

REFORMA DEL ESTADO: ACIERTOS, ERRORES Y EL CAMINO QUE FALTA POR RECORRER*

GOVERNMENT REFORM: SUCCESSES, MISTAKES, AND THE ROAD AHEAD

Entrevista a Jorge Danós Ordóñez**
Estudio Echeconpar, asociado a Baker & McKenzie International

In this interview, the interlocutor analyzes, in general terms, which are the issues that the government reform involves, mainly in three important fields: civil service reform, public contracting system reform, and promotion of the private investment.

Thus, the interlocutor criticizes the way the reforms in some areas have been executed; mentions which are, from his perspective, the successes of some reforms; and outlines proposed solutions for the road ahead for the government modernization.

KEY WORDS: *Administrative Law; government reform; public contracting; civil service; private investment.*

En la presente entrevista, el interlocutor analiza, de forma general, cuáles son los problemas que supone la reforma del Estado, fundamentalmente en tres áreas importantes: reforma del servicio civil, del sistema de contrataciones del Estado, y promoción de la inversión privada.

De esta manera, el interlocutor critica la manera en la que se han llevado a cabo reformas en ciertas áreas; señala cuáles son, según su consideración, los aciertos de algunas reformas; y esboza propuestas de solución para el camino que aún falta por recorrer para la modernización del Estado.

PALABRAS CLAVE: *Derecho Administrativo; reforma del Estado; contrataciones del Estado; servicio civil; inversión privada.*

* La presente entrevista fue realizada por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho el día 15 de julio de 2016. Las preguntas fueron elaboradas por el Consejo Editorial de THÉMIS-Revista de Derecho.

** Abogado. Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Estudios de Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Diplomado en Derechos Humanos por el Instituto de Derechos Humanos de la UCM. Diplomado en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos de Madrid. Profesor en las Facultades de Derecho de la PUCP y de la Universidad del Pacífico, así como en las Escuelas de post grado de la PUCP y de la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Tributario. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA). Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Socio de Estudio Echeconpar, asociado a Baker & McKenzie International. Contacto: jdanos@pucp.edu.pe.

I. SISTEMA NACIONAL DE PROMOCIÓN DE LA INVERSIÓN PRIVADA (SNPIP)

En la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas, Decreto Legislativo 1224, se crea el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada por un afán del Ministerio de Economía y Finanzas [en adelante, MEF] de decir que es el ente rector. Las leyes son muy pródigas a la hora de crear sistemas, pero sobre todo en ese caso es para reafirmar la creciente hegemonía del MEF en el tema de las Asociaciones Público Privadas [en adelante, APP].

Yo critico la forma en la que se ha llegado a la atrofia normativa; en los últimos dos meses, el MEF ha emitido ocho normas, aparte de la Ley y su Reglamento¹, en el tema de las APP². El MEF es pródigo al dictar normas en materia de APP, pero habrá que ver si es pródigo para dar APP. Nos llenamos la boca: regulemos todo, normemos todo, creemos todo.

En la perspectiva actual, el nuevo Decreto Legislativo 1224 y su Reglamento implican un nuevo marco para las APP, que es lo que tradicionalmente hemos llamado Promoción de la Inversión Privada: ello significa establecer los mecanismos legales para que el Estado pueda concertar y contratar con los privados para que estos participen en proyectos y actividades públicas (servicios públicos, infraestructura y otros aspectos más puntuales). Lo importante es que se trata de inversión privada en campos que normalmente son públicos: infraestructura y servicios públicos, y servicios vinculados a estos dos.

El Decreto Legislativo es la evolución de la anterior norma del 2008, el Decreto Legislativo 1012. Yo considero que se ha hipertrofiado la normativa; es un entendido equivocado creer que mientras más regulemos, mejores van a ser los resultados, pues la experiencia demuestra lo contrario. Tenemos una regulación que probablemente sirva para poder enseñar al extranjero y decir lo evolucionados que somos en la normativa sobre el tema, pero que no ha tenido ninguna consecuencia práctica y que –incluso– ha frenado –en la práctica– las iniciativas y la política de promoción de la inversión privada en proyectos públicos. A la Agencia de Promoción

de la Inversión Privada [en adelante, Proinversión] en buena cuenta se le ha limitado absolutamente la capacidad de decisión, que se ha centralizado en el MEF. Por eso se crea un sistema para la rectoría, para que tome las principales decisiones sobre el tema.

Se puede entender, hasta cierto punto, que el MEF piense “bueno, cuando el Estado necesita bienes o servicios, los compra; son relaciones jurídicas y económicas que terminan en dos años. En cambio, una APP es un proyecto de largo plazo (la relación es para veinte, treinta, hasta sesenta años); por tanto, el Estado puede estar asumiendo compromisos”. Entonces, claro, la principal preocupación del MEF son las APP cofinanciadas, con motivo de que el Estado puede estar asumiendo compromisos fiscales; pero el Estado también tiene que ser razonable, prever y ser prudente.

Sin embargo, lo que se hace es, más bien, establecer una procedimentalización al máximo, sujetando todo al Sistema Nacional de Inversión Pública [en adelante, SNIP], que originalmente estaba previsto para cuando el Estado invierte, y no para las relaciones entre privado y público. Es decir, hay un procedimentalismo y unas regulaciones rigurosísimas, que simplemente retardan los proyectos y hacen que finalmente toda la decisión esté en el MEF. Proinversión, en estos momentos, no tiene la capacidad de decisión, a pesar de que su Consejo Directivo está conformado por un fragmento de ministros. Hemos llegado a un nivel en el que, si tendría que sintetizarlo en este momento, diría que tenemos un exceso de normas, hipertrofia normativa sobre la materia, y una concentración de las decisiones más importantes en el MEF; esto último, de forma injustificada en muchos casos.

Probablemente, no es que el SNIP sea totalmente malo. Tiene algo bueno porque sirve para que el Estado, antes de invertir con sus fondos, pueda evaluar las rentabilidades: la rentabilidad social y económica del proyecto; y así se evite el monumento al sombrero de paja, a la yuca, a la maca, etcétera. El problema es cuando volvemos a procedimentalizar y creemos que avanzamos procedimentalizando, normando, regulando, emitiendo

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo 410-2015-EF.

² 1. Resolución Directoral 001-2016-EF/68.01.

2. Resolución Directoral 002-2016-EF/68.01.

3. Resolución Directoral 004-2016-EF/68.01.

4. Resolución Directoral 005-2016-EF/68.01.

5. Resolución Directoral 007-2016-EF/63.01.

6. Resolución Ministerial 167-2016-EF/15.

7. Decreto Supremo 077-2016-EF.

8. Guía Orientativa para la aplicación del Decreto Legislativo 1224, publicada en el portal web del MEF.

cantidades de normas sobre la materia, que simplemente hacen imposible que el funcionario pueda decidir.

Eso es lo que ha ocurrido con el SNIP, que, habiendo sido creado para poder medir el valor de las inversiones que hace el Estado, también se ha extendido –no está mal, probablemente– a las situaciones en las que el Estado y el privado se unen en proyectos de inversión vía APP. El problema es que, tal y como está normado, es de espanto la cantidad de papeles que hay que presentar para solamente un proyecto. Si ustedes viesan cada detalle de lo que debe ser evaluado para que se haga un proyecto, se desincentivarían. Ni los que hacen el proyecto lo saben hacer, y solo están pendientes de que les digan “pasa” o “no pasa”.

Ese es el problema que tenemos actualmente en el tema de las APP. Con respecto a las normas que emite, el MEF dice “desde que se dictó el Decreto Legislativo 1012 hemos evolucionado bastante. Tenemos 15 000 millones de inversión comprometida”. Pero claro, la Línea Dos del Metro son 5 000 millones y el gasoducto del sur, 6 000 millones. Ahí nomás se tiene 11 000 millones; en dos proyectos se tiene el 80% de la inversión comprometida. El resto es muy poco y no ha habido voluntad política. Es un tema que necesita urgente reforma, así como en otras ramas del Derecho Administrativo, como la de las contrataciones, en la que también hay un exceso normativo, una tendencia burocrática y de concentrar el poder de decisión. Y todo esto en un gobierno que, en estos aspectos, no ha tenido visión política.

1. ¿Hay sustento jurídico para determinar que los contratos de APP que se suscriban y que no tengan la opinión del MEF sean nulos?

No. Yo creo que eso es parte de la excesiva hegemonía que se ha atribuido el MEF. Tengamos en cuenta que estas normas son dictadas por el Poder Ejecutivo y, obviamente, quien las elabora y las crea es el MEF. Entonces, el mismo MEF se reserva un rol preponderante, hegemónico, concentrador de las decisiones principales. Aun para efectos de que la entidad diga “no, es autofinanciada”, dice “no, yo no creo. El único que puede determinar realmente si son autofinanciadas o cofinanciadas soy yo”. Y aunque se trate de recursos que no son del tesoro nacional. Por ende, creo que hay un sobredimensionamiento, casi, diría, un autosobredimensionamiento, del MEF, que debe corregirse, así como esa hipertrofia normativa que ha generado. Yo no promuevo normando más. Eso es falso,

eso es un mito, y una tendencia burocrática que, obviamente, no les gusta reconocer.

Sobre el tema de la nulidad, el año pasado se dijo que Lima no había sometido a aprobación del MEF unos proyectos de APP; y antes de eso también hubo en diciembre de 2014 otra polémica porque, cuando estaba terminando la gestión de la señora Susana Villarán, se dio una concesión muy importante para el tema del recaudo central de los corredores. Y, simplemente, cuando ya habían otorgado la buena pro y seleccionado un contratista, el contrato fue sometido al MEF, que dijo: “Ah no, a mí me tienen que preguntar antes de dar la buena pro. No opino”.

Es decir, realmente el MEF ha sido pródigo en señalar que todo es nulo de pleno derecho si él no interviene. No ha habido otro aspecto en el Perú en el que haya más normas que incluyan la nulidad de pleno derecho, que nadie sabe cómo funciona. Realmente no es sino una exageración del MEF. Todas las veces en las que no interviene, la consecuencia es la nulidad de pleno derecho, y la verdad es que nadie sabe cómo opera eso. Pareciera que, al no hacerlo, es automático, es absoluto.

2. ¿Los Proyectos en Activos serían una forma de privatización?

No, el Proyecto en Activos tiene, más bien, que ver con bienes del Estado. Cuando se habla de privatización, se asocia más bien a que el Estado vende algún tipo de organización o empresa. En el Proyecto en Activos, lo que hace el Estado es reducir el capital de activos y luego poder disponer de ellos. Pero no es el tema de empresas del Estado. En la privatización el Estado permite que un privado pueda ingresar a un servicio público esencial.

El tema de Proyecto en Activos no es sino más que llevar a la Ley de APP un tema que ya se venía dando. Por ejemplo, las servidumbres o derecho de superficie para hacer los parqueos subterráneos, como hay ahora en San Isidro y Miraflores, o temas, por ejemplo, como Larcomar; si se hubiesen hecho hoy, sería como proyecto en activos. No se generan para dar un servicio público o infraestructura. El Estado dispone de sus bienes para promover la inversión y, claro, una inversión que le interesa, pero sin llegar a ser un servicio público.

En realidad, es una norma que puede ser paralela a la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales³, que ya regula en qué casos el Estado tiene que transferir determinados bienes para que el

³ Ley 29151.

privado desarrolle actividades de inversión. Esto es mucho más específico y preciso en las normas del Decreto Legislativo 1224, cuando regula el Proyecto en Activos.

3. ¿Esta es una norma “hacia adentro”?

Es una norma para el interior de la Administración. Es decir, cuando hablamos de la evaluación de impacto regulatorio, estamos hablando más bien de la proyección de acción del privado. Entonces, mi temor es que, más bien, se vaya también a establecer un mecanismo que llegue a ese extremo burocrático, de tal manera que se limite al Estado en demasía. Es decir, hay una tendencia de la burocracia, no solamente en el día a día, sino también en la excesiva regulación y, por esa vía de querer concentrar, sería hegemónica la capacidad de decisión. Yo creo que, en este momento, hemos llegado a un nivel no visto antes: ha sido un proceso, no de la noche a la mañana, para tener ahora un “súper ministerio”, que es el MEF, que concentra todas las decisiones; los principales proyectos pasan por él.

Eso es explicable en un país que ha estado en crisis, que ha tenido que cuidar los recursos, pero no puede ser que todas las principales políticas del Estado se concentren únicamente en un sector. Creo que ahí hay un grave problema de organización y diseño, y una falta de voluntad política por parte de los gobiernos. Creo que eso está en el fondo.

II. REFORMA DEL SERVICIO CIVIL

La actuación de la Autoridad Nacional del Servicio Civil [en adelante, SERVIR] me parece muy buena, pero creo que el MEF ha retardado la entrada en vigencia de la Ley del Servicio Civil⁴ por un tema presupuestal. Creo que SERVIR, como entidad, ha hecho un gran avance y trabajo, pero creo que ha faltado una voluntad política de “aterrizarlo”.

En las décadas de 1980 y 1990 se hablaba de las “reformas de primera generación”, que se dieron a nivel mundial. Las reformas de primera generación a nivel mundial replanteaban el rol y el tamaño del Estado: cuál debería ser su rol y buscar redimensionarlo. Eso, en el Perú, vino acompañado de una gravísima crisis económica hasta la década del 80, más o menos. Entonces, lo que se hizo en los 90 fue la reforma de la primera generación, que replanteaba el rol del Estado en la economía, y en otras principales actividades; y eso obligaba, por la crisis además, a redimensionar el Estado, a reducirlo. Eso originó que una Administración Pública que había crecido

en demasía al final de los ochenta, tuviera que redimensionarse y reducir su personal durante los noventa. Eso, además, generó un desorden absoluto en el régimen del personal del sector público.

Desde comienzos del nuevo siglo y finales del siglo pasado, cuando hablamos de “reforma del Estado”, hablamos de reformas de segunda generación. Salvo gente muy radical, ya nadie habla de reducir el tamaño del Estado, ni de que “hay que botar gente”; si alguien dijera eso, se acaba la reforma del Estado por la presión social que habría y por el recuerdo de la década del noventa. Eso no cabe.

Las reformas de segunda generación —que no son de ahora, sino de hace unos quince años— buscan un mejor Estado, una calidad de Estado, que es lo que todos reclamamos: desburocratización, que el Estado sirva para fomentar la actividad económica, para que el país sea competitivo en una economía global. Calidad de Estado implica un mejor Estado, no una reducción del tamaño del Estado; y solamente puede haber calidad del Estado si es que cuenta con elemento humano de calidad. En toda organización humana —empresa, asociación o lo que queramos— hay recursos financieros, materiales, pero los más importantes, son los recursos humanos.

Lo más importante que tiene el Estado es el recurso humano, y el gran problema es que tiene un desorden normativo absoluto. Perdería el tiempo si hablase del Decreto Legislativo 276, del régimen laboral privado, de los servicios no personales (ahora, “CAS”), de los regímenes especiales para médicos, profesores, etcétera. Es un desastre absoluto.

Entonces, la Ley del Servicio Civil era una necesidad que venía de la década pasada; pero, claro, cuál es el problema: nadie asumía la voluntad política de hacerlo. Es decir, los gobiernos presentaban proyectos de ley, pero los partidos políticos que creían tenían alguna posibilidad de llegar al gobierno no tenían mayor voluntad política de aprobarla por una razón: porque simplemente se estaría cerrando la posibilidad de utilizar el Estado como botín para poder premiar a los que ayudaron en la campaña o a los afiliados. Entonces, todo eso retardó e impidió la reforma. La Ley del Servicio Civil pudo por fin cristalizar, luego de más de diez años, una reforma o intento de reforma. Esa ley fue previamente acompañada con algunas reformas que se hicieron a finales de la década pasada: la creación de SERVIR, del Tribunal del Servicio Civil, etcétera.

El problema es que la reforma tiene muchos ene-

⁴ Ley 30057.

migos, de los más variados: (i) los sindicatos, porque quisieran ser ellos los que predominen; (ii) la alta burocracia, porque cree que con una ley que intenta normar a todos va a decir “yo pierdo, pues soy el tuerto en tierra de ciegos. A mí me pagan más, y si voy a estar como todo el resto, me van a pagar menos. Voy a tener un régimen más uniforme, y eso no me interesa”; (iii) los partidos políticos, que tienen afiliados o que esperan poder usar el Estado como botín, a los que no les interesa porque una norma que reforma el servicio civil es una norma que apunta a la meritocracia.

La meritocracia no es un principio en sí, sino un derivado del principio constitucional de igualdad: todos tenemos derecho al acceso a cargos públicos, no solo electivos, sino también para trabajar. Por tanto, debe ingresarse por concurso, debe haber promoción por concurso y el objetivo —como está en todos los documentos— es profesionalizar la función pública. Es indispensable que tengamos un buen aparato administrativo y personal motivado, que haya carrera y no régimen laboral privado, que no tiene estos procesos, que son propios del sector público. Los procesos son: ingreso por concurso, capacitación, promoción, evaluación. Eso no hay en el sector privado, sino en el público porque en este el personal que ingresa tiene que cumplir un fin público y un fin de tutela al interés general.

Un gran avance ha sido el aprobar la ley y lo que viene haciendo SERVIR, pero es un gran problema la falta de voluntad política. Felizmente, es probable que el gobierno entrante no afecte la Ley del Servicio Civil. Parte de la campaña de otros candidatos se basó en lo que dicen algunos congresistas: “Yo voy a derogar la Ley del Servicio Civil”. Así, se convirtió en un tema de campaña, a pesar de que es la principal reforma del Estado en los últimos diez o quince años.

Estamos hablando de la principal reforma de la Administración Pública. No creo que el gobierno entrante quiera afectarla, a pesar de que la secretaria general de la Confederación General de Trabajadores del Perú haya dicho, acerca de una reunión con el presidente electo, que: “él ha ofrecido que va a dejar sin efecto esta ley, que perjudica derechos”. Para ellos, perjudica los derechos, y eso es absolutamente falso. Lo que creo que ha sucedido es que ha habido una falta de voluntad política al más alto nivel para acelerar la implementación de la ley en varias entidades y, de otro lado, una visión proveniente de cierto sector de la burocracia que tiene el manejo económico (llámese MEF), que ha retardado la reforma porque

tiene temor por el impacto en el costo fiscal, sin tomar en cuenta las ventajas que tiene para mejorar la administración del sector público.

No se presta atención a este tema y, más bien, la discusión se va para otros lados, sobre “¿debe estar en la ley el BCR, la SBS, la SUNAT y el Congreso?”, pero ese no es un tema importante. A veces se preguntan: “¿debe haber o no negociación colectiva?”: no, lo que el Tribunal Constitucional ha dicho es que sea conforme a una ley que lo regule; no es lo mismo que el sector privado, no son fondos privados, sino nuestros. Por tanto, tiene que tener parámetros; y quien está negociando, de parte del Estado, no es dueño de los fondos, sino un funcionario público que maneja nuestros fondos. Es otra lógica. “¿Debe tener estabilidad quien entró por la ventana pero está hace años?”: No, no debe tener, que vaya a su concurso. Hay una jurisprudencia importante: el caso Huatuco⁵. El Tribunal Constitucional dijo “no cabe proscribir, pero hay elementos diferenciadores”. No es que diga “aplíquese la ley de negociaciones colectivas”. Y esto tiene que ser materia de una ley, para que recién pueda haber negociación colectiva; con lo cual está reconociendo que no es igual que en el sector privado.

Yo no tengo dudas de que la exclusión de algunas entidades de la ley no tiene ninguna justificación. Probablemente, una o dos entidades sí habrían tenido justificaciones, pero otras han dicho “yo también”, que eran todas las que “tenían llegada” en el momento en que se aprobó la ley. Hay entidades públicas que tienen funcionarios que están todo el día en el Congreso, son como sus lobbistas funcionarios. Tienen a un funcionario todo el día en el Congreso para que facilite a los congresistas información de la entidad y para que, también, cuando necesiten algo, se apruebe en la ley. Entonces, no tengo ninguna duda de que probablemente haya una o dos entidades que yo sí hubiera justificado que estén fuera de la ley, pero porque funcionan bien; porque, estando bajo régimen laboral privado, por el tipo de entidad que son, funcionan bien. Me refiero al BCR y a la SBS. No tengo ninguna duda de que probablemente a ellos en un primer momento no era necesario colocarlos ahí.

¿Por qué están los demás? Porque hubo el efecto “yo también”. Por ejemplo, yo no encuentro ninguna justificación para que el Congreso y la SUNAT estén afuera. Pero sí en entidades como el BCR, que ha tenido bajo el régimen laboral privado una virtual y verdadera carrera administrativa propia, desde hace veinte años o más. Entonces, ¿por qué alterar lo que funciona bien? La reforma del servi-

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 05057-2013-PA, del 16 de abril de 2015.

cio civil implica modificar, aclarar, mejorar lo que está mal, normativa o funcionalmente; no lo que está bien. Pero, insisto, este es un tema anecdótico de la discusión. El centro está en qué se está demostrando la reforma.

La Constitución señala que debe haber carrera administrativa, lo que no significa que la ley se va a llamar “de carrera administrativa”. La ley se pudo llamar –como se intentó en la década pasada– “empleo público” o –como ahora se llama– “servicio civil”. Lo cierto es que es un régimen diferente. No es un régimen laboral, es un régimen que está compuesto por un conjunto de procesos porque al Estado le interesa, en primer lugar, respetar la igualdad. No es que “usted me cae bien, pasa”, o “estudió en el colegio de mi hijo” o “su profesor es mi amigo”. No, hay igualdad y ese es un principio universal. Igualdad en el acceso al cargo público no solo significa poder ser electo, sino poder trabajar también. Por tanto, en el ámbito privado, yo empresario puedo contratar a quien quiera porque me cae bien, pero en el sector público no es así. Se tiene que entrar por concurso.

Un segundo tema tiene que ver con el tema de promoción: es carrera. Es un tema en el cual no es que entro acá y me quedo ahí. No, tiene que haber posibilidades de ascenso, pero, claro, previa capacitación y previa evaluación. ¿Por qué? Porque de lo que trata el régimen jurídico aplicable a los trabajadores públicos es que puedan profesionalizarse y puedan especializarse. Esa es la lógica que está detrás.

Realmente falta, más que un trabajo del SERVIR, la voluntad política de que comience a aplicarse con sus consecuencias. De lo contrario, va a ser una ley que va a tener un periodo de maduración muy amplio. Es verdad que la ley establece siete años para poder aplicarse, pero, en los tres años que tiene, yo creo que no se ha avanzado lo suficiente. Creo que no se ha avanzado y, más bien, se deja espacio para que estos enemigos, que son muy variados, sigan queriendo, por razones políticas, neutralizar la ley.

A veces, hay un entendido equivocado de que los únicos que pueden estar interesados en una norma de esta naturaleza son quienes forman parte del sector público. Están totalmente equivocados. Ahí, más bien, quienes no formamos parte del sector público –que somos la ciudadanía, los que recibimos los servicios y los que aportamos con nuestros tributos– somos los que tenemos la voz para poder remendar qué servicio queremos y cómo debe estar organizada la administración pública.

La reforma debe reforzarse porque me preocupa a mí que haya sido objeto de bandera demagógica

de campaña de algunos postulantes al Congreso y al Ejecutivo; aún se escuchan voces contrarias. Sin ninguna duda, toda obra humana puede perfeccionarse, pero lo que no entiendo es que se pueda estar en contra de una reforma que es muy importante y que se ha estado esperando y que, más bien, debería acelerarse.

III. ORGANISMOS REGULADORES Y ORGANISMOS FISCALIZADORES

Los reguladores son una suerte de termómetro de garantía de la inversión privada en sectores claves como servicios públicos; de tal manera que, si los reguladores funcionan muy mal, se está afectando la garantía jurídica de los inversionistas.

El gran problema de los reguladores, desde el 2006, es que no completan su Directorio. Antes era peor; en su momento, hubo reguladores que tenían uno o dos de cinco miembros, y eso es gravísimo porque, precisamente, la pluralidad del directorio o colegiado es lo que garantiza la imparcialidad, independencia y autonomía. El regulador existe para poder neutralizar la intervención política sobre las decisiones, e impedir la captura por intereses privados. Si un regulador no tiene el número adecuado de miembros del Directorio, obviamente se ve mermada esa capacidad, por más que tenga transparencia. Ya sea por desidia o porque se exige concurso (entonces, no hay voluntad en que se lleve a cabo), lo que es menos atrayente que designar a uno u otro desde mis cercanos o vinculados, hay un problema ahí del gobierno, que no ha tenido mayor interés en el tema y eso debería ser materia de estudio y de alguna reforma.

Ya lo estamos viendo en el tema de la Defensoría del Pueblo: el Defensor tiene más años como interino que si hubiera sido designado formalmente. Hemos tenido durante años el problema con el Tribunal Constitucional, y se va a volver a reproducir, seguramente, aunque ahora hay una mayoría en el Congreso. A nivel del regulador, ese no es el problema; el problema es que hay que convocar concurso y da la impresión de que tienen desidia porque ahí no tienen capacidad de decisión absoluta.

Otro tema que no puedo evitar comentar, es que, desde la perspectiva de la actividad profesional y de las empresas, se aprecia que en los últimos años hay una suerte de tendencia excesiva de parte de no solamente los reguladores, sino de los organismos públicos en general, a considerar que cumplen sus funciones sancionando más. Es decir, en lugar de promover el cumplimiento del ordenamiento jurídico –fiscalizar, supervisar, crear condiciones–, creen que evidencian cumplir sus labores sancionando. Durante años, he visto casos en los

cuales la misma entidad tenía un criterio correcto o tolerante, pero, de repente, cambian y comienzan a sancionar y ahí pareciera que hubiera una suerte de error de enfoque, porque el objetivo no es sancionar, no es la sanción *per se*: uno sanciona para desalentar y para corregir la conducta.

Más bien, debería haber más medidas preventivas que promuevan y estimulen el cumplimiento de la norma, antes que sancionar. Felizmente, hace unos años el gobierno sí trató de corregir el incentivo perverso que algunas entidades tenían de multar para obtener ingresos. Había muchas entidades a las que la norma reconocía capacidad de ingreso propio, sobre las multas que establecían. INDECOPI, OEFA y otras entidades. Ese es un incentivo perverso porque, mientras más multan, tienen más ingresos. Eso fue parcialmente corregido por una Ley del 2014⁶, que lo prohibió en buena cuenta. Salvo en el caso de algunas entidades que dijeron: “Ah, pero yo no estoy en ese listado”, como INDECOPI.

Insisto, hay un mal entendimiento de considerar que, mientras más sanciono, cumpla más; cuando la idea es que, sobre todo cuando la conducta del privado afecte a otro privado, al afectado no le interesa cómo sancionan al otro, sino que ese que le está afectando corrija su conducta infractora y tenga los mecanismos para hacerlo. Y eso creo que es lo que está faltando a nivel de reguladores y otras entidades de fiscalización. Si ustedes reparan, en esta década y la pasada, a parte de los reguladores, se han creado más organismos públicos de fiscalización y sanción, sobre todo en temas de intereses públicos que probablemente antes no han estado tan atendidos, como ha ocurrido en el tema laboral (SUNAFIL), ambiental (OEFA), de transportes (Sutran), etcétera. Estos han sido creados no como reguladores, a pesar de que alguno de ellos crea que lo son, sino como entidades de fiscalización en el ámbito nacional. Hace falta un reenfoque de sus objetivos.

IV. LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO⁷

Creo que todo al final redundará sobre el MEF porque también es el que preside el sistema de contrataciones. Hemos llegado también a un régimen legal y a una práctica en materia de contrataciones excesivamente regulada, formalista y ritualista; donde se privilegian los criterios de control antes

que de eficiencia. No obstante que la nueva ley —que está vigente desde este año en virtud de la dación de su reglamento⁸— establece que se debe tomar en cuenta como principio rector la gestión por resultados, que el Estado debe obtener los medios, los bienes y servicios indispensables para cumplir su misión de tutela del interés público; lo cierto es que, desde hace muchos años, hay toda una cultura en el régimen y la práctica de compras del Estado absolutamente formalista, donde lo que se privilegia es el procedimentalismo y donde poco se tiene en cuenta la racionalidad.

La misma ley sigue esa cultura. No hay quien la defienda y diga que es absolutamente racional. En temas de impedimentos, en tema de sanciones y las consecuencias de las sanciones de inhabilitación, no hay alguien que pueda defenderlo. Ni el propio OSCE lo puede defender, ni su Tribunal, que aplica la sanción de inhabilitación. Pero simplemente dicen: “Qué pena, es la ley”. Y si alguien propone reformarla, se vive bajo el chantaje de decir: “Ah, si quieres reformar eso, aunque parezca irracional, estás con la corrupción”. Por tanto, tenemos una norma que tiene una serie de aspectos reconocidamente irracionales, lo cual es inconcebible y, sin embargo, nadie propone poder reformarla por el temor de que le digan que está con la corrupción.

Eso en la ley de contrataciones. Pero también tenemos una cultura construida a partir de la práctica de la aplicación de la ley, que es absolutamente formalista y ritualista; no solamente por parte de las entidades públicas, que tienen a su cargo las oficinas de logística, del OSCE y su Tribunal, sino también por parte de organismos privados. Los privados competidores (hay sectores en los cuales compiten de manera muy intensa), se aprovechan precisamente de esa lógica formalista para poder cuestionar al otro postor por una coma, por un punto de más, por temas menores. ¿Cuál es el efecto? Que no se cumple el requisito que manda la Constitución en materia de contrataciones: que haya el buen uso de los recursos públicos, lo cual significa que el Estado tenga competencia; es decir, que haya quien compita por mejores precios y oferta.

Si ustedes ven la página web de OSCE, la estadística demuestra que, en promedio, solo hay 1.2 postores por cada procedimiento de selección. 1.2 postores significa que hay uno y tal vez otro

⁶ Ley 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

⁷ Ley 30225.

⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF. Según Octava Disposición Complementaria Final de la Ley 30225, esta entrará en vigencia a los 30 días calendario, contados a partir de la publicación de su reglamento, los cuales se cumplieron el 9 de enero del 2016.

más en promedio. ¿Por qué hay uno solo? Porque las normas son tan rígidas, tan formalistas, y de una interpretación, práctica y cultura de aplicación absolutamente rígida, formalista, literal, que hace que sea muy fácil poder excluir a un postor. Finalmente, no predomina la competencia, no predomina que el Estado tenga los recursos. No, lo que predomina es la forma. Lo que predomina es el ritualismo.

Y eso se ve, no solamente en la poca competencia que hay, sino en temas que incluso han llamado la atención de la Contraloría, como por qué el Estado pierde sus arbitrajes. Hay un informe de Contraloría de noviembre del 2015, que está publicado en su página web, que contiene una estadística sobre determinado número de laudos, en los cuales el Estado ha perdido en el 70% de ocasiones⁹. Ahora, la Contraloría no le echa la culpa al hecho que hay árbitros corruptos, ni tampoco a que los abogados sean ineficientes al defender al Estado; tampoco, ese es un problema de gestión. El problema no proviene desde que se genera el conflicto. El problema proviene desde el contrato. El problema proviene de cómo las entidades hacen cumplir el contrato. Es decir, muchas veces compran un Volkswagen, pero exigen que les entreguen un Mercedes. El funcionario se esfuerza en decir: “No, si no soy ultra riguroso y más de lo debido, van a decir que me ha pagado el contratista”.

Entonces, se generan controversias, se prefiere que vayan a la vía arbitral, que se detenga todo, y simplemente el Estado pierde porque, obviamente, no es solamente que puedan estar mal las bases del contrato; sino que, en la gestión misma, en la ejecución del contrato, hay una serie de errores por parte del Estado por esa visión formalista, que hace que privilegie que cualquier tema se decida en sede arbitral. Las veces que el Estado o sus funcionarios llegaron a una transacción o conciliación, por ejemplo, son escasísimas. Eso significa que la ciudadanía no va a tener a tiempo un hospital, colegio, ni que el Estado cuente con los equipamientos o con los materiales para actuar. No importa. El funcionario prefiere, para evitar ser objeto de una acción de control, que se discuta en sede arbitral y que sea otro el que lo decida, y eso genera un montón de distorsiones. Y esa cultura no viene de ahora, viene de hace años y, lamentablemente, no se ha corregido.

Supongo que esto viene del MEF, cuando menos, y de su intento de poder decidir. Miren lo que dice el

artículo primero de la Ley 30225: “La presente ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten [a usarlos lo mejor posible] y a promover la actuación **bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que esta se efectúe de forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cubrimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos [...]**” [el énfasis y el añadido son nuestros]. Es decir, se trata de que finalmente el Estado cuente con los bienes y servicios y obras que no tiene, para lo cual tiene que convocar al privado, pagarle y contratarlo. Eso no se está produciendo. Eso se refleja en todas las estadísticas de déficit de ejecución de la inversión. El Estado ha contado con recursos, pero no puede ejecutar por las dificultades que hay para contratar. Creo que ese es también un tema en el que urgen reformas.

V. CONCLUSIONES

Yo creo que hay una gran preocupación sobre el tema de tramitología, la permisología, y burocratización. Se han tomado en los últimos diez años varias medidas para evitarlo. Pero, claro, ahí vivimos un tema a veces de péndulo. Es decir, podemos promover la reforma en determinado aspecto, pero, apenas se genera un problema, algo así como parte de nuestra conciencia o nuestro pensamiento, nuestra idiosincrasia es decir “¿quién es responsable?”, “¿por qué no está regulado?” y “¿por qué dieron permiso?”.

Entonces, comenzamos a generar permisos, licencias y autorizaciones. Aun así, es inevitable que en el sector público no se tome en cuenta el principio de subsidiariedad —el Estado solamente debe intervenir ahí donde es necesario— o la cultura de intereses públicos; es decir, el Estado interviene no porque siempre tiene que estar para ejercer el poder de policía, sino para poder verificar que no se afecten los derechos de los ciudadanos, de todos nosotros, ni los intereses públicos. En esos casos interviene, pero solo para verificar. Pero lo que sucede es que, a veces, algunas entidades (sobre todo, municipalidades), para generarse fondos públicos, crean procedimientos para cobrar tasas; y, en otros casos, son entidades que, para darse importancia o justificar su existencia, crean requisitos, generan necesidad de algún tipo de permiso, autorización y una obligación de pago

⁹ Según Nota de Prensa 32-2015-CG/COM de la Contraloría General de la República. Ver:

http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/b60d416d-106d-4e6c-a574-dc1378fbad51/NP_032_2015_.pdf?MOD=AJPERES&ContentCache=NONE&CACHEID=b60d416d-106d-4e6c-a574-dc1378fbad51.

de tasas. Y, encima, con el problema de que no resuelven dentro del plazo; entonces, por más que se pueda aplicar el silencio negativo o positivo, el proceso se dilata.

Entonces, sin lugar a dudas hay que generar cambios. En todas estas materias, creo que se ha avanzado bastante en temas de ventanilla única, de leyes nacionales que regulan procedimientos administrativos municipales importantes, como la licencia de funcionamiento, la licencia de habilitación y edificación; lo que se ha hecho en el 2008 es aprobar leyes nacionales que sintetizan en buena cuenta la regulación. El problema es que, en el camino, luego, se han ido aprobando otras leyes que ya comienzan, otra vez, a incurrir en el tema del exceso de normativa y comienzan simplemente a decir: “Yo regulo estos requisitos, pero otros pueden ser establecidos por distintas entidades”, lo cual, obviamente, vuelve complejo todo el tema.

Se ha venido hablando de poder importar la técnica del análisis de impacto regulatorio como mecanismo para poder evitar excesos de intervención del Estado, del poder de policía, vía normativa. En principio, uno podría decir: “De acuerdo, el

objetivo todos lo compartimos”; pero me preocupan los medios, porque tengo todavía en mente cómo se ha distorsionado el SNIP. Yo defiendo que tiene que haber un sistema de evaluación de inversiones, sí, para evitar lo que todos conocemos, pero no el actual. Es decir, ahí creo que ha ocurrido lo que sucede con la Ley de Contrataciones y, sobre todo, con la Ley de APP; que es que la burocracia tiende a creer que regulando hace más. Estamos hablando ahí de regular a la propia burocracia. No es el impacto regulatorio que se aplica a los privados; sino que la propia actividad de la administración cree que se funciona mejor regulando más. Ese es el SNIP, esa es una ley de APP, esa es la propia Ley de Contrataciones. Son normas “hacia adentro”.

Un gobierno que pueda tener voluntad de promover la inversión puede combatir la idea de que regulando se hace más. Además, debe convocar a quienes están en la práctica, quienes le pueden decir qué es lo que sucede, y no dejar en manos de quien ha dictado estas normas, quienes le van a decir: “Tenemos el mejor mundo. Hemos regulado todo el régimen de riesgos. Hemos regulado todo esto de acá. Hemos regulado todo lo otro de allá, etcétera”. ■