

Problemas Legales e Ineficiencia Estatal en las Compras para la “Reconstrucción del Sur” luego del Terremoto del 15 de Agosto de 2007

Verónica Rojas Montes*

“En el presente artículo, la autora analiza la paradójica vinculación entre simplificación en la compra estatal e inoperancia del proceso de reconstrucción post-terremoto del 15 de agosto. Identifica, en este sentido, mecanismos adquisitivos que se han creado para este fin”.

Son cinco los sistemas de contratación aplicables para la adquisición de bienes y servicios necesarios para la reconstrucción de la zona del sur afectada por el terremoto del 15 de agosto de 2007¹.

Debemos precisar que solo uno de esos sistemas estaba previsto –desde antes del desastre– en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, según su Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - LCAE, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Los cuatro restantes fueron creados por dos leyes y un Decreto de Urgencia, con posterioridad al terremoto del 15 de agosto, todos ellos con diferentes reglas y pautas.

Al respecto, si bien es cierto, la finalidad de la creación de cuatro procesos de selección abreviados, adicionados a los dos del “régimen general”, puede haber sido la de atender rápidamente las emergencias y la reconstrucción de las zonas afectadas del Sur, con “procedimientos veloces” nos muestra la realidad que las compras para dichos fines están paralizadas y que no se ha logrado –en poco más de dos meses– remover todos los escombros ni se ha empezado la reconstrucción de las ciudades

afectadas con una lógica de remediación y futura prevención de desastres, con modelos arquitectónicos antisísmicos e infraestructura de servicios públicos adecuada para la una zona sísmica.

En este contexto de pluralidad de regímenes de contratación pública, es importante, en primer término, situar en el tiempo el análisis de los mismos. En segundo lugar, se describirán cuáles son las características de cada uno de los cinco sistemas. Finalmente, frente a los insatisfactorios resultados, se analizarán las posibles razones por las cuales, no obstante haber procesos de adquisición breves, el sistema continúa inoperante y no se ha conseguido efectuar un gasto público que satisfaga los intereses generales de las localidades afectadas; en concreto, se tratará de responder a la pregunta de si se trata de una problemática en la normativa o en el sistema burocrático, o de ambos a la vez, cuando la inoperancia burocrática se entremezcla con la desviación de poder preponderante en el aparato estatal peruano.

Hoy por hoy, el sistema de contrataciones y adquisiciones estatales y, por ende, su régimen jurídico han sido catalogados como inefectivos y lentos, convirtiéndose en la actualidad en la problemática más debatida de la

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de la misma universidad. Magíster Artis en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid en convenio con el INAP de España. Cursa actualmente el Doctorado en Derecho de la PUCP.

1 El terremoto del 15 de agosto de 2007 y sus cientos de réplicas, con epicentro en el Océano Pacífico a 60 km al oeste de la ciudad de Pisco, departamento de Ica, tuvo 7,9 de intensidad en dicha ciudad, Ica y Chincha, causando la muerte de 519 personas, 431 813 damnificados, 219 826 afectados, 1 291 heridos, 47 226 viviendas destruidas, 44 927 Inhabitables, 44 810 Afectadas. Aulas con daños estructurales, destruidas 643 (Ica, Lima, Huancavelica, Ayacucho).

Afectados 635 (idem), Total 1 278 (total). Establecimientos de salud, 14 destruidos y 112 afectados. Puentes, 2 destruidos y 4 afectados. Además de vías terrestres dañadas, según el informe de daños del INDECI. Disponible en: <http://www.indeci.gob.pe>

agenda pública, habiendo causado, inclusive, el único cambio ministerial en lo que va de este Gobierno, debido a la fallida y cuestionada compra de los patrulleros.

De hecho, el régimen jurídico y la evaluación del sistema de contrataciones y adquisiciones establecido en la LCAE y su Reglamento han sido blanco de una serie de cuestionamientos con tintes políticos que siguen ocasionando cierta inestabilidad en el Gabinete Ministerial, como en el caso de las compras del Sector Salud, Educación, Vivienda y Construcción y del Interior², inclusive, por compras realizadas por el Sistema Integral de Salud.

Viene al caso mencionar que el 28 de julio de 2006 el Presidente de la República en su primer mensaje a la Nación anunció un *shock* de inversiones de dos mil millones de nuevos soles a ejecutarse a más tardar en el año 2006, es decir, hasta el mes de diciembre.

Sin embargo, cuando se puso en marcha la maquinaria estatal para cumplir este anuncio se hicieron evidentes algunas características del Sistema *General* de Contrataciones Públicas que, naturalmente, por la duración de sus etapas –en especial de las licitaciones y concursos públicos– superarían largamente diciembre del año 2006.

De esta manera, a fin de cumplir con la ejecución de la inversión pública de los dos mil millones de nuevos soles, necesaria por cierto para el Estado, el Consejo de Ministros aprobó el Decreto de Urgencia N° 024-2006 del 26 de septiembre de 2006 y, con este, un proceso de selección abreviado -PSA aplicable únicamente a todos los procesos de selección de los bienes y servicios que formaban parte del denominado *shock* de inversiones, con reglas y tiempos que aseguraban una adjudicación y gasto al 31 de diciembre de 2006, es decir, en el plazo *récord* de dos meses y medio.

No obstante ello, no se concretaron el 31 de diciembre de 2006 muchas de las adquisiciones del *shock* de inversiones, originando con ello la dación de leyes que extendieran en el tiempo la aplicación del Decreto de Urgencia N° 024-2006 hasta la culminación de los procesos regidos por aquel.

En este punto, se puede apreciar que las razones de la lentitud en la ejecución de estos procesos no se debieron a supuestas trabas o barreras legales (tenían un Decreto de Urgencia *ad hoc*) sino por motivos de otra índole,

como el retraso en el cumplimiento del cronograma de adquisiciones en sus etapas previas al proceso de selección, ocasionada visiblemente por la inoperancia de los funcionarios de algunos Gobiernos Locales o Regionales y, asimismo (no hay razón para negarlo) por escándalos periodísticos que denunciaron “compras corruptas” de bienes supuestamente sobrevaluados. Estos hechos, evidentemente, eran vistos como escandalosos por la población, lo cual habría generado, sin duda, una mella en la estabilidad política del Gabinete que pasaba a tener Ministros cuestionados por compras “mal realizadas”.

Hacemos el planteo de dos casos recientes. La compra de más de cuatrocientos patrulleros para el Ministerio del Interior y la adquisición de más de doscientas ambulancias para el Ministerio de Salud, como parte del *shock* de inversiones debieron concretarse antes del 31 de diciembre de 2006, de tal forma que la primera mitad del año 2007 (contando los períodos de entrega de los bienes, estimado en seis meses) las ambulancias y patrulleros debieron estar disponibles para prestar los servicios de seguridad ciudadana y emergencias médicas. Sin embargo, luego de trece meses de la vigencia de dicho Decreto de Urgencia, esos Ministerios no han logrado adquirir dichos bienes.

Ante esta situación, que no es la única, vale la pena, preguntarse por qué se genera esta situación aparentemente paradójica en la que se crea un régimen especial para ser eficientes frente a un sistema general lento e inoperante –en relación a las necesidades de inversión públicas declaradas inmediatas e impostergables por el Gobierno de turno–, y, como resultado de ello, el sistema especial demostró ser más ineficiente de lo que pudo haber sido el régimen general.

Ciertamente, el sistema de compras general fallaba y el sistema especial creado por el Decreto de Urgencia N° 024-2006, también falló. En efecto, en puridad de términos no hay sistema perfecto, sin embargo, para efectos del análisis podemos pensar válidamente que el éxito de un proceso de selección para la adquisición de bienes y servicios que el Estado necesita para cumplir las funciones y servicios públicos que les han sido asignados por la Constitución y las leyes, no depende únicamente del cambio normativo de un momento determinado, sino también de su correcta aplicación, adecuados ambos factores –y siempre– al interés público.

2 Por ejemplo, la segunda compra de los patrulleros, esta vez de fabricación china y vendidos por una empresa con giro societario distinto, adquisición realizada y anulada por parte del Ministerio de Interior. Nótese que la primera compra realizada en diciembre de 2006 durante la gestión de la anterior Ministra anulada por el actual Ministro del Interior.

Otro ejemplo lo constituyen la primera compra fallida de las ambulancias mediante la modalidad de compras corporativas por parte del Ministerio de Salud, entidad que no ha iniciado el proceso en segunda convocatoria. Por último, las cuestionadas compras de raciones de alimentos supuestamente sobrevaluadas por el Seguro Integral de Salud.

Nótese que la primera compra de los patrulleros se realizó conforme al Decreto de Urgencia N° 024-2006 y se anuló de acuerdo a la LCAE y su Reglamento. La segunda compra de patrulleros se hizo bajo la modalidad de subasta inversa según la LCAE, anulada también de acuerdo a esta norma. El fallido proceso de selección de las ambulancias se realizó conforme a la reglas del régimen especial creado por el Decreto de Urgencia N° 024-2006 y los contratos resueltos conforme a la LCAE y su Reglamento.

En el Ministerio de Educación se declaró la nulidad de un contrato celebrado con una empresa que vendía grupos de electrógenos por causal de “lesión” aplicando supletoriamente el Código Civil. En el Ministerio de Vivienda y Construcción se denuncian supuestas sobrevaluaciones en las compras, entre otros casos.

El fracaso de este sistema especial sería así porque el cambio para lograr “eficiencia” se focalizó, equivocadamente, en meros cambios normativos para abreviar plazos considerando esto como la receta para hacer compras eficientes. Dicho en otras palabras, se creó un régimen especial para hacer una compra eficiente y rápida en dos meses y medio, en sustitución del régimen general de la licitación pública que duraba en promedio de ocho a diez meses. El resultado a trece meses del Decreto de Urgencia, es que no se hizo la adquisición, cuando pudo haberse realizado con los plazos del régimen general. Queda la duda de cuál es el régimen ineficiente ¿el abreviado del sistema especial o el largo del sistema general?

Creemos que los problemas centrales de las contrataciones públicas en esta situación no se evidencian únicamente en función a plazos, sino que han sido notorias las deficiencias y fallas en el funcionamiento institucional, así como la probable influencia política en las contrataciones públicas.

Retomando el tema del presente artículo con relación a la problemática de las contrataciones públicas, en el caso de la reconstrucción del sur post terremoto, pensamos que se han cometido errores en crear cinco sistemas de contratación para tornar eficientes y rápidas las compras, unos procesos más breves que otros, cuando el resultado obtenido ha sido –nuevamente– lentitud y cuestionamientos en las compras.

En las siguientes líneas expondremos y analizaremos los cinco sistemas de contratación con sus respectivas normas aplicables.

I. Primer Sistema de Contratación: Adquisición de Bienes, Servicios y Obras para la Reconstrucción de la Infraestructura Dañada por el Terremoto del 15 de Agosto de 2007

El Decreto de Urgencia N° 026-2007 publicado en el diario oficial El Peruano el 17 de agosto de 2007, creó el “Fondo para la reconstrucción - Sismo 15 de agosto de 2007” en el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, el Fondo MEF), para cuyo efecto con el mismo Decreto de Urgencia se aprobó un crédito suplementario transfiriendo la suma de cien millones de nuevos soles disponibles para la reconstrucción del Sur.

Recursos del Fondo

De conformidad con lo establecido en los artículos 4° y 5° del Decreto de Urgencia N° 026-2007 los recursos del fondo son los transferidos con el crédito suplementario (cien millones de nuevos soles), las transferencias del Tesoro Público (no hubo una posterior a dicho DU), las donaciones y aportes del sector privado, los recursos de cooperación técnica internacional no reembolsable, así como donaciones en dinero provenientes del

exterior, los recursos del fondo contravalor, el 0,25% de comisión correspondiente al Banco de la Nación por la recaudación y servicios bancarios que se paga por el manejo de la Tesorería del Estado y otros dispuestos por norma expresa.

Destino de los Recursos del Fondo

Resulta muy importante dejar sentado el fin de los recursos del fondo porque solo las adquisiciones con este propósito se registrarán por el proceso de selección especial que establece.

El numeral 3.2 del artículo 3° del DU dispone que los recursos tienen carácter de intangible y se destinan *exclusivamente* a actividades y proyectos para la reconstrucción de la infraestructura pública dañada por el sismo ocurrido el 15 de agosto de 2007.

Es decir, que solo se adquirirán con dichos recursos bienes y servicios que tengan por objeto reparar la infraestructura pública afectada por el terremoto del 15 de agosto³.

Transferencia a los Gobiernos Regionales y Locales

El DU en su artículo 3° también abre la posibilidad de que los recursos del fondo, siempre que tengan el carácter de recursos ordinarios (es decir, del Tesoro Público), sean transferidos a los diversos Sectores (Ministerios, Organismos Públicos Descentralizados y otras entidades), Gobierno Regionales y Locales, mediante Decreto Supremo.

Esto significa que los organismos públicos antes mencionados con el dinero transferido por el MEF podrán realizar contrataciones para el mismo objeto previsto en el numeral 3.2 del artículo 3° del Decreto de Urgencia N° 026-2006.

Reglas para las Contrataciones y Adquisiciones con Recursos del Fondo MEF

Objeto de la Contratación

El objeto de la contratación debe ser actividades y proyectos para la reconstrucción de la infraestructura pública afectada por el sismo ocurrido el 15 de agosto de 2007.

Evidentemente, el órgano que determinará qué actividades y proyectos están orientados a dicho fin, es la entidad pública que solicita los recursos al Fondo MEF, pero la entidad que los califique como tales y entregará el dinero es el MEF.

Así el tercer párrafo del artículo 6° del Decreto de Urgencia dispone que la relación de bienes, servicios y obras a contratar se aprueban mediante Resolución del Titular de la entidad o máxima autoridad administrativa,

3 Existe un informe de daños elaborado por el INDECI que expone cuáles son esos daños. Disponible en: http://sinadeci.indec.gov.pe/PortalSINPAD/PagWeb/DetalleSituacional.asp?id_noticia=17

debiendo ser publicada en el diario oficial El Peruano y en los portales electrónicos respectivos.

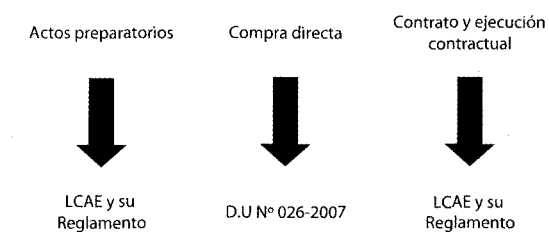
Compra Directa, sin Proceso de Selección

No existe un proceso de selección especial con plazos abreviados y reglas simplificadas. Por el contrario, según el artículo 6° del citado Decreto de Urgencia, las contrataciones de bienes, servicios y obras, son directas e inmediatas "sin necesidad de convocar al proceso de selección que corresponda". No obstante ello, la norma cuida de que las contrataciones directas cumplan los principios sobre las contrataciones establecidos en la LCAE. En suma, la compra no está sujeta a algún proceso de selección y no se rige por la LCAE y su Reglamento, sino tan solo por sus principios.

Siguiendo con el análisis, de otro lado, el mismo artículo dispone que tanto la etapa previa a la contratación pública como el contrato sí se rigen por la LCAE y su Reglamento, con ciertas reglas especiales.

En lo que se refiere a la firma del contrato los proveedores deberán presentar copia simple de la constancia de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores y una declaración jurada en la que manifiesten que no tienen impedimento para contratar con el Estado, conforme al artículo 9° de la LCAE, haciéndose responsables, como es obvio, de la veracidad y exactitud de los documentos e información que presentan para efectos del contrato.

Gráfico N° 1
Aplicación del D.U. N° 026-2007



Control de estas Contrataciones

Otra de las reglas especiales para las compras directas es la referida al establecimiento de veedurías a que se refiere la Directiva N° 001-2005-CG/OCI-GSNA, aprobada por Resolución de Contraloría N° 528-2005-CG y modificada por Resolución de Contraloría N° 238-2006-CG, sin perjuicio del control posterior que corresponda.

Se establece, asimismo, la obligatoriedad de reportar a la Contraloría General de la República, Comisión de Fiscalización del Congreso de la República y el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, todos los contratos celebrados al amparo del Decreto de Urgencia N° 026-2007. Los criterios que tuvo en cuenta para la identificación del proveedor, dentro de los treinta días calendario de firmados los contratos en cuestión.

II. Segundo Sistema de Contratación: Compra de Alimentos por parte del MIMDES

También el Decreto de Urgencia N° 026-2007 estableció otro sistema de contratación aplicable solo al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social.

Reglas para las Contrataciones y Adquisiciones para el MIMDES

El sistema de contratación a través de organismos internacionales permite que las compras no las efectúe la entidad pública del Estado peruano sino el organismo o programa internacional idóneo con las normas que regulan sus compras, es decir, que no se aplica la LCAE y su Reglamento.

El Decreto de Urgencia en mención autorizó al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social a encargar al Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, la compra de determinados bienes, es decir, con aplicación de sus normas y no de las aplicables al sistema general.

Objeto de la Contratación

Mediante esta modalidad el MIMDES quedaba expresamente autorizado a encargar la compra de los siguientes bienes y servicios:

- Productos alimenticios no perecibles que requiriese el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - PRONAA.
- Servicios necesarios para el traslado y distribución de dichos alimentos.

Todo ello con la finalidad de atender a la atención de los damnificados de las zonas declaradas en estado de emergencia por el Decreto Supremo N° 068-2007-PCM y sus modificatorias.

Este constituye un régimen de excepción a la LCAE, ya que ésta no prevé la posibilidad de que las compras con financiamiento cien por cien proveniente del presupuesto público puedan ser encargadas a un organismo o programa internacional.

III. Tercer Sistema de Contratación: Reconstrucción, Rehabilitación de Infraestructura Pública, Remoción de Escombros, Ayuda y Asistencia Humanitaria

La Ley N° 29076, Ley de solidaridad con las localidades afectadas con el sismo del 15 de agosto de 2007, autorizó a los Gobiernos Regionales y a los Gobiernos Locales de las provincias y distritos afectadas por el terremoto y declaradas en emergencia a utilizar los recursos provenientes del canon, sobre canon y regalía minera, así como del Fondo de Compensación Municipal - FONCOMÚN.

El uso de estos recursos debía cumplir ciertos requisitos y condiciones que explicaremos a continuación.

Reglas para las Contrataciones y Adquisiciones con Recursos del Canon, Sobrecanon y Regalía Minera

Entidades Públicas Facultadas a Aplicar este Sistema

Los Gobiernos Regionales de Lima, Ica y Huancavelica y los Gobiernos Locales de las provincias de Yauyos, Cañete, Castrovirreyna, Huaytará y los distritos de Acombilla, Huañec y Tupe, según el Decreto Supremo N° 068-2007-PCM y sus aplicaciones.

Autorización Previa para la Utilización de los Recursos del Canon, Sobrecanon y Regalía Minera

El Consejo Regional o Municipal debe de adoptar un acuerdo que apruebe el uso de estos recursos para los fines establecidos en la Ley N° 29076.

Objeto de Contratación

La ejecución de este dinero destinado a comprar y adquirir bienes, servicios u obras, necesaria y exclusivamente, debe estar destinado a la:

- Asistencia y ayuda de la población damnificada por dicho desastre natural;
- Reconstrucción, rehabilitación y reparación de la infraestructura afectada.

Podemos ver que el primer rubro de adquisiciones es muy similar a la compra de alimentos para la asistencia de los damnificados, sin embargo, dependiendo de los fondos y de la entidad adquirente, en un caso, según el Decreto de Urgencia N° 026-2006 el MIMDES puede encargar la contratación para el PRONAA a un organismo internacional, y, en el segundo de los casos, las Municipalidades o Gobiernos Regionales con los recursos previstos en la Ley N° 29076 los adquieren con otro proceso de selección.

Proceso de Selección Especial

La tercera disposición transitoria y final de la Ley N° 29076 dispone textualmente que *“los gobiernos regionales y las municipalidades provinciales y distritales pueden adquirir bienes y servicios para los fines de la presente Ley acogiéndose a lo dispuesto en el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM”*.

En buena cuenta, lo que establece dicha ley, es que los Gobiernos Regionales y Locales pueden exonerarse del proceso de selección que les correspondería realizar según la LCAE y su Reglamento, de acuerdo a los propios mecanismos legales previstos en ellas.

Ciertamente, no habría sido necesaria esta mención en la Ley N° 29076, cuando la LCAE y su Reglamento son claros en establecer que por causal de emergencia⁴ se pueden realizar las comprar sin proceso, debiendo luego regularizarse por resolución del Titular de la entidad.

En cuanto a ello, el artículo 142° del Reglamento de la LCAE establece que luego de realizada la contratación o adquisición realizada para enfrentar una situación de emergencia deberá regularizarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la finalización del evento que la produjo, incluyendo el proceso en el plan anual de adquisiciones y contrataciones del Estado, todo ello sustentado con el informe legal y técnico, para luego remitir todos los documentos a la Contraloría General de la República y al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El único problema que subsiste es que habiendo pasado más de diez días de la ocurrencia de los sismos ya no cabría la causal de emergencia y por ende habría que recurrir al proceso que corresponda o verificar la ocurrencia de alguna otra causal de exoneración.

Control

El control de las contrataciones realizadas con los fondos a que se refiere la Ley N° 29076 se ejerce por la Contraloría General de la República, entidad a la que se le debe informar sobre las reprogramaciones de sus gastos, en los términos establecidos en la referida ley.

IV. Cuarto Sistema de Contratación: Reconstrucción, Rehabilitación de Infraestructura Pública en Zonas Afectadas, Incluyendo Viviendas. Remoción de Escombros. Ley FORSUR.

La Ley N° 29078, Ley que crea el Fondo para la reconstrucción integral de las zonas afectadas por los sismos del 15 de agosto de 2007, denominado FORSUR, declaró en emergencia y de interés nacional la ejecución de los planes y proyectos de rehabilitación y reconstrucción de la infraestructura de comunicaciones y vial, riego, de energía eléctrica, saneamiento, habilitación urbana y otros servicios públicos en las zonas declaradas en estado de emergencia por el Decreto Supremo N° 068-2007-PCM.

También, incluye la Ley FORSUR a los proyectos destinados a la reconstrucción y rehabilitación de viviendas, centros educativos, hospitales y postas médicas, entre otros, según los modelos técnicos con fines de reducir los efectos de la actividad sísmica y de otros fenómenos naturales⁵.

Si bien nos referiremos en concreto a los sistemas de contrataciones que crea la Ley FORSUR, es relevante

4 Según el artículo 22° de la LCAE se entiende como situación de emergencia aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, quedando la Entidad exonerada de la tramitación del expediente administrativo, pudiendo ordenar la ejecución de lo estrictamente necesario para remediar el evento producido y satisfacer la necesidad sobrevenida, sin sujetarse a los requisitos formales de la Ley.

5 Viviendas bioclimáticas.

mencionar que la gestión de este fondo ha sido encomendado a un directorio mixto (sector público y privado) de dieciocho miembros, de los cuales los cuatro representantes de la actividad privada han renunciado a la fecha y se conoce que el directorio no habría ejecutado presupuesto alguno.

Sabemos que como todo fondo, debe contar con recursos presupuestales; sin embargo, la Ley FORSUR no le provee de dinero para su funcionamiento, a diferencia del Fondo MEF creado por Decreto de Urgencia N° 026-2007 que desde el primer día contó con cien millones de nuevos soles.

Reglas para las Contrataciones y Adquisiciones FORSUR

En cuanto a las contrataciones y adquisiciones nuevamente las normas toman como criterio clasificador la fuente de los recursos presupuestales y el objeto de contratación.

Objeto de Contratación

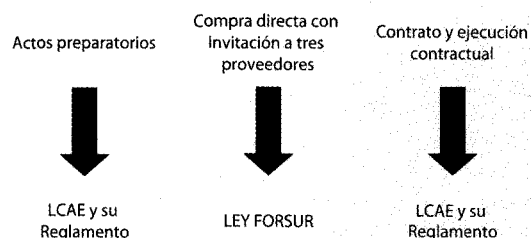
Están sujetos a un procedimiento especial, las compras que se realicen con recursos del FORSUR, para la contratación de:

- Bienes, servicios y obras para la remoción de escombros y reconstrucción.
- Rehabilitación de la infraestructura básica de saneamiento, agua y energía eléctrica, de las zonas declaradas en emergencia por el Decreto Supremo y sus ampliaciones.

Proceso de Selección Especial

En ambos casos se aplica el mismo procedimiento que el establecido por el Decreto de Urgencia N° 026-2007, es decir, la compra directa, con el único agregado de que en este caso existe la obligación de invitar a por lo menos tres proveedores antes de contratar.

Gráfico 2
Aplicación de la Ley FORSUR



Control

El control se sujeta a las normas que regulan el Sistema Nacional de Control, en virtud de las cuales la Contraloría General de la República realiza el control conforme a lo dispuesto en la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema

Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, con la especial mención a que en estos casos designará a una sociedad auditora.

V. Quinto Sistema de Contratación: Otros Fines Distintos a los ya Mencionados en el Acápite Precedente. Ley FORSUR

El quinto mecanismo legal para adquirir bienes, servicios y obras para la reconstrucción del sur, es establecido, asimismo, por la Ley FORSUR.

Objeto de Contratación

No es precisa la Ley FORSUR en este aspecto, solo se limita a decir que las otras contrataciones se rigen por el procedimiento aprobado por el Decreto de Urgencia N° 024-2006, sin especificar si esto se aplica solo a las compras realizadas con cargo a los recursos del FORSUR o no importando cuál sea la fuente del dinero el objeto de la contratación en lo determinante para el régimen jurídico aplicable.

Proceso de Selección Especial

El procedimiento aplicable es el PSA establecido por el Decreto de Urgencia N° 024-2006. Recordemos que este Decreto de Urgencia se aprobó para ser aplicado exclusiva y temporalmente a las compras públicas dentro del denominado *shock* de inversiones. Este DU contempla las siguientes etapas:

Actos Preparatorios

- Inclusión en el Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones.
- Formación y aprobación del expediente de contratación: Requerimiento; Especificaciones Técnicas, Términos de Referencia o Expediente; determinación del valor referencial; disponibilidad presupuestal.
- Aprobación del expediente técnico.
- Designación del comité especial.
- Aprobación de Bases.

Proceso de Selección

- Convocatoria en el SEACE.
- Registro de participantes (dos días).
- Presentación de consultas y/u observaciones (dos días).
- Absolución de consultas y/u observaciones (dos días).
- Integración de Bases (un día).
- Acto público de presentación de propuestas (tres días).
- Evaluación de propuestas técnicas.
- Acto público de apertura de propuestas económicas y otorgamiento de buena pro.
- Consentimiento de la buena pro (dos días).
- Suscripción del contrato al día siguiente de consentida la buena pro o que se resuelve el recursos de revisión ante CONSUCODE (tres días).

Los plazos abreviados de este proceso de selección permiten hacer una contratación en un tiempo aproximado de dos meses y medio para lo que correspondería a una licitación o concurso público.

“(…) lejos de otorgar herramientas jurídicas para una gestión eficiente y eficaz, provee de un complejo y contradictorio entramado legal difícil de descifrar”

Por último, queríamos acotar que podría generarse la duda si lo dispuesto por la tercera disposición transitoria y final de la Ley N° 29076 (*ver supra*) colisiona con lo establecido en el numeral 7.2 del artículo 7° de la Ley N° 29078, Ley que crea el Fondo para la reconstrucción integral de las zonas afectadas por los sismos del 15 de agosto de 2007, denominado FORSUR. Esto es, si la Ley del FORSUR dispone que todas las compras que no sean para la reconstrucción o para la rehabilitación de infraestructura básica de saneamiento, agua y energía eléctrica, serán efectuadas de acuerdo al procedimiento abreviado previsto en el Decreto de Urgencia N° 024-2006 (en principio, únicamente aplicable para el *shock* de inversiones), ¿por qué la Ley N° 29078 establece que se aplica la exoneración por causal de emergencia prevista en la LCAE? Pensamos que la forma de resolver este aparente conflicto entre disposiciones es interpretando las normas, evitando la colisión entre ellas, aunque la respuesta sea incoherente por la falta de lógica de las disposiciones aprobadas. Así, concluimos que cuando las compras se realizan con fondos del FORSUR las compras se realizan con el procedimiento de selección abreviado dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 024-2006, pero cuando se efectúan con fondos del canon, sobrecanon, regalías mineras o FONCOMÚN, las entidades se exonerarán por causal de emergencia conforme a la LCAE.


Control

Se aplica igualmente el artículo 9° de la Ley FORSUR (*ver supra*).

Luego de lo expuesto, es evidente, la falta de lógica y coherencia de la actuación del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo en la dación de las normas aplicables a las contrataciones y adquisiciones de bienes, servicios y obras para la reconstrucción del

sur. Lo cual, lejos de otorgar herramientas jurídicas para una gestión eficiente y eficaz, provee de un complejo y contradictorio entramado legal difícil de descifrar. El resultado que apreciamos, hoy en día, es la inoperancia del FORSUR y la falta de reacción y acción de las demás entidades públicas de las zonas afectadas.

VI. Conclusiones

- La problemática de la eficiencia y eficacia de las compras públicas no es el marco normativo, sino las prácticas administrativas de desviación de poder⁶, que acarrearán la nulidad de los actos administrativos del proceso de selección e inclusive de los contratos celebrados resultados de los mismos.
- La reducción de la discrecionalidad que tienen los funcionarios públicos a los que les corresponde la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, no será nunca suficiente en sistemas con un alto grado de desviación de poder, como el nuestro, con ciertas características de dar apariencia de legalidad a los procesos de selección interpretando la norma y maniobrando en ellas, lesionando el interés público.
- No es cierta la afirmación de que los plazos abreviados son la solución a la problemática de las contrataciones públicas para hacerlas más eficientes y ágiles, porque existen acentuadas fallas de funcionamiento institucional y, como no, una influencia política en las contrataciones públicas. Lo que se requiere en realidad es personal público comprometido con los intereses generales e independientes a la influencia política. En esta línea, la centralización de las compras no es tampoco “la” solución.
- En el caso de la reconstrucción de la zona sureña afectada con el sismo del 15 de agosto de 2007 la multiplicidad de los regímenes de contratación, lejos de coadyuvar a su realización, ha creado un caos normativo que genera confusión en su aplicación. Es necesaria una urgente modificación normativa orientada a la homogeneización de las adquisiciones bajo un solo sistema, más allá de la verdadera reforma consistente en institucionalizar el funcionamiento de las entidades públicas con funcionarios y servidores probos con ética pública, comprometidos con los intereses generales. Estaremos atentos al devenir de los acontecimientos y esperemos que los resultados serán por el bienestar común y la inteligente reconstrucción del sur 

6 La desviación de poder de las potestades administrativas se produce cuando en el ejercicio de estas los funcionarios públicos se apartan de los fines públicos para el cual fueron otorgadas mediante las normas de Derecho Público. Una contratación de un asesor “fantasma” a fin de enriquecerse con sus honorarios sin que el contratado preste servicios de manera efectiva, significa el uso de potestades administrativas en beneficio propio de manera ilegal y contraviniendo el interés público de las contrataciones públicas (este es, el adquirir para hacerse de los bienes y servicios que se necesitan para ejercer competencias administrativas). El problema que se encuentra en la doctrina es la probanza de la desviación de poder. Cuando se ha generado una apariencia de legalidad al poder desviado, es muy difícil detectarla y probarla. Algunas legislaciones como la española han invertido la carga de la prueba. Así frente a la denuncia fundamentada del ciudadano ante el Poder Judicial la Administración Pública deberá probar que sí cumplió con las normas y no contravino el interés público.

VI. Sistemas de Contrataciones y Adquisiciones del Estado Creados Después de los Sismos del 15.08.07

BASE LEGAL	OBJETO DE LA NORMA	RECURSOS A UTILIZAR	OBJETO DE LA COMPRA	ENTIDAD QUE COMPRA	SNIP		CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL PROCESO
					SI	NO	
Decreto de Urgencia N° 026-2007-09-11 17.08.07	Crea FONDO - 15.08.07 Administrado por el MEF Autoriza dos mecanismos de compra distintos al régimen común de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - LCAE	100 millones de nuevos soles del fondo de contingencia	Reconstrucción de infraestructura pública	Cualquiera a la que el MEF transfiera el dinero	SNIP que hasta el 31.12.07 se aprobará a nivel perfil. OPIS tienen 20 días háb. para declarar la viabilidad de los proyectos de RECONSTRUCCIÓN y REHABILITACIÓN de infraestructura pública (R.D. 011-2007-ef/68.01 18.08.07)		PRIMER SISTEMA Compra directa, sin proceso. A la etapa preparatoria se aplica LCAE A la etapa de ejecución contractual se aplica LCAE Veedurías CG
			Alimentos	MIMDES a través del PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS DE NN.UU.		NO	SEGUNDO SISTEMA Compra con reglas de PMA de las NNUU
Ley 29076 23.08.07	Autorizan a GOBIERNOS LOCALES y GOBIERNOS REGIONALES de zonas afectadas, a utilizar fondos del CANON y del FONCOMÚN		1. Reconstrucción rehabilitación de infraestructura pública. Remoción de escombros. 2. Ayuda y asistencia humanitaria	Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales	Si aplicando RD 011-2007-EF/68.01 (20 días hábiles para aprobación)		TERCER SISTEMA Régimen común de la LCAE, el cual tiene la opción a EXONERARSE para hacer una compra directa
Ley 29078 FORSUR 29.08.07	Crean FORSUR Rehabilitar y reconstruir infraestructura pública de los servicios públicos económicos y sociales, según referentes técnicos, en zonas afectadas	Con recursos del FORSUR No especifica si es con o sin fondos del FORSUR	1. Reconstrucción, rehabilitación de infraestructura pública en zonas afectadas, incluyendo viviendas. Remoción de escombros 2. Otras (No específicas. Podría tratarse de ayuda humanitaria, alimentación, personal, etc.)	No especifica. Se supone que las entidades que compren con cargo a recursos del FORSUR	Con SNIP, si es hasta el 31.12.07 con la RD 011-2007-EF/68.01	No requiere SNIP en su primera etapa (FALTA definir cuál es esta primera etapa)	CUARTO SISTEMA Compra directa establecida por el D.U. N° 026-2007, invitando a TRES PROVEEDORES QUINTO SISTEMA Compra abreviada según el D.U. 024-2007 (aplicado al shock de inversiones 1)