

Algunos Aspectos Relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado

Entrevista al Dr. Jorge Danós Ordóñez*

Por: María Alejandra Espino Layza
Rosa Natalí Llique Ramírez**

Resumen:

La presente entrevista versa sobre la nueva Ley de Contrataciones del Estado y algunos de los cambios más importantes que presenta la misma. En ese sentido, enfocándose en el principio de gestión por resultados que inspira la reforma, en el rol del funcionario público en la nueva norma y en la inclusión de la Junta de Resolución de disputas, el entrevistado da su autorizada opinión sobre el objetivo deseado por la norma.

Palabras clave:

Contratación pública – Gestión por resultados – Junta de Resolución de Disputas – Funcionario público – Reforma normativa

Abstract:

The present interview discusses about the new Public Procurement Law and some of the more relevant changes occurred in the matter. In that line, focusing the discussion on the management by result new approach of the law, the role of the public official and the inclusion of the Dispute Boards, the interviewee gives us his authorized opinion about the propose of this reform.

Keywords:

Public procurement – Management by results – Dispute Boards – Public official – Legal reform

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú PUCP, con Maestría concluida en Derecho Constitucional en la misma Universidad. Estudios de doctorado en Derecho constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la PUCP en el curso de Derecho administrativo. Socio del Estudio Echeopar Abogados.

** Alumnas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembros de la Comisión de Publicaciones de Derecho & Sociedad. Se agradece el apoyo del profesor Alberto Cairampoma, docente de la Facultad de Derecho de la PUCP, por la ayuda brindada en la elaboración de la presente entrevista.

1. En virtud de la emisión de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225, se han realizado una serie de modificaciones fundamentales y, en especial, un cambio transversal respecto a que hoy toda contratación pública se regirá por el principio de gestión por resultados. Bajo este supuesto, ¿qué opinión le merece este cambio de orientación en las compras públicas? ¿Considera Usted que esta modificación generaría realmente una mejora tanto en el proceso de contratación como en la adquisición misma de bienes o servicios?

Mi respuesta es positiva. Yo creo que este enunciado del artículo primero de la ley 30225 tiene por finalidad querer plantear un punto de inflexión de reforma en el marco legal, y en la práctica y ejecución del marco legal. No debemos perder de vista que cuando el Estado contrata y adquiere bienes o servicios, o contrata una obra pública, lo que pretende es querer adquirir u obtener algo de lo que carece para poder cumplir la finalidad pública.

Por tanto, este primer artículo, que es distinto al de la anterior norma –aunque claro, son normas con un común denominador, por lo cual no es que haya un cambio en la esencia de la norma anterior con la actual– al establecer la finalidad de la misma, al decir que su objetivo es ‘maximizar el valor de recursos que se invierten y a promover la inversión bajo el enfoque de la gestión por resultados’, nos está diciendo que lo que quiere es que las contrataciones que el Estado realice lleven a buen puerto. Es decir, que no se genere la cantidad de problemas actuales donde hay un exceso de formalismo y ritualismo en la aplicación práctica de los procedimientos de selección que se llevan a cabo mediante esta ley, y también una visión bastante rígida que lleva a que la mayor parte de controversias se tengan que resolver por vía arbitral, se tengan que resolver mediante estos mecanismos ya durante la ejecución del contrato.

Por ello, en mi opinión, el objetivo que se plantea cuando menos a nivel de este artículo primero –ya veremos lo que pasa en el reglamento y en la ejecución del reglamento– es manifestar que la contratación del Estado (de bienes, servicios y obras) es un proceso logístico; no es en sí una finalidad. Es un medio para que el Estado cumpla su objetivo en beneficio del interés general. Si es que se frustra este proceso, si es que no se puede contratar, o si es que contratando no se llega a entregar la obra o entregar los bienes y servicios, entonces no hay resultados y con ello estás perjudicando el interés público.

Yo creo que acá, en este artículo primero, se está partiendo de una constatación crítica de lo que viene sucediendo, que es que tal como está planteada la práctica del marco legal –no necesariamente que el marco legal actual sea negativo–, con su excesiva interpretación controlista y ritualista en los procedimientos de selección, y las cautelas que tienen funcionarios durante la ejecución del contrato, a lo que lleva es que en la práctica el Estado no pueda obtener los bienes y servicios o las obras que requiere en el tiempo oportuno, frustrando así las expectativas de los ciudadanos de poder recibir una determinada obra pública o equipamiento, etc. Por eso mi lectura puntual es que la ley establece que se quiere utilizar bien los recursos públicos, bajo un enfoque de gestión por resultados, de tal manera que esta se efectúe en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, y –lo más importante– que permitan el cumplimiento de los fines públicos y que esto repercuta en la condición de vida de los ciudadanos. A mí me parece fundamental este enunciado, aunque los abogados sabemos muy bien que entre el enunciado real y la realidad puede haber una enorme distancia.

Yo resaltaría un segundo aspecto, que también se mencionó cuando se aprobó la ley. Está en buena cuenta recogido el artículo segundo que anuncia los principios. Y es que se ha potenciado algunos principios y se ha desaparecido otros. Yo quiero resaltar el principio de eficacia y eficiencia, que conecta directamente con el artículo primero. Mira lo que dice: «*El proceso de contratación y las decisiones que se adoptan en el mismo...*», (estamos hablando de la etapa precontractual, los procedimientos de selección y durante el contrato y ejecución de ejecución del mismo) «...*deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad*». Deben orientarse hacia la meta de la contratación, a la obtención de los bienes, servicios y obras, para que sirvan a la colectividad. Y por eso dice a continuación «...*priorizando estos [los objetivos] sobre la realización de formalidades no esenciales...*», evitar ese ritualismo, esa rigidez. «...*Garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público*». Esto es, que finalmente el Estado cuente con estos bienes, servicios y obras, y pueda satisfacer el interés público de la ciudadanía con los que el Estado no cuenta y por eso tiene que contratarlos. Prosigue: «...*bajo condiciones de calidad y mejor uso de recursos públicos*», lo cual es un principio constitucional.

A mí me parece que se parte de un diagnóstico, por parte del legislador (y del mismo Poder Ejecutivo, que propuso la ley) que hay que cambiar en buena cuenta lo que viene sucediendo. Lamento que la ley lleve un año sin reglamentar y espero que se materialicen estos principios que estamos viendo, estos objetivos de gestión por resultados, para

que el Estado pueda cumplir sus fines públicos, lo cual además tiene correlación y desarrollo en este principio de eficiencia, que es universal y que está enunciado en informes de OSCE, en jurisprudencia, pero al que no se le ha dado la importancia, porque lo que ha predominado en los aspectos precontractuales es la atención del cumplimiento estricto, riguroso, y hasta veces exagerado e irracional, de los procedimientos administrativos, olvidando que este es un proceso para que el Estado obtenga lo que necesita para cumplir con satisfacer a la ciudadanía, los intereses de la colectividad. Eso es lo que se olvida, prestándose más atención al proceso que a la finalidad, y creo que es lo que pretende resaltar este artículo primero y este principio de eficacia y eficiencia y otros –que ya no es el caso de ver con detalle– que podríamos revisar en esta ley.

Yo tengo una visión muy crítica de cómo viene operando el sistema. Es un sistema estrictamente ritualista y formalista; todo lo contrario a la Ley del Procedimiento Administrativo, donde se procura una administración dinámica, no burocrática, que se acerque al ciudadano, donde lo que vale es la finalidad pública y no el cumplimiento de la letra. En la norma vigente de contrataciones (no la nueva ley) lo que predomina es la lógica de control, el apego estricto. Por eso resalto lo contrario: esta nueva concepción que dice que lo que importa es el fin que está atrás, lo cual está partiendo de la premisa de que hay un problema hoy en día. Entre esto y lo que ocurra luego –con el reglamento de por medio– puede haber bastante distancia.

2. ¿Cómo influenciaría este cambio normativo en el rol del funcionario público, teniendo en cuenta que este rol ha sido estigmatizado como una labor meramente formal?

Yo creo que este artículo primero y estos principios reflejan lo que se busca. No solo el principio de eficacia y eficiencia, sino los otros principios tal cual como están redactados, como es el caso de la libertad de concurrencia, que dice: «*Las entidades promueven el libre acceso y participación de los proveedores en los procesos de contratación...*». El estado quiere que haya postores y competencias. Continúa «*...debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias*». Esto porque el promedio, según estadísticas de OSCE, es que por cada procedimiento de selección hay uno y un poco más de postores; no hay cinco, seis u ocho; no hay concurrencia. Esto como consecuencia de la lectura excesivamente rigurosa, en la que en lugar de predominar la libre competencia para que el Estado pueda escoger donde usar mejor sus recursos y así obtener mejores bienes, servicios u obras, se prefiere excluir o descalificar. Hay varios de estos aspectos muy importantes.

No se está perjudicando al funcionario, sino que se le está dando al funcionario pautas interpretativas, una guía de interpretación. Se le dice que el objetivo no es hacer una interpretación formalista y no tener miedo que puedan haber criterios obtusos de control, sino que entienda que los procedimientos de contratación son procesos logísticos, son procesos instrumentales para que el Estado obtenga lo que necesita para cumplir un fin mayor, que es satisfacer los intereses de la colectividad, los intereses públicos, los intereses generales, a eso responde este artículo. Por tanto, es muy importante que el funcionario público que compra, o el que supervisa, o para que el resuelva controversias en sede administrativa, o aquellos que cumplen funciones de regulación en la materia, o que absuelven consultas en la materia, que llegue a entender el objetivo de la norma de contratación, donde se pierde a veces de vista que no es solamente un conjunto mecánico de normas o un conjunto de procedimientos burocráticos. En realidad estamos hablando de procedimientos tanto de selección como de ejecución del contrato, donde lo que interesa es la finalidad y el objetivo del Estado y que este no se frustre.

Imaginemos que hay una obra pública de por medio, una infraestructura que beneficia a los ciudadanos, o bienes que puedan utilizarse para insumos de su actividad o para obras sociales. Si el Estado no puede comprarlos de la mejor manera, está afectando a sectores de la población. Por tanto, estos artículos que estamos comentando (el primero y los principios) tienen esa finalidad: que se pueda reorientar la lógica del régimen legal de contrataciones a lo que corresponde. Esto es, un proceso logístico que sirve para que el Estado pueda comprar oportunamente y obtener lo que necesita para cumplir sus fines. Esto sin olvidar, obviamente, de garantizar el buen uso y que no haya corrupción.

Todo eso se pierde de vista en beneficio de un excesivo procedimentalismo, tanto en la aplicación como en la interpretación de las normas. Respondiendo a la pregunta, esto sí influencia en el rol, el comportamiento y la orientación que deben tener los funcionarios públicos que participan de todo el proceso logístico de contrataciones, en los diversos roles que puedan tener, y esa influencia debería ser positiva.

Ahora, esto debería ser reforzado por el reglamento, pero por un reglamento que no sea sobrenormativo, pues existe una mala tendencia a creer que todo debe estar normado, que todo debe estar regulado; es un mal entendimiento del principio de legalidad, lo cual en la práctica es imposible y hace precisamente que el régimen legal sea excesivamente rígido y pierde de vista la finalidad, justamente esa finalidad que busca

rescatar el artículo primero y los principios, como el de eficiencia y eficacia. Todo debe tener un correlato en la norma reglamentaria, que no debe ser una norma que sea excesiva o que sea una norma que pueda prever todos los supuestos, eso hay que dejarlo a la finalidad.

3. ¿Desde el punto de vista del sector privado, este giro en la lógica de la ley, tendría un impacto en los estándares de los bienes y servicios que ofrecen los proveedores?

Yo creo que va a tener un impacto no sé si en los estándares de bienes y servicios, porque –tema aparte– yo tiendo a relacionar ‘estándar’ con lo que es las normas de calidad de un bien o servicio. Yo lo que sí creo es que esto va a tener un impacto entre las relaciones entre la administración pública que contrata y los proveedores, porque va a evitar estas interpretaciones rígidas de las que ya hemos hablado, que lo que hacen es que disminuya la competencia por requisitos excesivamente formales.

Dicha rigidez, a su vez, promueve las controversias durante la etapa de ejecución, porque lo que hace el funcionario es, si bien reconocer ciertos puntos discutibles, preferir mandar todo a la vía de arbitraje, para disminuir los riesgos de que le puedan imputar responsabilidad, y para eso no le importa encarecer, atrasar o demorar la ejecución del contrato, y encarecer también el contrato, tanto para el proveedor como para el mismo Estado.

Creo que el enunciado de este objetivo y estos principios, si es que tienen un desarrollo armónico dentro del reglamento, permitiría hacer que cambien los términos de la relación entre el Estado contratante (los funcionarios respectivos) y los contratistas, de modo que se pueda obtener la colaboración efectiva de los proveedores, y así el Estado pueda obtener los bienes, servicios y obras que contrata en tiempo oportuno para cumplir sus finalidades.

4. ¿Qué opinión le merece la inclusión de la Junta de Resoluciones de Disputa como medio de solución de controversias de la ejecución contractual?

Creo que es un medio muy importante. Partamos de que en el Perú hay dos o tres medios de solución de controversias. Hasta antes de la firma del contrato, la etapa precontractual, cualquier controversia se resuelve en sede administrativa, ya sea por el titular de la entidad que ha convocado o por el Tribunal de OSCE.

Luego de firmado el contrato, durante la ejecución contractual, eso se decide en vía conciliación –que

casi nunca funciona con el Estado, por el temor a Contraloría y la responsabilidad del funcionario, por tanto casi inoperante– y, principalmente, por vía arbitral. Pero hay un incentivo perverso a que el funcionario trate de no decidir nada que pueda involucrarlo y prefiera que todo se resuelva en arbitraje, para que sea otro el que decida y él se salve del riesgo de responsabilidad; esto perjudica los intereses públicos, porque demora la ejecución, se dilata todo hacia el arbitraje –que felizmente es mucho más rápido que el contencioso; demora un aproximado de año y medio versus los seis años que puede demorar el contencioso– pero no por nada la Contraloría acaba de difundir hace pocos meses un estudio sobre diez años de laudos arbitrales que ha podido ubicar, en los cuales revela que en un altísimo porcentaje de los arbitrajes, el Estado pierde, pero no pierde por el arbitraje en sí, sino porque hay una mala gestión de la ejecución de los contratos, entre otras razones. Por tanto el problema está en la administración.

Ahora sí, yendo al núcleo de la pregunta, la ventaja de que esta nueva norma haya generado la Junta de Resoluciones de Disputa –que existe en otras partes del mundo y cuya eficacia está probado– es que esta es una suerte de vía prearbitral, que como bien ha previsto la ley sirve solo para contratos de obra, que son contratos mucho más complejos y que requieren mucho más conocimiento técnico que los de bienes y servicios. La ley señala que el reglamento dispondrá los umbrales a través de los cuales se puede acceder a este mecanismo en el cual las partes participan en la designación de los expertos que integran esta Junta de Resolución de Disputa.

El objetivo de la norma es que este sea un mecanismo que evite innecesariamente ir a arbitraje. Es decir, antes de que las partes muestren su desacuerdo y vayan a un arbitraje que va a durar entre año y dos años en promedio, puedan tener confianza en que esta controversia sobre montos a pagar, ampliaciones de plazo, etc., pueda ser resuelta por otro colectivo de expertos, designados previamente y que están al tanto de lo que sucede en el contrato durante la ejecución, que pueden ir a ver la obra y que saben cuál es la dinámica entre contratista con el Estado, y así puedan resolver técnicamente esta disputa.

Ahora bien, la ley bien dice que si las partes no están de acuerdo, igualmente pueden ir a arbitraje (yo entiendo que el dictamen de la Junta igual puede ser un insumo para el arbitraje). Pero si las partes, sin embargo, entienden y tienen confianza en ese grupo de técnicos especialistas que ha designado para que pueda hacer el seguimiento y pueda tener un pronunciamiento previo al arbitraje, creo que es un mecanismo importante que evita necesariamente que todo se arbitralice.

Yo sí creo que esto es más ventajoso, principalmente, para el funcionario público. Porque ese funcionario público, que tiene temor que si le da la razón al contratista de la obra pueda ser luego acusado de complicidad por los órganos de control, y, por ello, prefiere remitir todo al arbitraje, acá va a encontrar un mecanismo para que pueda ir a dicha Junta y que sea un tercero inmediato el que decida, pues esto solo funciona durante la ejecución del contrato. Entonces, esto permite que la obra continúe, siempre que haya buena voluntad de las partes y siempre que hayan designado bien y tengan confianza en los expertos.

Por ello, yo creo que esto para el privado es una gran ventaja, pero más lo es para el funcionario que muchas veces tiene temor de resolver una diferencia con el contratista porque le pueden acusar de complicidad o de corrupción. Es una gran ventaja que ahora dicho funcionario tenga alguien más cercano que un árbitro, con todas las formalidades que ello conlleva y que este pueda

dar una opinión técnica y con conocimiento directo de la materia del contrato.

Todo esto no entra en controversia con el arbitraje, pues este siempre es posible. Obviamente aquí hay un tema de tutela jurisdiccional de por medio, por ello el arbitraje siempre es posible. Pero como sucede, en muchos casos, aquí habría un colectivo de técnicos especializados que se mantienen al día en la ejecución del contrato y que son diferentes a las partes y por tanto más imparciales y objetivos. Por todo ello, deberían poder dar una opinión técnica puesta a disposición de las partes, y que estas puedan o no acatarla. Por tanto, el funcionario puede sujetarse a la opinión de estos técnicos para no generarse riesgo de responsabilidad.

Hasta ahora, desde un punto de vista estrictamente personal, creo que no venía operando el principio de buen uso de los recursos, sino un principio de librarse de responsabilidad, y esto genera muchas distorsiones, que justamente esta norma busca evitar. 📄