

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Temas de contratación con el Estado

Perspectiva jurídica



EDITORIAL UPC
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas



Alfredo Soria

(coordinador)

Es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho de la Empresa por la PUCP. Especialista en contratación pública y privada. Integrante de la nómina de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL), del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos (CARC) de la PUCP, entre otras instituciones arbitrales de prestigio. Coautor de los libros *Impacto de las innovaciones tecnológicas en el derecho privado* (2009), *Contratos modernos* (2014) y *Derecho de obligaciones* (2016). Autor de diversos artículos acerca de contratación pública, arbitraje y contratación comercial.

ORCID: 0000-0003-0834-9541

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)

Temas de contratación con el Estado

Perspectiva jurídica

© Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Coordinación: Alfredo F. Soria Aguilar
Edición: Luisa Fernanda Arris
Corrección de estilo: Claudia Prieto Requejo
Diseño de cubierta y diagramación: Dickson Cruz Yactayo

Editado por:
Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S. A. C.
Av. Alonso de Molina 1611, Lima 33 (Perú)
Teléfono: 313-3333
www.upc.edu.pe
Primera edición: enero de 2022
Impresión bajo demanda
Versión *e-book*: enero de 2022

Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC)

Biblioteca

Alfredo F. Soria Aguilar (coord.)
Temas de contratación. Perspectiva jurídica

Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2021

ISBN de la versión *epub*: 978-612-318-385-1

CONTRATOS PÚBLICOS, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, COMPRAS DEL GOBIERNO,
LEGISLACIÓN, PERÚ
346.023 SORI

DOI: <http://dx.doi.org/10.19083/978-612-318-385-1>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2021-13946

Esta publicación fue sometida a un proceso de revisión de pares antes de su divulgación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo, por escrito, de la editorial.

El contenido de este libro es responsabilidad del autor y no refleja necesariamente la opinión de los editores.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública en el Perú se rige por un amplio número de reglas y procedimientos especiales. Dichas disposiciones dependen del objeto contractual regulado, pues existe una regulación particular para los contratos de concesión, de estabilidad tributaria, de adquisición de bienes, de servicios u obras, así como los contratos de arrendamiento de los bienes que pertenecen al Estado o de asociación pública privada.

Las normas que rigen la contratación pública son múltiples y diversas. Es más, su constante cambio y la existencia de una serie de excepciones en la aplicación de estas provoca que su regulación sea más laberíntica. Para un novel lector o para quien comienza a trabajar en temas de contratación pública, este panorama puede parecer ininteligible. Por ello, precisamente, este libro pretende facilitar la comprensión de una parte de esta extensa regulación y materializa una de las iniciativas académicas del Grupo de Investigación en Contrataciones con el Estado (GICE).

Acerca del GICE, en 2016, conjuntamente con un grupo de entusiastas alumnos y egresados de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), coincidimos en que era posible contribuir académicamente en el estudio de la contratación estatal, generando espacios de reflexión sobre estos temas. De esta manera, nació el GICE y empezaron los seminarios de actualización en contrataciones con el

Estado, abiertos al público y de acceso gratuito. Asimismo, se inició la publicación de las actas de los eventos en la reconocida biblioteca de arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre.

Desde el primer día hasta la actualidad, el esfuerzo de sus jóvenes fundadores, Lesly Shica Seguil, Camila Castro Aldana, Miguel Ángel Reyes Chuquiure y Diana Centeno Quispe, sumados a los de cada integrante del GICE, han cumplido ampliamente los objetivos iniciales. Es un gran honor y un verdadero orgullo que estos extraordinarios jóvenes me hayan considerado asesor principal de este grupo de investigación desde sus inicios.

Referirme al GICE siempre me llena de emoción y es muy grato continuar con la descripción de la presente publicación como uno de sus importantes logros. Esta obra constituye un importante material de consulta, esclarecedor y relevante, tanto para especialistas como para quienes se inician en esta materia especializada. Mediante un lenguaje técnico y, a la vez, accesible, esta obra presenta el análisis de algunos de los temas más recurrentes e importantes de la contratación pública con un enfoque especial del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley 30225 y su reglamento, los cuales regulan el ámbito de la adquisición de bienes, servicios o contratación de obras por parte del Estado.

Este libro ha sido escrito por más de 20 reconocidos árbitros, abogados y docentes universitarios especializados en contratación pública y en medios de solución de controversias en el ámbito de la contratación estatal. A continuación, se realiza un breve recuento de los temas que se tratan.

En relación con los actos preparatorios y métodos de contratación, Carlos Ireijo Mitsuta explica que la programación, así como la formulación y la valorización de los requerimientos, son cruciales antes de efectuar cualquier adquisición de bienes, servicios u obras. Por su parte, José Zegarra Pinto desarrolla la contratación directa.

Respecto al contrato y a la ejecución contractual, Gustavo Nilo Rivera Ferreyros aborda el tema del contrato administrativo; Sergio Tafur Sánchez y Andrés Criado León, de manera individual, plantean su posición sobre la nulidad de oficio de los contratos; José Antonio Sánchez Romero y Eduardo Solís Tafur hacen lo propio acerca de las penalidades; Claudia Cecilia Lau Buendía se centra en la resolución contractual; Aileen Solís Arce analiza uno de los importantes problemas que se presenta en el sistema de precios unitarios; Rodrigo Freitas Cabanillas estudia los vicios ocultos; Katherine Waidhofer Ludeña y Leandro García Valdez, en coautoría, tratan la temática de la obra sustancialmente culminada y el atraso concurrente; y Luis Juárez Guerra indaga sobre la afectación al equilibrio económico contractual, aspecto de mayor relevancia en la contratación pública. Además, en esta sección, se incluye un texto de mi autoría sobre el resarcimiento del daño en la contratación con el Estado, el cual propone ideas básicas para comprender con mayor facilidad sus alcances.

La solución de controversias en la contratación con el Estado también tiene un espacio especial en esta obra. Así, Ana María Arrarte Arisnabarreta y Angela Cámara Chumbes, en coautoría, identifican cuándo es ineficiente litigar, a la luz de lo establecido en los numerales 12 y 13 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado; María Hilda Becerra Farfán desarrolla la conciliación en la Ley de Contrataciones del Estado; Juan Diego Gushiken Doy y Daniel Triveño Daza, en artículos individuales, brindan su visión sobre la junta de resolución de disputas; Pierina Mariela Guerinoni Romero explora el panorama actual del arbitraje en contrataciones del Estado; Oscar Alejos Guzmán describe el uso del precedente en el arbitraje de contratación pública; y Manuel Villa-García Noriega, Josefina Salinas Tipiani y Daniel Quintana Santa Cruz, en coautoría, abordan la anulación del laudo arbitral en las contrataciones del Estado.

Finalmente, en cuanto a infracciones y sanciones, Sandro Hernández Diez analiza la retroactividad benigna en la contratación pública.

Los temas que se tratan en esta obra constituyen aspectos esenciales en la contratación pública. Estoy seguro de que será de gran utilidad para quienes necesiten aclarar conceptos, así como para aquellos que busquen algunas respuestas en esta área especializada del derecho.

No quiero terminar estas líneas sin antes expresar mi agradecimiento a Jedia Otero León, sobresaliente estudiante y asistente de docencia del curso Contrataciones con el Estado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), por su inmenso apoyo en la coordinación con cada autor de este libro. De igual manera, agradezco a la Editorial UPC por haberlo editado con profesionalismo y esmero.

Alfredo F. Soria Aguilar

La programación, la formulación y la valorización de los requerimientos en las contrataciones públicas

Carlos Ireijo Mitsuta¹

Cuando se comenta o escribe sobre contratación pública, siempre se menciona la normativa que la regula como punto de partida², así como la inadecuada selección de proveedores o la ineficiencia en la gestión de los contratos que el Estado suscribe.

Es evidente, y no se puede eludir, que los elementos mencionados son importantes y merecen un estudio profundo, más allá de la coyuntura y del apasionamiento con que se suelen tratar esos temas, culpando a una parte y victimizando a la otra. No obstante, antes de aludir a una eficiente ley, adecuada reglamentación, buena selección y óptima supervisión de los contratos, cabe considerar el primer aspecto de toda compra; esto es, determinar qué y por qué se efectuará, cuándo se requiere, cuánto costará, cuáles son las condiciones y exigencias técnicas y contractuales, entre otras preguntas básicas que todos se deben formular.

Se alude a la adecuada planificación, seguida de una oportuna programación de lo que se necesita, ya que esos elementos representan el primer paso para el abastecimiento. La normativa de contratación pública menciona de forma tibia la planificación³, la programación de

las contrataciones y la valorización de requerimientos, mientras que desarrolla de manera más detallada otras fases como la selección, la ejecución de los contratos y la solución de controversias.

En muchas ocasiones, las personas se encuentran ávidas de aprender los procedimientos para la selección de proveedores y conocer qué se puede y qué no se debe realizar durante la ejecución de los contratos, y no se percatan de que esos componentes se pueden asimilar por repetición; puesto que ya están normados, sin perjuicio de reconocer que el estudio y el perfeccionamiento en estos rubros también son esenciales para ser eficientes en la gestión.

Ahora bien, para entender la eficiencia de forma adecuada, se necesita internalizar que no solo se debe seleccionar un buen proveedor y contar con una efectiva supervisión contractual, sino también asegurarse de que lo que se está comprando, seleccionando y supervisando realmente servirá, se obtendrá como se solicitó y en el tiempo en el que se requiere para cumplir la meta institucional, representada en la satisfacción de una necesidad⁴, así como al precio adecuado según la calidad exigida y ofrecida. En este punto, se advierte al lector que el objetivo de este artículo no es realizar un estudio de los procedimientos en la fase preparatoria o de programación, sino describir nuestra experiencia durante la etapa laboral en el ámbito público y que aún se sigue presenciando desde la perspectiva privada.

Dejando de lado la planificación, puesto que pertenece a otro sistema, pero que también representa un problema trascendente, uno de los inconvenientes más visibles que se puede reconocer es la total falta de programación en el Estado. Esta situación se advierte todos los años cuando se realizan algunas indagaciones sobre la ejecución del presupuesto institucional de las entidades (evaluación que tampoco es correcta, como se constatará más adelante), y se “descubre” la poca o nula actividad del Estado en sus contrataciones.

Se presenta una realidad cotidiana, anual, frecuente, constante y erróneamente percibida como “normal” en el atraso o incumplimiento de las metas institucionales, las cuales se materializan, en la mayor parte, a través de las contrataciones públicas. Así, el año se divide en cuatro trimestres, de los cuales el primero es una regularización de todo lo que se realizó apresuradamente —y mal— el último trimestre del año anterior; en el segundo trimestre, se toma conciencia de que deben comenzar las convocatorias de los procedimientos que están (bien o mal) proyectados para este año; en el tercer trimestre, se convocan los procesos porque falta poco para que se acabe el año; y, en el último trimestre (así como el año anterior), los encargados se convierten en los mejores convocadores de procesos y “devengadores” (si cabe la palabra) de los compromisos de presupuesto, aun cuando no se hayan entregado los bienes o prestado en su totalidad los servicios.

Cabe mencionar la queja sobre el funcionamiento del sistema electrónico de contrataciones (Seace). En los últimos días (útiles) de diciembre de cada año, siempre se escucha la misma queja: “El Seace es una tontería, se cuelga constantemente”. En lugar de reflexionar por qué el sistema en esas fechas en particular no funciona bien, se opta por lo más sencillo: culparlo de la imposibilidad de convocar rápidamente los procesos. ¿Qué sucedería con una autopista si todos quieren ir a la playa el mismo día y hora? Estaría totalmente congestionada, como ocurre en los feriados largos o en épocas de vacaciones de verano, tanto así que se adoptan algunas medidas para disminuir la congestión (aunque la cantidad de autos convierte en casi imperceptible su eficiencia). Algo similar ocurre con las entidades públicas que no realizan las actividades para contratar oportunamente, y el último trimestre quieren compensar y ponerse al día. Sin embargo, en ese momento, no son las únicas que están convocando, sino que las demás también se encuentran en similares circunstancias y tienen que

ponerse al corriente en sus procedimientos. ¿Qué es lo que sucede con el sistema en esa situación coyuntural? Al igual que la autopista, se satura y colapsa. Aun cuando se implementen las disposiciones para reducir el desastre, la cantidad de procesos que se pretende congregar en un mismo día y momento torna en inapreciables sus efectos.

En cuanto al presupuesto, se presenta un problema similar de congestión con el sistema, más aún una mala práctica que implica información errónea y distorsionada sobre la ejecución. En efecto, en el último mes del año (diciembre), las entidades públicas han profesionalizado lo que en el lenguaje coloquial se conoce como el devengado preventivo, que consiste en considerar en el sistema el devengado de una obligación cuando todavía no se ha cumplido efectivamente; esto es, que no se cuenta con el bien o servicio requerido. ¿Para qué sirve? Permite utilizar el año siguiente el presupuesto del anterior porque formalmente la obligación ya se encuentra prescrita; con ello, se logran maquillar las cifras a nivel macro y evitar —o tratar de impedir— que el MEF recorte el presupuesto para el año siguiente. Esta situación es normal, pese a que no debería serlo no solo porque hay una mala práctica, sino porque, como se indicó, genera información tergiversada sobre lo que se está realizando. Así, se confunde la ejecución del presupuesto con la de metas institucionales.

Con respecto a la forma del manejo interno en el sector público, no es lo mismo ejecutar el presupuesto que cumplir una meta. Si las entidades distorsionan la información con devengados preventivos, a nivel presupuestal, se tiene una foto; pero, a nivel real, otra totalmente distinta. Con una mala práctica, se puede ser un ejecutor adecuado, que finalmente es lo importante para mantener el presupuesto. No obstante, si se verifica la meta, se identifica un presupuesto ejecutado asociado a esta, la cual, contradictoriamente, no se ha logrado, sino que

está pendiente porque no hay libros o no llegaron a las escuelas, los informes de consultorías no se han presentado y no se pueden adoptar medidas preventivas o correctivas, o, a pesar de la valorización de la obra, esta se encuentra atrasada en la realidad. Las personas pueden tratar de defender e indicar que en su gestión y en su entidad esto no ocurre; en ese caso, solo quedarían dos opciones: o no es cierto lo que afirman o es el único unicornio azul en todo el universo de caballos. Cualquiera que sea la alternativa, solo una cosa queda clara: existe un mal manejo y gestión del presupuesto, y su relación directa con las metas institucionales. Es más, incluso, cada fin de año, algunas entidades —no todas—, a través de sus unidades ejecutoras, suscriben convenios de cooperación y transfieren presupuesto, con el único objetivo de consignar en su reporte presupuestal que todo el recurso está ejecutado, aun cuando solo han concretado la mitad de su programación en esa meta.

Esta forma de gestionar la organización parece ser endémica y aceptada, incluso, esperada. Así, aquellos que laboran en logística y los usuarios de quienes depende el requerimiento y la elaboración de especificaciones técnicas y/o términos de referencia ya han asimilado esta situación. Por ello, hasta el titular de la entidad sostiene reuniones con estas dependencias (logística-usuarios) y con los jefes de planificación y presupuesto para determinar qué se convoca y qué se puede devengar preventivamente. Por supuesto, ninguna de estas decisiones se materializa formalmente en un documento, ya que sería un suicidio. Todos saben que el último trimestre es el momento de realizar lo que no se hizo en los tres primeros trimestres. Como ya se mencionó, las personas pueden negar esta situación para defender su gestión, pero la realidad es tan evidente que no se puede ocultar.

La descripción de esta situación es el primer paso para comprobar qué tan mal programador se puede ser, sin considerar que las entidades

públicas contratan normalmente todos los años los mismos bienes y servicios, con lo cual también se debería comenzar a revisar la organización a mediano y largo plazo de los planes estratégicos⁵.

El segundo paso para verificar la desprogramación es la cantidad de modificaciones constantes —y hasta descartadas— del Plan Anual de Contrataciones de las Entidades, donde cada versión tiene un buen número de procedimientos que se retiran y —para compensar— otros que ingresan. Pareciera que la primera versión está elaborada porque la ley impone la obligación. Sin embargo, a partir de un análisis profundo, se puede concluir que, en el fondo, representa una desprogramación intencional; es decir, una paradoja: una desprogramación programada.

El Plan Anual, como herramienta de gestión, no puede —nadie lo afirmaría— ser inmutable; esto es, inflexible, sin permisión para los cambios y la adaptación a las nuevas situaciones. Estas variaciones deberían ser inusuales; sin embargo, como aquí todo es a la inversa, la excepción se convirtió en la regla. Así, en lugar de que sobresalgan las innumerables modificaciones que una entidad efectúa, destaca la entidad que varía pocas veces su programación, y se le otorga un premio como si no fuera algo normal.

Los constantes cambios en la programación generan cuestionamientos sobre si realmente se realiza un trabajo de programación o solo se cumple un requisito legal para salir del paso. En la legislación peruana, no existe una sanción para un comportamiento como el descrito; de lo contrario, se castigaría a todas o a la mayoría de las entidades. Otro problema es a quién se debería penalizar: ¿al titular?, responsable de la gestión; ¿al usuario?, encargado del requerimiento y de la meta; ¿al logístico?, quien debe desarrollar los procedimientos para comprar algo que no pide y no es formalmente parte de su meta. Además, qué tipo de sanción se aplicaría, de carácter personal, laboral o administrativo, o simplemente impedir la

modificación y que se asuma la programación establecida si la organización ya excedió el número de variaciones razonablemente permitido, cuyo límite se especificaría en una norma legal a nivel general o interno⁶.

El tercer paso que muestra la falta de programación es el incumplimiento de la fecha probable, estimada o proyectada para convocar un procedimiento de selección, cuya información le corresponde consignar a la dependencia usuaria como responsable de las metas que se buscan lograr con dicha contratación. Ahora bien, de un seguimiento diligente, se podría concluir que los tiempos planificados son teóricos; puesto que casi nunca se cumplen como si el componente temporal no fuera trascendente para realizar una programación cuando, en definitiva, lo es.

No obstante, estos retrasos en las convocatorias se pueden percibir desde diversos puntos de vista. En este artículo, se considera que uno de los principales es que aquellos que intervienen en las contrataciones (logísticos o usuarios) no asimilan adecuadamente (porque sí lo saben) que la normativa general impone plazos para algunas instituciones; pero la mayoría de las veces, en los procedimientos internos, deja libertad a las entidades para que, de acuerdo con su realidad y naturaleza, regulen los pasos y periodos para materializar todos los actos necesarios y llegar a la convocatoria. Así, no se cuenta con plazos concretos para elaborar, por ejemplo, un cuadro de actividades que incluya todos los actos previos a la convocatoria⁷.

La normativa general⁸ no establece plazos para aprobar los expedientes, designar comités de selección, aceptar los documentos del procedimiento u otorgar la certificación presupuesta⁹, sin considerar un periodo para la elaboración de la indagación (la que es muy complicada por su interacción con el mercado). En ese sentido, si se cuenta con una fecha determinada como programación de la

convocatoria, se deben contemplar todos los actos comentados para llegar a esta. Así, si se tiene que convocar un procedimiento en marzo, se debería conocer cuándo efectuar los requerimientos. Para ello, es necesario conocer quiénes son los funcionarios competentes para las aprobaciones o designaciones, así como los plazos máximos que pueden destinarse.

Es posible que las entidades ya cuenten con procedimientos internos con esos elementos, pero igual siguen retrasados o desprogramados. La pregunta es para qué sirven estas disposiciones si las dependencias que están sujetas a sus regulaciones simplemente no las cumplen. En ese sentido, solo se han desperdiciado recursos para estudiar, procesar información, elaborar y emitir una directiva que simplemente no se ejecuta.

Probablemente, otro elemento que retrasa es el abuso de personal destinado a la revisión en contratación pública. No es la intención de este artículo manifestar cómo las autoridades organizan a su equipo, pero lo que sí se puede señalar —y se considera una verdad incuestionable— es que las entidades se han contagiado, como si de un virus se tratara, de lo que se podría denominar “asesoritis”. Así, en cada dependencia, sin importar el nivel, se encuentra por lo menos un asesor cuya función es un misterio y sus capacidades desconocidas, es más, contradictorias¹⁰; pero con el suficiente poder para bloquear, en el estamento en que se encuentre, los actos previos (y también los subsiguientes). No hay oposición a una ayuda extra en la gestión, pero esta debe representar un valor agregado; es decir, no solo un profesional que indique los errores, sino que también (porque esa es su función: asesorar) proponga alternativas viables y concretas de solución. De lo contrario, es un recurso innecesario.

El cuarto punto se centra en las deficiencias en la elaboración de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expedientes

técnicos, y en los elementos básicos que describen los bienes y la prestación a cargo del proveedor. Se configura como la condición esencial para que el mercado comprenda lo que se está solicitando. Si al interior de la entidad no existe un adecuado trabajo para identificar, describir y detallar esos elementos, pueden surgir retrasos en la convocatoria por las correcciones que se realicen producto de las indagaciones; si no son detectados o corregidos antes de la convocatoria, resultará una selección plagada de consultas, observaciones y elevaciones al OSCE, incluso, apelaciones. Finalmente, este no es un aspecto negativo si permite rectificar en esa instancia lo que se requiere, pero provoca demoras en el cumplimiento de la meta¹¹. Por otro lado, es posible que no se corrija en ese momento y se termine contratando a pesar de las deficiencias. Entonces, la historia cambia drásticamente porque, una vez perfeccionado el contrato, ya no es tan fácil efectuar modificaciones o retrocesos en los acuerdos. Así, se pueden generar conflictos y estos, a su vez, arbitrajes, los cuales presentan una doble condición perjudicial. Desde nuestro punto de vista, el primer perjuicio es la demora en obtener lo que se necesita, lo cual implica que la meta proyectada no se cumplirá oportunamente; y el segundo, el mayor costo por conflicto, ya sea en recursos económicos o en humanos derivados para atender la controversia.

Sobre este particular, existe la idea equivocada de que todo inconveniente que se suscita en la contratación pública es responsabilidad de la logística porque es la encargada de la contratación. Sin embargo, esa afirmación no es del todo cierta. Si bien se ocupa de las contrataciones, su participación es, si cabe el término, instrumental; ya que aplica un procedimiento legal para comprar algo que no ha definido. Si las especificaciones técnicas y/o términos de referencia se formulan de forma deficiente, no es responsabilidad de la logística, sino de quien tiene que efectuarlos, en este caso, del usuario.

Frecuentemente, se escucha cómo los usuarios justifican su deficiencia argumentando que no conocen las exigencias. Sin embargo, no pueden negar el conocimiento técnico que poseen. Así, manejan información privilegiada en un sistema de compras, pues solo ellos saben lo que están pidiendo¹². No se trata de bienes o servicios simples que mediante el sentido común se podrían advertir, pero sí de temas eminentemente técnicos como equipos informáticos o consultorías muy especializadas, prestaciones que no aparecen en las páginas amarillas o páginas web de publicidad. Lo curioso es que, cuando se argumenta desconocimiento, se presentan dos aspectos que no solo conocen, sino que dominan: el fraccionamiento y el direccionamiento. El primero debido a que son ellos quienes consignan en su cuadro de necesidades lo que requieren durante un año determinado, y la logística puede advertir en un segundo o tercer procedimiento qué se parece a procedimientos anteriores, pero de inicio no se encuentra en posición de percatarse de esta “división”; el segundo porque el usuario es quien tiene que sustentar las razones para incluir o mantener determinadas condiciones que se deben consignar en sus requerimientos o especificaciones, y cuyo aspecto limita la participación de algunos proveedores¹³.

En el segundo rubro, se pueden mencionar prestaciones como la compra de algún equipo médico, informático o tecnológico. Es iluso pensar que la logística presenta las condiciones para conocer qué característica limita la competencia, más allá de la información que puede brindarle el mercado en la indagación. Es poco creíble que el logístico conozca más que un doctor, o un ingeniero informático, de sistemas o electrónico para determinar especificaciones. Por otro lado, si se desea contratar una consultoría que determine el nivel de evasión tributaria y su incidencia en la economía del Perú, es poco probable que el logístico sepa a qué proveedores pedirles cotización porque su

solicitud no es común, sino especializada. En este caso, el usuario facilita la información sobre a quiénes cotizar, pero no queda registrado formalmente porque evitan intervenir en esta etapa. Así, no se realiza abiertamente, pues existe una leyenda urbana de que, cuando se brinda ese tipo de información, se está coludido con alguna de las empresas.

El quinto problema es la inadecuada valorización de bienes, servicios u obras que se incluyen en la convocatoria. Así, el Estado peruano adolece de una tendencia irrazonable de pensar en que la determinación del precio siempre se debe orientar hacia lo más “barato”, sin ni siquiera analizar la calidad del bien, servicio u obra que se pretende obtener. Esta predisposición encuentra una justificación mediática llamada “miedo” al control posterior, ya que todo lo que sea caro es cuestionable. De esta manera, en todos los establecimientos de precio, se encuentran fórmulas sustentadas de la siguiente manera: “De la información, se verifica que todas cumplen las especificaciones técnicas (o términos de referencia), por lo que se opta por el precio más bajo”. Para ello, citan principios de contratación pública, como economía y eficacia, sin percatarse de que la metodología utilizada contradice a la razón y al análisis del mercado. Esto genera que la ejecución del contrato provoque conflictos que son resueltos, como se revisó, a través de un arbitraje, que es caro para la entidad e implica un retraso en el cumplimiento de sus metas.

Cuando seleccionan el menor precio debido a que “todos cumplen las condiciones”, no existe justificación, y la razón es bastante simple: si alguno de ellos no cumpliera una condición, la consecuencia inmediata es que se rechaza esa cotización y no se considera ni para la comparación del precio. En realidad, se está argumentando el cumplimiento de una condición básica, es decir, como la admisión que permite ingresar, pero que no asegura ganar porque hay otros requisitos que inciden en el precio final que se debe escoger. Sostener

que se elige el menor precio porque cubre el requerimiento es pensar que se trata de un mercado perfecto donde todos los bienes y servicios son homogéneos, y esa forma de fundamentar solo representa galimatías por lo impropio o confuso de las ideas. Todos saben, al menos a nivel empírico y general, que en el mercado existe diversidad de productos, calidades y, por lo tanto, precios.

La frase “Lo barato sale caro” es una premisa adecuada¹⁴ y casi todos la entienden cuando se trata del presupuesto personal. No obstante, cuando se compra con dinero de un tercero, parece que se olvida la enseñanza de los mayores. Cuando un proveedor ofrece una prestación a un valor de “x”, pero en el mercado su monto oscila en “x + 50”, se investiga qué podría estar sucediendo con el servicio, bien o agente económico que los ofrece. Por ejemplo, si fuera el valor de un m² para la compra de una casa, surgiría la duda de que algo no marcha bien y que es posible que se presente algún conflicto (hipoteca, mala construcción, disputas entre los herederos, entre otros). El precio brinda información del mercado, y circunscribe proveedores y consumidores. Si se distorsiona, salvo que haya existido un cambio drástico en las condiciones del mercado (inflación, deflación, caída de acciones de la bolsa, etcétera), hay un problema y se debe buscar la justificación. En el mismo supuesto, si el propietario no tiene inconvenientes con su inmueble y solo pretende realizar un activo porque se mudará al extranjero, el precio es razonable. Por otro lado, si se averigua que tiene un impase por una hipoteca, lo está vendiendo barato por una condición perjudicial que se deberá asumir como nuevo propietario.

La propia norma reconoce ese binomio económicamente claro entre calidad y precio, que es una buena premisa, pero no una tautología. Así, basta revisar la finalidad de la norma cuando enfatiza en contrataciones oportunas, y en mejores condiciones de calidad y precio. Con esa frase, se acepta que existe una relación entre esos dos componentes (no

siempre cierta, pero al menos aceptable), y el Estado debería brindarle la posibilidad a los operadores logísticos para justificar un precio que no necesariamente es el menor.

Incluso, de los artículos de la ley y del reglamento, se puede desprender que la norma no busca que se contrate necesariamente lo más barato. Para ello, el valor estimado o referencial se debe adecuar a la calidad que se pretende tratando de compensar la reducción de precios y otorgando un puntaje a la calidad, que es lo que ocurre, no como se quisiera, pero al menos hay un intento.

En efecto, la norma solo reconoce dos instituciones donde obligatoriamente se otorga la buena pro por el precio; en todos los demás supuestos, consigna factores de evaluación para la mencionada compensación. Así, se presenta la subasta inversa y la comparación de precios.

En la primera¹⁵, la razón de la disputa por el precio deriva de un hecho comprobado previamente —al menos en teoría—: los bienes son estandarizados y homogéneos; no existe forma de diferenciarse más que en el precio. Los mejores ejemplos son la gasolina, cuya especificación está normada legalmente y todos los que la venden deben cumplirla; y el SOAT, cuyas condiciones también están normadas legalmente. Por ello, la subasta les aplica perfectamente. En la gasolina, la variación de precio deriva de la marca que la distribuye o produce (Primax, Repsol, entre otras), no de la diferencia del producto. En el caso del SOAT, es más evidente porque todos venden al mismo precio y se atrae al consumidor a través de otras ventajas (cómpralo por internet, *delivery* hasta tu casa, tiempo de atención, etcétera) porque —al menos en teoría— ya no se puede reducir más el precio.

La segunda, la comparación de precios¹⁶, está pensada para bienes o servicios “de vitrina”, esto es, que ya están fabricados, se venden libremente y no se elaboran según las especificaciones de la entidad.

Además, tienen un límite determinado en el monto (15 UIT), donde el precio es el factor fundamental porque, si se desea adquirir un cenicero simple con determinadas características (diámetro, ancho, altura y material), todas las empresas que cumplan esos elementos básicos pueden competir y ganará la que ofrezca el cenicero simple y más barato.

En los factores de evaluación, la norma también considera la manera de compensar la reducción del precio en beneficio de la calidad de lo ofrecido. Con esos factores, es posible que una prestación que no sea la más barata obtenga el contrato si es que reúne elementos representativos de sellos de calidad que los otros proveedores no tienen¹⁷. Cabe aclarar que no se afirma que aquellos que carezcan de estos sellos no sean aptos, sino que se premia a los que han invertido en “testear” sus productos y su calidad está garantizada por terceros objetivos. Lo malo de la regulación es que la norma permite que, en bienes, servicios en general y obras, el precio pueda ser el único factor de evaluación. Esto implicaría que al evaluar solo el precio, en realidad, se efectúan subastas inversas o comparación de precios cuando la calidad no es homogénea y se trate de bienes o servicios que se fabrican o se prestan según las indicaciones de la entidad. No se afirma que no existan supuestos en esos objetos de convocatoria donde la calidad resulta irrelevante, pero no en la mayoría de los casos. Por otro lado, sería mejor solicitar que, cuando se opte por evaluar solo el precio, se sustente de forma económica y adecuada que no hay otra forma para diferenciar los bienes, los servicios o las obras.

En el rubro de las consultorías, se evidencia aún más el tema, puesto que no solo se distingue la evaluación técnica de la económica, sino que, además, se otorgan ponderados (o pesos) a la calidad versus el precio. De esta manera, se comprueba que aquello que se busca no es lo barato, sino lo mejor, donde la calidad oscila entre el 80% y el 90%, y lo

económico, entre el 10% y el 20%.

Por otro lado, la institución del rechazo de ofertas cuando estas se ubican muy por debajo del valor estimado también es un elemento que sugiere que aquello que busca la norma es cuidar la calidad que se puede perjudicar por la reducción del precio.

Lo previamente descrito es aplicable a los procedimientos de selección. No obstante, si se observa con análisis crítico, lo económico deriva necesariamente de la determinación del valor referencial o estimado. Por ello, si se establece sobre el precio más bajo, desde el origen, se impone una valla a los de mayor calidad —que, generalmente, son más caros que los de menor calidad—, con lo cual desisten de participar. La idea es establecer un valor adecuado de acuerdo con la calidad que se desea y, si alguien gana en el procedimiento por precio, que este sea aquel que le corresponda a la calidad que recibirán. Si fuese así, la compra es razonable: se paga por la calidad que brindan. Sin embargo, lo que no se puede efectuar es pagar por algo de cuestionable calidad como si estuviese acreditada, que es lo que sucede actualmente. A su vez, si alguien —que no es el más barato— gana el contrato, será porque demostró que su calidad es mucho mayor que la de los demás, y esa es la justificación del aumento.

En este punto, es importante realizar un pequeño ejercicio. Si un proveedor intenta ingresar un producto nuevo al mercado y los consumidores no disponen de la información, ¿cuál sería la mejor estrategia para que estos lo elijan? La respuesta es sencilla: el precio y las ofertas. Así, el mejor anzuelo cuando la calidad está en duda es el precio. Si se vende el producto nuevo al mismo precio de uno que ya cuenta con información en el mercado y cuya calidad está probada, ¿cuál elegiría el consumidor? Aquel que ya está comprobado, pues no implica riesgos ni problemas. Lo mismo sucede con los productos malos o regulares, son más económicos que los de mayor calidad. De

esta manera, con la información correcta, el consumidor puede escoger. El Estado debería comprender cómo funciona el mercado al determinar un precio, sobre todo, quienes no establecen los valores, y se limitan a revisar lo que otros han analizado y elaborado.

Por otro lado, cuando se realiza un análisis de “ahorro” considerando como elemento básico solo el precio, se comete un error; pues se está pensando en una austeridad a lo bruto, crudo y frío, sin tomar en cuenta otros elementos. A veces, se cree que es mejor comprar lo barato porque es muy simple, un análisis que todos efectúan alguna vez. Por ejemplo, ¿no te ha pasado que compraste un producto de cinco soles (de menor calidad) en vez de otro que costaba siete soles (de mayor calidad) pensando que era una buena compra porque ahorraste dos soles, fuiste a tu casa, lo usaste y se malogró a la semana? En ese contexto, regresaste y compraste el bien de siete soles, y esta vez te duró mucho más. ¿Cuánto gastaste en realidad? La aritmética no miente. No ahorraste dos soles, gastaste 12 soles en total: los cinco primeros (lo malo) y los siete posteriores (lo bueno). El ahorro no solo se percibe en cuánto cuesta, sino también en cuánto dura, cuánto cuesta mantenerlo y repararlo, y cuál tiene mejor rendimiento.

Asimismo, se concibe de forma irracional que, si algo cuesta “x” en el sector privado, debe costar lo mismo en el público. Basta preguntarse cuál es la base para sostener ese tipo de afirmación tan temeraria para fundamentar una sobrevaloración. Lo que no se entiende es que el precio no solo se mueve por el tipo de bien, sino por las condiciones en las cuales se maneja el Estado. Mientras más duras e inflexibles sean estas, más cara resulta la prestación que piden. Para venderle al Estado, hay requisitos adicionales que se deben cumplir, lo cual está bien porque se busca la seguridad, pero esta también tiene un costo que se refleja en el precio. Algunos costos son el RNP, porque para venderle al Estado se debe estar inscrito (aun cuando su vigencia ahora sea

indeterminada, es un costo, hasta se podría considerar como la primera venta al Estado y la inscripción inicial); el costo de oportunidad de venderle al Estado y no al privado; los riesgos de contratar con el Estado (en los cuales, por extensión, no se ahondará, solo se mencionarán), el trabajo a crédito porque se entrega primero y se paga después; los costos financieros de la fianza; los contratos asociados de embalaje, transporte y seguros (para bienes), porque se debe entregar en los almacenes centrales o periféricos de la entidad, por norma de abastecimiento; la demora en otorgar la conformidad y el pago; los problemas tributarios derivados de estos retrasos; los posibles conflictos; las discrepancias de interpretaciones y arbitrajes, entre otros. Todas esas cuantificaciones se trasladan al comprador, en este caso, el Estado.

Como se ha revisado, existen factores que retrasan el cumplimiento de las metas en una institución pública. Todos son conocidos, pero no tratados para solucionarse, solo para mitigarlos y, con ello, continuar con la gestión diaria. De esta manera, se mantiene el espiral de retraso, desprogramación e ineficiencia en el cual se encuentra inmerso el Estado. La solución, desde nuestra perspectiva, no recae solo en una adecuada legislación, sino también en la actitud proactiva de los actores del sistema, en los cuales se incluye al titular de la entidad —y todos sus asesores—, así como a quienes deben comprender aspectos económicos al revisar lo ejecutado por otras personas.

Referencias

- Bullard, A. (1996). ¡Lo que no mata engorda! Los “productos basura” y los prejuicios y perjuicios de la protección al consumidor en un país pobre. *Ius Et Veritas*, 7(12), 103-113. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15540>
- Bullard, A. (1997). Me quiere, no me quiere. Deshojando “margaritas ideológicas” en torno a la protección al consumidor. *Ius Et Veritas*, 8(14), 109-143. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15710>
- Elías, E. (1996). Lo barato sale caro: mata y no engorda. La inacción de Indecopi ante los productos basura, los cañazos y los yonques. *Ius Et Veritas*, 7(13), 55-60. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15559>
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) (31 de diciembre de 2018). Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado [Decreto Supremo 344-2018-EF]. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/DS%20344-2018-EF%20Reglamento%20de%20la%20Ley%20N%C2%B0%2030225.pdf
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) (13 de marzo de 2019). Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado [Decreto Supremo 082-2019-EF]. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/2018_DL1444/TUO_ley-30225-DS-082-2019-EF.pdf

Presidencia de la República del Perú (16 de setiembre de 2018). Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento [Decreto Legislativo 1439]. Recuperado de <https://www.mef.gob.pe/es/por-instrumento/decreto-legislativo/18211-decreto-legislativo-n-1439/file>

Presidencia de la República (15 de julio de 2019). Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento [Decreto Supremo 217-2019-EF]. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/342450/DS217_2019EF.pdf

-
- 1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Gestión Pública por la Universidad del Pacífico (UP). Exasistente en el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, abogado de la Gerencia Técnico Normativa del Consucode (ahora Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado [OSCE]), y jefe del Área de Procesos Públicos de la Unidad de Abastecimiento del Ministerio de Educación (Minedu). Es consultor en contratación pública.
 - 2 Actualmente, estamos regulados por la Ley 30225 y sus modificatorias (Decretos Legislativos 1341 y 1444); y por su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 344-201-EF, modificado en diversos momentos por los Decretos Supremos 377-2019-EF, 168-2020-EF y 250-2020-EF.
 - 3 La Ley 30225 solo contiene el artículo 15 para la programación al definir el Plan Anual de Contrataciones (PAC). Asimismo, su reglamento (Decreto Supremo 344-2018-EF) desarrolla la elaboración del PAC a través de la Quinta Disposición Complementaria Transitoria. Sin desconocer que la planificación pertenece a otro sistema administrativo, esta incide claramente en las contrataciones que realizará una entidad pública, puesto que no es razonable comprar sin planificación o programación.
 - 4 Esta afirmación encuentra sustento regulatorio al revisar la finalidad de la Ley 30225, consignada en el artículo 1, la cual menciona que las contrataciones se deben realizar en forma oportuna, y según las mejores condiciones de precio y calidad, de tal manera que permitan el cumplimiento de los fines públicos.
 - 5 Es probable que esta situación mejore con la disposición de la programación multianual establecida en el Decreto Legislativo 1439, que aprobó la Ley del Sistema Nacional de Abastecimiento, y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 217-2019-EF. En el numeral 10.2 del artículo 10 del reglamento, se establece que con el planeamiento integrado se “identifican las necesidades correspondientes en materia de bienes, servicios y obras reflejados en diversos planes, teniendo como referencia las metas u objetivos estratégicos y

operativos de las Entidades. El planeamiento integrado se desarrolla bajo el enfoque multianual por un periodo mínimo de tres (3) años, y se encuentra sujeto a un continuo monitoreo y evaluación”. Con ello, las entidades deberán revisar de forma adecuada sus necesidades y qué requieren contratar para lograr sus metas institucionales, considerando no solo un año determinado, sino un periodo mayor por lo menos de tres años.

- 6 Cabe reconocer que algunas entidades se esfuerzan para realizar un trabajo de programación adecuado y establecen límites a las modificaciones, y estas se deben requerir en un momento determinado, esto es, no en cualquier periodo del año. Asimismo, si el cambio es urgente y necesario, se establece como requisito previo que sea sustentado y se argumente por qué no se pudo programar al inicio. Es posible que siempre se otorgue el visto bueno para este tipo de cambios, pero lo importante es tomar nota y verificar qué dependencia es la más “desprogramada” o “irresponsable” para adoptar las medidas correctivas a nivel interno.
- 7 Por ejemplo, establecer un responsable directo para cada actividad. Así, se debe indicar que el funcionario encargado de la aprobación del expediente tendrá un plazo, cualquiera que sea, para aprobarlo; designar un comité de selección; y aceptar una base, incluso, señalar internamente el tiempo en el que el comité debe confirmar el proyecto de documento de selección (bases, y solicitudes de expresión de interés y cotización). Asimismo, señalar cuál es el periodo del que se dispone para que el responsable otorgue la certificación presupuestal. Los plazos pueden ser flexibles y permitir ampliaciones, siempre que se justifiquen. Cabe aclarar que sin plazos ni responsables es imposible elaborar un cronograma de actividades firme y certero.
- 8 Al referirse a la normativa general, se alude a la Ley 30225 y sus modificatorias, y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF.
- 9 Sobre la certificación presupuestal, la normativa general contempla en el artículo 68 del reglamento un plazo al tratarse de certificaciones adicionales necesarias cuando la oferta sobrepasa el valor estimado o referencial (en este caso, con un límite determinado).
- 10 En una reunión, conocí a un asesor que era antropólogo, pero estaba tratando temas de contratación pública. Cabe recalcar que la intención de estos comentarios no es menospreciar una profesión; sin embargo, en esta materia, además de la popular frase “Es cosa de sentido común”, es indispensable tener conocimiento y experiencia en la práctica, no en lo que se ha leído, observado o criticado. Es trascendente que las personas sepan que, a nivel operativo (en la realidad), las sugerencias deben ser viables y posibles.
- 11 A veces, las entidades públicas establecen sus condiciones y esperan que los participantes formulen las preguntas. Aun cuando saben que algún aspecto es impreciso o muy vago, no lo clarifican para poder argumentar posteriormente lo que siempre se escucha en los arbitrajes: “El contratista tuvo la oportunidad de consultar y observar las bases, pero no lo hizo”. Según esa afirmación, sería responsabilidad del proveedor, que puede ser cierto, pero también es culpa de quien elabora el requerimiento que una disposición tenga más de una interpretación (por lo general, de su redacción). El objetivo de este trabajo no es analizar estas situaciones, solo se mencionan para que se conozca qué sucede al interior de una contratación.

- 12 Al respecto, es cierto que, en algunas ocasiones (pocas), el área que solicita un bien, servicio u obra cuenta con los conocimientos adecuados. Así, en la Ley 30225, artículo 8, acápite 8.1, literal “b”, se precisa que el usuario no debe solicitar el bien, servicio u obra, sino la dependencia que por su especialidad o sus funciones canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias.
- 13 Cabe precisar que no se afirma que solo el usuario está en posibilidad de direccionar un resultado, puesto que también puede hacerlo la logística a través de otros elementos como los factores de evaluación. Se sostiene que el conocimiento técnico que posee el usuario lo posiciona en una situación privilegiada ante los demás actores del sistema porque maneja los componentes trascendentes que definen una prestación. Esto sin considerar que, una vez contratadas las empresas proveedoras, mantiene un contacto directo con estas, sobre todo, en la prestación de servicios, consultorías, o bienes sofisticados, complejos o tecnológicos.
- 14 Es una premisa adecuada, pero no es una tautología en el sentido de que siempre se cumpla. Presenta sus excepciones, sobre todo, con elementos subjetivos como la comida. Así, hay personas que argumentan que es delicioso comer en restaurantes de cinco tenedores, donde cobran caro y sirven poco. En cambio, otros consideran que es un desperdicio de recursos y prefieren una alternativa más económica que, para ellos, es, incluso, más sabrosa que lo que generalmente se denomina cocina *gourmet*.
- 15 En el numeral 26.1 del artículo 26 de la Ley 30225, se establece que la subasta inversa electrónica se utiliza para la contratación de bienes y servicios comunes que cuenten con ficha técnica, y se incluyan en el listado de bienes y servicios comunes. Similar definición se encuentra en el numeral 110.1 del artículo 110 del reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo 344-2018-EF.
- 16 En el artículo 25 de la Ley 30225, se establece que la comparación de precios se utiliza para bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a las consultorías, que no sean fabricados o prestados siguiendo las especificaciones técnicas o indicaciones del contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.
- 17 Cabe precisar que, en la evaluación de la parte económica, se otorga el mayor puntaje al precio más bajo y, al resto, inversamente proporcional. Así, para que una oferta que no obtuvo el mayor puntaje en lo económico gane la buena pro, es indispensable que haya tenido un puntaje muy superior en los otros factores de evaluación.

¡Tú eres el elegido! La contratación directa en la normativa de contrataciones del Estado: Ley 30225 y Decreto Supremo 344-2018-EF

José Zegarra Pinto¹

Cuando se escucha la frase “procedimientos de selección”, inmediatamente, se piensa en un grupo de postores pugnando por obtener la adjudicación de un contrato. También se relaciona con términos como *licitación pública*, *concurso público*, entre otros.

Cualquiera que sea el método de contratación, debe cumplir tres fases obligatorias: preparatoria, selección y ejecución contractual. Sin embargo, en situaciones realmente excepcionales o por una simple opción legislativa, se puede contratar prescindiendo de la fase de selección.

En atención a lo expuesto, adquiere sentido la frase que forma parte del título de este artículo “¡Tú eres el elegido!”. Una de sus ideas base será presentar al lector el método de contratación denominado comúnmente, por la doctrina y la legislación, contratación directa.

Los supuestos de hecho que permitirán una contratación de esta naturaleza son varios: una situación de emergencia derivada de un hecho catastrófico o una situación de desabastecimiento, entre otros.