetada por los árbitros que tengan a su cargo evaluar la nulidad del contrato: dentro del esquema planteado, priman las causales del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, siguiendo las causales de nulidad previstas en las normas de derecho público aplicables.

Finalmente, en el caso del enriquecimiento indebido (pongamos como ejemplo para esto –existe abundante casuística al respecto– a aquel que construye en instalaciones de una Entidad, inmuebles que benefician a la misma en el cumplimiento de sus fines, pero que no lo ha hecho dentro del marco contractual establecido –ejemplo, no firma contrato o construye después de habérselo resuelto el mismo–), la norma descarta la propuesta del Proyecto de Ley 1490/2007-PE, según la cual la contraprestación correspondiente sería pagada en mérito de una resolución judicial¹², manteniéndose el vacío existente en lo que respecta a esta problemática.

XXIV. DEL DENOMINADO "OSCE" (ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO)

El Decreto Legislativo bajo análisis cambia la denominación del actualmente llamado CONSUCODE. Asimismo, le otorga facultades nuevas, y demás particularidades, a saber:

- La supervisión y fiscalización selectiva y/o aleatoria de los procesos de contratación (literal "f" del artículo 58).

¹¹ Ya que, en el caso de la contratación estatal, no se puede hablar de una voluntad adecuadamente conformada si no estamos frente a un "acto firme".

¹² Así, se omite reconocer (en esta nueva norma) la figura de la "construcción en terreno ajeno" que, desde una perspectiva real, no hace propietario al que construye, pero desde una perspectiva obligacional, hace necesario que el propietario del terreno indemnice a él.

- La capacidad de suspensión de los procesos de contratación, en los que como consecuencia del ejercicio de sus funciones observe transgresiones a la normativa en materia de contrataciones públicas, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de delito (literal "l" del artículo 58).
- La promoción de la modalidad de "Subasta Inversa" (literal "m")
- La desconcentración de sus funciones en órganos de alcance regional o local establecido en su Reglamento de Organización y Funciones (ROF) respectivo (literal "n")
- La proposición de estrategias y realización de estudios destinados al uso eficiente de los recursos públicos y reducción de costos (literal "ñ").

También, en este mismo artículo, se establece la gratuidad de las consultas efectuadas al OSCE por parte de las Entidades, lo cual saludamos por cuanto, indudablemente, bien utilizado y en la medida en que no proliferen pronunciamientos de carácter contradictorio, este mecanismo coadyuvará a una mayor eficiencia en la gestión de la contratación estatal.

XXV. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

Uno de los mayores cuestionamientos, generados mientras la estructura de la norma se estaba gestando, y que fuera expresado a diversos niveles en el necesario debate surgido al respecto, es que dicha propuesta estaría incorporando cambios meramente cosméticos, sin mayor trascendencia. A nuestro parecer, esto no es necesariamente cierto, al encontrar los siguientes cambios, relevantes y positivos para la normativa en materia de Contratación Estatal, que pasaremos a enumerar a continuación:

1. Sustitución del "criterio" de indagaciones aleatorias en la determinación del Valor Referencial, por el criterio de los "estudios y análisis" de mercado.
2. Mayor precisión terminológica (al eliminar la redundancia que implica la frase "contrataciones y adquisiciones del Estado" y al establecer criterios más claros que los que presenta la normativa actual en relación a la especialidad de la norma).
3. Rango legal del régimen sancionatorio en materia de Contratación Estatal, estableciéndose una conexión directa con el fortalecimiento del Estado de Derecho.
4. Envío a la entidad de la competencia de resolver apelaciones en la mayoría de procesos de selección desarrollados, aliviando la carga procedimental del Tribunal de Contrataciones Estatales.
5. Nuevas causales de nulidad, que no se reducen a los impedimentos para contratar con el estado o al quebrantamiento del principio de presunción de veracidad, como escuetamente señala la norma actual.
6. Fortalecimiento de la capacidad de acción del hoy llamado CONSUCODE, otorgándosele facultades de supervisión (por ello, precisamente, se denominará OSCE).

Preocupa, sin embargo, que no se haya desarrollado, en el proyecto, la regulación de los lineamientos generales del régimen de Consultoría de Obras (recordemos que un mal estudio definitivo o expediente técnico puede acarrear una mala obra). La misma carencia resulta notoria para el caso de los denominados "Concursos - Oferta"¹¹ (la ingente inversión pública que se produce en este

¹¹ Al respecto, se ha señalado que: "(...) la modalidad por Concurso Oferta es útil como herramienta de Gestión Pública. Bien entendida contribuye con los principios de eficiencia y economía establecidos en la Ley, sin embargo, la falta de desarrollo normativo de sus aspectos estructurales hace que las entidades públicas lo utilicen disfuncionalmente". NUÑEZ CABALLERO.

marco ameritaba un tratamiento específico a nivel legal).³² Estos dos, consideramos, son los más graves puntos flacos del proyecto que (sin perjuicio de la regulación técnica que le corresponderá desarrollar al nuevo reglamento), ha debido tomar en cuenta estos dos aspectos fundamentales en el ámbito de las obras públicas.

Por lo demás, consideramos que no es el tratado de Libre Comercio, sino las necesidades pre-existentes, es decir, aquellas surgidas con anterioridad a la suscripción de este instrumento internacional, las que obligaban a una modificación del régimen. Era esto último el verdadero fundamento del cambio, a menos que el Gobierno haya querido efectuar una sistematización, hacer una suerte de "check - list" normativo de los cambios requeridos. Al margen de ello, siempre es positiva la introducción de mecanismos que coadyuven a reforzar la institucionalidad democrática en el país y una buena normativa en materia de contratación estatal, contribuye enormemente a materializar tal fin.³³

Carlos, *¿El Concurso Oferta es una alternativa eficiente?* En: *Construcción e Industria. Revista de la Cámara Peruana de la Construcción - CAPECO*, Año XLVIII, febrero 2008.

³² En el Reglamento vigente (artículo 58), se prevé el mecanismo de Concurso Oferta (modalidad "por el Alcance del Contrato"), de manera muy general y otorgándole al CONSUCODE la facultad de emitir las disposiciones complementarias del caso, cosa que no se habría producido.

³³ En relación con esto, es interesante citar a Retamozo, cuando sostiene que "[...] 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 normativas, de materialización del voluntarismo político, de realización de intereses y expectativas de los actores en ella involucrados, caracterización de la debilidad de nuestros sistemas administrativos y de encubrimiento y desarrollo de la corrupción y la ética, problema irrealizable uno al que emerge soluciones finales de efímera existencia". RETAMOZO LINARES, Alberto. *Entre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Perú Compra: las dilemas de una política pública*. En: *JUS- Gestión Pública*, V2007, Editorial Grylls-Lima, 2007.