

Perú - Compras: Ilusión Infundada de un Sistema Público de Compras Eficiente

Carlos Carpio*

“En el presente artículo, el autor, desde el título hasta sus conclusiones finales, nos lleva a lo largo de un camino de reflexiones y críticas en lo concerniente al régimen de contrataciones públicas en el Perú. Sobre la base del análisis de un proyecto de Ley que crea la “Central de Compras Públicas - Perú Compras”, el autor, de una manera clara y detallada, expone las deficiencias de este proyecto y de todo el régimen en general; pero, yendo más allá de esto, plantea propuestas de solución innovadoras para que sean consideradas por la opinión pública.”

“Sueña el rey que es rey, y vive con este engaño mandando, disponiendo y gobernando; y este aplauso, que recibe prestado, en el viento escribe, y en cenizas le convierte la muerte, ¡desdicha fuerte! ¿Que hay quien intente reinar, viendo que ha de despertar en el sueño de la muerte?”

[Soliloquio: Fragmento de *La vida es sueño*]

El 10 de octubre de los corrientes, el Supremo Gobierno ha sometido a consideración del Congreso de la República, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, el proyecto de Ley que crea la denominada “Central de Compras Públicas - Perú Compras”.

Se ha sostenido en los medios periodísticos, con ingenuidad, que dicho proyecto pondrá punto final a –desde su promulgación– la corrupción e ineficiencia demostrada de los funcionarios actualmente a cargo de las compras públicas, siendo que, adicionalmente permitirá que el Estado adquiera productos de buena calidad y a precios que estén de acuerdo con los que existen en el mercado.

El presente artículo tiene por propósito demostrar –lamentablemente– que dicho proyecto no solucionará el grave problema que desde hace años agobia a nuestro país en sede de contratación pública. En todo caso, pone en evidencia el desconocimiento que sobre el tema tienen nuestras autoridades y la necesidad que la sociedad civil plantee con urgencia propuestas claras y expeditivas que suplan y/o corrijan los errores que se vienen cometiendo.

1. ¿En qué Consiste la Propuesta?

El proyecto de Ley crea *Perú Compras* como un organismo público descentralizado, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, cuya función será: **(i)** realizar las compras corporativas obligatorias, de acuerdo a lo que se establezca en el Decreto Supremo correspondiente, **(ii)** asesorar o, mediar la solicitud correspondiente, realizar las compras corporativas facultativas que le encarguen otras entidades, **(iii)** efectuar las adquisiciones que le encarguen otras entidades del Estado de acuerdo al convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el valor referencial; así como la aprobación del Expediente de Adquisiciones y las Bases del proceso correspondiente, hasta antes de la suscripción del Contrato, **(iv)** promover y conducir los procesos de selección para la generación de Convenios Marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes, **(v)** proponer la elaboración y actualización de las fichas técnicas de los bienes y/o servicios a adquirir bajo la modalidad

* Bachiller en Derecho y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

de subasta inversa, **(vi)** llevar a cabo los procesos de selección para adquisiciones específicas que se le asignen mediante Decreto Supremo; y, **(vii)** las demás funciones que le señale la normativa.

Como se aprecia, la propuesta no tiene nada de novedosa, y en los hechos –funciones más, funciones menos– consiste simplemente en “ascender” a la rimbombante categoría de “*Organismo Público Descentralizado*”, a lo que actualmente es la Subdirección de Convenio Marco y Compras Corporativas de la Dirección de Operaciones del CONSUCODE.

En nuestra opinión, el cambio no se justifica no sólo porque no se condice con lo que debiera ser política del Supremo Gobierno de reducción del aparato estatal, sino porque al dotar a *Perú - Compras* de autonomía administrativa y financiera, ello obligará a que de los 20 trabajadores que se le ha permitido contratar como máximo para su existencia, buena parte de los mismos tenga que cumplir labores administrativas que actualmente son llevadas a cabo por personal similar de CONSUCODE, duplicándolas innecesariamente.

Por otro lado, pareciera exagerado crear un Organismo Público Descentralizado para funciones tan específicas y reducidas y que, en principio, excluye los procesos de selección convencionales (vía concurso o licitación pública, adjudicaciones directas públicas o selectivas y adjudicaciones de menor cuantía) así como los procesos de selección llevados a cabo por Gobiernos Locales, Regionales, Poder Judicial, Legislativo y demás Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Sin perjuicio de lo anterior, el hecho que se haya señalado en el proyecto que *Perú - Compras* tendrá como recursos aquellos que obtenga directamente, anuncia que –a diferencia de lo que sucede en la actualidad (en donde los Comités Especiales de cada entidad no cobran suma alguna por realizar el proceso de selección)– en los casos que *Perú - Compras* intervenga, tal obligación de pago sí se verificaría. Si ese fuera el caso, no queda claro si el monto de sus honorarios sería asumido por el postor ganador o por la Entidad. Por cierto, en ambos casos la perjudicada real será la Entidad porque de establecerse la obligación al privado, éste simplemente la trasladará en el precio a su contraparte pública (como resulta previsible), en menoscabo del Fondo Público, esto es, de todos nosotros. En otras palabras, todos tendremos que asumir el mayor precio que el Estado pagará por el mismo bien o servicio, como consecuencia de tener que retribuirse a *Perú - Compras* por el servicio de gestión en la compra realizada.

2. ¿Es Saludable Adscribir *Perú - Compras* al Ministerio de Economía y Finanzas?

Estimamos que tal adscripción no resulta conveniente. De hecho, en la práctica significa un retroceso a escenarios ya superados. Efectivamente, en el pasado fuimos testigos de la larga discusión acerca de si era

conveniente mantener a CONSUCODE adscrito al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, para luego de mucho debate, concluir que era mejor que no mantuviera relación alguna con pliegos del Gobierno Central que incurrieran en compras, sino en todo caso, con la Presidencia del Consejo de Ministros que históricamente era la que menos compras efectuaba. Así se hizo y así se mantiene a la fecha.

Aunque no dudamos de la transparencia e imparcialidad que mostrará el Ministerio de Economía y Finanzas respecto de *Perú - Compras*, no deja de mantener vigencia y pertinencia la decisión adoptada en el pasado.

3. *Perú - Compras* no Eliminará la Mala Gestión de la Administración Pública en las Compras que Realiza

Se señala con candor que *Perú - Compras* eliminará la mala gestión del Estado en lo que a adquisiciones se refiere, porque tal nuevo Organismo sustituirá en funciones a los Comités Especiales de cada entidad. Así, bajo el nuevo esquema normativo, el encargo de la compra pública pasará ahora a este “pull” de expertos compradores que, premunidos de sólidos conocimientos y experiencia en el mercado respecto de adquisiciones, adoptará decisiones transparentes, adecuadas y eficientes en lo que a adquisiciones se refiere.

En realidad, se trata de una mera ilusión sin fundamento por varias razones.

La primera, porque no sin esfuerzo podrá el Ejecutivo identificar, con el magro sueldo que ofrece a sus funcionarios públicos, profesionales destacados que quieran cumplir esta delicada labor.

Adicionalmente, porque aún cuando los encontrara, el problema no se resuelve, en la medida que la labor de *Perú - Compras* sólo se limitará a llevar adelante el proceso de selección para identificar al postor ganador. Sin embargo, la etapa de la ejecución contractual continuará en manos de cada Entidad y de sus funcionarios no capacitados. En realidad, como se aprecia, se trata simplemente de trasladar el problema de la ineficiencia a un momento posterior en la contratación pública, pero no de solucionarlo adecuadamente.

Finalmente, no debe olvidarse los alcances restrictos de su ámbito de competencia (compras corporativas, convenios marco, etc.)

4. La Centralización de las Compras Acarrea Posibilidad de Corrupción

Históricamente, ha quedado demostrado que concentrar el poder en unos cuantos genera el grave riesgo del abuso y la corrupción.

También es cierto que nuestro país no es percibido internacionalmente como un país con un nivel de baja corruptibilidad. De hecho, de acuerdo al *Índice*

de *Percepción de Corrupción 2007*¹ elaborado por Transparencia Internacional, los resultados para nuestra patria no son auspiciosos, habiendo obtenido magramente un 3.5 de puntuación².

Si ambas premisas son ciertas, no pareciera razonable augurar éxito sino altas probabilidades de corrupción en la actuación de *Perú - Compras*.

Lleva a la preocupación el hecho de que menos de 20 personas tengan la absoluta discrecionalidad de definir términos de referencia, criterios de evaluación, puntuación efectiva y en fin, aptitud para determinar con quién se vinculará contractualmente el Estado para comprar bienes o convenir la prestación de servicios *comodities*.

En función a nuestros antecedentes e idiosincrasia, la realidad que se avizora en el mejor escenario es tener al mando de *Perú - Compras* –en un inicio– quizá a funcionarios de mediana aptitud y mejor voluntad, para luego, irremediabilmente, pasar a la misma situación problemática que venimos analizando.

5. ¿En qué Consiste el Verdadero Problema de la Contratación Pública Peruana?

En nuestra opinión, el diagnóstico del caos en la contratación pública resulta relativamente sencillo: Existe absoluto escepticismo en la ciudadanía y contratistas en el sistema de contratación del Estado debido a varios factores:

5.1 Corrupción

Es clara la manifiesta corrupción de los funcionarios encargados de llevar adelante los procesos de selección. No sólo los indicadores de percepción de corrupción internacionales sino la realidad diaria confirman esta situación: Pliegos mal elaborados, valores referenciales incorrectos, evaluaciones parcializadas, impugnaciones resueltas sin considerar criterios legales sino de naturaleza subalterna, exoneraciones de procesos de selección impertinentes, contrataciones con reglas propias en función de si se está frente a entidades doradas o no, llegando inclusive a casos de procesos de selección convocados por organismos internacionales también cuestionados por no otorgar posibilidad de impugnar y/o estableciendo ratios financieros o económicos que discriminan a los postores, etc.

5.2 Incapacidad profesional

Existe consenso también en nuestra sociedad en el sentido de reconocer que el Estado peruano cuenta con un exceso de profesionales con una calificación muy por debajo de lo requerido y un significativo déficit de profesionales altamente calificados.

Esta situación genera que –aún mediando buena fe en el funcionario– el proceso de selección se dilate o frustre debido a errores incurridos en el proceso, tales como: incumplimiento de preceptos mandatorios al momento de redactar las bases [lo que origina innumerables observaciones y consultas a las mismas] yerros en la forma cómo se llevan a cabo los actos públicos en la evaluación de las propuestas; en las resoluciones que se pronuncian sobre las impugnaciones, para seguir –en la etapa contractual– admitiendo prestaciones adicionales o ampliaciones de plazo por falta de pronunciamiento oportuno, etc.

En adición a lo anterior, cuando el reclamo llega a la última instancia administrativa, las partes se enfrentan ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; en donde, contra todo sentido de lógica elemental, sus vocales son nombrados sin concurso de méritos, bajo la sola y simple discrecionalidad del Ejecutivo.

5.3 Impunidad e indefensión real

El Sistema de Contratación Pública, tal como está concebido actualmente, causa indefensión real a los administrados.

¿Cómo se expresa la indefensión real?

Sencillo: Si bien es cierto nadie discute que formalmente una decisión del Tribunal de CONSUMODE puede ser impugnada en el Poder Judicial, lo cierto es que casi ningún abogado que cuide los bolsillos de su cliente le recomendará transitar por dicha vía.

Las razones todos las conocemos:

En primer lugar, porque la demanda misma no suspende los efectos del acto, con lo cual, el proceso de contratación continuará irremediabilmente.

Podría refutarse esta afirmación señalándose que siempre puede solicitarse una medida cautelar. En efecto, la figura existe pero, deberá para ello ofrecerse una contracautela que en muchos casos la Corte Superior la exige en la modalidad de una fianza bancaria hasta por el mismo monto de toda la licitación. En otras palabras, un lastre económico que frustra a cualquier postor demandante. Naturalmente, nadie querrá litigar con semejante contingencia a costas.

Pero eso no es todo: En el mejor de los casos, de iniciarse el proceso judicial, se obtendrá una decisión definitiva luego de varios años de proceso.

No habiendo cautelar de por medio, el litigante tendrá que aceptar que su triunfo, varios años después si fuera el caso, no impidió que la contratación con el otro postor se perfeccione o que haya cesado la necesidad estatal que

1 Índice de Percepción de la Corrupción 2007 de Transparency International (IPC). En: www.transparency.org

2 Al respecto, es oportuno destacar que un nivel de puntuación entre 3 y 5 significa, en palabras de dicha organización que "tanto la comunidad empresarial como expertos en los países perciben como serios los niveles de corrupción entre los funcionarios públicos y políticos."

gestó el proceso de selección, con lo cual, no le servirá de mucho la reivindicación judicial.

Podrá refutarse todo lo anterior señalándose que siempre se tiene a la mano la figura de la indemnización. Es cierto, pero no debe olvidarse tampoco que ello supone un proceso judicial adicional, que, aún de ganarse, no asegura un cobro real y oportuno: El Estado paga en función a sus posibilidades.

En suma, todo es desesperanza. Si se litiga, casi es por pura convicción personal o por una lealtad a principios.

En sede arbitral el asunto tampoco es muy alentador, no sólo por la falta de adecuada especialización de los árbitros, sino porque aún ganando un laudo, la posibilidad de cuestionarlo judicialmente siempre está latente, más aún si existen altas probabilidades que la decisión arbitral no se haya ajustado a Ley.

5.4 Legislación compleja para contratar.

En los últimos tiempos, el Supremo Gobierno ha establecido vía Decretos de Urgencia y Decreto Supremo, hasta 5 nuevos regímenes de contratación pública distintos al régimen general aprobado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Esta actuación, en nuestra opinión, perfora y desnaturaliza todo lo avanzado en el campo de la contratación pública.

No es aceptable que el Estado tenga hasta 7 regímenes distintos para contratar, pues ello atenta gravemente no sólo contra los Principios de Transparencia y Predictibilidad que deben regir la actuación pública, sino que en los hechos reducen de manera inaceptable el derecho de defensa de los contratistas, permitiendo que sin mayor control y, bajo el pretexto de acelerar las compras públicas, cada titular de pliego entregue sin mayor trámite a quienes determine, importantes cantidades del Fondo Público, que es dinero de todos.

Dependiendo de la Entidad que contrata, cuándo contrata y qué contrata, el Estado puede recurrir ahora a procedimientos distintos, con reglas diversas más flexibles pero a la vez menos transparentes y claras para adquirir bienes, servicios e inclusive obras.

Estimamos que esa no es la solución al problema. Por el contrario, lo agrava. Debe acabarse con el mito que una compra rápida, sin control, es una buena adquisición.

6. Nuestra Propuesta.

Descartada la afirmación que *Perú - Compras* solucionará el problema de la corrupción e ineficiencia de los funcionarios a cargo de las compras estatales; y, siendo que tampoco necesariamente permitirá que el Estado adquiera productos de buena calidad y a precios que estén de acuerdo con los que existen en el mercado, por los sobrecostos que acarreará su financiamiento, el asunto se centra en determinar cómo hacer para mejorar el sistema actual de contratación pública.

Aunque parezca paradójico, nuestra legislación –en comparación con la de los demás países sudamericanos– resulta una de las más avanzadas e innovadoras. Efectivamente, cuenta con un esquema general que, en términos gruesos, contempla variadas formas o modalidades de contratación que permiten al Estado optar por comprar en varios escenarios, dependiendo de: **(i)** lo que necesita adquirir [bienes *comodities* o no, en cuya virtud podrá optar por las compras corporativas, subasta inversa o seguir el régimen general de contratación]; **(ii)** cuándo lo requiere [sin apuros, de inmediato o en el mediano plazo, en cuya virtud podrá optar por el régimen general, la exoneración o el convenio marco, respectivamente]; **(iii)** cuántas entidades lo requieren [varias o una sola entidad, en cuyo supuesto podrá elegir entre el convenio marco de precios, la compra corporativa o el régimen general, respectivamente], entre otros.

“No es aceptable que el Estado tenga hasta 7 regímenes distintos para contratar, pues ello atenta gravemente no sólo contra los Principios de Transparencia y Predictibilidad, que deben regir la actuación pública, sino que reducen el derecho de defensa de los contratistas (...)”

En realidad, pareciera que el problema se ha suscitado cuando este esquema, logrado luego de varios años de esfuerzo normativo, ha tenido que hacer frente a los casos recientes de procedimientos de selección irregulares, así como a los reproches de la sociedad civil por la demora en las contrataciones, aunado al malestar y desconfianza general respecto al Aparato Público. Todo ello genera (ha generado) impresión de la aparente inviabilidad del régimen de contratación pública. Ante ello, el Supremo Gobierno, como única respuesta sólo ha atinado a la solución efectista: querer cambiarlo todo.

Así, ha establecido de un lado innumerables regímenes de excepción bajo la premisa de no creer en el sistema unitario general; y, de otro lado, ha propuesto la central de compras que es materia del presente artículo bajo la premisa de no confiar en los funcionarios públicos que llevan tales procesos de adquisiciones en las entidades.

En nuestra opinión, sin embargo, la solución no consiste en el cambio radical. Menos aún en centralizar las compras en 20 personas. Antes de apresuramientos, debe analizarse el problema con cuidado: Si se aprecia

bien, el problema no versa en el régimen normativo unitario en sí mismo sino en quiénes lo aplican.

Por eso, lo que debe combatirse son las aristas que se han mencionado en el apartado V de este informe. En ese contexto, urge retornar al sistema unitario, el cual –al margen de sus deficiencias [que deben corregirse]– resulta mucho más transparente y predecible. Ya bajo el régimen general, se propone la siguiente estrategia:

6.1 Corrupción

Sostenemos que el principal problema que afronta el régimen peruano de contratación pública es que tanto el funcionario público que aplica la Ley como el postor que participa en los procesos de selección y contrata luego con el Estado son conscientes que las normas de castigo son benignas o en muy pocos casos se aplican, por lo que deciden inaplicar las reglas o violarlas abiertamente. Por otro lado, se sabe que contra lo resuelto inadecuadamente por la última instancia administrativa, poco puede hacerse en términos prácticos.

Así las cosas, estimamos imprescindible establecer un régimen sancionador draconiano y efectivo que castigue ejemplarmente a quien intente malversar fondos, a los que se coluden para armar propuestas ficticias, al funcionario que resuelve contra ley las impugnaciones, al que evalúa con mala fe las propuestas, al que establece requisitos parcializados en las Bases de los procesos, al que dilata de mala fe el procedimiento de contratación con articulaciones sin fundamento, así como también al vocal de CONSUCODE que participa en la emisión de una resolución ostensiblemente incorrecta. El castigo, en nuestra opinión, debe alcanzar inclusive al propio titular del pliego, porque no es aceptable que siendo él el principal responsable de cautelar el Fondo Público, llegado el caso concreto de la conducta disfuncional de su Comité Especial, se escude convenientemente en una delegación, en una supuesta autonomía del Comité o en el vacío normativo para no asumir su responsabilidad por lo sucedido, pese a que fue él quien designó a sus miembros en el cargo.

Sólo por la vía de la disuasión y el temor, sabiendo que las consecuencias para el infractor [incluyendo especialmente las penales] serán graves, reales y que existirá quien realmente las exija y aplique, las cosas podrán cambiar.

En ese escenario, quizá *Perú - Compras* debiera ser un órgano de línea de la Contraloría General de la República, encargado de custodiar o supervisar realmente, de verdad, la transparencia y eficiencia de las contrataciones públicas.

6.2 Incapacidad profesional

Para combatir este problema debe insistirse en la capacitación y evaluaciones continuas a los funcionarios

públicos encargados de llevar adelante los procesos de adquisiciones y contrataciones. Lamentablemente, ello tendrá que venir acompañado de exclusiones de la carrera pública respecto de quienes no obtengan las calificaciones mínimas que se señalen; pero también, de mejoras importantes en las retribuciones de los funcionarios capaces.

Por lo demás, es inaceptable que se continúe con una elección de vocales del Tribunal de CONSUCODE sin previo concurso público de méritos. Tal cosa debe corregirse de inmediato, pues en dicha máxima instancia administrativa descansa la confianza general de la sociedad respecto al régimen de contratación estatal, aguardándose que sus decisiones constituyan ejemplo de probidad y aplicación justa, correcta y oportuna de la normativa de contrataciones. La referida confianza debe ganarse por los reconocidos y públicos méritos académicos y personales de tales vocales.

6.3 Impunidad e indefensión real

Estimamos que debe evaluarse la posibilidad de establecer un mecanismo excepcional de control estrictamente de legalidad, transparencia y corrupción en las resoluciones de última instancia administrativa que dicte CONSUCODE antes de acudir al Poder Judicial. Tal función de control podría recaer en *Perú - Compras*, reestructurado en sus funciones según la propuesta que citamos en 6.1. precedente.

6.4 Legislación compleja para contratar

Debe derogarse de inmediato los regímenes atomizados y volverse al esquema unitario de contratación pública.

En ese sentido, no debiera mantenerse regímenes con nombre propio, debe proscribirse la posibilidad de recurrir a los Decretos de Urgencia para las compras públicas, no debe permitirse compras vía organismos internacionales que en muchos casos tampoco han salido bien librados de imputaciones de falta de transparencia, no sólo en el Perú, sino en el mundo; debe castigarse a quienes recurren sin mayor esfuerzo a las compras exoneradas de proceso de selección, etc.

De todo lo expuesto puede concluirse que antes que un problema de normas (que en algunos aspectos existe), el nuestro es un problema de personas, un problema de moralidad pública.

Quien se niegue a reconocer esta realidad se engaña a sí mismo.

Debemos cuanto antes afrontarla, partiendo del compromiso de cambio que cada uno debe asumir individualmente en el rol que le compete dentro del sistema de contratación pública 