

La Falsa «Reforma» de la Normativa de Contrataciones del Estado: Intuiciones, Incertidumbre y Vaguedades

Augusto Effio Ordoñez*

Resumen:

A través del presente artículo, el autor esboza una opinión crítica respecto a la reforma del marco normativo en materia de contrataciones del Estado. Tomando en cuenta algunos aspectos relevantes de la norma, nos explica por qué considera que esta reforma parece carecer de una motivación y una adecuada apreciación del estado de la cuestión de la actual situación de la contratación pública en nuestro país, cuestionado así que se trate de una verdadera reforma.

Palabras clave:

Reforma – Ley de Contrataciones del Estado – Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – Exposición de motivos

Abstract:

In the present article, the author shows his critical position about the reform of the regulatory framework on public procurement matter. Parting from some relevant aspects of the law, he explains the reason why he considers that this reform seems to lack of motivation and an adequate consideration of the actual status of public procurement in our country, calling into question the fact that we are facing a real reform.

Keywords:

Reform – Public Procurement Law – Public Procurement Supervisory Body – Explanatory memorandum

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Contratación Pública por la Universidad Castilla de la Mancha. Asociado de Rodrigo Elías & Medrano Abogados, en el área de Construcción y Contratación con el Estado. Ha sido Director Técnico Normativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, Asesor de Presidencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE y Docente de cursos de post-gradó en contrataciones públicas en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

“REFORMA: Algo que casi siempre satisface a los reformistas que se oponen a una nueva forma”
Ambrose Bierce
(Diccionario del diablo)

“Pésale siempre el orden al individuo. Pero el desorden le hace desear la policía o la muerte”
Paul Valéry

1. ¿Es la ‘reforma’ coherente y tiene objetivos claros?

Con dos ejemplos ilustraré la falta de norte o de verdadera convicción que parece guiar el llamado intento de «Reforma» del marco normativo vigente en contrataciones del Estado¹, aún en proceso de implementación².

El primer ejemplo está referido a las limitaciones a las modalidades de ejecución de Obras conocidas como «Concurso Oferta» y «Llave en Mano».

Hoy, y desde hace muchos años, una Entidad Pública puede contratar la ejecución de un proyecto sin haber concluido con el diseño del mismo, es decir, sin haberlo dimensionado y valorizado de manera definitiva. Así las cosas, se puede encargar a un Contratista, en un solo paquete, la conclusión del diseño, la ejecución de la Obra Civil, así como el equipamiento y montaje hasta la puesta en servicio de la Obra³. Para ello cuenta con las modalidades de «Concurso Oferta» y «Llave en Mano».

Pues bien, ¿qué es lo que se ha considerado en el Proyecto de Reglamento sobre esta materia?

- Se elimina la posibilidad de que la modalidad de «Llave en Mano» incluya la elaboración del Expediente Técnico (artículo 15 del Reglamento).
- La modalidad de «Concurso Oferta» sólo podrá ser utilizada por Entidades del Gobierno Nacional, previa autorización de su Titular mediante Resolución, siempre que: (i) se trate de Obras de Edificación y (ii) su valor referencial sea superior a S/. 10'000.000 (Décimo Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento).

Cuando uno recurre a la Exposición de Motivos para encontrar el sustento técnico y legal de la propuesta normativa, que quizá se ampare en un análisis de los niveles de riesgo según la naturaleza de la Obra, la estadística del desempeño de las Obras ejecutadas bajo estas modalidades, la ponderación de la experiencia en el uso de estas modalidades por niveles de gobierno, los casos evaluados para llegar a la conclusión de que el Concurso Oferta no debe ser utilizado por entidades de los Gobiernos Regionales o Locales y que, estando habilitado sólo al Gobierno Nacional, su uso se debe restringir a determinados tipos de Obra (¿por qué sólo Edificaciones?) y por un monto determinado (¿por qué S/. 10,000?), sólo encontramos media página de parafraseo del texto propuesto en la regulación⁴ y ninguna explicación que nos permita cotejar la razonabilidad y pertinencia de la medida.

Es por esta frustración que nos preguntamos: ¿Hasta qué punto la aprobación de la «nueva» regulación en contrataciones del Estado se ha realizado con plena conciencia y conocimiento de las «soluciones» planteadas? ¿Qué disposiciones nacen de la convicción de las decisiones adoptadas y cuáles de una vaga intuición?

Por ejemplo, ¿era necesario poner límites o reencausar la posibilidad de ejecutar Obras bajo las modalidades mencionadas? Creemos que sí⁵, pero también que se debe obrar con conocimiento de causa y no para introducir medidas demagógicas que, luego, generan otro tipo de distorsiones.

Es más, las medidas propuestas para el «Concurso Oferta» podrían ser acertadas, pero al regular (o desregular) no se puede adoptar una decisión en base a simples percepciones, y menos aún sin un norte claro de los objetivos que se quieren alcanzar, como se evidencia en el caso comentado.

Otro ejemplo aun más preocupante es el de la garantía para la interposición de los recursos de apelación contra los resultados de los procesos de selección que convoca el Estado.

Como sabemos, si uno no está de acuerdo con los resultados de una Licitación Pública, por ejemplo,

1 Desde el año 2009 está vigente la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

2 El 11 de julio de 2014 mediante Ley N° 30225 se aprobó la nueva Ley de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley). La Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley otorgó al Ejecutivo un plazo de ciento ochenta (180) días calendario para aprobar su Reglamento, plazo que venció en el mes de enero de 2015 sin haberse emitido dicho Reglamento. El 4 de julio de 2015, mediante Resolución Ministerial N° 216-2015-EF/15, se dio a conocer el «Proyecto» de Reglamento de la Ley (en adelante el Reglamento). El presente artículo ha sido elaborado en atención a dicho Proyecto, por lo que cabe la posibilidad de que el texto final del Reglamento considere una redacción distinta a la que se analiza.

3 E, incluso, que proporcione el terreno donde se ejecutará la Obra.

4 Página 32 de la Exposición de Motivos del Reglamento.

5 Nosotros también intuimos o sabemos de oídas que el uso de estas modalidades era la vía rápida para obtener réditos políticos con la supuesta efectividad de «anunciar» la ejecución inmediata de Obras sin diseño o, en definitiva, la herramienta más expeditiva para quienes ven a los proyectos como el gran botín al cual saquear con adelantos y adicionales y que se podían abandonar en cualquier momento si, finalmente, resultan siendo inejecutable.

y tiene la voluntad de cuestionarlos mediante un recurso de apelación, debe presentar, como requisito de admisibilidad, una garantía equivalente al 3% del Valor Referencial de la Licitación apelada.

Es así que el ejercicio real del derecho de defensa se supedita a la posibilidad de los postores de poner en riesgo montos que pueden llegar a ser significativos en supuesta demostración de la seriedad y buena fe de su reclamo; y decimos bien que se trata de un riesgo porque nada asegura que el Tribunal de Contrataciones del Estado o la Entidad (sobre todo en este último caso) resuelvan con sujeción a la predictibilidad generada por sus pronunciamientos anteriores, por mencionar sólo una de las falencias que se observan en el ejercicio de esta labor.

Para tener una idea de lo desproporcionada que resulta la garantía, basta recordar el caso de la contratación de la construcción del Tramo 1 de la Línea 1 del Metro de Lima (Tren Eléctrico)⁶, en el que los postores perdedores debían presentar una garantía por el monto cercano a los S/. 40 Millones para tener la posibilidad de discutir los resultados de la Licitación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Existe consenso en que es necesario replantear la exigencia de la garantía, ya sea reduciendo su porcentaje⁷ o estableciendo un límite máximo que resulte razonable.

Lo que llama la atención es que la Ley había adelantado⁸ (aunque no sancionado una norma concreta) que este límite sería de veinticuatro (24) UIT, es decir, un equivalente a S/. 92,400.00 si tomamos como referencia el valor de la UIT para este año.

¿Cómo así se obtuvo ese número providencial? No hay forma de saberlo⁹, pero era una declaración firme de propósito que el Reglamento debía honrar.

Pues bien, ¿qué se hizo al redactar el Reglamento?, se decidió traicionar la palabra empeñada en la Ley y el límite en cuestión se fijó en doscientas (200) UIT, es decir, un equivalente al día de hoy de S/. 770,000.00.

Diferir en más del 800% para fijar un límite máximo monetario del que depende el ejercicio de derecho de defensa no es un asunto menor, no

se trata de un pequeño ajuste o una equivocación insubstancial, sino todo lo contrario.

En la práctica, el límite previsto en el Reglamento sólo cambia el panorama para los procesos de selección por montos superiores a los S/. 25'666,666.67¹⁰, en contraposición a lo que hubiera significado respetar lo señalado en la Ley, que hubiera tenido un alcance favorable en todos los procesos de selección superiores a los S/. 3'080,000.00¹¹. ¿Cuál es el universo de procesos de selección en uno u otro caso? Parece ser que para el Ejecutivo este dato no es relevante a la hora de sustentar la medida adoptada.

2. ¿Otorgar una discrecionalidad excesiva a los compradores públicos es «reformar»?

Otorgar mayor discrecionalidad a los compradores públicos es uno de los pocos objetivos expresados con claridad que sustentan la emisión de la Ley y el Reglamento.

Es cierto que existe un clamor general que exige razonabilidad en las decisiones de los compradores públicos, que en gran medida no se obtiene por el culto a la letra de normas farragosas y alambicadas, así como la inclinación por cumplir a pie juntillas los procedimientos, valores que los funcionarios públicos cautelan anteponiéndolos a la eficiencia de la compra.

Quien haya lidiado con el Estado peruano compartirá la apreciación de que los funcionarios públicos que están en el llano, los que aplican la regulación «(...) son más poderosos que las leyes. Desafían, sin siquiera sonrojarse de vergüenza, los mandatos que los obligan a ser racionales o a no pedir absurdos. Son ingeniosos para encontrar atajos que justifiquen más trámites y evitar levantar los que existen (...) No interesa que la ley los amenace con sanciones. La solidaridad con el trámite es siempre más fuerte que la solidaridad con el ciudadano»¹².

En este escenario, advertimos que gran parte de las previsiones normativas que están orientadas a dotar de mayor discrecionalidad a los compradores públicos han sido importadas de otras experiencias¹³, pero, una vez más, poco o nada

6 Licitación Pública N° 003-2009/MTC/20: «Elaboración del Expediente Técnico y Ejecución de las obras civiles y electromecánicas del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao - Línea 1 - Tramo Villa El Salvador Avenida Grau», por un Valor Referencial de \$ 431'867,579.99.

7 Antes del Decreto Legislativo N° 1017 era del 1%.

8 Página 21 de la Exposición de Motivos de la Ley.

9 El Estudio «¿Se impugna menos debido a que la Garantía de 3% es muy Elevada?» que se cita en la Exposición de Motivos de la Ley, no está disponible en la página web de OSCE.

10 Cuyo 3% representa, hoy, las 200 UIT.

11 Cuyo 3% representa, hoy, las 24 UIT.

12 Bullard, Alfredo. Los retos de la regulación: Borrón y cuenta nueva. En: El Comercio, Edición del 18 de julio de 2015.

13 Por ejemplo, las normas que utilizan los organismos de cooperación multilateral (como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo - BID) y organismos internacionales como la Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos - UNOPS.

se menciona sobre la ponderación que se debió realizar para concluir que sí era posible implantar estas medidas en las particulares condiciones y limitaciones de nuestra Administración Pública, de ningún modo asimilables a la burocracia especializada de los organismos internacionales consultados como referentes.

A nuestro entender, se equivoca el camino para llegar al paraíso de las decisiones razonables y eficientes, torciéndolo con una discrecionalidad en algunos casos desmedida y peligrosa que, lamentablemente, puede conducirnos al infierno de las decisiones arbitrarias con el agravante de contar, gracias a este nuevo marco normativo, con un conveniente ropaje de «legalidad».

Hagamos un recuento de las principales modificaciones vinculadas a esta materia y las evidentes preocupaciones que generan.

2.1 Contratar al margen de la Ley por montos hasta ocho (8) UIT

Ya en el año 2009 el umbral del supuesto de inaplicación de la Ley en razón del monto involucrado se incrementó de una (1) a las tres (3) UIT.

La Ley (literal a, artículo 5) ha vuelto a incrementar este monto a ocho (8) UIT, según dice, «*con la finalidad de dinamizar la gestión de las contrataciones estatales*»¹⁴.

En atención a una modificación anterior, el propio Ejecutivo había reconocido que las contrataciones por debajo de las tres (3) UIT en «*número y monto de transacciones son significativos en comparación con el total de contrataciones que realizan las Entidades*»¹⁵ (sic).

¿Cuánto del presupuesto total del Estado que hoy se sujeta al régimen de contratación pública –ya con el forado de las compras de menores a tres (3) UIT–, se contratará al margen de las garantías y seguridades de la Ley como consecuencia del incremento de este umbral?

No hay en el sustento de la norma una respuesta a esta elemental pregunta, de modo que no sabemos cuál será el impacto real de esta decisión en la ejecución real del gasto público. Sin este

dato esencial no se puede afirmar a ciencia cierta que vale la pena «*dinamizar la gestión de las contrataciones estatales*» en desmedro de las mínimas exigencias de control de dichas contrataciones.

Sólo por mencionar un aspecto preocupante, ¿se aplicarán a dichas contrataciones los impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley¹⁶?

La respuesta es NO, en caso persista el criterio establecido por OSCE¹⁷ al analizar la actual regulación¹⁸ y la negativa del Tribunal de Contrataciones del Estado de avocarse al conocimiento de infracciones relacionadas con supuestos de inaplicación de la Ley¹⁹. De esta forma, los Titulares de las Entidades o los funcionarios que al interior de dichos entes definen los términos y condiciones de la contratación, por ejemplo, no estarán impedidos de contratar con su propia institución en caso los montos comprometidos no superen las ocho (8) UIT, por ejemplo.

2.2 Potestad de rechazar ofertas

La Ley (artículo 28) ha habilitado a rechazar ofertas²⁰ en caso existan «*dudas razonables sobre el cumplimiento del contrato*».

Al recurrir al Reglamento (artículo 48) en busca de la necesaria concreción para este amplísimo y gaseoso concepto de «*duda razonable*», lo único que encontramos es más incertidumbre, a decir:

- (a) En primer lugar, se nos dice que la propuesta será acusada de dudosa si es «*substancialmente*» inferior al valor estimado.

Es natural que esta inasible previsión normativa genere las siguientes preguntas: ¿Qué es «*substancial*»? ¿Quiere decir que, en la práctica, existirá un límite inferior establecido en función del valor estimado (que se desconoce) para la admisión de la propuesta, que se sujeta a lo que un funcionario entienda por «*substancial*»?

- (b) Por otro lado, resulta que la oferta será objeto de sospecha si, de la revisión de sus «*elementos constitutivos*», se advierta que algunas prestaciones no se encuentren previstas o

14 Página 11 de la Exposición de Motivos de la Ley.

15 Página 11 de la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, que modificó el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

16 En el Decreto Legislativo N° 1017 se recogen en el artículo 10.

17 Nos referimos al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

18 Así lo ha manifestado en la Opinión N° 006-2014-DTN), concluyendo de dichas compras no están sujetas a un «régimen legal» (norma especial), en contra del claro espíritu de la Ley que indica que los impedimentos aplican «*Cualquiera sea el régimen de contratación aplicable (...)*».

19 Por ejemplo, en la Resolución N° 1985-2013-TC-S4.

20 Para la contratación de bienes y servicios,

«suficientemente» presupuestadas, para lo cual se podrá solicitar al postor la descripción a detalle de su propuesta.

¿Cuál es el nivel de detalle que deben tener las propuestas o los requerimientos posteriores que se formulen para identificar todos sus «elementos constitutivos»? ¿Qué sucederá si, a criterio del funcionario que juzga mi propuesta, por ejemplo, el personal ofertado debe percibir el doble o triple de la remuneración u honorarios previstos (aun cuando cumpla con las exigencias legales), porque es lo que dicho funcionario entiende por «suficientemente presupuestado»?

De esta forma, los postores quedan expuestos al rechazo liminar de sus propuestas en razón de causales abiertamente subjetivas que, adelantamos desde ya, generará las más imaginativas y prosaicas justificaciones de los funcionarios públicos que decidan este rechazo, amparados en el excesivo margen de acción que la Ley les confiere.

2.3 Decidir la contratación de «Consultores Individuales» mediante criterio subjetivo y reincidir en la contratación sin proceso de selección

El método de «Selección de Consultores Individuales» aplica para la contratación de servicios de «consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y en tanto que la experiencia y las calificaciones de la persona natural que preste el servicio son los requisitos primordiales» (distintos a consultoría de obra), y por montos que pueden llegar hasta los S/. 250,000.00²¹.

No nos explicamos cómo es que el referido método de «Selección de Consultores Individuales» haya considerado a la «Entrevista» como criterio obligatorio de asignación de puntaje²² (los otros dos criterios son la «Experiencia Específica» y las «Calificaciones»).

Así las cosas, vaticinamos que no será poco frecuente que, al utilizar este método, se produzcan reiterados y persistentes empates en los criterios de puntaje objetivos («Experiencia Específica» y «Calificaciones»), ya que para ello bastará con fijar un perfil lo suficientemente laxo del consultor, uno que la generalidad de postulantes puedan cumplir (con lo cual se afecta seriamente la calidad del trabajo contratado).

En esta reñida competencia, el resultado final de la contratación quedará librado a un desempeño estelar del elegido en la «Entrevista», como sucede hoy, si dejamos a la hipocresía de lado, con las contrataciones de personal de los llamados Contratos Administrativos de Servicios – CAS.

Y ya que nos volcamos a la tarea de ver el futuro, también auguramos que a la entrada en vigencia de la Ley los presupuestos por consultoría del Estado se incrementarán exponencialmente, con cierta tendencia a contratar todo tipo de asesorías permanentes para el año completo por montos ligeramente cercanos a los S/. 250,000.00 (quizá no exactamente esa cifra, porque hay que guardar las formas).

Cómo no ceder a esta tentación si, además de ser seleccionados en base a una «Entrevista», en caso surgiera la necesidad de continuar y/o actualizar el trabajo ejecutado como consultor individual, pues ellos tendrán el privilegio de ser contratados de manera directa²³ (lo que hoy se conoce como causal de «exoneración»), hasta por el mismo monto ya enunciado, es decir, por otros S/. 250,000.00.

2.4 Potestad atomizada de definir qué bien o servicio es «comercial» para aplicar el método de «Comparación de Precios»

La Ley (artículo 25) ha introducido el método de contratación denominado «Comparación de Precios», aplicable para la contratación de bienes y servicios²⁴: (a) de disponibilidad inmediata, (b) que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones o indicaciones del contratante, y (c) que sean fáciles de obtener o tengan un estándar establecido en el mercado.

El primer problema se presenta con la redacción del artículo pertinente del Reglamento (artículo 70), ya que la última condición, que en la Ley consideraba dos supuestos alternativos («ser fácil de obtener» o «tener en estándar establecido en el mercado»), ha sido alterado para exigir que los bienes y servicios sean fáciles de obtener y, de manera concurrente, que «se comercialicen bajo una oferta estándar establecida por el mercado».

Más allá de las deficiencias en la técnica legislativa, entendemos que el uso de este método apunta a los bienes y servicios llamados «comerciales», vale decir, los que usualmente generan las industrias para los consumidores finales o intermedios

21 Tomamos como referencia el monto señalado en Ley N° 30281, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, que podría ser modificado por la Ley de la misma materia.

22 Reglamento (artículo 77).

23 Ley (literal h, artículo 27) y Reglamento (literal 8, artículo 88).

24 Distintos de consultoría.

(de ahí que se pueda hablar de un estándar que no responde a la lógica de productos hechos a medida) y que, por lo mismo, suelen contar con altas disponibilidades de stock en el mercado y precios con poca tendencia a la dispersión.

En este escenario, lo que preocupa es el hecho de dejar librada a cada Entidad Pública la potestad de decidir, de manera **atomizada**, en qué casos está ante un bien o servicio «comercial», ya que ello puede significar un serio forado a los esfuerzos de **centralizar** parte de la decisión de compra en el Estado, como lo son la «Subasta Inversa» y las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco»²⁵.

En efecto, los métodos de selección de «Subasta Inversa» y las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco» apuntan, en menor y mayor grado, a la misma oferta que la «Comparación de Precios»: los bienes y servicios con una tendencia a la estandarización que nace del propio mercado.

Sin embargo, el beneficio de los métodos ya existentes por sobre la «Comparación de Precios» es que no se agota en los atributos, características técnicas o la funcionalidad del objeto a contratar.

Recordemos que en las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco», por ejemplo, es una agencia de compras de alcance nacional²⁶ la que define el contenido de las fichas – producto que formarán parte de los distintos Catálogos a implementar y selecciona a la pluralidad de proveedores que atenderán la demanda global del Estado por un plazo determinado (mercado cerrado), de modo que cada Entidad puede concretar su compra por vía electrónica sin realizar un proceso de selección.

Uno de los beneficios que reporta las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco» para el Estado, es haber «estandarizado» las condiciones comerciales de contratación –listado de atributos relevantes para la decisión de compra, condiciones mínimas de garantías y servicios post venta, plazos para pagos sujetos a imposibilidad de compra, entre otros– para los denominados productos rutinarios y apalancados²⁷, con la significativa ventaja de haber incluido en el régimen general a las compras «menores», ya que en este método no opera el supuesto de inaplicación por compras por debajo

de las tres (3) UIT²⁸ y tampoco lo hará, con la nueva Ley, en las compras por debajo de las ocho (8) UIT²⁹.

Las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco» progresaron de S/. 119.21 Millones, a S/. 749.5 Millones y a S/. 1,020.7 Millones entre los años 2012, 2013 y 2014, respectivamente, a poco más de tres años de haberse implementado la herramienta y a un año de haber incorporado el complejo rubro de los bienes informáticos (computadoras, impresoras, escáneres, proyectores, consumibles, entre otros)³⁰.

Al margen de lo anterior, lo más importante es el uso masivo de esta herramienta que, como ya se anotó, tiene la virtud de estandarizar la «forma» de comprar, ya que las condiciones comerciales relevantes para la compra (definidas a nivel centralizado) son uniformes para casi la totalidad de las compras que realizada el Estado³¹, sin importar el nivel de Gobierno o su ubicación geográfica, cuyo creciente número de transacciones –17,969 en el 2012; 55, 732 en el 2013; y, 70,527 en el 2014– nos habla de una consolidación natural de la herramienta.

Pues bien, resulta que este beneficio que obtiene el Estado como la gran organización que optimiza y homologa sus procesos internos de compra, podría verse seriamente afectado al permitir que cada unidad de compra (cada Entidad Pública) defina qué bien o servicio reúne las condiciones para ser conducido a un método distinto de selección (Comparación de Precios), en el que, otra vez, como si no fuera ya una etapa superada, cada Entidad impondrá las condiciones comerciales o estructura de atributos y funcionalidades del producto que mejor le parezca, con lo cual perdemos terreno ante la perniciosa *atomización* de todas las variables comprometidas en la decisión de compra.

Para agravar las cosas, la normativa analizada tampoco prevé un orden de prelación entre las herramientas que apuntan a un mismo mercado de productos, como lo son las Fichas Técnicas de la «Subasta Inversa» y las Fichas – Producto de las compras por «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco», cuando conviven con los bienes y servicios que cada Entidad defina como aptos para ser contratados vía la «Comparación de Precios».

25 Denominado en la legislación vigente como «Convenio Marco».

26 En este caso OSCE, al recibir el encargo de implementar esta herramienta en la medida que no se había implementado la Central de Compras Pública – Perú Compras.

27 A la fecha, entre los principales, los útiles de escritorio y bienes informáticos en general, a los que se pueden sumar otros rubros en el corto plazo.

28 Así lo señala el literal i) del numeral 3.3 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1017.

29 Literal a) del artículo 5 de la Ley.

30 Datos disponibles en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/estadisticas>

31 El «Valor Mínimo de Atención» de los Catálogos Electrónicos, es decir, el monto mínimo a partir del cual un proveedor está obligado a atender un pedido, oscila entre los S/ 250.00 y S/. 500.00.

3. Los temas centrales que la «reforma» ha preferido obviar

3.1 Registro Nacional de Proveedores – RNP: más de lo mismo

Desde que se creó, el RNP no ha pasado de ser una simple base de datos que está muy lejos de garantizar la efectiva homologación de los proveedores del Estado.

Por estar plagado de procedimientos morosos, en los que hay que presentar una infinidad de papeles para acreditar datos (la mayoría intrascendentes) que, a final de cuentas, obran en otros registros de acceso público, o comunicar los asuntos más nimios de la marcha de la empresa bajo el riesgo de perder la habilitación legal para venderle al Estado, constituye una barrera de acceso que resulta siendo costosa e ineficiente.

La pretendida «Reforma» se asienta, entonces, sobre la base de este Registro que, para agravar las cosas, ya en el 2012 había sumado el mayor de sus despropósitos al exigir a los proveedores extranjeros que inmovilicen en sus cuentas bancarias una cantidad de dinero no menor al 5% de la Capacidad Máxima de Contratación que asigna a los ejecutores de Obra, grosero trato discriminatorio que con motivo de la emisión de la nueva Ley no se ha querido reparar.

No hay señal alguna que nos permita soñar con un RNP que le agregue valor al procedimiento de contratación, que sea pensado como un servicio a favor del proveedor, que asigne categorías y especialidades, que centralice información relevante (experiencia, niveles de cumplimiento, capacidad operativa) que luego no deba ser replicada ante cada Entidad Pública.

3.2 El Rol de Supervisión de OSCE: evasivo e ineficaz

No hay evidencia que permita afirmar que la labor de OSCE haya contribuido a identificar a tiempo las contrataciones de gran envergadura acusadas de ilícitas (o por lo menos irregulares) de las regiones de Piura, Ancash, Junín, Pasco, Cuzco o Cajamarca que hoy, por mencionar una instancia, se investigan en el Congreso de la República, y que fueron implementadas en aplicación de la normativa cuyo cumplimiento se supone dicho Organismo debe vigilar.

En el mejor de los casos, la supervisión a cargo de OSCE parece estar diseñada para señalar con el índice, a la mayor distancia posible, al equivalente

de carteristas y pájaros fruteros que sin duda pululan en el gran mercado de las compras públicas, pero está muy lejos de realizar una verdadera labor de inteligencia en la supervisión que se ocupe de los casos realmente relevantes.

En lo personal, he abogado siempre por una agencia de compras que cumpla un rol promotor, que mejore y optimice procesos, se reserve la toma de decisiones estratégicas y genere predictibilidad, lo que obligaría a tomar distancia de una tarea de supervisión que ya cumple o debemos exigir que cumpla, indefectiblemente, la Contraloría General de la República.

Dejando de lado esta preferencia personal, lo cierto es que contamos con un «Organismo Supervisor» que, con motivo de la «Reforma», ha decidido abdicar de gran parte del rol que parecería justificar su existencia.

Contrariamente al espíritu de la Ley anterior (Decreto Legislativo N° 1017) que se esforzaba en dejar en claro que OSCE debía supervisar y fiscalizar los «procesos de contratación» siempre que exista una provisión de bienes, servicios y obras que implique un pago con fondos públicos, recalando que esta labor se debía ejecutar «independientemente del régimen legal» aplicable; la Ley actual (Ley N° 30225) ha tomado el más despejado camino de la evasión.

La Ley parte por desmarcar a OSCE de ocho (8) supuestos de inaplicación que ya no estarán más sujetos a su escrutinio (artículo 4), para luego señalar que los otros seis (6) supuestos de inaplicación sí serán supervisados, pero única y exclusivamente en cuanto a la configuración de la causal (artículos 5 y 52, literal b).

Así las cosas, si en algún momento tenemos evidencia suficiente para cuestionar, por ejemplo, las compras realizadas por una Entidad Pública a un proveedor no domiciliado³², por la existencia de vicios flagrantes en la formulación del requerimiento o el pago del precio, la voluntad evasiva de la Ley nos condena a recibir de OSCE una respuesta insuficiente, que se refugiará en el principio de legalidad para decir que sólo están habilitados a corroborar si la Entidad tiene la llave correcta para abrir la puerta falsa de la inaplicación de la Ley, y que no les incumbe lo que hay luego de cruzar esa puerta.

3.3 Predictibilidad: sigue siendo un bien escaso y esquivo

Desde la entrada en vigencia de la Ley anterior (Decreto Legislativo N° 1017), hace seis (6) largos

32 Supuesto de inaplicación previsto en el literal f, del artículo 5 de la Ley.

años, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha emitido el desconcertante número de dos (2) Acuerdos de «Sala Plena»³³ sobre materias que exceden el ámbito procedimental³⁴ y tienen intención de zanjar la discusión sobre temas de fondo³⁵. Pobre rendimiento, sin duda, a razón de un (1) Acuerdo relevante cada tres (3) años, que coincide con el plazo del nombramiento de un Vocal, de modo que los doce (12) Vocales que integran las distintas Salas del Tribunal se pueden jactar de haber contribuido en la elaboración de 1/12 de fracción de Acuerdo de Sala Plena en su mandato.

Lo propio sucede con los «Pronunciamientos que contienen precedentes administrativos de observancia obligatoria» emitidos por la Dirección de Supervisión³⁶ de OSCE, ya que a la fecha contamos dos (2) Pronunciamientos con este alcance (del 2012 y 2013, respectivamente), hecho más que llamativo si consideramos que entre el 2013 y lo que va del 2015³⁷ se emitieron un total de 3,674 Pronunciamientos.

Mientras tanto, es usual que las distintas Salas del Tribunal de Contrataciones emitan fallos contradictorios, para no hablar de los casos en los que un Vocal resuelve en un sentido cuando integra una Sala determinada y en otro totalmente opuesto cuando es reubicado en otra Sala. Sobre decir, además, que para las Salas de Tribunal los Pronunciamientos y las Opiniones, emitidos por los órganos de línea de OSCE, no son vinculantes, por lo que no es extraño que los desconozcan o los ignoren abiertamente cuando los administrados los invocan.

Si eso sucede en el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, el panorama es aun más desolador cuando se da la oportunidad de verificar cómo y en qué sentido toman las decisiones y resuelven reclamos las Entidades contratantes, porque esa sí que es tierra de nadie donde impera la arbitrariedad, protegida por el desincentivo que

significa tener como único camino para revertir los fallos disfuncionales la costosa y dilatoria vía del proceso judicial contencioso administrativo.

En este contexto, se esperaba de la «Reforma» una señal o por lo menos un gesto que nos anuncie de qué manera se resolverá el serio problema de la falta de predictibilidad que hiere de gravedad a proveedores, postores y contratistas. Pero sobre este tema, ni una palabra, ni una tímida declaración de buena voluntad.

3.4 Homologación, Compras Corporativas y Central de Compras: lejos del equilibrio entre los modelos de centralización y compras atomizadas

La «Homologación de requerimientos»³⁸, las «Compras Corporativas»³⁹ y la necesaria implementación de la Central de Compras del Estado (Perú – Compras), no son temas o instituciones que hayan sido planteados recién con motivo de la «Reforma».

Las «Compras Corporativas» existen a nivel normativo desde el año 2004.

Las llamadas «Compras Corporativas Obligatorias» tuvieron una breve experiencia entre el 2006 y el 2008 cuyos resultados y logros, si los hubo, no se mencionan con motivo de la emisión de la Ley. De ahí en adelante, el Ministerio de Economía y Finanzas contaba con la habilitación legal para implementarlas mediante la emisión de un Decreto Supremo, pero nunca dio a conocer las razones por las que se decidió obviar el uso de esta herramienta.

En cuanto a las «Compras Corporativas Facultativas», sabemos de experiencias aisladas, siendo el principal promotor el FONAFE⁴⁰, pero, una vez más, no se comparten los resultados de estas experiencias para concluir que es conveniente replicar la regulación ya existente con motivo de la «Reforma»⁴¹.

33 Precedentes obligatorios que interpretan de modo expreso y con alcance general la normativa de contrataciones del Estado.

34 Existen otros Acuerdos de «Sala Plena» de contenido estrictamente procedimental que se pueden consultar en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/acuerdos-de-sala-plena>

35 Nos referimos a los siguientes Acuerdos de Sala Plena: 1) Acuerdo N° 015-2013, sobre criterios de aplicación del literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado (en este caso, la supuesta interpretación fue aún más confusa que el texto original, para lo cual me remito a: <http://www.ius360.com/publico/administrativo/impedimentos-para-contratar-con-el-estado/>) y 2) Acuerdo N° 001-2015, sobre la aplicación del principio Non Bis In Idem.

36 La habilitación para emitir este tipo de precedentes opera desde el mes de septiembre de 2012.

37 Hasta el 31 de julio de 2015.

38 Ley (artículo 17) y Reglamento (artículos 9, 10 y 11).

39 Reglamento (artículos 91 al 96).

40 Fondo de la Actividad Empresarial del Estado.

41 Se menciona en la página 29 de la Exposición de Motivos de la Ley un estudio del 2009 denominado «Elementos a tomar en cuenta para la Elaboración del Plan de Compras Corporativas 2012 – 2014» (no disponible en la página web de OSCE), en el que se indica que los beneficios de en la utilización de esta estrategia de compras descansa, entre otros, en que «los costos de transacción entre las entidades son muy bajos». Sin embargo, otro estudio elaborado por OSCE el mismo 2009 (Demanda Estatal de bienes, para ser adquiridos mediante modalidad de Compras Corporativas Obligatorias y análisis de Costo/Beneficio de su implementación) concluye totalmente lo contrario.

En cuanto a la «Homologación de requerimientos» como potestad de las Entidades del Poder Ejecutivo que formulan políticas nacionales y sectoriales del Estado, de alguna manera ya se había introducido en nuestra regulación desde el 2011⁴², y, para no desentonar con el resto del sustento de la «Reforma», no sabemos si en estos años ha demostrado ser una herramienta válida o eficaz.

Lo sucedido con «Perú-Compras» es aún más inverosímil. Existe en el papel desde el año 2008, ya que fue creado mediante Decreto Legislativo N° 1018, y era el ente llamado a hacerse cargo de las grandes compras por volumen del Estado y a crear una burocracia especializada en compras que esté en capacidad de asumir cualquier encargo en la materia de cualquier Entidad, pero nunca fue implementado. No obstante, las funciones que debe asumir están delineadas desde el 2008 y no han variado substancialmente con motivo de la emisión de la Ley y el Reglamento, salvo en el hecho de que asumirán la gestión de la «Subasta Inversa».

Está claro, entonces, que la «Reforma» recicla o reaviva estrategias de compra o instituciones que ya existen, sin evidenciar cuál ha sido su rendimiento cuando han sido llevados a la práctica, de modo que no hay forma de cotejar si la regulación es adecuada o insuficiente.

Menos aún se expresa cuál es la visión del Ejecutivo para la convivencia entre las estrategias de decisiones centralizadas («Homologación de requerimientos», «Compras Corporativas», elaboración de fichas de «Subasta Inversa», implementación de «Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco») y las decisiones atomizadas a cargo de cada unidad de compra del Estado (Entidad Pública), de modo que no se genere una distorsión como la advertida, por ejemplo, con motivo de la definición de qué bien o servicio es «comercial» para aplicar el método de «Comparación de Precios» (ver: numeral 2.4), que finalmente socava los logros a nivel de decisiones centralizadas.

3.5 La regulación de Obras Públicas: ¿no hay nada qué mejorar o reestructurar?

La Exposición de Motivos de la Ley acusaba como parte del problema a «Reformar» la *«inadecuada regulación a nivel de Ley y reglamento (402 artículo), que abarca todos los aspectos de la contratación pública y asigna altos niveles de rigidez pues sus reglas generales de operación se encuentran previstas en el más alto rango normativo»*.

Si seguimos esa línea de argumentación, debíamos esperar un replanteamiento general de la regulación a fin de discriminar qué debía estar al llamado *«más alto rango normativo»* (Ley y Reglamento) y qué en otras normas de desarrollo, consigna que debía operar en todas las materias, dentro de las cuales la ejecución de Obras es especialmente significativa.

Lo cierto es que los principales cambios normativos de la Ley y el Reglamento están referidos a la regulación aplicable a la contratación de bienes y servicios, y la regulación de Obras es casi exactamente la misma.

Nos preguntamos entonces: ¿No hay nada qué «Reformar» en la regulación de Obras Públicas? ¿No hay ninguna «rigidez» que haya que eliminar o replantear?

4. Algunas medidas saludables que deben consolidarse

Convenimos en que la pretendida «Reforma» no es tal, y a lo sumo se trata de una modificación más de las múltiples modificaciones a la normativa que cada tanto se introducen con motivaciones diversas.

En cualquier caso, no queremos dejar de señalar algunos aspectos que creemos pueden ser positivos en la nueva, la mayoría de los cuales se está a tiempo de reencausar en la versión final del Reglamento o están sujetos aún a un desarrollo que debe ser adecuado a nivel de Directiva. Entre ellos podemos mencionar:

- Eliminación del Comité Especial Permanente: Era una medida que pudo hacerse efectiva hace mucho tiempo. En general, la conformación, designación, cambios y participación efectiva de los miembros de los Comités Especiales han sido la excusa perfecta para prórrogas innecesarias y la eterna dilación de los procesos. La regla general debe ser que las áreas de logísticas y/o abastecimiento de las Entidades se hagan cargo de la selección (para eso existen) en tiempos razonables (con el soporte de las áreas usuarias) y que los Comités Especiales se constituyan ante situaciones verdaderamente excepcionales.
- Introducción de nuevos métodos de contratación: No ha sido sano que, en muchos casos, la necesidad de la Entidad se haya debido adecuar los limitados procedimientos existentes, que no distinguían la naturaleza del objeto requerido y estaban diseñados

42 Mediante Decreto Supremo N° 046-2011-EF del 11 de marzo de 2011, que modificó el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

para exigir, en todos los casos, una evaluación de calidad y costo concurrente de las propuestas. Creemos que sí era necesario contar con diversas alternativas en los métodos de selección. Por ejemplo, la experiencia personal me dice que no siempre una Entidad Pública puede definir el alcance definitivo del requerimiento a contratar, sobre todo cuando de por medio está un componente informático altamente especializado, para mencionar un supuesto. Por esta razón, consideramos que la «*Licitación con dialogo competitivo*» es un método que, correctamente utilizado, permitirá superar algunas de las limitaciones de nuestros procedimientos actuales. No obstante lo anterior, estaremos atentos a la regulación que merezcan a nivel de Directivas para verificar que no se desnaturalicen.

- Aclaración de ofertas y verificar el cumplimiento únicamente sobre el ganador: No queda claro cómo es que en la práctica se procederá con la aclaración de ofertas sin que se modifique en el alcance de la oferta (artículo 39 del Reglamento) pero, en la medida que permita eliminar esa práctica recurrente de las Entidades Públicas de desestimar propuestas por aspectos incidentales o errores mínimos de las propuestas, creemos que puede ser una medida saludable. Del mismo modo, la medida de que la verificación documental de la evaluación de concentre en el ganador de la Buena Pro y, en caso no cumpla, se aplique esta labor al segundo y así sucesivamente (artículos 55 y 57), debería agilizar la evaluación de propuestas para obtener resultados en tiempos razonables. Claro que esta medida debe ir de la mano con un eficiente tratamiento a los reclamos (apelaciones) que, como vimos, no ha merecido ningún cambio resaltante.
- Contratación directa de publicidad estatal: Al margen de la discusión de si la publicidad estatal debe estar sujeta a una competencia abierta en todos los casos, creemos saludable que la regulación haya sincerado la voluntad de considerarla como un supuesto autónomo de contratación directa (antes conocido como «exoneración»), ya que así se ha plasmado en el literal g) del artículo 27 de la Ley. Al haber sido incluido antes, de manera forzada, en los supuestos de exoneración por «proveedor único» o «servicios personalísimos», se generaban innecesarias dudas y temores en el trámite de contratación.

- Supuesto de modificación de contrato sin afectar el equilibrio económico financiero: Además de la incorporación de nuevos métodos de selección, este debe contar entre los cambios más importantes. Hasta hoy, la posibilidad de modificación de un Contrato estaba pensada absolutamente en términos perjudiciales para el contratista⁴³ y se restringía a los contratos de bienes y servicios. En efecto, resulta que dichos contratos se podían modificar siempre que el contratista entregara bienes y servicios de mayor calidad y bajo la premisa de que el precio no se modificaba bajo ningún supuesto. La nueva regulación⁴⁴ considera que un contrato se podrá modificar «*para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente*» y, lo más importante, sin afectar el equilibrio económico financiero del mismo, por lo que «*la parte beneficiada debe compensar económicamente a la parte perjudicada para restablecer dicho equilibrio, en atención al principio de equidad*». Con estas disposiciones se abre el camino para un saludable rescate de la equidad en la ejecución de los contratos que, esperemos, se traduzca a los hechos.

5. Conclusión

Quien sostiene que realizará una «Reforma» debe exponer de manera clara y decidida qué es lo que quiere lograr y, al señalar los medios (el cómo) para alcanzar este resultado, debe obrar de manera consecuente con esta finalidad.

Creemos que sí era y sigue siendo necesario flexibilizar la normativa para hacerla más razonable, de la mano con un intenso desarrollo de la generación de documentos estándar, pero verificamos que la nueva regulación ha optado por soluciones que pueden alentar las decisiones arbitrarias.

La Exposición de Motivos de la Ley abunda en lugares comunes, como justificar la pretendida «Reforma» en «*la necesidad de contar con un régimen de contratación pública eficiente y orientada la gestión por resultados*», «*basado en la rendición de cuentas y promotor de desarrollo e inclusión social*». Cuando podemos a prueba este exceso de lirismo, no encontramos otra cosa que un listado de buenos propósitos pero no un sustento adecuado o suficiente que nos permita iniciar el debate sobre la pertinencia e idoneidad de la «Reforma».

43 Artículo 143 del actual Reglamento (Decreto Supremo N° 184-2008-EF).

44 Ley (artículo 34) y Reglamento (artículo 144).

No sabemos si el objetivo era flexibilizar la regulación, desregular o cambiar la estructura de la regulación, aspecto fundamental cuando se pretende realizar una «Reforma». Hay que tener en cuenta que, incluso, la nueva regulación está incompleta, pero ya se advierten los mismos vicios de una posible sobre regulación: OSCE cuenta hasta con doce (12) habilitaciones legales o reglamentarias para emitir Directivas, que se

pueden traducir en dos o tres veces el número de aquellas.

En este contexto, invocamos un ánimo reflexivo para la aprobación del texto del Reglamento, ya que si no se puede «Reformar» para crecer, por lo menos que no se empeore lo poco que se ha logrado con una regulación que necesita consolidarse. ☒