

LOS PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y SUS APLICACIONES PRÁCTICAS

Juan Carlos Morón Urbina*

Toda norma que rige el ordenamiento jurídico de un país se encuentra bajo la inspiración de uno o más principios del Derecho. De esta manera, los principios muchas veces sirven como fuente de interpretación de las leyes, en otros casos gozan de una función integradora del ordenamiento cuando nos encontramos frente a “lagunas jurídicas” o también como criterios rectores de los operadores jurídicos.

El autor del presente artículo identifica los siguientes principios como ejes rectores del Derecho Administrativo: principio de moralidad, de libre competencia, imparcialidad, eficiencia, economía, transparencia, vigencia tecnológica y trato justo. De esta manera, contrasta la retórica teórica de los principios y la practicidad cotidiana de los mismos, bajo la aplicación en los procesos de selección estatal.

* Profesor de Derecho Administrativo y en los Postítulos de Derecho Público, Contratación Estatal y Procesos Constitucionales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor del Diplomado Gestión Estratégica de las Contrataciones y Adquisiciones Públicas en la Universidad de Lima.

1. ¿POR QUÉ EXPLICITAR LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA?

“A desatencao ao principio implica ofensa bao apenas a un específico mandamento obrigatorio, mas a todo o sistema de comandos. Por conseguinte, (...) o desrespeito a un principio constitui a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme a natureza do principio que se violou”¹.

Para el ordenamiento jurídico administrativo, la incorporación positiva de principios² entraña el reconocimiento de postulados medulares y rectores dirigidos a servir de guías para la acción administrativa. Aportados por la dogmática, los principios son asumidos positivamente por el legislador como la fórmula ineludible de explicitar los valores sociales, éticos y políticos fundantes de un conjunto de normas (en este caso de la contratación estatal) que, como estándares permanentes, deben ser concretados mediante la acción específica de los administrados (interesados, postores y contratistas y administradores, responsables de las áreas usuarios y de logística, integrantes del comité, máximas autoridades administrativas y responsables de la ejecución del contrato).

Las normas jurídicas que declaran los principios de la contratación administrativa poseen dos características que las diferencian de las demás normas sobre la contratación administrativa: La preeminencia valorativa sobre las demás normas del ordenamiento y su dinamismo potencial para ser aplicados a un sinnúmero de situaciones distintas.

Si bien los principios son normas (como las procedimentales o sustantivas) que están dirigidas a los operadores de la contratación administrativa, a diferencia de las demás reglas, poseen una preeminencia valorativa respecto de aquellas en la medida que sirven de su referente necesario para dotarlas de contenido y señalarle sus contornos. De ahí que la inobservancia a un principio de la contratación administrativa debe ser considerada como más grave que el incumplimiento de cualquier otra norma sustantiva o procedimental de la contratación estatal, ya que el infractor no sólo viola una regla jurídica, sino también uno de los valores que subyacen a todo el régimen jurídico de la materia.

Por otro lado, las normas que asumen los principios de la contratación administrativa poseen un alto nivel de abstracción y generalidad a diferencia de las otras reglas de la materia que son circunscritas a determinados presupuestos de hecho. En virtud de esta abstracción y generalidad elevada, los principios poseen un dinamismo potencial que les permite ser aplicables en cualquier momento de la contratación estatal (previo al proceso de selección, al procedimiento de selección mismo, a la ejecución contractual, y hasta su liquidación) e, incluso, no sólo respecto a la realidad prevista por el legislador, sino también a cualquier realidad futura que pueda presentarse en la contratación administrativa.

2. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

El artículo 3 *in fine* del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 083-2004-PCM (en adelante, “TUO”) establece, respecto a la función de los principios, lo siguiente:

“Los principios señalados tienen como finalidad garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados; y servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente Ley y el Reglamento, como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente Ley y en el Reglamento”.

Conforme a esta prescripción legal, los principios tienen las siguientes funciones:

- i. Función teleológica general.
- ii. Función interpretativa del ordenamiento sobre la materia.
- iii. Función integradora respecto a los vacíos del ordenamiento sobre la materia.
- iv. Función orientadora para los funcionarios y dependencias responsables.

¹ ABREU DALLARI, Adilson. “Aspectos Jurídicos da Licitacao”. Sao Paulo: Editorial Saraiva. p.3.

² La incorporación positiva de principios no se debe a la libertad de configuración del legislador, sino que en algunos casos provienen de compromisos supranacionales suscritos por el Perú que le hacen exigible desarrollar algunos principios específicos. Es el caso de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que hace que Perú como Estado-parte haya asumido el compromiso de aplicar sistemas institucionales destinados a crear, mantener y fortalecer, entre otras medidas preventivas, las de “Sistema de contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia en tales sistemas”. Artículo III, numeral 5.

Por la primera función, los valores que los principios constituyen un *standard* instrumental respecto a lo que debe ser la finalidad de las normas, procesos, reglas y actuaciones de los postores y las entidades: obtener bienes, servicios u obras de calidad requerida, en forma oportuna y a precios adecuados. Aun cuando consideramos que esta función corresponde más bien a toda la regulación del sistema de contrataciones estatales y no sólo de los principios, importa destacar que la regulación de esta actividad tiene como objetivo no el cumplimiento de procedimientos formales, ni la búsqueda del menor gasto *per se*, sino que las necesidades de bienes, servicios u obras de las entidades sean cubiertas en términos de calidad, oportunidad y razonabilidad de costos.

Los principios de la contratación administrativa son los elementos que el legislador ha considerado básicos para encauzar, por un lado, los actos de los interesados, postores, adjudicatarios y contratistas del Estado y, por el otro, de las entidades públicas licitantes y contratantes. Pero no se trata de una orientación meramente indicativa, sino de verdaderos límites a la discrecionalidad de la Administración y a la libertad de actuación de los particulares dentro de las relaciones *pre* y *post* contractuales, de modo que permiten el control concurrente o posterior sobre su corrección, a través de la adecuación a los principios.

Los principios sirven a las autoridades administrativas, administrados, y demás agentes que deban interpretar la norma (por ejemplo, jueces en el proceso contencioso administrativo o árbitros, según el caso) para que en función de ellos puedan resolver los problemas hermenéuticos en la aplicación de los preceptos de la relación *pre* y *post* contractual.

De otro lado, los principios también sirven a las autoridades, administrados y demás, para cubrir los vacíos que la normativa tenga, de modo que pueda crearse a partir de los principios un criterio jurídico para la resolución del caso en concreto.

Finalmente, y acaso sea su función más importante, cada uno de los principios sirve como parámetro para

medir la corrección de la actuación llevada a cabo por las autoridades administrativas a cargo de los procesos de selección o de su ejecución y conclusión³.

Los principios aplicables a todos los momentos de la contratación administrativa⁴ que han sido declarados por el TUO son los de Moralidad, Libre Competencia, Imparcialidad, Eficiencia, Transparencia, Economía, Vigencia Tecnológica, Trato Justo e Igualitario^{5 6}.

3. EL PRINCIPIO DE MORALIDAD

Desde siempre, la moralidad fue considerada como un principio de la actuación administrativa del que fueron escindiéndose otros principios posteriores como la imparcialidad, la transparencia, publicidad, y la justicia, hasta quedarse como un referente basal importante para conectar la actuación concreta con los valores más básicos del quehacer ciudadano en la esfera de los intereses públicos. Modernamente, este principio sirve en dos sentidos para la contratación administrativa:

En primer lugar, para recordarnos permanentemente que no basta que la autoridad o los particulares den estricto cumplimiento a la legalidad formal, sino que también es necesario que las actuaciones satisfagan los valores fundantes de la moral y ética. En ningún caso, ni ante la ausencia de norma jurídica específica, la actuación administrativa o del postor puede colisionar con los valores superiores que derivan de la moralidad: Honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. Con esta previsión principista, la moralidad se suma a la legalidad para controlar la discrecionalidad de la Administración, de modo que una conducta compatible con la ley pero inmoral, será inválida.

Para empezar, es necesario que quienes participan de cualquier forma en las fases de la contratación estatal (por ejemplo personal de las Áreas Usuarios o de las Áreas de Logística, en los Comités Especiales, quienes resuelven o informan en los recursos de apelación y revisión, así como quienes participan en la ejecución y liquidación contractual) deben atender los principios, deberes y prohibiciones conformes al Código de Ética de la Función Pública aprobado por la Ley 27815.

³ TUO. "Artículo 47.- De las responsabilidades y sanciones.- (...)

En los casos en que las normas establecen márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de forma que sus decisiones estén acordes con los principios establecidos en el Artículo 3 de la presente Ley". (Subrayado y énfasis agregados).

⁴ Los principios señalados no son principios privativos de una fase de la contratación administrativa o algún tipo de procedimiento de selección. Son aplicables a todos los momentos de la contratación administrativa, inclusive al procedimiento de selección y, al interior de éste, a cualquiera de los procedimientos aplicables, incluso la adjudicación directa. Es más, aplican incluso a los procesos de selección realizados dentro del marco de convenios internacionales, conforme a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento del TUO.

⁵ Nuestro Tribunal Constitucional (STC 020-2003-AI/TC FFJJ 16) ha declarado que el artículo 76 de la Constitución Política del Estado sustenta los principios de eficiencia, transparencia, trato justo e igualitario, e imparcialidad.

⁶ La relación de principios señalada en la norma se complementa con otros principios, tales como los principios señalados en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que resultan aplicables a las actuaciones de los procedimientos de selección que son supuestos de procedimientos especiales.

A nuestro criterio, resultan aplicables específicamente a estos servidores, los siguientes principios: *Respeto* (por el que debe adecuar su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento), *Probidad* (por el que deben actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona), *Veracidad* (por el que debe expresarse con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos), y *Justicia y Equidad* (por el que debe tener una permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general).

En cuanto a los deberes y prohibiciones, la misma norma exige a los servidores públicos los siguientes: *Neutralidad* (actúa con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole en el desempeño de sus funciones, demostrando independencia a sus vinculaciones con personas, partidos políticos o instituciones), *Transparencia* (ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna), *Ejercicio Adecuado del Cargo* (con motivo o en ocasión del ejercicio de sus funciones el servidor público no debe adoptar represalia de ningún tipo o ejercer coacción alguna contra otros servidores públicos u otras personas), *Responsabilidad* (todo servidor público debe desarrollar sus funciones a cabalidad y en forma integral, asumiendo con pleno respeto su *función pública*), *Prohibición de mantener Intereses en Conflicto* (mantener relaciones o de aceptar situaciones en cuyo contexto sus intereses personales, laborales, económicos o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de los deberes y funciones a su cargo), *Obtener Ventajas Indevidas* (obtener o procurar beneficios o ventajas indevidas, para sí o para otros, mediante el uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia).

En cuanto a las reglas propias de la contratación administrativa, apreciamos que son aplicaciones concretas del principio de moralidad: el establecimiento de prohibiciones e incompatibilidades para ser postores o contratista (TUO, artículo 9), los impedimentos para ser integrantes del Comité Especial (Reglamento,

artículo 46) y la obligatoriedad de suscribir los pactos de integridad entre los postores y la entidad establecidos por la NTC 700-06 de la Contraloría General de la República, por los cuales declaran conjuntamente que reconocen la importancia de aplicar los principios que rigen los procesos de selección, y confirman que no han ofrecido u otorgado, ni ofrecerán u otorgarán, ya sea directa o indirectamente a través de terceros, ningún pago o beneficio indebido o cualquier otra ventaja inadecuada, a funcionario público alguno, o a sus familiares o socios comerciales, a fin de obtener o mantener el contrato objeto de licitación, concurso o adjudicación.

Pero también el principio de moralidad sirve para, conjuntamente con estos valores de justicia, completar los silencios del legislador (producidos acaso conscientemente para evitarse incomodidades), integrar el ordenamiento con estándares derivados de la cláusula de moralidad de los actos públicos, tales como: la buena fe, la proscripción de cualquier modalidad de fraude a la ley, la imposibilidad de ir contra los actos propios, quebrantar la confianza legítima o tolerar el enriquecimiento de alguno de los contratantes sobre el otro.

Por la buena fe, los contratantes han de adoptar un comportamiento recíprocamente leal en todas las fases de constitución de las relaciones hasta el perfeccionamiento del acto que les dé vida y en las reacciones frente a los posibles defectos del contrato, en los derechos y deberes contractuales, al ejercer las facultades de resolución o nulidad del contrato, y al soportar los efectos de la extinción. Por ejemplo, actuaría contrariamente a la buena fe si la entidad introdujera a sus Bases o contratos una cláusula por la que el pago de la prestación estará condicionado a la recaudación fiscal o a la transferencia de fondos. Del mismo modo, si luego de transcurrir muchos meses y obtener al final del procedimiento impugnativo el reconocimiento del derecho a la buena pro, la entidad decidiera cancelar el proceso.

Otra de las consecuencias es la imposibilidad de ir contra los actos propios o la confianza legítima despertada en el contratante, que impone el deber de coherencia en el comportamiento propio del licitante y del postor o contratista. Habiendo quedado vinculada jurídicamente una de las partes por su declaración de voluntad objetiva, que a su vez ha propiciado en la otra un determinado comportamiento, tenemos que posteriormente no le será posible al primero adoptar un comportamiento contradictorio, dada la protección que la moral asegura a la confianza surgida en el segundo por el comportamiento ajeno. Por ejemplo, estaría la Administración actuando contra este principio si, en la ejecución del contrato, pretendiera adoptar

una decisión distinta a aquella que planteó al absolver una consulta, aunque hayan sido otras autoridades, o si, habiendo admitido una determinada interpretación sobre el cumplimiento del plazo contractual, posteriormente pretenda variarla para imputar el incumplimiento del contrato. Del mismo modo, si habiendo CONSUCODE integrado las Bases de un proceso indicando una variante específica, no puede el Tribunal del propio organismo cambiar de criterio y anular el proceso en vía de revisión del mismo mediante recurso administrativo.

La proscripción del enriquecimiento indebido de una de las partes respecto a la otra es también consecuencia indispensable de la consagración del principio de moralidad en la contratación estatal. Por ejemplo, si la entidad exigiera a los postores entregar determinadas muestras de los bienes que ofrece (uniformes, equipos, diseños, medicamentos) y pretendiera no devolverlos al final del proceso de selección; o si la entidad pretendiera beneficiarse sin reconocimiento económico con la ejecución de prestaciones llevadas a cabo por un contratista cuyo proceso de selección fue anulado posteriormente por algún vicio de formación.

A todas estas proyecciones del principio se refiere la normativa nacional cuando, de manera genérica aunque imprecisa, se refiere a que por este principio los actos administrativos (de las autoridades) y los actos jurídicos (de los interesados, postores, adjudicatarios y contratistas) deben caracterizarse por afirmarse en los valores de: i) Honradez; ii) Veracidad; iii) Intangibilidad; iv) Justicia; y, v) Probidad.

4. PRINCIPIO DE LIBRE COMPETENCIA O DE COMPETITIVIDAD

4.1. Contenido del principio de libre competencia

La configuración del principio de libre competencia en nuestro régimen de contrataciones estatales se encuentra referida a que las reglas de los procedimientos de selección deben fomentar una concurrencia amplia, objetiva e imparcial y la participación plural de postores potenciales. Como se puede apreciar, el principio vincula necesariamente a otros dos: tratamiento igualitario y eficiencia. Sin tratamiento igualitario no hay libre competencia, y sin competitividad difícilmente haya eficiencia en la adquisición o en los términos en que es realizada.

Este principio halla su proyección central en el momento en que la entidad define las condiciones de las Bases, los requerimientos técnicos mínimos del bien, servicio u obra a contratar, los factores de evaluación, el método de evaluación y calificación, pero, indudablemente, también guía la labor de su aclaración e interpretación, esto es, el proceso mismo de la selección y la resolución de cualquier controversia que de ellas se deriven. Por este principio, las reglas del proceso, su interpretación y aplicación impuestas por las entidades convocantes deben tener como objetivo:

- i. Fomentar una pluralidad de concurrentes al proceso, entendido como la estimulación al mayor número de posibles interesados al proceso, mediante acciones de difusión (publicación o invitación a pluralidad de postores) o que por cualquier otra razón (por ejemplo, el precio atractivo, la inexistencia de cargas u obligaciones costosas o irracionales), las Bases despierten la atención de los potenciales proveedores del Estado (factor numérico).
- ii. Promover que la concurrencia de postores tenga las características de amplitud, objetividad e imparcialidad (factores cualitativos)⁷.
- iii. Permitir un desenvolvimiento libre de los postores en respeto a su competitividad, tanto para el acceso al proceso, como dentro del proceso licitatorio (dimensión dinámica de la competencia dentro del proceso). La competencia que implica todo proceso licitatorio sólo puede ser delimitada por la acción de la administración-adquirente al momento de definir las reglas del proceso, que por ello deben ser las mínimas que permitan comparar las ofertas y elegir, entre todas, la mejor para los fines de la entidad.

4.2. Fundamento del principio en la contratación estatal

La Administración está obligada a realizar su actividad contractual de manera notoria o pública o lo que es lo mismo, publicitar su demanda de bienes, servicios u obras como medio de promoción de la concurrencia privada. En esta línea, la libre competencia tiene por objeto asegurar la participación del mayor número de oferentes calificados, para que la entidad esté en condiciones de obtener las mejores condiciones que el mercado le pueda ofrecer.

⁷ Consideramos que esta concurrencia amplia y objetiva no sólo es aplicable a los procesos de convocatoria pública, sino también a aquellos en los que la convocatoria es mediante invitación a proveedores seleccionados arbitrariamente. Por ello, no compartimos la posición expuesta por CONSUCODE en su Comunicado 006-2005 (PRE), en el sentido de que las entidades no están obligadas a admitir la participación de postores no invitados pero que han tomado conocimiento del proceso por cualquier otro medio, en el caso de las Adjudicaciones de menor cuantía cuyo valor referencia sea menor a 4UIT para bienes y servicios o de 10UIT para la ejecución de obras. Por el contrario, creemos que, independientemente del monto comprometido o del tipo del proceso de selección, contraviene el principio de libre competencia que la autoridad pueda privarse de evaluar una oferta del mercado bajo el criterio de no haber sido invitado en la selección arbitraria de proveedores efectuada por la entidad.

De este modo, se presume que “la concurrencia, (...) posibilita la defensa del interés económico del Estado en el contrato, pues sólo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener el mejor precio o, lo que es lo mismo, la mejor oferta de adhesión para el esquema contractual elaborado por la Administración”⁸. Como bien dice Comadira, es la posibilidad de elegir mejor lo que facilita la concurrencia, porque a mayor cantidad de oferentes, mayores serán las opciones de escoger, y, por ende, de obtener un elevado nivel de idoneidad del co-contratante que satisfaga las expectativas del ente que llama a la competencia⁹.

En ese sentido, el principio de libre competencia o de concurrencia en las compras estatales ha sido concebido fundamentalmente en favor de los propios intereses del Estado de obtener una mayor pluralidad de ofertas para escoger la más conveniente a sus necesidades.

Desde la perspectiva de los proveedores potenciales, la búsqueda de una amplia y libre concurrencia en el contrato se fundamenta en la necesidad de poner las condiciones iguales para que los interesados puedan participar y satisfacer la demanda de bienes, servicios u obras del Estado. Virtualmente, estamos frente a un derecho del postor a que se facilite su participación por el sólo hecho de interesarse en el proceso, delimitada sólo por razones de idoneidad del postor y calidades técnicas, económicas y profesionales de su oferta. Nótese que el principio de libre competencia, en su vertiente entre las empresas postoras, proyecta este principio hacia otras competencias y regulaciones *ad hoc*, diferenciadas del fuero propio de las contrataciones y adquisiciones del Estado¹⁰.

No obstante que este principio orienta al proceso de selección, no quiere decir que llegado el caso de concurrir un sólo postor no pueda concretarse la adjudicación si la propuesta fuera idónea y conveniente a las necesidades institucionales, y hubiere habido el esfuerzo claro de maximizar el número de ofertas posibles. Si bien lo ideal es la pluralidad de ofertas, la convergencia voluntaria de un sólo postor –y el desinterés de los demás– es una posibilidad del mercado que no puede ser desconocida por la autoridad (Tuo, artículo 32).

4.3. Deberes de la Administración derivadas del principio de libre competencia

La necesidad de promover libre competencia entre los interesados y postores hace que la Administración convocante actúe con la finalidad de fomentar la más amplia concurrencia de interesados, y respecto de éstos, mantener las mayores posibilidades para que compitan de manera objetiva e imparcial. Para ello, la entidad convocante asume un deber positivo de actuar de modo que propicie la mayor concurrencia posible, y un deber negativo de abstenerse de cualquier regla o exigencia que implique afectar la libre competencia de los interesados. En ese sentido, hacemos nuestras las palabras de Fiorini, en el sentido que “el administrador debe emplear los medios más eficaces para asegurar la concurrencia de los oferentes y para evitar que alguno de ellos quede irrazonablemente o inoperantemente excluido o limitado. Si la Administración Pública requiere ofertas no se puede concebir por su parte una conducta que frustre su demanda. Debe crear, por ello, un adecuado régimen de garantías y ejercer un tratamiento de colaboración que no malogre la finalidad de la concurrencia”¹¹.

Entre los aspectos contenidos en el deber positivo de promover la mayor y más libre competencia de interesados, consideramos:

- La exigencia de que las Bases de toda licitación o concurso público deban contener mecanismos que fomenten la mayor participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable (Tuo, artículo 25, literal a).
- La exigencia de mecanismos amplios de publicidad de la demanda del Estado para interesar a los potenciales postores.
- Si una primera convocatoria resultase desierta, es necesario que la Administración, previamente a la segunda, analice, detecte y corrija aquellos factores que hubieren incidido en la ausencia de postores válidos, a fin de propiciar en la siguiente sea posible una mayor y mejor concurrencia (Tuo, artículo 32).
- La excepcionalidad y criterio restrictivo de figuras que permitan a la Administración evitar una libre

⁸ MONEDERO GIL, José Ignacio. “Doctrina del Contrato del Estado”. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales. 1977. p. 331.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. “La Licitación Pública (nociones, principios y cuestiones)”. Buenos Aires: Desalma. p. 73.

¹⁰ Las transgresiones a la libre competencia por parte de los propios agentes de mercado se regula por el Decreto Legislativo 709, pudiendo ser sancionado tanto penalmente (artículo 241 del Código Penal) como administrativamente (a través del Tribunal de CONSUCODE, previo dictamen del INDECOP).

¹¹ FIORINI, Bartolomé. “Derecho Administrativo”. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 635.

competencia, tales como las exoneraciones a los procesos licitatorios (NTCI 700-06) o la estandarización de marcas (Reglamento, artículo 30).

- La restricción para que sean postoras entidades del Estado cuando las condiciones ventajosas de su contratación provengan del uso o aprovechamiento de ventajas o prerrogativas estatales, o respecto a las empresas del Estado que realizan actividad habitual.

Por otro lado, algunos de los aspectos contenidos en el deber negativo de abstenerse de introducir al proceso cualquier regla que implique afectar la libre competencia de los interesados, tenemos las siguientes disposiciones: la exigencia de que las características técnicas deban ser razonables y congruentes con el bien, servicio o la obra requerida, con su costo o precio, quedando prohibido establecer características desproporcionadas o incongruentes con el mercado y con el objeto de la convocatoria (Reglamento, artículo 29); el señalamiento de que la descripción de los bienes y servicios a adquirir o contratar no se oriente a la selección de un proveedor o producto específico, como por ejemplo, si se hiciera referencia a marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, etcétera (Reglamento, artículo 30); la exigencia que los factores de evaluación sean objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad (Reglamento, artículo 64).

Es importante la insistencia del legislador en señalar que las características técnicas del bien, servicio u obra a contratar, como los factores de evaluación a ser aplicados, sean razonables, racionales y proporcionales con el objeto de la convocatoria, porque con ello nos afiliamos a aquella doctrina que sustenta como un principio adicional de las compras estatales, al de razonabilidad¹².

Como se sabe, para que una decisión, en este caso, el empleo de un requerimiento mínimo y un factor de evaluación para valorar las ofertas técnicas, sea compatible con el principio de razonabilidad, debe, a su vez, ser adecuada, necesaria y proporcional a los fines establecidos^{13 14}. En este sentido, el requerimiento mínimo y su factor de evaluación debe ser idóneo para

poder comparar las ofertas y poner el piso inferior a las mismas, según su estudio de mercado y definición de necesidades. También deben ser necesarias, esto es, ser indispensable, de suerte tal que la diferenciación de ofertantes que implica sea en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad. Pero, finalmente, también deben ser proporcionales, es decir, que guarden una relación razonable –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. La suma de estos factores determina la reducción de la discrecionalidad administrativa para escoger un requerimiento mínimo y un factor de evaluación.

Conforme a la experiencia, anotamos a continuación una relación de frecuentes transgresiones a este principio, diferenciadas según afectan la libre competencia en función de limitar la participación de postores o de limitar las ofertas técnicas.

En relación con las reglas referidas a los postores:

- Ampliar las causales de inhabilidad o prohibiciones para ser postor a las señaladas por la propia ley de la materia. Por ejemplo, prohibir participar a quienes tienen procesos judiciales en curso con las entidades públicas, o excluir empresas postoras por el hecho de tener vinculación económica.
- Considerar como postores hábiles o calificar como experiencia válida solamente a quien ha vendido bienes, prestado servicios o ejecutado obras idénticas al objeto de la convocatoria o a determinados clientes (por ejemplo, sólo con entidades públicas o con el Sector al cual pertenece la entidad, o a la propia entidad) o en determinado ámbito geográfico (una región o provincia).
- No considerar como posibles postores a quienes han realizado prestaciones o trabajos similares a las del objeto de la convocatoria.
- Considerar como postores hábiles únicamente a personas jurídicas inscritas en registros públicos o que cuenten con un objeto social específico (por ejemplo: comercializadora de alimentos para consumo humano).

¹² DROMI, Roberto. "Licitación Pública". Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina. 1995. p. 83.

¹³ CIANCARDO, Juan. "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad". Buenos Aires: Ábaco. 2004.

¹⁴ El Tribunal Constitucional ha caracterizado estos subprincipios del modo siguiente: "El principio de proporcionalidad, como ya se adelantó, está estructurado por tres subprincipios: de necesidad, de adecuación y de proporcionalidad en sentido estricto. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Esto supone que cuando el Tribunal se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios constitucionales, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada". Expediente 2192-2004-AA/TC.

- Considerar como postores hábiles en un proceso de venta o suministro de bienes sólo a los representantes autorizados en el país y no a cualquier postor que pueda comercializar los bienes objeto de la convocatoria, aun sin ser representante oficial del fabricante.
- No considerar la posibilidad de postular de consorcios, o limitar de alguna manera su conformación o alcances (por razones de nacionalidad, capital, número de consorciantes, etcétera).

En relación con las reglas referidas a las características técnicas mínimas o factores de evaluación:

- Incluir como requisito técnico mínimo en los procesos de selección certificaciones de calidad (por ejemplo normas internacionales ISO, FCC, CE, etcétera), o incluirlas como factores de evaluación, cuando ello no guarde correspondencia con el objeto del proceso o la necesidad de la entidad.
- Considerar como requerimiento técnico mínimo factores que deberían ser aspectos de evaluación (por ejemplo, que el postor o su personal cuente con determinada experiencia en actividades similares o en un periodo de tiempo determinado). Los requerimientos técnicos y los factores de evaluación deben formularse más bien en función de las propiedades de uso y empleo del producto que en función de su diseño o de sus características descriptivas.
- Considerar como factor de evaluación la obtención de constancias de ser proveedor de determinado mercado o a determinada empresa, incluso de la misma convocante.
- Considerar como factor de evaluación que el postor presente alguna información relevante de un tercero (por ejemplo, la conformidad de servicios de clientes o la declaración de garantía del fabricante del producto que distribuye) en un determinado formato, sin admitir fórmulas alternativas.
- La inclusión de marcas o lugares de procedencia de bienes o productos como factor de evaluación. E incluso, de manera indirecta, requerir dimensiones específicas, capacidades y características de diseño que sólo un proveedor predeterminado puede satisfacer.
- Considerar los años de constitución de las personas jurídicas como factor de evaluación para medir la experiencia, o correlacionarlo con otros factores

como facturación o contratos prestados a satisfacción.

- La inclusión de plazos de entrega reducidos que permita estar en ventaja a quien posea el *stock* del producto.

5. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

El principio de imparcialidad está conceptualizado como la exigencia que las decisiones de las autoridades a cargo de los procesos de selección se adopten sustentadas en normas legales y en criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento dispensado a los postores y contratistas. No debe perderse de vista que la exigencia constitucional de licitar los contratos de las entidades públicas y su desarrollo legislativo buscan alejar la decisión de las autoridades de cualquier aspecto subjetivo, personal o impulsivo, y hacerla más predecible y objetiva. Por ello, el principio de imparcialidad refleja el fundamento mismo de la institución de la licitación pública en sus diversas modalidades.

Como se puede apreciar, el eje fundamental del principio es la *objetividad* que debe mantener la autoridad al decidir todos los aspectos del proceso de contratación, lo que se logra sólo a través del apego a las normas legales y criterios técnicos aplicables al caso concreto. En este sentido, este principio apunta directamente a delimitar los alcances de la discrecionalidad con que cuenta la autoridad para determinar requisitos técnicos mínimos, factores de competencia, métodos de evaluación y calificación y, en general, cualquier aspecto del proceso de selección y la ejecución y culminación contractual.

Si bien la Administración, como tal, debe perseguir el interés público consistente en obtener bienes, servicios u obras de calidad requerida, con oportunidad y costos adecuados, tiene que cumplir con el principio de imparcialidad, que en verdad implica ejercer sus competencias discrecionales de manera objetiva sin adoptar decisiones subjetivas hacia algún postor o contratista ni inclinar el procedimiento o las actuaciones hacia algunos de ellos.

Son ejemplos comunes de transgresiones al principio de imparcialidad emplear conceptos jurídicos carentes de contenido único o subjetivos, que permitan apreciaciones valorativas no objetivas del Comité, por ejemplo: no definir qué se debe entender por "prestaciones similares", no indicar cuáles serán las mejoras objeto de puntuación en el proceso, considerar calificaciones subjetivas, tales como: "satisfactorio", "regular", "bueno", considerar métodos de evaluación carentes de base objetiva demostrable, como, por

ejemplo, la degustación para evaluar la calidad de productos alimenticios. En todos estos casos, la evaluación por parte del Comité será bastante subjetiva o, en todo caso, carente de demostración objetiva, lo que implicará ser parcial en la asignación de puntaje.

6. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

El principio de eficiencia en las compras estatales está referido a que los bienes, servicios u obras que se adquieran o contraten deban reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega requeridos por la entidad y, además, deben efectuarse en las mejores condiciones para su uso final.

Como se puede apreciar, este principio aporta los estándares que se consideran aptos para la determinación de la eficiencia de la adquisición:

- i. Calidad del bien, servicio u obra entregado.
- ii. El precio.
- iii. Oportunidad de ejecución y entrega del bien, servicio u obra.
- iv. Condiciones de operatividad para su uso final.

No obstante, por su propia naturaleza el valor eficacia supone un juicio luego de una evaluación *ex post* sobre los resultados de la gestión adquisitiva, por lo que no puede medirse previamente a la conformidad del servicio o del bien, y a veces aun, posteriormente a esta fase. Lo que sí se puede hacer, y el principio lo demanda, es entender el valor eficacia como la obligación de la entidad y su proveedor a ser eficaces en las prestaciones a su cargo. En cuanto a la entidad, el valor eficacia debe estar presente en la conducción de todas las etapas del proceso de selección.

En la fase de la programación de las necesidades los indicadores de eficiencia serán que las necesidades identificadas sean concordantes con el plan de actividades de la entidad y con el presupuesto de la entidad, de modo que se prevea que la adquisición será en cantidad, calidad y oportunidad conveniente, y que las definiciones de las especificaciones técnicas, calidades y cantidades guarden relación con las necesidades de la institución y las posibilidades del mercado.

En el momento de la convocatoria, el indicador de eficiencia será que los agentes del mercado nacional (o en su caso, internacional) tomen conocimiento de la necesidad de bienes, servicios u obras y se interesen en ella. En el momento de la absolución de las consultas

y las observaciones, el indicador de eficiencia será que ambas partes comprendan con claridad las necesidades de la Administración.

En la fase de evaluación de las propuestas, la eficiencia estará dada porque la evaluación y la selección recaigan en la mejor propuesta técnico-económica, la cual asegure la atención de las necesidades institucionales.

Al momento de la ejecución contractual, la eficiencia estará dada porque las prestaciones del proveedor y de la entidad sean realizadas de manera oportuna y satisfaciendo los intereses de las partes, aun cuando hubiera modificaciones, incumplimientos o cualquier otra eventualidad contractual.

Como aplicaciones concretas de este principio, tenemos la necesidad de realizar el estudio de mercado previo para indagar las mejores posibilidades de calidad, precio y plazo de entrega de las prestaciones requeridas por la entidad (TUO, artículo 12), así como la regulación prolija de las formas y reglas para la recepción y conformidad de servicios (Reglamento, artículo 233).

En la práctica, este principio ha servido para definir algunas situaciones eventuales en la ejecución contractual, tales como:

- Admitir la posibilidad de que el contratista podría, con aceptación de la entidad, ofrecer bienes con mejores características técnicas a las ofrecidas en el proceso de selección o de igual calidad y condiciones, que no vayan a implicar un incremento en el precio, siempre que tales bienes satisfagan la necesidad de la Entidad, lo cual implicará la modificación del contrato. Para el efecto, la entidad debe considerar si existe alguna razón de mercado atendible para el cambio (desabastecimiento del bien, desaparición de la marca, obsolescencia del modelo, encarecimiento desproporcionado del bien ofrecido, etcétera) y, además, premunirse de informes que acrediten que los bienes que el contratista ofrece entregar son iguales o mejores que los pactados y que tal mejora satisface sus necesidades.
- Descalificar requisitos técnicos mínimos o factores de evaluación que puedan conllevar la adquisición de bienes que no cuentan con un perfecto estado de mantenimiento y funcionamiento (por ejemplo, si es calificada separadamente la operatividad de los componentes de vehículos –Chasis, Motor, Cabina, Luces, Torque, Frenos y Dirección–, y no de manera integral, de modo que se asegure que, integralmente, los bienes tengan la calidad necesaria para permitir una adecuada prestación del servicio.

7. PRINCIPIO DE ECONOMÍA

El principio de economía, tal como está definido en el ordenamiento, comprende dos aspectos distintos aplicables a las fases precontractual y contractual, según se trate de la economía de la entidad convocante o de la economía de los postores.

7.1. La economía de la entidad convocante

Un primer aspecto del principio es la economía de la entidad que reclama la austeridad en la aplicación de todos los recursos de las entidades convocantes (recursos financieros, humanos, administrativos e incluso el factor temporal) involucrados en los procesos de selección, mediante la concentración, ahorro y simplicidad administrativa. En cuanto a la austeridad de los recursos, nótese que la fórmula, si bien se refiere a la necesidad de ser austero en la ejecución presupuestal (alusión a recursos financieros que el contrato presupone), además debe ser atento a evitar el dispendio de recursos materiales, personales, y del factor tiempo que dilatan y retardan la obtención oportuna de los bienes, servicios y obras.

Es necesario que quienes participan en las actividades logísticas cumplan con el deber funcional de hacer Uso Adecuado de los Bienes del Estado, entendido como el deber de "proteger y conservar los bienes del Estado, debiendo utilizar los que le fueran asignados para el desempeño de sus funciones de *manera racional, evitando su abuso, derroche o desaprovechamiento*, sin emplear o permitir que otros empleen los bienes del Estado para fines particulares o propósitos que no sean aquellos para los cuales hubieran sido específicamente destinados" (Ley 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, artículo 7) (énfasis y subrayado agregados).

Debemos recordar que, si bien toda adquisición debe ser económica, por lo que el costo debe redundar en la mejor calidad de bienes, servicios y obras, o el precio más bajo por la calidad de beneficios estipulados aceptables, no necesariamente el precio más bajo por los bienes o servicios corresponde a la mejor calidad disponible, por lo que siempre es recomendable una combinación que satisfaga la mejor calidad de bienes, servicios u obras necesarias al precio más adecuado posible. Todo debe ser adquirido en su justiprecio, respetando el equilibrio entre la relación dinero y las ventajas técnicas, conveniencia y oportunidad de lo que se adquiere.

Pero, adicionalmente, el principio de economía comprende la noción de evitar el costo administrativo que significa la duplicidad, reiteración, redundancia o dispersión de procedimientos y trámites

administrativos, entre otros. De este modo constituyen aplicaciones concretas de esta fase del principio la proscripción del fraccionamiento (TUO, artículo 18), la aplicación de compras corporativas o consolidadas, la aplicación de los convenios marco de precios y de la subasta inversa, el empleo de soluciones alternativas a los conflictos contractuales, etcétera.

En esta medida se complementa con la NTCI 300-1 del Sistema Nacional de Control que establece que "en toda transacción de bienes o servicios, así como en las demás actividades de gestión, deberá tenerse en cuenta el criterio de economía", entendido como la "administración recta y prudente de los recursos públicos. Es decir, orden en el gasto presupuestal, ahorro de trabajo, dinero, buena distribución del tiempo y otros asuntos" y que la adquisición sea "en calidad y cantidad apropiada, y al menos costo posible".

7.2. La economía de los interesados

El principio de economía se orienta a evitar a los interesados, postores y contratistas incrementar sus costos y exigencias administrativas y económicas para participar en estos procedimientos de selección.

Respecto a esta segunda parte del enunciado, representan la incorporación al procedimiento licitatorio de los principios de simplificaciones administrativas establecidos en la Ley 27444, de modo que resultarán aplicables las reglas de documentación prohibida de solicitar, la obligación de admitir los sucedáneos documentales, la necesidad de realizar un costeo para determinar las tasas a cobrar, etcétera. En este sentido, constituyen transgresiones comunes a este principio exigir traducciones oficiales, entrega de documentos originales o copias autenticadas, requerir el comprobante de pago por el registro de postores o de la inscripción en el registro, requerir información que la misma entidad posea, etcétera.

8. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA O DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS

El principio de transparencia implica la accesibilidad de los postores, contratistas y terceros a la información que la entidad posea, administre o cree antes, durante y después de todo proceso de selección, no sólo con el objeto de promover su participación sino también de facilitar la crítica pública y el control social sobre los actos estatales.

Contemporáneamente, la noción de transparencia ha trascendido al tradicional principio de publicidad, que por lo general se refería sólo al aspecto pasivo de la relación entre administración-ciudadano, en la que las autoridades debían entregar la información que se le

solicitase sin expresión de causa, o a la necesidad de publicitar determinadas decisiones del proceso de selección e incluso de la ejecución contractual.

Actualmente, la transparencia es el eje de una nueva forma de organización administrativa estructurada en torno al reconocimiento del deber de responder por la gestión pública confiada (*accountability*). De este modo, el principio de transparencia se refiere ahora a una forma de la actividad estatal, que de modo general, es diseñada para encontrarse abierta espontánea y permanentemente hacia la sociedad a la cual representa. En este sentido, el personal al servicio de la Administración Pública debe ser tan abierto a los ciudadanos como le sea posible respecto a las decisiones y actos que adopte, para responder permanentemente por la gestión confiada¹⁵.

De este modo la concreción de la transparencia en los procesos de contratación estatal significa la necesidad de incluir exigencias específicas (en lo metodológico, procedimental y organizacional) para que la Administración convocante sea verdaderamente abierta de modo que la información fluya directamente a los administrados y éstos puedan analizarla, interesarse, participar, o simplemente controlar el ejercicio del poder. Pero no sólo basta una apertura pasiva de la organización administrativa, sino que la organización y sus sistemas mismos se articulen en función de la transparencia.

Dentro de esta propuesta se encuentra el establecimiento de algunas medidas de transparencia:

- La posibilidad que la ciudadanía participe en la definición de las necesidades de actividades institucionales y, por ende, de los bienes, servicios y obras que demandara en un periodo presupuestal determinado (presupuesto participativo).
- La pre-publicación opcional de las Bases en el SEACE y en la página web de la entidad (Reglamento, artículo 102).
- La necesidad de que la Administración difunda de oficio sus actuaciones referidas a las adquisiciones y contrataciones de la forma más amplia posible, desde la planificación de su demanda, las convocatorias, la información específica de su demanda, los criterios de selección y evaluación, la evaluación misma, las Bases integradas, la adjudicación, la absolución de consultas, el

consentimiento de la buena pro, declaratoria de desierto, cancelación del proceso, etcétera (por ejemplo SEACE, reportes a PROMPYME, portales institucionales, etcétera)¹⁶. En este sentido, surge el deber de transparencia informativa, que a través de sistemas, métodos y procedimientos exigen a la Administración una espontánea y permanente transferencia, oportuna y completa, de la información del proceso de adquisición.

- La exigencia de que determinados actos sean publicados para asegurar su control ciudadano (por ejemplo, la decisión de exonerarse de algún proceso de selección).
- Las obligaciones de responder y reportar ante diversas instancias (CONSUCODE, la Contraloría General de la República, el Ministerio de Economía y Finanzas) determinadas acciones para facilitar su control institucional.
- La especificidad y responsabilidad de los supuestos de reserva de información (por ejemplo audiencias privadas para determinados procesos de selección menores, las causales para considerar reservado el valor referencial (TUO, artículo 26). Por la especificidad, la reserva a la transparencia debe estar sustentada en la ley y ser específica para determinada clase de información (en razón de la materia), y no de generalizarla para la entidad o sus dependencias, dado que se le consagra en función de la naturaleza de la información y no un privilegio por el carácter de la entidad. Por la responsabilidad de las autoridades, los casos de reserva de información deben tener alguna autoridad pública que sea responsable de administrar y controlar el asunto reservado, estableciendo los criterios para su evaluación y el modo de rendición de cuentas adecuado para esta materia.
- El derecho de acceso al expediente de la contratación por parte de los participantes y postores, sin necesidad de expresión de causa, incluso de quien no es postor (Reglamento, artículo 136).
- La exigencia de organizar y mantener actualizado un Registro Público de Contratos que incluya información sobre los procesos de selección que convoque, los contratos suscritos o su información básica (artículo 46, TUO).

¹⁵ Conforme al Código de Ética de la Función Pública, es deber de la función pública la transparencia entendida como que "debe ejecutar los actos del servicio de manera transparente, ello implica que dichos actos tienen en principio carácter público y son accesibles al conocimiento de toda persona natural o jurídica. El servidor público debe de brindar y facilitar información fidedigna, completa y oportuna" (artículo 7 numeral 2).

¹⁶ Es importante advertir que, según la NTCI 700-06, los mecanismos de difusión previstos normativamente a los mínimos legales, pudiendo la entidad complementarlos con otras acciones que consideren necesarias o convenientes.

- La necesidad de que la información que produzca la entidad sea sustentada, de manera clara y entendible, para los ciudadanos interesados (por ejemplo la absolución de consultas).

Dentro del proceso evolutivo que hemos identificado, el principio de transparencia en materia de contrataciones estatales hace indispensable derivar algunas facultades titularizadas por los ciudadanos frente a los procesos de selección y los contratos ya celebrados, desdoblados del genérico derecho de acceso a la información de la Administración, de modo leal, confiable y pleno. Tales son:

- i. El derecho propiamente a ser informado, que puede ser ejercido dentro de un proceso de selección por los terceros o los postores sobre la información de las entidades (por ejemplo, el estudio de mercado, designación de integrantes del Comité, etcétera), e incluso sobre información presentada por otros postores (ofertas, contratos anteriores, acreditación de experiencia, etcétera);
- ii. El derecho del postor a la comprensión de la información que se encuentra accesible (por ejemplo, la claridad y concisión de los términos en que absuelve una consulta o una observación), de modo que la transmisión en términos de lenguaje sea accesible, evitando toda ambigüedad, incorrección o distancia;
- iii. El derecho a ser entendido por la Administración, de modo que la otra vertiente del proceso de comunicación exige a la Administración oír a los interesados, preocuparse por entender la voluntad expuesta por los postores (cuando observa, consulta, presenta su propuesta, o interpone un recurso, etcétera);
- iv. El derecho a activar los medios de control y evaluación formalizados y a conocer sus resultados, incluso de los postores que no ganaron la licitación respecto a la ejecución de contrato adjudicado¹⁷ (por ejemplo las observaciones, denuncias, reclamos, etcétera).

En este marco constituyen transgresiones comunes al principio de transparencia las siguientes:

- Ausencia, contradicción o falta de claridad en factores de puntuación (por ejemplo la

especificación de prestaciones similares) o en la metodología de evaluación de propuesta (como rangos en la asignación de puntaje) o para el cumplimiento de las prestaciones contractuales (por ejemplo, formalidades y plazos para los pagos, ligar y condiciones de entrega de los bienes).

- Ausencia de información fundamental para presentar la propuesta seria (por ejemplo, número y ubicación de locales para concursos de servicios de seguridad, o de procesos judiciales para contratar abogados procesalistas).
- Criterios de evaluación subjetivos (como: bueno, malo, regular, apropiado, adecuado, etcétera) o dependientes del sólo criterio de la propia entidad (por ejemplo, degustación de sabores o inspecciones oculares).
- Incluir documentos contractuales en otro idioma (proyectos de contratos).
- Incluir en los proyectos de contratos supuestos no previstos en las normas legales, por ejemplo, para la resolución del contrato, o penalidades mayores a las previstas.
- Denegar la entrega de información de la entidad a los postores durante el proceso (como, por ejemplo, el estudio de mercado, la resolución que aprueba las Bases o que designa al Comité).
- Prohibir la entrega de copia de otras propuestas una vez producida la evaluación, o limitarla sólo a su revisión visual en las oficinas de la entidad. Al respecto, CONSUCODE ha establecido: "La transparencia en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones del Estado implica la obligación de las entidades de brindar información respecto a la conducción de los procesos de selección así como respecto a la ejecución y resultado de las transacciones, a fin de brindar elementos para la evaluación de la gestión pública a través de la publicidad. En ese sentido, en el decurso de un proceso de contratación las Entidades administran cierta información la cual por presunción se entienden de libre conocimiento y acceso a los adquirentes de Bases, postores, contratistas y, en general, a cualquier particular que lo solicite. En el caso de las propuestas técnicas y económicas que

¹⁷ Para el maestro argentino Gordillo, en las legislaciones debería preverse expresamente "el derecho como mínimo de los oferentes que no han ganado la licitación y preferiblemente del público en general, a poder informarse posteriormente como se ejecuta el contrato, para que se den al adjudicatario ventajas indebidas que no estaban en el pliego de condiciones, sin haberse alterado las circunstancias de hecho tenidas en cuenta". GORDILLO, Agustín. "Después de la Reforma del Estado". p. VII-8.

presenten los postores la información contenida en ellas reviste el carácter de confidencial y no accesible a la generalidad de postores sino hasta concluida la evaluación, luego de lo cual las entidades tienen la obligación de entregar la información que le soliciten al costo de reproducción de las mismas. Es en la elaboración de las Bases, el momento en que el Comité Especial deberá evaluar el tipo de información que exigirá durante el transcurso del proceso de selección, procurando solicitar sólo información que considere estrictamente necesaria para determinar la propuesta más beneficiosa, evitando exigir documentación a los postores que pueda considerarse como una excepción al acceso libre a la información pública. En caso de resultar estrictamente necesaria la exigencia de determinada información, ésta es de libre acceso para todo postor, más aún si se encuentra contenida en documentación relevante para la evaluación y calificación de la propuesta. Desde el inicio del proceso todos los postores se someten a las condiciones establecidas en las Bases y deben respetar las reglas contenidas en éstas¹⁸.

- Absolver consultas de manera evasiva, contradictoria o que, de cualquier manera, no sustente su posición de manera clara e inequívoca.
- Realizar actos privados para la apertura de sobres, en casos distintos a la adjudicación directa selectiva o adjudicación de menor cuantía, o para actos esenciales como la toma de muestras de productos ofrecidos, o para sorteo en caso de empate de propuestas.

9. PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA

El principio de vigencia tecnológica constituye una extensión del principio de eficacia, por el que se establece que los bienes, servicios o las obras contratadas deben satisfacer dos condiciones:

- i. Al momento de su contratación, reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para los fines requeridos por la entidad; y,
- ii. Permitir durante su periodo de duración o funcionamiento, la posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse con el avance tecnológico.

Como tales, este principio inserta pautas fundamentales para la definición de las

especificaciones técnicas, factores de evaluación de los procesos de selección, el diseño contractual e incluso la ejecución contractual. No basta adquirir un bien a un precio bajo, sino asegurarse si por ese mismo precio o algo más es posible adquirir un bien tecnológicamente vigente y actualizable. Quien adquiere debe estar en condiciones de saber lo que el mercado le puede ofrecer para cubrir sus necesidades, y estar al día en los avances tecnológicos inmediatos que le permitan calificar la oportunidad de la compra. Para tal efecto, resulta clave la realización de un suficiente estudio de mercado que por ejemplo, le impida advertir la existencia de productos discontinuados, bienes sin posibilidad de mantenimiento o actualización, productos o modelos *ad portas* de ser reemplazados por nuevos, etcétera.

Son aplicaciones de este principio, en las especificaciones técnicas de los procesos que se convoquen para suministro o compraventa de bienes:

- Considerar como prestaciones accesorias del proveedor de bienes o constructores de obras la reparación o mantenimiento del objeto del contrato, incluso garantizando su fiel cumplimiento (Reglamento, artículo 218).
- Requerir que los bienes sean prioritariamente de primer uso y no reciclados, recuperados o ensamblados de partes de origen dudoso.
- Que, en caso la entidad requiera adquirir bienes usados (por razones presupuestales –escasez de recursos para adquirir bienes nuevos– o de mercado –por inexistencia en plaza de bienes nuevos de la misma especie, por ejemplo, si alguna Biblioteca Pública requiera adquirir libros usados no reeditados–) los requerimientos técnicos mínimos deberán atender a que el desgaste o uso dado a los bienes no afecte su funcionalidad y permitan realmente satisfacer las necesidades de la Entidad. Incluso no obstante que la Entidad haya convocado un proceso de selección para la adquisición de bienes usados, no será compatible con este principio restringir la presentación de ofertas de proveedores de bienes nuevos, en las condiciones indicadas en las Bases.
- Que, si se adquieren programas de software a la medida, se prevean las condiciones contractuales necesarias para que la entidad sea la titular de los derechos de propiedad que le permitan actualizar, adaptar o modificar el sistema.

¹⁸ CONSUCODE, opinión 114-2004-GTN.

10. PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO¹⁹

Nos encontramos frente al principio más acendrado en las compras públicas, que, sin embargo, no ha estado exento de críticas por algunas desviaciones en su aplicación práctica, particularmente cuando colisiona con otros principios y, en particular, con el de eficacia. Para una completa exposición del principio vamos a abordarlo en la siguiente secuencia: i) la implicancia entre el derecho a la igualdad y los procedimientos de selección; ii) el contenido del principio de trato justo e igualitario; iii) los matices del principio según las etapas del proceso de selección; y, iv) las situaciones particulares del principio en los procesos de selección: las discriminaciones inversas en favor de determinados proveedores.

10.1. La correspondencia entre el derecho a la igualdad y los procedimientos de selección

El Derecho Constitucional de toda persona a ser considerada igual entre sí, se proyecta obviamente en los procedimientos estatales para seleccionar dentro del mercado a sus contratistas. Pero esta relación no sólo es contingente, sino esencial, puesto que todos estos procedimientos hallan su fundamento conceptual precisamente en un intento por resguardar el derecho que poseen los ciudadanos para participar en un plano de igualdad en las actividades públicas, en este caso, como contratistas²⁰.

En efecto, como afirma Marienhoff, mediante el respeto a este principio, puede concebirse a la licitación pública como un instituto saludable para los intereses públicos, y agrega que su falta de observancia desvirtúa los fines de la licitación pública, viciándola jurídicamente²¹. Es más, por la vinculación indisoluble entre la igualdad y los procesos de selección, es que se puede afirmar que "si el principio de isonomía no es debidamente considerado, no hay licitación pública. Se trata de un elemento infaltable. El irrespeto a la isonomía acarrea automáticamente la desconfiguración del interés público (...) licitación que no es regida de acuerdo con el interés público, pierde ese carácter, tornándose privada"²².

La trascendencia de este principio es tal, que también se proyecta hacia otros principios de modo que si se

incumple con el principio de igualdad, es virtualmente imposible el cumplimiento de otros principios de la contratación: la libre competencia y la moralidad. Por un lado, sólo será posible una real comparación entre las ofertas, cuando se encuentren colocados en igualdad de condiciones, sin discriminaciones o preferencias carentes de base objetiva. Del mismo modo, sólo podemos calificar de éticamente aceptable el proceso de licitación, si los postores han sido tratados como iguales durante su procesamiento.

A decir de Sayagues Lazo, resulta uno de los principios consustanciales a toda licitación que "(...) todos los licitantes han de estar colocados en igualdad de condiciones. No puede acordarse preferencia a ningún licitante, porque si no éste se encontraría en evidente ventaja frente a los demás. Por otro lado, la Administración, al examinar y juzgar las propuestas, ha de proceder con imparcialidad, aplicando a todos el mismo criterio, pues si no desaparecería la situación de igualdad en que todos deben encontrarse"²³.

No obstante, existen importantes posiciones doctrinarias que señalan la crisis del principio de igualdad en las compras estatales o, cuando menos, apuntan que su importancia se ha sobrevalorado en exceso en el pasado²⁴. Esta línea de pensamiento se fundamenta en el excesivo formalismo con que las autoridades aplican este principio, de suerte que muchas veces prevalece el cumplimiento formal de los documentos, formas y oportunidades, impidiendo que la entidad cuente con un mayor número de oferentes para elegir el mejor (como cuando se desecha la posibilidad de subsanar ofertas por errores que no impidan la comparación de las ofertas, o la admisibilidad de las ofertas cuando por ejemplo, el postor llegó tarde al acto público pero aún antes de la apertura de sobres). La sobrevaloración de la igualdad ha derivado de no reconocer que los diversos procedimientos de selección no son medios para igualar ofertantes disímiles, sino sólo para discriminar objetivamente a los diversos ofertantes y ofertas concurrentes a un proyecto de contrato. Es equívoco suponer que la igualdad en las licitaciones prohíbe diferenciar entre ofertantes para la contratación, cuando el sistema mismo tiende a escoger objetivamente la mejor propuesta entre las múltiples posibles, esto es, a introducir diferenciaciones

¹⁹ Sobre este principio hemos tenido ocasión de publicar nuestro artículo "El Derecho constitucional a la igualdad en la Contratación Estatal. Sobre las formas previstas de discriminación inversa (no siempre positiva) entre postores" al que seguimos en esta ocasión.

²⁰ En la Sentencia recaída en el Expediente 020-2003-AI/TC se ha dejado establecido que uno de los principios constitucionales que subyacen al artículo 76 de la Constitución Política es el de la igualdad de los postores.

²¹ MARIENHOFF, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo". Cuarta Edición Actualizada. Tomo III-A. Buenos Aires. 1994. p. 200.

²² DE MENEZES NIEBUHR, Joel. "Principio da Isonomia na Licitação Pública". Brasil: Librería y Editora Obra Jurídica. 2000. p. 73.

²³ SAYAGUES LAZO, Enrique. "La Licitación Pública". Montevideo: Peña y Compañía Impresores. 1940. p. 53.

²⁴ Como modelo de esta posición tenemos al maestro argentino GORDILLO, Agustín. Op. Cit. p. VII-4.

razonables para elegir aquella más conveniente a los intereses del Estado.

10.2. El contenido del principio de trato justo e igualitario

Las consecuencias principales de la sujeción de los procedimientos de licitación al principio de igualdad, supone, de un lado, dispensar un tratamiento igualitario en la licitación pública a todos los postores manifestado en que los oferentes se encuentren en la misma situación y bajo las mismas reglas (facilidades, factores de diferenciación e información) y, por el otro, diferenciar al ofertante exclusivamente en función del mérito de su oferta, esto es, que su propuesta sea la más conveniente para las necesidades objetivas de la entidad.

En efecto, como bien afirma Jeze, "No debe haber existido ningún motivo de preferencia, fuera de las ventajas que se dan a la Administración. La igualdad entre los competidores comprende dos aspectos: 1.- Las condiciones deben ser las mismas para todos los competidores; 2.- Debe darse preferencia a quien hace las ofertas más ventajosas para la Administración"^{25 26}.

10.2.1. Mandato de no discriminación

Un primer contenido básico del principio está constituido por el mandato de no discriminación que pesa sobre los servidores públicos que están a cargo de las diversas fases de los procesos de selección y contratación.

De este modo, constituyen consecuencias directas de este mandato de no discriminación el que los términos de referencia y Bases, en general, no contengan elementos discriminatorios o exigencias que sólo puedan ser cumplidas por uno o pocos proponentes; el que en las absoluciones de consultas, todos tengan la posibilidad de formular sus preguntas y recibir en el mismo plano de igualdad las respuestas de la Administración. En caso de modificaciones a las Bases, toda alteración debe ser puesta en conocimiento de todos los interesados oportunamente y sin admitir favorecimientos, el que el plazo entre la convocatoria y la presentación de las ofertas deba permitir cabalmente preparar sus ofertas, y, de otro lado, el acto de presentación física debe ser común y abierto

para todos los interesados, sin admitir posiciones de ventaja de algunos respecto de otros (mejorar, modificar o ampliar ofertas).

Respecto a la admisión de las ofertas, la entidad debe admitir todas las propuestas que cumplan con los requisitos establecidos en las Bases, sin descalificaciones arbitrarias, como por ejemplo, por omisiones o defectos irrelevantes que no impiden entender el contenido y alcance de la oferta; en la evaluación de las ofertas, la entidad debe sujetarse estricta y uniformemente a las Bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlos, alterarlos o completarlos; en la subsanación de ofertas, todos puedan subsanar los errores intrascendentes de sus ofertas, y que ninguno pueda hacerlo respecto de los errores esenciales que afecten la competitividad; en la estipulación del contrato adjudicado (que impide por ejemplo, introducir alteraciones al contrato anexo a los términos de referencia, distintas a las estrictamente derivadas de las ofertas, de las aclaraciones y las observaciones, etcétera).

10.2.2. La diferenciación razonable en función de factores de competencia objetivos

Dentro del principio de igualdad no sólo se encuentra el mandato de no discriminación, o lo que es lo mismo, de igualdad para los iguales, sino también el de la desigualdad para los desiguales. Doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado que el derecho a la igualdad también puede ser afectado por una "discriminación por indiscriminación" o por la "discriminación por indiferenciación", cuando no se asigna tratamiento diferente ante una situación razonablemente distinta, por lo que es constitucionalmente necesario reconocer tratos diferenciados a situaciones fácticas no homologables también.

En este sentido, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio (incompatible con el derecho a la igualdad), porque no toda distinción de trato puede ser considerada ofensiva, por sí misma, a la dignidad humana. Por el contrario, existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico (por ejemplo, la experiencia de un proveedor de servicios respecto a otro), si la distinción en el tratamiento

²⁵ JEZE, Gastón. "Principios generales del derecho administrativo". Tomo IV. Buenos Aires: Depalma. 1950. p. 99.

²⁶ Por ello, si bien de ordinario se manifiesta que el tratamiento igualitario está aplicado a la posición que la entidad dispensa a los administrados dentro de un determinado proceso, también es posible afirmar que la sujeción a la igualdad también aplica respecto al tratamiento dispensado por la propia Administración a otros postores en otros procesos de selección. De este modo, la Administración no sólo afecta al derecho a la igualdad si trata como dispares a los postores de la misma licitación, sino también a algunos o todos los postores de esta licitación, con respecto a otro tratamiento dispensado a los postores en otras licitaciones anteriores o paralelas. Por ejemplo, si en una licitación se admitió asignar puntaje a un determinado tipo de mejoras y se niega en otra licitación sobre el mismo tipo de bien o servicio.

expresa de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la entidad, y de la razón, pero sobre todo, no persigan fines arbitrarios, caprichosos o injustos.

La vinculación negativa del derecho a la igualdad está referida a la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, en este último extremo, el principio de igualdad no se encuentra reñido con el reconocimiento legal de la diferencia de trato, en tanto ésta estuviere fundada en una base objetiva, razonable, y proporcional.

En materia de compras públicas, la diferenciación razonable, objetiva, y proporcional entre los ofertantes se dará en función de quién haya presentado la oferta integralmente más conveniente para las necesidades de la Administración. Es la conveniencia de la oferta el único factor autorizado lógicamente y jurídicamente para diferenciar entre los ofertantes. Para ello, precisamente es que la entidad establece requisitos mínimos para competir, identifica factores de competencia y metodología de evaluación, compara las ofertas y finalmente identifica la oferta más conveniente para ser adjudicada. En este sentido, es correcto lo que afirma el profesor colombiano Escobar Gil, cuando señala que del principio de igualdad deriva “la regla de la adjudicación compulsoria, que consiste en el derecho que le asiste al solicitante que haya formulado la mejor propuesta, a que el procedimiento concluya con un acto de adjudicación a su favor”²⁷.

Del mismo modo, resulta admisible que se asigne puntaje mayor a aquellas empresas que, por ejemplo, no tienen deméritos contractuales con el Estado o sanciones por infracciones a su actividad (como las empresas de seguridad).

10.3 Los matices del principio según las etapas del proceso de selección

Como bien afirma Bercaitz, “el pliego que contiene el llamado no puede crear favoritismo hacia unos en perjuicio de otros; sus cláusulas deben ser respetadas por todos; las ofertas deben mantenerse secretas hasta la apertura del acto para evitar que el conocimiento de las presentadas por alguno sirva para reacomodar las del otro competidor; las aclaraciones al pliego deben ajustarse estrictamente al llamado y no pueden ser

modificadas por nadie con posterioridad a la apertura del acto. En definitiva, que debe observarse la igualdad más absoluta de todos los proponentes para que el acto no sea viciado de inmoralidad por favoritismo que determinarían su nulidad absoluta”²⁸.

En cuanto al alcance del principio, el tratamiento igualitario que debe dispensar la Administración le exige un comportamiento correcto desde la preparación de los documentos que servirán de Bases y términos de referencia, hasta incluso, después de la contratación. Por ello se dice que el principio de igualdad en la contratación estatal “(...) Debe abarcar todos los estadios del procedimiento de selección, desde su comienzo hasta la adjudicación y firma del contrato; y mantiene su vigencia incluso luego de celebrarse el acuerdo de voluntades, porque la Administración no podrá durante el desarrollo de la relación contractual modificar indebidamente las Bases licitatorias para favorecer ni para perjudicar a su contraparte”²⁹.

En efecto, el tratamiento igualitario a los postores y luego contratistas, tiene presencia a lo largo del *iter* contractual. No obstante, su intensidad variará en la medida que se trata de un principio dirigido a regir con mayor énfasis en la selección del proveedor, y según se complemente o concuerde con otros principios³⁰.

10.3.1 El tratamiento igualitario en la fase inicial del procedimiento

Teniendo en cuenta que en esta fase la finalidad del procedimiento (actividad preparatoria, convocatoria, absolución de consultas y presentación de ofertas) es promover la mayor concurrencia de postores, el principio de igualdad tiene un rol secundario limitado a que todos los interesados y postores puedan tener los mismos derechos, obligaciones y posibilidades de mantener su oferta en favor de la concurrencia. De ahí que, como dice Gordillo, “por ende, desechar una oferta invocando el principio de igualdad es totalmente contrario al fin que la licitación y sus principios que deben satisfacer”³¹. Algunas de las formas más comunes de transgredir la igualdad son establecer factores de competencia o requisitos técnicos mínimos desvinculados o desproporcionados con el objeto o los fines del contrato, innecesarios o que no importen ventaja directa para la entidad.

²⁷ ESCOBAR GIL, Rodrigo. “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública”. Bogotá: Legis. 1999. p. 161.

²⁸ BERCAITZ, Miguel Ángel. “Teoría General de los Contratos Administrativos”. Buenos Aires: Ediciones Desalma. 1980. p. 324.

²⁹ COMADIRA, Julio. “Licitación Pública (Nociones, Principios, Cuestiones)”. Buenos Aires: Depalma. 2000. p. 44.

³⁰ En esta parte seguiremos la propuesta realizada por el maestro argentino Agustín Gordillo en su obra antes citada. Op. Cit. p. VII-6.

³¹ GORDILLO. Op. cit. p. VII-7

10.3.2. El tratamiento igualitario en la evaluación de ofertas y adjudicación

Esta etapa tiene como finalidad identificar la mejor oferta en los términos de las Bases o términos de referencia. Por eso es que el principio de igualdad tiene como objetivo asegurar la comparabilidad de las ofertas presentadas y, luego, aplicarles las mismas reglas para apreciarlas (requisitos mínimos, factores de competencia y metodología de evaluación), sin adoptar decisiones que impliquen privilegios o discriminaciones incorrectas.

10.3.3. El tratamiento igualitario en la ejecución del contrato

En esta etapa, el principio de tratamiento igualitario se dirige a impedir que –sin causa sobreviviente– se confieran al contratista ventajas, modificaciones, exenciones en el contrato, etcétera, al margen de las Bases de la licitación que, de haberse dado a los otros oferentes, hubieran significado ofertas distintas (más convenientes a los intereses de la entidad). Por ejemplo, no puede afirmarse que la reactualización del valor al contratista por efecto de inflación afecte la igualdad de quienes fueron postores en el proceso, dado que todos hubiesen tenido la misma posibilidad de beneficiarse con esta reactualización si su oferta hubiese sido la más conveniente. Como se sabe, durante la ejecución contractual opera el denominado *ius variandi* y diversas técnicas para afrontar lo imprevisto, pero ambas aparecen delimitadas y matizadas con el principio de tratamiento igualitario³².

De este modo, podemos afirmar como lo hace Gambier que “no será violatoria del principio de igualdad la modificación del contrato administrativo que, basada en la necesidad de satisfacer el interés público sea efectuada –cualquiera que sea el oferente elegido-(sic) en condiciones tales que ninguno de los otros oferentes tengan motivos para considerar que, de haber conocido el cambio hubiera modificado su oferta”³³. En tal virtud, se debe diferenciar entre las modificaciones ordinarias

al contrato previstas expresamente en el ordenamiento o en el contrato (por ejemplo, prestaciones adicionales, técnicas de actualización de valor de la oferta, revisión de precios, etcétera) cuya correcta aplicación no afectaría la igualdad entre los postores; de las modificaciones extraordinarias que producen ventajas, donde el análisis debe ser más exhaustivo en función de este principio para determinar las nuevas circunstancias que la hagan aconsejable.

10.4. La situación particular del principio de igualdad en los procesos de selección: las discriminaciones inversas en favor de determinados proveedores

Cercanas a la diferenciación se encuentran un conjunto de medidas estratégicas destinadas a promover la igualdad de oportunidades mediante la atribución de ventajas a determinadas categorías de personas respecto de las cuales se ha evidenciado una situación de discriminación que les ha limitado las posibilidades de acceso a determinado estatuto. Como se puede apreciar, aquí estamos frente a un programa estatal diseñado *ex professo* para igualar las oportunidades, y no un reconocimiento jurídico de las diferencias reales existentes³⁴.

Como bien expresa Ruiz Miguel, “La discriminación inversa en una manifestación extrema –y, por ello, especialmente discutida– de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final”³⁵. En tal medida, la discriminación inversa supone la adopción de medidas diferenciadoras directamente encaminadas a privilegiar a determinados grupos discriminados, para igualarlos frente a otros grupos. Así tenemos, por ejemplo, las subvenciones o ayudas públicas, las exoneraciones fiscales, la reserva de cargos públicos para determinadas minorías. Como tal, estamos ante un “(...) medio para llevar a cabo una política de promoción de igualdad de oportunidades”³⁶.

A diferencia de otras acciones positivas, que son a la larga todas manifestaciones de la incorporación de

³² Nótese que la transgresión al principio se explicita en relación con los otros oferentes al proceso de selección, quienes titularizan ese derecho a ser tratados como iguales. No obstante, debemos analizar si la reflexión sería también aplicable en procesos de selección donde no hubo concurrencia de otros postores (procesos con postores únicos). En este caso, compartimos la tesis de Comadira, en el sentido de que aun en estos casos las limitaciones a las modificaciones contractuales en resguardo del derecho a la igualdad serán también predicables. En efecto, como dice el mencionado profesor argentino “(...) la igualdad en la contratación administrativa, cuando ella es precedida de una licitación pública o privada, o de procedimientos de selección equiparables, es un valor debido no sólo a quienes concretamente responden a la convocatoria de la Administración, formulando sus propuestas, sino, también, a todos aquellos que sería y objetivamente estén en condiciones de competir con arreglo a las Bases fijadas por la autoridad licitante”. (COMADIRA, Julio Rodolfo. “La Licitación Pública (nociones, principios, cuestiones)”. Buenos Aires: Desalma. 2000. p. 71).

³³ GAMBIER, Beltrán. “El Principio de Igualdad en la Licitación Pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”. Publicado en el colectivo en Homenaje al Profesor Miguel Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot. 1988. p. 932.

³⁴ Véase, MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. “Las normas de preferencia en el régimen de contratación pública”. Revista Actualidad Jurídica. Enero 2006. Tomo 46. p. 158-162.

³⁵ RUIZ MIGUEL, Alfonso. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Doxa 19 (1996). p. 79.

³⁶ ALEMANY, Macario. “Las estrategias de la igualdad. La discriminación inversa como un medio de promover la igualdad”. Revista Isonomía 11. Octubre 1999.

desigualdades para la igualdad o componentes de una política de promoción de igualdad material, la discriminación inversa se caracteriza por:

- a) Fundamentarse para atender a realidades discriminatorias inmodificables y graves, con el objetivo de favorecer a quienes son los tradicionalmente perjudicados.
- b) Es aplicada sobre situaciones de especial escasez y, por tanto, de fuerte competitividad para obtener el éxito (puestos de trabajo, cargos públicos, plazas de estudios, viviendas, créditos, etcétera). En tal sentido, el costo de la medida es asumido por el individuo o el grupo discriminado por la medida.

Por ello, la finalidad de la discriminación inversa es y debe ser conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad, a través de la introducción legal de medidas discriminadoras (pero correctoras). Se trata de lo que, en la doctrina, se conoce como “discriminación inversa”, esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización³⁷.

Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido la validez constitucional de la discriminación inversa, afirmando que “(...) debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales”. Por tanto, si bien el legislador no puede ser generador de diferencias sociales “en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante “acciones positivas” o “de discriminación inversa”, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos”³⁸.

10.4.1. Revisión de las técnicas de discriminación inversa prevista a favor de proveedores por las normas de contratación estatal

El legislador ha previsto que la Administración otorgue un tratamiento inversamente discriminatorio en favor

de algunos proveedores con el objeto de ponerlos en una situación de ventaja para la contratación con el Estado. Es importante anotar que estas medidas vienen consagradas por la norma, debiendo aplicarlas la Administración. Por su parte, es contrario al principio de tratamiento igualitario a los proveedores que cada entidad incorpore en las Bases medidas de discriminación inversa no previstas en el ordenamiento con carácter general, como, por ejemplo, puntajes adicionales para empresas de un determinado capital.

Las medidas que la normativa emplea para introducir técnicas de discriminación inversa en la selección de proveedores son las siguientes:

Sistema de cuotas rígidas o reserva de mercados para empresas

El sistema de cuotas no supone sólo un trato preferencial o preferente para el beneficiado, sino un trato privilegiado de manera automática, absoluta e incondicional en su favor, que le permite contar con una reserva del mercado de las compras estatales en su favor, con independencia de su propio mérito intrínseco.

Por sus propias características, las cuotas rígidas –y éste es uno de sus principales cuestionamientos– introduce una discriminación en los resultados (adjudicación de compras estatales) y no en las causas de la discriminación real que padecen determinado grupo de proveedores. De este modo, los mecanismos de cuotas rígidas no reconocen la posibilidad de ponderar otras calidades del proveedor, sino concretarse a la calidad por la cual se le aplica el beneficio. En este sentido, tenemos medidas que no promueven la igualdad de oportunidades en la competencia, sino que más bien, produce una prioridad automática en el resultado deseado.

a) Discriminación en favor de las PYMES y MYPES

Por una parte, tenemos la técnica de “cuotas rígidas” en materia de compras a favor de las pequeñas y medianas empresas, de suerte que se les reserva parte del mercado de las compras estatales, de manera absoluta, incondicionada y sin ninguna cláusula de apertura. En efecto, el artículo 21 de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, nos expresa:

“Asimismo, las instituciones del Estado deben separar no menos del 40% de sus compras para ser atendidas

³⁷ Posición expuesta ampliamente en la Sentencia recaída en el Expediente 0261-2003-AA/TC.

³⁸ Fundamentos expuestos en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados 0001/0003-2003-AI/TC.

por las MYPES, en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar”.

En similares términos dispone su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-2003-TR, que:

“(…) Las entidades del Estado deberán separar no menos del 40% de sus compras globales, para que sean atendidos por las MYPES, para tal efecto, presentaran además de sus planes anuales de Adquisiciones establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, su presupuesto Anual a las entidades correspondientes”.

Como se puede apreciar en estas normas, las entidades deben reservar –de manera automática, absoluta e incondicionada– el 40% de sus adquisiciones globales para ser contratadas con las PYMES y MYPES, quedando el 60% restante para la libre competencia abierta. Nótese que, si bien la fórmula contempla la idea de que sea “en aquellos bienes y servicios que estas puedan suministrar”, al no haber un registro oficial de oferta de estas empresas, siempre quedará como una aplicación amplia de la reserva de cuota del mercado.

b) A favor de empresas constructoras constituidas e instalaciones en el país

La segunda aplicación del sistema de cuotas rígidas o reserva del mercado está dirigida a fomentar a las empresas constructoras constituidas y con instalaciones en el país (nótese que no se pondera por su carácter nacional o por el origen del capital).

En efecto, el artículo 77 del Reglamento del TUOLCAE indica que la Licitación Pública para la ejecución de obras se desdoblará en Licitación Pública Nacional y Licitación Pública Internacional, en donde la primera será restringida a las empresas postoras constituidas y con instalaciones en el país, mientras que la segunda procede exclusivamente “cuando las características técnicas de las obras requieran la participación internacional”.

Como se puede apreciar, las entidades públicas deben reservar su mercado de licitaciones públicas para

ejecutar obras a favor de las empresas constituidas y con instalaciones en el país, sin interesar si es una empresa nacional, subsidiaria, filial o simplemente extranjera residiendo en el país. Sólo podrán abrir la oportunidad de negocio a la competencia abierta (nacionales o extranjeros), cuando considere que las características técnicas de la obra requieran la participación de empresas foráneas.

10.4.2. Medidas de puntaje adicional

Las medidas de puntaje adicional consisten en la asignación –vía ficción legal– de una ventaja en la competencia en favor del sujeto discriminado en los procesos de selección ordinarios. La ventaja consiste en asignar una bonificación adicional al sujeto fomentado, con el objeto de buscarle equiparar con los postores aventajados naturalmente. Lo verdaderamente difícil de esta técnica de fomento es justificar la cuantificación del bono adicional para justificar su razonabilidad.

a) Puntaje adicional para posturas de bienes y servicios elaborados o prestados en el territorio nacional (Régimen de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional)³⁹

Una tendencia al favorecimiento de la inversión en nuestro país se encuentra en la figura de la bonificación porcentual a la sumatoria de las calificaciones técnicas de las propuestas vinculadas al desarrollo productivo nacional⁴⁰.

Por esta figura, las entidades que convoquen a un proceso adquisitivo para adquirir bienes o servicios agregarán de oficio⁴¹ una bonificación de 20% adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica de la buena pro obtenida por aquellas ofertas de bienes y servicios prestados o elaborados dentro de nuestro territorio nacional.

Para adquirir esta bonificación, el postor deberá cumplir solamente con presentar en la Declaración Jurada prevista en el artículo 56 de TUO del Reglamento, manifestando –al amparo de la presunción de veracidad y bajo su responsabilidad⁴²– que los bienes o servicios ofrecidos han sido

³⁹ Esta norma ha sido la única llevada ante el Tribunal Constitucional para enjuiciar su constitucionalidad. El Tribunal sentenció a favor de la constitucionalidad de la medida –con algunos vacíos de análisis– fundamentándose en: a) la razonabilidad y proporcionalidad de la medida; y, b) la temporalidad de la medida.

⁴⁰ Dicha bonificación fue creada por la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional (Ley 27143), modificada sucesivamente mediante Decreto de Urgencia 064-2000, 083-2001 y Ley 27633, y reglamentada mediante Decreto Supremo 003-2001-PCM (que reemplazó al inicial reglamento aprobado por Decreto Supremo 030-99-PCM).

⁴¹ Para hacer efectiva esta bonificación no se requiere incluso estar incluida en las Bases del proceso o que el postor lo solicite mediante consulta u observaciones a las Bases (Comunicado 014-2001 (PRE), emitido por el CONSUCODE en setiembre 2001).

⁴² Las responsabilidades en caso de declaración falsa serán: penal (Artículo 411 del Código Penal) y administrativa (inhabilitación permanente como postor del Estado), conforme establece el artículo 5 del Decreto Supremo 003-2001-PCM.

elaborados o serán prestados dentro del territorio nacional⁴³.

- b) Puntaje adicional por componente nacional en construcciones de obras

Una segunda manifestación de esta técnica de fomento fue aplicada con motivo de la complementación del régimen de promoción del desarrollo productivo nacional, en materia de contratación de obras y concesiones.

Ahí, la Ley 28242 estableció la bonificación de un 20% adicional a las empresas constructoras postoras que comprometan un mínimo de 20% de componente nacional en su oferta consistente en bienes elaborados dentro del territorio nacional. En efecto, esta disposición nos indica "para la aplicación del artículo 31 de la Ley 26850, TUOLCAE, en los procesos de ejecución de obras que se efectúen de acuerdo a los sistemas y modalidades previstos en los artículos 45 y 46 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 013-2004-PCM, o en otras modalidades que se establezcan de acuerdo a la naturaleza del requerimiento, en los cuales se requiera incorporar bienes, para efectos del otorgamiento de la buena pro, se otorgara un margen de preferencia a los postores que incorporen bienes elaborados dentro del territorio nacional. El margen de preferencia será el 20% del componente nacional de la oferta del postor, que se calculara obteniendo el 20% del factor en porcentaje que resulte de dividir el valor del componente nacional con declaración jurada, entre el valor total de la propuesta del postor. Para efectos de comparación de ofertas el margen de preferencia se deducirá de la propuesta del postor".

- c) Puntaje adicional para empresas domiciliadas en la provincia o en zona colindante

Finalmente, un reciente ejemplo de asignación de puntaje artificial a determinados proveedores es el que ha sido aprobado a favor de empresas domiciliadas en la provincia (fuera de Lima) o en alguna colindante.

Esta tendencia ha sido acogida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo 084-2004-PCM, cuando crea la bonificación por provincia o colindante, en los siguientes términos:

"Artículo 131.- Bonificaciones por provincia o colindante.

Tratándose de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de las provincias de Lima y

Callao, cuyos montos corresponden a Adjudicaciones Directas Selectivas o Adjudicaciones de menor Cuantía, se considerara una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio legal en la provincia donde se ejecutara la obra objeto del proceso de selección o las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región, siempre que los bienes, servicios u obras sean elaborados dentro de la circunscripción. El domicilio legal será el declarado ante el Registro Nacional de Proveedores".

10.4.3. Medidas de facilitación

Las medidas de facilitación o simplemente de impulso buscan la eliminación de alguna desventaja natural (carencia de información oportuna, dificultad para ser garantizado por sistema financiero, o demanda acumulativa de bienes, o servicios en magnitud amplia, etcétera) que dificulta la competencia de determinados proveedores.

- a) Facilitación de información

Uno de los mecanismos de discriminación inversa empleado a favor de las pequeñas y medianas empresas consiste en el régimen de facilitación de información que los convierte en receptores de información suficiente y oportuna de las oportunidades de negocios con la Administración, a diferencia de todos los demás potenciales proveedores que tienen que recurrir a las fuentes de información oficiales (diarios, páginas *web*, etcétera).

El artículo 19 del Decreto Supremo 009-2003-TR nos indica que: "La Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa –PROMPYME– facilita el acceso a las MYPES a las compras del Estado a través de la difusión de los Planes Anuales de las Entidades del Estado, difusión de sus convocatorias a los procesos de adjudicaciones públicas de bienes y servicios o consultoría de obras y otros mecanismos de articulación de demanda y oferta de bienes, servicios y obras previstas en la legislación; así como la promoción para la conformación de consorcios y programas de subcontratación".

- b) Facilitación de garantías

En principio, el artículo 21 de la Ley 28015 dispuso que: "En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución

periódica, distintos de los consultoría de obras que celebren las MYPES, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía del fiel cumplimiento por la retención de parte de las Entidades de un porcentaje de un diez por ciento (10%) del monto total del contrato. La retención de dicho monto se efectuara durante la primera mitad de numero total del contrato”.

El artículo 18 de la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, ha dispuesto que: “En los contratos de suministro periódico de bienes o de prestación de servicios de ejecución periódica, distintos de los de consultoría de obras, que celebren las MYPES Descentralizadas, estas podrán optar, como sistema alternativo a la obligación de presentar la garantía de fiel cumplimiento, por la retención de parte de la entidad compradora del cinco por ciento (5%) del monto total del contrato. La oportunidad, forma de retención así como las consecuencias de su incumplimiento se rigen por lo dispuesto por la Ley 28015”.

Finalmente, esta sucesión normativa ha sido incluida en similares condiciones por los artículos 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y 213 de su Reglamento.

c) Facilitación de acceso por montos (fraccionamiento admitido)

El artículo 21 de la Ley 28015 incluyó una figura de fraccionamiento tolerado con el fin de brindar facilidades para la postulación de las PYMES, entendiendo que, de ordinario, no pueden acceder a las licitaciones o concursos por los volúmenes de prestaciones que ellas demandan a sus proveedores. Por ello, dispuso “(...) Los procesos de selección se pueden llevar a cabo por etapas, tramos, paquetes o lotes. La buena pro por cada etapa, tramo, paquete o lote se podrán otorgar a las MYPES distintas y no vinculadas económicamente entre sí, lo que no significa un cambio de modalidad del proceso de selección (...)”.

La tendencia finalmente se consolidó en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando ha dispuesto que no se considerará fraccionamiento “(...) a las contrataciones y adquisiciones por etapas, tramos, paquetes o lotes, posibles en función de la naturaleza del objeto de la contratación y adquisición, o para propiciar la participación de pequeñas y micro empresas en aquellos sectores económicos donde exista oferta competitiva” (a ser determinado mediante Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros) (Artículo 18).

10.4.4. Medidas de trato preferencial

Las medidas de trato preferencial, a diferencia de todas las anteriores técnicas de discriminación inversa, apuntan a dar un trato beneficioso a determinados proveedores en caso de convergencia de ofertas con otras empresas (dirimencia en caso de empates, o prioridad para ser considerados).

a) Tratamiento preferencial genérico a favor de MYPES

De modo general, la Ley 28015 indica que “(...) En las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, las entidades del Estado, prefieren a los ofertados por las MYPES, siempre que cumplan con las especificaciones técnicas requeridas (...)”. La fórmula del artículo 19 de su Reglamento repite la fórmula, pero agrega que la preferencia operará cuando los bienes y servicios de las MYPES sean “ofrecidos en condiciones similares de calidad, oportunidad y precio”.

Complementando la medida, la Ley 28304, Ley de Promoción del Desarrollo Económico y Productivo, indica que: “En los casos de MYPE Descentralizadas, la preferencia que les dan las entidades del estado en las contrataciones de bienes y servicio, incluye a las exoneradas de los procesos de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa por ser realizados en situación de emergencia o de urgencia declarada de conformidad con el inciso c) del Artículo 8 del Texto Único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo 012-2001-PCM”.

b) Tratamiento preferencial genérico para micro y pequeñas empresas de personas con discapacidad

El artículo 38 de la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, determina que “Las empresas e instituciones del Sector Público darán preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministro, calidad y precio para su compra o contratación”.

c) Tratamiento preferencial genérico para empresas de la localidad (localismo)

El artículo 30 de La Ley Orgánica de Municipalidad, Ley 27972, indica que: “Las contrataciones y adquisiciones que realizan los Gobiernos Locales se sujetan a la ley de la materia, debiendo hacerlo en acto público y preferentemente con las empresas

calificadas constituidas en su jurisdicción, y a falta de ellas con empresas de otras jurisdicciones”.

Como veremos más adelante, esta tendencia se ha transformado, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones, en una bonificación para las proveedoras domiciliadas en la provincia de la convocatoria o en zona colindante.

d) Medidas de tratamiento preferencial específicas para PYMES y MYPES

d.1) Preferencia en caso de empate

El artículo 133 del reglamento del TUOLCAE indica que cuando dos o más propuestas resulten empatadas, el otorgamiento de la buena pro se realizará preferentemente a favor de “las micro y pequeñas empresas ganadoras en adjudicaciones en adjudicaciones directas y de menor cuantía, alcanzando este beneficio a los consorcios siempre y cuando estén conformados íntegramente por micro y pequeñas empresas”.

d.2) Preferencia en caso de adquisiciones para reconstrucción de zonas afectadas

La quinta disposición complementaria del TUOLCAE indica que “En las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios y obras realizadas con recursos públicos para fines de la reconstrucción de las zonas afectadas por desastres naturales, las Entidades del estado prefieren, en condiciones de similar precio, calidad y capacidad de suministro, aquellos producidos o brindados por la pequeña y microempresa nacional”.

d.3) Preferencia para ser subcontratista del Estado

El artículo 208 *in fine* del TUO dispone que “las subcontrataciones se efectuarán de preferencia con las micro y pequeñas empresas”.

11. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El propósito de este ensayo ha sido plantear una revisión de los diversos momentos de la contratación administrativa a partir de los principios que el propio ordenamiento ha declarado como sus valores superiores, por lo que se someten a ellos para la interpretación de sus normas, integración de sus vacíos y el control de su corrección. Creemos que, luego de haber realizado este esfuerzo, podemos apreciar la gran distancia que existe entre la retórica de los principios y la práctica cotidiana de los procesos de selección, lo cual comprobaremos si contrastamos la definición principista con los casos enunciados como sus transgresiones comunes, los mismos que hemos relevado de nuestra práctica profesional y de la consulta a los pronunciamientos de los organismos oficiales del Estado.

No debemos perder de vista que las normas de contrataciones y los principios mismos tienen un objetivo preciso y único: garantizar que las Entidades del Sector Público obtengan bienes, servicios y obras de calidad requerida, en forma, oportunidad y a precios o costos adecuados. De modo que un buen proceso de adquisiciones no se caracteriza por el cumplimiento de la legalidad formal, ni aun con la satisfacción de los principios de la contratación, si concluye con una adquisición postrera (o póstuma, en muchos casos), es decir, cuando la necesidad ha sido satisfecha de otra manera o se ha consumido el presupuesto.