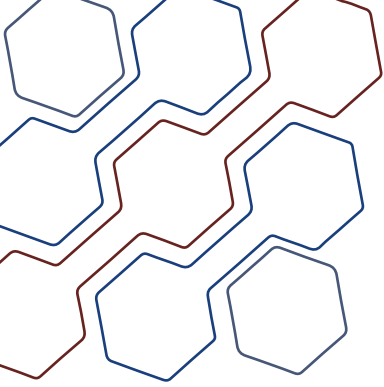


NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Comentarios y sugerencias
al Anteproyecto de Ley de Cadena de Abastecimiento

INFORME 4

EDICIÓN
ESPECIAL



© **Gaceta Jurídica**

Octubre 2020

Documento elaborado por el Staff de GESTIÓN PÚBLICA Y CONTROL

Juan Jiménez Mayor

Director General

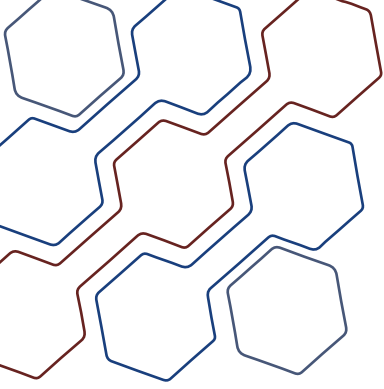
Armando San Román Alva

Coordinador General

Cierre de edición, octubre de 2020.

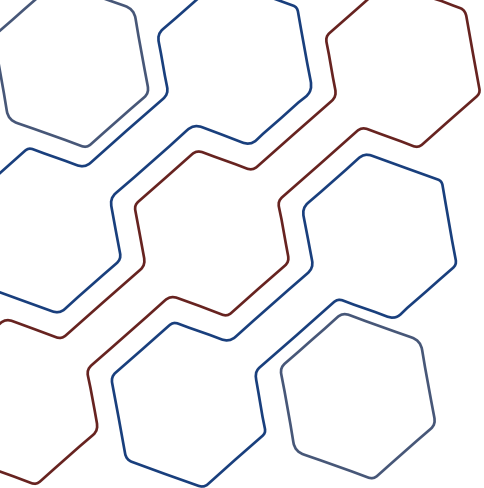
Autorizada su difusión masiva por medios electrónicos para su mayor difusión y contribuir así al mejor conocimiento del anteproyecto de ley de cadena de abastecimientos.

© **Gaceta Jurídica**



SUMARIO

04		Presentación
07	I.	Sobre la necesidad de esta iniciativa
09	II.	Comprar mejor y cuidar el patrimonio del Estado
13	III.	Buscando unificar y mejorar la regulación
14	IV.	El nuevo enfoque sobre gestión de riesgos
15	V.	Avanzando hacia un marco integral, pero a medio camino
16	VI.	Alcances y límites del anteproyecto
16	1.	Sobre los principios del anteproyecto
18	2.	Generalidad de la propuesta
18	3.	Tribunal de Contrataciones del Estado
20	4.	Soluciones judiciales: no se analiza la sobrecarga de la Corte Suprema de Justicia
20	5.	El OSCE y Perú Compras para llegar al Oscap
20	6.	Escuela Nacional de Abastecimiento Público: ¿un nuevo órgano?
21	7.	Reformas en integridad
25	8.	Los ingenieros
26	9.	Mejores registros de información
26	10.	Compras centralizadas
27	11.	Contratación de medios de comunicación
27	12.	Orden de servicios
29		Fuentes



Juan F. **JIMÉNEZ MAYOR**
Director general



PRESENTACIÓN

GESTIÓN PÚBLICA & CONTROL quiere contribuir al debate nacional de especialistas para mejorar el anteproyecto de la Ley General de la Cadena de Abastecimiento Público, con la seguridad de que se trata de una iniciativa necesaria sobre la cual es preciso fijar algunas orientaciones que puedan mejorar su texto para contar con una mejor regulación.

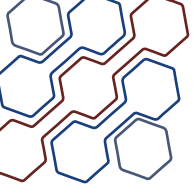
Lo primero que debe hacerse es saludar la apertura de publicar el anteproyecto de la norma a fin de recoger las diversas perspectivas de los *stakeholders* que tienen que ver con la contratación pública. Realmente, esperamos que lleguen contribuciones de todas las partes interesadas, debido a que estamos frente a una norma de primera importancia en los ámbitos económico, social y jurídico-político.

Destacamos su importancia en lo económico, en el sentido de que estamos frente a un cuerpo legal que busca regular el sistema de abastecimientos, el cual es responsable de la ejecución de casi el 50 % del presupuesto público –9 % del PBI, como lo reconoce la propia iniciativa–, uno de los porcentajes más altos en la región, superando a países como Brasil, Chile y México, donde la contratación pública no supera el 30 % del gasto total del Estado (OCDE: 2017, p. 27). En ese sentido, desde la perspectiva del gasto público, la forma y la manera como se gestionan las compras públicas es –y debe ser– un asunto de la mayor importancia.

En lo social, las adquisiciones se conectan directamente con el bienestar de la población, pues las compras públicas están destinadas a una finalidad pública que busca satisfacer las necesidades de la sociedad. Está conectada con la mayor **rentabilidad social** para que, mediante las adquisiciones, se puedan cubrir necesidades de la población.

Se destaca también el anteproyecto desde lo jurídico-político, debido a que las adquisiciones están desarrolladas por normas de nivel constitucional. El artículo 76 de la Carta Fundamental estipula que las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y monto señala la Ley de Presupuesto –dice la Constitución– se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Además, uno de los problemas más graves del país es la corrupción y, a su vez, son las compras públicas uno de los aspectos que más atrae este fenómeno. Antes de la pandemia, en marzo de 2020, el INEI publicó su última encuesta sobre gobernabilidad, transparencia y democracia,



en la cual indicó que el 60,9 % de los peruanos considera que el principal problema del país es la corrupción.

CUADRO N° 01

PERÚ
PRINCIPALES PROBLEMAS DEL PAÍS

Semestre: Octubre 2018 - Marzo 2019 / Octubre 2019 - Marzo 2020
(Porcentaje)

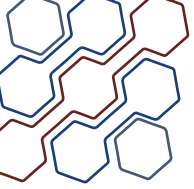
En su opinión, actualmente, ¿Cuáles son los principales problemas del país?

Prioridad del problema	Semestre Móvil		Variación (puntos porcentuales)
	Oct18-Mar19	Oct19-Mar20	
Corrupción	64,5	60,6	-3,9
Delincuencia	39,2	41,8	2,6
Pobreza	20,3	17,8	-2,5
Falta de seguridad ciudadana	13,9	16,2	2,3
Falta de empleo	12,3	12,3	0,0
Mala calidad de la educación estatal	9,0	10,6	1,6
Falta de credibilidad y transparencia del gobierno	7,6	7,4	-0,2
Violencia en los hogares	8,7	7,1	-1,6
Falta de cobertura / mala atención en salud pública	4,7	7,0	2,3
Bajos sueldos/aumento de precios	5,4	5,1	-0,3
Falta de apoyo a la agricultura	3,8	3,5	-0,3
Violación de derechos humanos	1,9	1,6	-0,3
Mal funcionamiento de la democracia	0,9	1,2	0,3
Falta de cobertura del sistema de seguridad social	1,1	1,1	0,0
Falta de vivienda	0,7	0,7	0,0
Ninguno	1,7	1,4	-0,3
Otro	16,4	18,9	2,4

Nota: Pregunta con alternativas de respuesta múltiple.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) - Encuesta Nacional de Hogares.

Módulo: Gobernabilidad, Transparencia y Democracia.



Esta perspectiva coincide dramáticamente con un reciente estudio de la Contraloría General de la República, el cual concluye que el 15 % del presupuesto público ejecutado en 2019 se habría perdido por corrupción e inconducta funcional, además de que los sectores más afectados son: transporte y comunicaciones, salud y educación (Shack, N., Pérez, J. & Portugal, L., 2020).

El sistema nacional de control no cubre todo el territorio nacional, pues de las, aproximadamente, **2940** entidades públicas que conforman el Sistema Nacional de Abastecimientos (SNA) **en todo el país**, solo existen oficinas de control interno en casi 900 entidades.

Construction Sector Transparency Initiative, un proyecto global lanzado para diversos países socios desde Guatemala en 2012, el cual cuenta con apoyo del Banco Mundial y cuyo objeto es la mejora de la transparencia y la responsabilidad en la infraestructura pública, realizó un estudio de más de cien proyectos de construcción en todo el mundo, tanto grandes como pequeños, con el cual concluyó que entre el 10 % y 30 % de la inversión en proyectos financiados con dinero público se pierde debido a la mala gestión, el malgasto y la corrupción (CoST, 2012).

El Informe de la OCDE sobre **cohecho internacional** sugiere que dos tercios del cohecho internacional se asienta en cuatro sectores: extracción (19 %), construcción (15 %), transporte y almacenamiento (15 %) e información y comunicación (10 %) (OCDE: 2015, p. 7). Nuestro país es víctima de todo ello y ya sabemos claramente que no es solo un problema de funcionarios públicos, sino que el soborno está instalado como un modelo de negocio en muchos ámbitos del sector privado.

La corrupción encarece el costo de hacer empresa y celebrar contratos entre el **10 y 25 %**, según el Foro Económico Mundial. Además de que deteriora el ambiente de negocios.

La Defensoría del Pueblo del Perú ha señalado en 2018 que el costo de la corrupción equivale al 10 % del presupuesto público anual (Defensoría del Pueblo del Perú: 2018, p. 5). Sin duda, cifras que nos deben hacer pensar que la lucha contra la corrupción no solo es un imperativo moral, sino una fórmula para resolver muchísimos problemas vinculados a nuestro desarrollo como país: la pobreza, la inclusión social, la infraestructura, entre otros.

Bajo todas estas consideraciones, estamos frente a un escenario crítico que requiere de la atención del país y de sus autoridades, a fin de dar respuestas adecuadas para enfrentar este problema.

En este reporte especial plantearemos nuestra posición institucional formulando algunas recomendaciones que consideramos pertinentes puedan ser incorporadas al anteproyecto de ley para mejorar el SNA. Ha sido elaborado por el equipo de *Gestión Pública & Control* dirigido por Juan Jiménez Mayor.

POSICIÓN DE **GESTIÓN PÚBLICA & CONTROL** SOBRE EL ANTEPROYECTO DE **LEY DE CADENA DE ABASTECIMIENTOS**



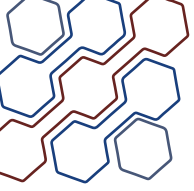
I. SOBRE LA NECESIDAD DE ESTA INICIATIVA

La propuesta se sustenta en la necesidad de regular la cadena de abastecimientos que estaba pendiente a partir de la expedición del Decreto Legislativo N° 1439 de setiembre de 2018, que reguló la creación del SNA. La ausencia por muchos años de una regulación adecuada del sistema generó la preponderancia de la contratación pública como el único proceso regulado, sin considerarse al resto de intervenciones públicas que operan sobre la materia y que van desde los actos preparatorios vinculados al requerimiento, los estudios previos, el proceso de selección y ejecución contractual y, finalmente, la entrega de bienes y suministros para su conformidad y que debieran ser cuidados en su trazabilidad, hasta llegar al usuario o consumidor final. La creación del sistema de abastecimientos ha sido un tema largamente esperado, el cual reemplaza a una antigua, insuficiente y desfasada disposición de diciembre de 1977, el Decreto Ley N° 22056, recientemente derogado.

El SNA es uno de los once sistemas administrativos establecidos por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y su finalidad es establecer los principios y la normativa que aseguren que las actividades de la cadena de abastecimiento público se ejecuten de manera eficiente y eficaz, promoviendo una gestión articulada e integrada, bajo el enfoque de la gestión por resultados. El SNA considera no solo la contratación, sino todo el proceso previo y posterior.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es solo una parte de este sistema que está conformado, además, según el artículo 5 del referido Decreto Legislativo N° 1439, por la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas, que ejerce la rectoría del sistema. También lo conforma la Central de Compras Públicas (Perú Compras) y las áreas involucradas en la gestión de la cadena de abastecimiento público en todo el Estado.

En ese sentido, la vocación del anteproyecto bajo análisis es buscar abarcar todo el sistema, aunque debe alertarse que su contenido es bastante genérico, pues no entra a los detalles ni en la gobernanza del sistema, ni en las instituciones jurídicas que lo conforman, dejando muchos aspectos



al reglamento y a normas de inferior jerarquía, por lo que habrá que esperar para conocer la opción del legislador en esta materia.

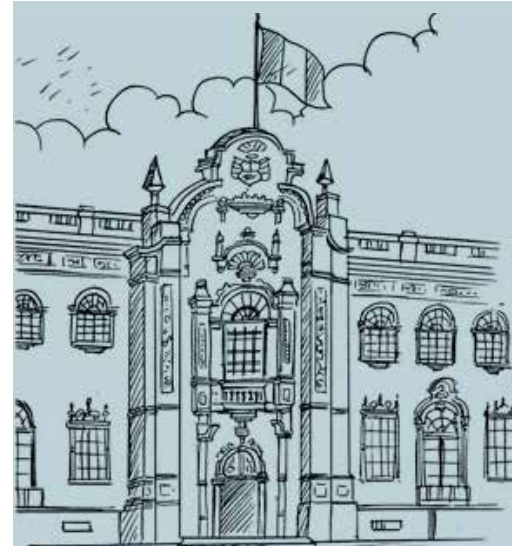
En efecto, si bien el anteproyecto bajo estudio tiene en números más artículos que el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF –73 artículos versus 62–, no aborda en extenso un aspecto que nos parece central, que es lo que la nueva propuesta denomina la **gestión de las adquisiciones**, que es, precisamente, el corazón de la norma actual que regula los métodos de contratación como los procedimientos de selección, el rechazo de ofertas, la declaración de desierto, la cancelación, el contrato, la ejecución contractual, las garantías, la modificación y la resolución del contrato, el pago, entre otros temas. Esta temática se ha dejado para después.

En el Perú las 2940 entidades públicas que conforman el SNA adquieren muchos bienes, obras y servicios, debiéndose evitar el malgasto de recursos, más aún cuando estamos en un escenario de crisis económica muy fuerte debido a la pandemia; la depresión económica supera este 2020 los dos dígitos y mantendremos una situación de baja recaudación que nos obligará a financiar el presupuesto de 2021 con empréstitos en un porcentaje de casi el 30 %, algo que no ocurría en muchos varios lustros. Requerimos hoy un enfoque de eficiencia en el uso de los recursos más que nunca, por lo que el abordaje de las compras públicas es estratégico.

La eficiencia es un asunto de superlativa importancia y solo tengamos en cuenta que un estudio que realizó el BID en 2018 concluyó que los Estados en América Latina, incluyendo Perú, no saben comprar y malgastan hasta el 4,4 % del PBI (BID: 2018, p. 57). Con los altos índices de adquisiciones en nuestro gasto público, este es un punto crítico.

Entonces, la escasez obliga a cuidar más que nunca los recursos públicos para atender los desafíos de pobreza y desigualdad, siendo que este problema se ahondará con la crisis. Además, es necesario que la apuesta del Estado en materia de contrataciones sea inteligente y estratégica, para que las compras públicas no solo sean gasto a ejecutar, sino inversiones adecuadas que generen efectos positivos en contextos de enfriamiento económico para paliar la contracción. Eficiencia y gasto efectivo, para reducir brechas y rapidez en el gasto público, son fórmulas a tener en cuenta.

Desafortunadamente, el país viene sufriendo en los últimos cuatro años un proceso de desaceleración de inversiones a causa de una ineficaz gestión pública, producto en gran parte por los recurrentes enfrentamientos de poderes y crisis políticas. No ha habido un adecuado seguimiento hacia los proyectos de inversión, ni a solucionar los defectos de ejecución en los tres niveles de gobierno, produciendo muy bajos –en realidad, históricos– niveles de ejecución presupuestal. En este periodo, la conflictividad política ha llevado a escenarios límite como la dimisión del presidente de la república, constantes cambios de gabinetes y muchas sucesiones de ministros: en solo ocho ministerios se reportan seis o más gestiones diferentes (ver gráfico).



Ministerios con seis o más cambios de gestión en los últimos cuatro años

7
Consejos de Ministros

10
ministros de Cultura

8
ministros de Salud

8
ministros de Energía y Minas

7
ministros de Vivienda,
Construcción y Saneamiento

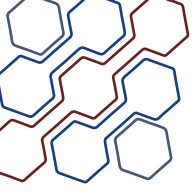
7
ministros de Defensa

7
ministros del Interior

6
ministros de Economía y Finanzas

6
ministros de Transportes
y Comunicaciones

Elaboración propia



En el 2019 la inversión pública fue muy mala, pues llegó apenas al 66,1 % y pudo ser peor si es que los últimos cuatro días del año el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) no hubiera realizado desembolsos por casi el 10 % del total del gasto en inversión pública. En el presente ejercicio la situación es aún peor, pues alcanza solo un 27 %, debido a un factor exógeno como la pandemia, pero que también debe explicarse por una administración gubernamental que no se ha caracterizado por la efectividad en sus resultados.

Toda esta situación no solo hace daño a la economía, sino que está afectando el bienestar de la población. El resultado será finalmente un quinquenio que quedará registrado como un tiempo perdido en inversión pública y como un periodo donde se generó una enorme crisis fiscal, afectación de las finanzas públicas y retroceso de muchos avances como la pobreza que retornará a estándares de 2010.

II. COMPRAR MEJOR Y CUIDAR EL PATRIMONIO DEL ESTADO

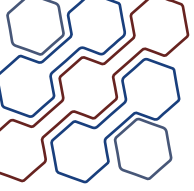
La premisa en un escenario crítico como el actual es cuidar los recursos públicos con mejores requerimientos, procesos de adquisición transparentes, íntegros y competitivos y con adecuados cuidados en los almacenes del Estado, para evitar mermas y pérdidas de suministros. En buena cuenta, cuidar toda la cadena de abastecimientos.

La región y nuestro país tienen desafíos enormes. En estos años de bonanza en América Latina y el Caribe, la inversión pública en infraestructura alcanzó un promedio del 3,8 % del PIB entre 2008 y 2015. Siendo ello positivo, este porcentaje aún ha sido bajo en comparación con países como China que supera el 8,5 %, Japón e India que alcanzan el 5 %, y lejos también del promedio de los países desarrollados que llegan al 4 % (BID: 2018, p. 153). Los expertos consideran que debemos invertir en promedio el 5 % del PIB a lo largo de los próximos 20 a 30 años para alcanzar el desarrollo.

“
La **CGR** concluye que **el 15 % del presupuesto público ejecutado en 2019 se habría perdido por corrupción e inconducta.**
”

Sin embargo, llegar a esto es difícil debido a las menores expectativas de crecimiento, por lo que debemos aprender a gastar mejor, lo que implica mejorar nuestro sistema de compras públicas y abastecimientos. En ese sentido, desde *Gestión Pública & Control*, creemos que una iniciativa legislativa como la que estamos analizando es clave, debiendo enfocarse a nuestro país en la perspectiva de la eficiencia y la integridad, siendo claro que el esfuerzo debe tener en cuenta el objetivo no solo en cambiar normas, sino de realizar una gran apuesta por mejorar la gestión pública, que muestra serias deficiencias en materia de adquisiciones.

No necesariamente nuestro problema está enfocado en nuestro modelo de contratación, pues en la teoría tenemos un estándar aceptable desde la perspectiva normativa y de avances como los mecanismos de subasta inversa electrónica o los acuerdos marco; sin embargo, pese a eso, apostamos por los acuerdos de gobierno a gobierno, lo que significa abdicar de nuestras propias competencias. Además, existe un brecha entre la norma y la realidad, pues son las personas quienes utilizan instrumentalmente el modelo de contratación pública, generando



desvío de recursos mediante sobrecostos o compras sobrevaluadas. Todo ello indica que la falla está en normas que no tienen el impacto buscado y que no se aplican en su magnitud, debido a factores internos como la corrupción que viene socavando fuertemente el modelo. Esta situación es sumamente negativa, pues desalienta a proveedores que buscan actuar correctamente, ya que nadie quiere participar en procesos contaminados o en donde puedan tener inconvenientes, como el caso, por ejemplo, de muchas empresas transnacionales que podrían tener graves inconvenientes si proceden a realizar actos ilícitos contrariando la Foreign Corrupt Practices Act (ley estadounidense de prácticas de corrupción en el extranjero), que se ha convertido en una suerte de jurisdicción universal en materia de corrupción, como sucedió con Odebrecht en la Fiscalía de Nueva York. La instauración de cárteles de postores que anulan la sana competencia sigue afectando las compras públicas.

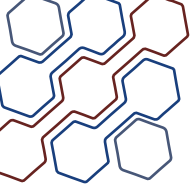


Debemos estar preocupados:
40 000 casos de corrupción en todo el país y **82 %** en el interior del país. Una cuota importante proviene de contrataciones públicas.

También es necesario advertir la falta de competencias y conocimientos del sistema por parte de muchos operadores, incluyendo a funcionarios públicos, lo que es producto también de los constantes cambios normativos. Los gobiernos en los últimos veinte años han buscado atacar la corrupción, consignando procedimientos de contratación cada vez más difíciles y complejos, reformando constantemente la Ley de Contrataciones y produciendo una inflación de normas de menor jerarquía, así como criterios de interpretación en pronunciamientos, opiniones y directivas del OSCE y resoluciones del Tribunal de Contrataciones. La Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado de julio de 2014, siguiendo la tendencia de su antecesora, ha sufrido en cinco años cuatro reformas legislativas hasta su actual TUO de febrero de 2019, lo que implica una reforma por año en promedio, evidenciando un problema de estabilidad normativa que puede afectar la seguridad jurídica. Esperemos que esta iniciativa que se está gestando sea una que pueda durar tiempo, aunque se va a requerir de un reglamento muy detallado que despeje las dudas y los vacíos que está dejando este anteproyecto de ley.

El objetivo de gastar mejor implica no solo cambios normativos, sino fundamentalmente mucha gestión pública en la cual tenemos un fuerte déficit; requerimos gestión con transparencia, innovación, capacidades, así como con adecuados monitoreos y supervisión de procesos logísticos. Asimismo, necesitamos mejorar los requerimientos, los estudios de preinversión, tener mejores enfoques en la fase de ejecución contractual y de resguardo de la recepción, también en la gestión de los contratos, su supervisión, en la fase de recepción y eventual almacenaje y distribución, en donde las pérdidas y las mermas son un problema que se deben atender y que generan afectaciones a los usuarios o beneficiarios directos. A todo ello, es necesario incluir el mejorar la gestión de las controversias y los conflictos.

Las entidades también tienen serias debilidades para formular la programación multianual, lo que afecta la planificación, impactando en la falta de presupuestos para el mantenimiento de las obras que se hacen insostenibles en el tiempo. Es un problema generalizado en el país que las autoridades estén siempre en la búsqueda de recursos para las obras, pero descuidando los

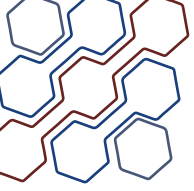


presupuestos que se requieren para el mantenimiento de estas a fin de que no se deterioren. Hay muchos ejemplos de esto a lo largo del territorio nacional.

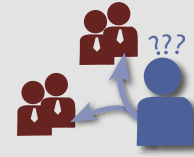
Un aspecto a tener en cuenta es una propuesta normativa sobre abastecimientos que aborde los diversos problemas identificados en la materia, que *Gestión Pública & Control* ha venido exponiendo en sus diversas ediciones y publicaciones (ver tabla).

CONSIDERACIONES PARA MEJORAR EL MODELO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Establecer una clara orientación del SNA bajo un enfoque de rectoría que hoy tiene el MEF.
Fortalecer las capacidades de los OEC creando sistemas de información robustos sobre las modalidades y las formas de interpretación de las normas que sean más accesibles a los proveedores y los servidores públicos.
Establecer mecanismos de evaluación y monitoreo de las compras estatales en todos los niveles de gobierno, de modo que pueda certificarse la capacidad y encargarse en estos casos las responsabilidades legales de la cadena de abastecimiento público.
La evaluación debiera permitir una valoración de la calidad de los proyectos, de modo que quien no alcance los estándares mínimos debiera ser objeto de capacitaciones y acompañamiento para mejorar sus procesos de planificación, formulación y ejecución de compras.
Desarrollar estándares de identificación de brechas con los gobiernos subnacionales para articular la planificación y el financiamiento de obras priorizadas.
Robustecer y expandir los mecanismos de compras corporativas y compras electrónicas, que comprobablemente reducen la corrupción y permiten ahorros al Estado.
Reducir la expansión institucional de agencias supervisoras o de compras públicas, hacia una entidad central que pueda especializar los procesos, considerando sin duda las especialidades de compras.
El MEF debiera tener un rol más activo y estratégico para implementar una nueva visión en las adquisiciones a fines de establecer metas e indicadores de desempeño que actualmente no existen.
Desarrollar un sistema de precios unitarios que permita estandarizar cosa-precio o precios unitarios, para lograr menores costos en el Estado, evitando la duplicidad de esfuerzos que simplifica los estudios de mercado que deben hacer las entidades. Una central de inteligencia de precios.
Mayor desarrollo del mecanismo de los acuerdos marco para compras corporativas que ha significado una forma eficiente para ahorrar recursos.
Mejorar los mecanismos de supervisión de las obras, cuyos procesos de contratación no debieran estar en la misma entidad que otorgó la buena pro de la obra a realizarse.
Generar un nuevo modelo de gestión de la ejecución contractual para evitar la litigiosidad y buscar la solución en el terreno al estilo de los contratos NEC.
El OSCE debe mejorar sus niveles de coordinación con el MEF y Perú Compras, así como tender puentes con los proveedores para la estandarización de documentos y validar objetivos.



Es necesario difundir más información a los proveedores respecto al régimen de sanciones e inhabilitaciones, pues todos los meses se sanciona en promedio a 200 proveedores y la mayoría de estas sanciones se sustenta en el hecho de que los proveedores presentan documentación falsa o inexacta.



Hace falta organizar la información normativa con un mejor sentido, que permita a todos los operadores contar con la data que impida cometer errores, más aun en un entorno normativo en constante cambio.

Las enmiendas que se realizan periódicamente no vienen acompañadas de estrategias de difusión de información y tampoco capacitación, lo que alimenta el problema alertado en el párrafo anterior.

Hace falta incluir evaluaciones sobre calidad regulatoria para determinar si los cambios son eficientes o están generando barreras de entrada o situaciones contraproducentes a los principios de contratación y de simplificación administrativas.

No existe un monitoreo constante de las contrataciones y la ejecución de las mismas.

La gran mayoría de los informes de control de la CGR se sustenta en presuntos incumplimientos de la normativa sobre contrataciones. Ello revela un desconocimiento de los operadores que requiere ser superada.

El OSCE debe fortalecer el monitoreo de las reformas que viene conduciendo.

Existen catálogos de bienes distintos en diversas agencias. Perú Compras usa el Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras (Cubso), las Fuerzas Armadas utilizan catálogos de la OTAN o de Naciones Unidas y el Fonafe utiliza los catálogos SAP. Esta multiplicidad de codificación la compra pública no es trazable. El Estado debe utilizar un único sistema de catalogación para que se verifique la operación desde que se planifica hasta que se ejecutan los contratos y se usa el bien o servicio adquirido.

Existe poca competitividad desde el lado de los proveedores, pues el OSCE ha revelado que el promedio de postores en un proceso es 2,3, lo que es muy bajo. En compras electrónicas la cifra sube a 4,6 con la subasta inversa y es muchísimo mayor con catálogos electrónicos.



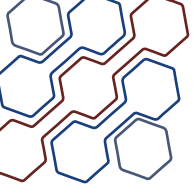
Hace falta estandarizar los procedimientos, pues las entidades contratan lo que consideran, pero para satisfacer la misma necesidad utilizan diferentes especificaciones técnicas o términos de referencia. Ello significa discordancias en los concursos y puede explicar la falta de competitividad o direccionamiento en los procesos.

La normativa general de contrataciones no es mala, pero el ciclo anticorrupción está generando pánico en los funcionarios que se niegan a firmar para no asumir responsabilidades. Es necesario detectar los puntos neurálgicos que generan la parálisis y enfocar mejor las salidas que eviten que los órganos de control sigan provocando en los funcionarios públicos el “miedo a firmar”.

Es necesario enfatizar en las obras la superación de brechas antes que los objetivos políticos de las autoridades.

El enfoque de riesgos en materia de contrataciones es casi inexistente.

Elaboración propia



Como se observa, existe una gama de dificultades a superar, siendo un desafío enorme el que se pretende abordar, más aún cuando tenemos en cuenta la compleja conexión entre diversos organismos y gobiernos subnacionales, así como en la necesidad de avanzar hacia compras corporativas de bienes y suministros; la distribución y el cuidado de estos en las unidades de almacenaje es un reto en sí mismo, para evitar mermas, hurtos de bienes y vencimiento de productos.

Un caso reciente puede ser un vivo ejemplo de esto. La Contraloría General de la República emitió el pasado 6 de diciembre de 2019 el Informe N° 59-2019-2-5991, informe de control posterior, con relación al Centro Nacional de Abastecimientos de Recursos Estratégicos de Salud (Cenares), en el cual encontró responsabilidades en diversos funcionarios por no haber distribuido a tiempo 74 000 frascos de vacunas antituberculosas y, con ello, haber permitido que venzan dichos productos en los almacenes, lo que ocasionó la destrucción de vacunas con un perjuicio económico de casi 450 000 soles, ello sin considerar el perjuicio social por la falta de reparto a la población que lo necesitaba. Esto revela la importancia de establecer un sistema de abastecimientos con todas las garantías de eficacia no solo para la compra de bienes, sino para cubrir toda la cadena de suministros, de modo que se garantice su adecuada distribución en condiciones de calidad para que el producto llegue a su destinatario final.

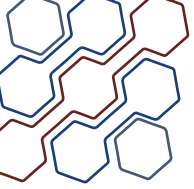
Este aspecto nos tiene que llamar a la reflexión sobre los caminos que tenemos que emprender no solo para imponer reformas normativas que perfeccionen el modelo de compras, sino para mejorar la gestión de abastecimientos en general, pues la brecha es grande en diversos aspectos. En ese sentido, desde *Gestión Pública & Control*, seguimos invocando a la administración a que no solo se apueste por cambios normativos, sino que se introduzcan robustas herramientas para controlar mejor los procesos; que se apueste por más y mejor gestión.

III. BUSCANDO UNIFICAR Y MEJORAR LA REGULACIÓN

Un factor cuestionable de nuestro modelo de abastecimientos es la dispersión normativa, que no integra en un solo cuerpo normativo toda la regulación del sistema y su gobernanza; es decir, los distintos mecanismos e instituciones que funcionan en esta materia.

En este ámbito coexisten una serie de entidades a cargo de las adquisiciones con procedimientos especiales como Perú Compras, el Centro Nacional de Abastecimientos de Recursos Estratégicos de Salud (Cenares), la Agencia de Compras de la Fuerza Armada y el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe). Además, participan diversos organismos internacionales (UNOPS, BID, Banco Mundial, PNUD, CAF, OIM y OEI), la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, las Alianzas Público-Privadas, PetroPerú, la Oficina de Normalización Previsional, Q'aliwarma, la organización de cumbres y reuniones internacionales de interés nacional a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales que tiene a su cargo la gestión integral de los bienes estatales, los cuales tienen dispositivos especiales que los facultan para las adquisiciones.

“
El sistema de abastecimientos es responsable de la ejecución de casi el 50 % del presupuesto público.
”



De igual modo, se tienen diversos mecanismos de adquisición como compras de gobierno a gobierno, contratos NEC, compras corporativas, subasta inversa y convenios-marco, entre otras opciones, que no se integran en una sola normativa, sino que están recogidos en diversos dispositivos. El anteproyecto bajo comentario va en orientación hacia un modelo unificado, aunque se queda a mitad de camino, pues muchas de las entidades y los procesos siguen quedando fuera.

IV. EL NUEVO ENFOQUE SOBRE GESTIÓN DE RIESGOS

Un aspecto recomendado por la OCDE es la superación de riesgos en las contrataciones, lo que responde directamente a las debilidades de nuestro modelo y que el anteproyecto considera en el artículo 30 (OCDE: 2017, p. 50)¹. *Gestión Pública & Control* considera que las contrataciones, por las circunstancias especiales de nuestro país, deben tener un enfoque de riesgos para prevenir y alertar situaciones y, por supuesto, a fines de evitarlas.

La actual normativa del TUO de Contrataciones del Estado solo centra el tema de riesgos en el ámbito de las obras públicas, pero existen muchos elementos para considerar que existen riesgos en todo el sistema de abastecimientos, por lo que es necesario atender la estrategia de mejorar el sistema a través de la perspectiva de atender los riesgos y evitar así que se conviertan en problemas.

El BID, en 2018, concluyó que los Estados en América Latina, incluyendo Perú, no saben comprar y malgastan hasta el 4,4 % del PIB.

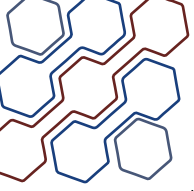
El OSCE cuenta con una Dirección de Gestión de Riesgos que, conforme al artículo 74 de su Reglamento de Organización y Funciones aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF, va más allá de un enfoque de riesgos solo para obras, estipulando que dicha dirección está a cargo de una función supervisora del OSCE sobre la actuación de las entidades contratantes a nivel nacional, a partir de la identificación de riesgos que afecten la planificación de contrataciones, la satisfacción de necesidades, la competencia, así como los relacionados con el inadecuado uso de contrataciones directas y supuestos de exclusión de la normativa.

Precisamente, estas funciones están relacionadas a la estructura orgánica de dicha dirección, pero tiene resultados muy limitados²,

por lo que aquí también es necesario cuestionar el papel que ha mantenido en estos años el OSCE, muy ausente de los problemas en la gestión de las contrataciones públicas en identificar

¹ La OCDE, en su estudio ya citado, precisa que existen riesgos en los “actos preparatorios” (como la falta de una evaluación adecuada de necesidades, de planificación y realización de presupuestos para la contratación pública; o de requisitos que no han sido definidos ni adecuada ni objetivamente), riesgos en la fase del “proceso de selección” (incompleta la información para los interesados, ofertas en colusión con precios inadecuados, evaluaciones predispuestas) y, finalmente, riesgos en la fase de “ejecución contractual” (información insuficiente sobre los contratistas, elección no transparente o falta de responsabilidad sobre la elección de subcontratistas y asociados, falta de supervisión de los funcionarios).

² Según el ROF, dicha dirección cuenta con tres unidades orgánicas: i) la Subdirección de Identificación de Riesgos que afectan la Competencia, ii) la Subdirección de Identificación de Riesgos en Contrataciones Directas y Supuestos Excluidos y iii) la Subdirección de Procesamiento de Riesgos.



los riesgos. Esto revela que no se necesitaba una ley para tener un enfoque de riesgos, lo que hubiera sido muy positivo; siendo enteramente responsabilidad del OSCE el que no se haya tenido lo que hubiera mejorado nuestro estándar e impedido que la CGR señale que se han perdido por corrupción 23 000 millones de soles en 2019.

En Colombia este enfoque de riesgos existe desde 2007, cuando se aprobó la Ley N° 1150, que en su artículo 4 establece que las entidades deben incluir “la estimación, [la] tipificación y [la] asignación de los riesgos previsible involucrados en la contratación”, operando no solo en materia de obra pública. Llegaremos con mucho retraso, siempre y cuando se gestione esto de modo efectivo por parte del OSCE y las entidades del Estado que a partir de la reforma normativa deberán incorporar este enfoque.

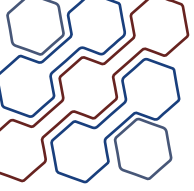
V. AVANZANDO HACIA UN MARCO INTEGRAL, PERO A MEDIO CAMINO

La propuesta se centra en describir en términos generales el modelo de abastecimiento en todas sus fases, regulando la gobernanza del sistema, es decir, las entidades que lo conforman, pero dejando fuera, como alertamos, a una serie de instituciones y regulaciones vinculada a la contratación pública, no lográndose la finalidad buscada.

Si bien la primera disposición complementaria final del anteproyecto unifica los regímenes, señalando que la ley es “el único régimen de abastecimiento público”, quedando derogados todos los regímenes especiales, mantiene fuera de la ley cinco aspectos: i) las contrataciones realizadas dentro del marco normativo correspondiente al financiamiento y la ejecución de proyectos mediante el mecanismo de obras por impuestos; ii) las contrataciones realizadas dentro del marco normativo correspondiente a la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos; iii) las contrataciones que realizan la Agencia de Compras de las Fuerzas Armadas, en el mercado extranjero, para el caso de las contrataciones consideradas estratégicas en el ámbito de defensa y seguridad nacional, se rigen por lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1128 y su Reglamento; iv) las contrataciones del servicio de conectividad de banda ancha y los servicios de telecomunicaciones complementarios regulados por la Ley N° 29904; y v) las contrataciones reguladas por la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos.

La propuesta no regula los mecanismos de adquisición de gobierno a gobierno que mantiene mucha fuerza en los últimos tiempos, ni señala lo que ocurrirá con la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios. Son ausencias notorias o, en todo caso, una regulación insuficiente que no vemos con claridad en el anteproyecto.





El anteproyecto mantiene por fuera de la ley la organización de cumbres y reuniones internacionales de interés nacional a cargo del Ministerio de Relaciones Exteriores, los contratos que realicen las misiones diplomáticas de Perú fuera del país y también los procesos de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, que tiene a su cargo la gestión integral de los bienes estatales. También los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual. Todos son supuestos no sujetos a licitación o concurso ni a las reglas de ejecución contractual.

“
En 2019, la inversión pública llegó apenas al 66,1 % y en el presente ejercicio 2020 llega al 27 %, debido a un factor exógeno como la pandemia.
”

La norma excluye los procesos que realizan los Estados cooperantes u organismos internacionales como UNOPS, BID, Banco Mundial, PNUD, entre otros, “siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones”. Esto puede afectar el mecanismo de gobierno a gobierno. Esto permitirá que los procesos se rijan por las propias reglas de estos organismos, lo que es apropiado.

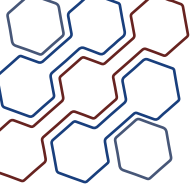
Además, señala que estarán fuera las contrataciones que realice una organización internacional, Estados o entidades cooperantes “que se deriven de donaciones efectuadas por estos, siempre que dichas donaciones representen por lo menos el veinticinco por ciento (25 %) del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto”. Esto dejará sin efecto operaciones de asistencia técnica de las organizaciones internacionales para realizar administración de proyectos por encargo en donde no hayan donaciones, que suele ser utilizada en nuestro país y que no es prudente en un momento de alta desconfianza hacia el sector público, cuando se quiere reestructurar el modelo de abastecimientos y cuando la ejecución de inversiones está en un momento crítico; no creemos que sea la mejor opción prescindir por ahora del apoyo internacional.

VI. ALCANCES Y LÍMITES DEL ANTEPROYECTO

Considerando diversos ámbitos del sistema, desde *Gestión Pública & Control*, creemos que, siendo importante la propuesta del MEF para la regulación de la cadena de abastecimiento público, es posible mejorar la iniciativa en los siguientes doce aspectos.

1. Sobre los principios del anteproyecto

Un aspecto relevante en una iniciativa legislativa de este tipo es considerar **principios**, como un aporte que inspire e impregne los procesos a cargo del SNA, para permitir una interpretación y una aplicación normativas acorde a los fines que se establecen en los mismos. Los principios definen los lineamientos estratégicos de los procesos de compras públicas.



En la propuesta son interesantes los nuevos principios que se consignan, como el de **innovación**, enfocado en impulsar “el desarrollo de conocimientos y tecnología, así como el diseño de métodos y procedimientos orientados a la mejora constante de los servicios que brinda, del abastecimiento público y la atención de las necesidades ciudadanas”.

“**Nuestro modelo de contratación en la teoría es uno de los mejores de la región, pero con deficiencias operativas como falta de competencias y conocimientos de los operadores, producto también de los constantes cambios normativos.**”

De igual modo, destaca el principio de **valor por dinero**, que pretende la mayor rentabilidad de las contrataciones buscando “el mejor resultado posible en el uso de los recursos públicos, en términos de calidad, oportunidad y precio; considerando, además, tanto el ciclo de vida y la sostenibilidad de los bienes y [los] servicios, como su desempeño social”. Este principio, de algún modo, supera el actual de eficacia y eficiencia, siendo un principio esencial de las contrataciones públicas, pero se debe señalar que no es un parámetro de contratación si se sigue insistiendo en que la máxima para las adjudicaciones es el menor precio, aspecto tradicional de nuestro modelo de contrataciones; desafortunadamente, la ley no enfatiza el contenido de este principio y esta debiera ser la oportunidad y el espacio para darle contenido al principio.

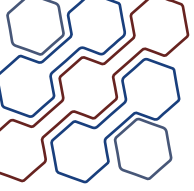
Incorpora también el principio de **desarrollo social**, por medio del cual las acciones pre-

vistas en la norma “deben orientarse a la satisfacción de las necesidades ciudadanas y a brindar los servicios cuya provisión corresponde al Estado”. Creemos que esta redacción supera satisfactoriamente el actual principio de sostenibilidad social.

Creemos que también es positivo un avance vinculado al principio de **integridad**, que en la actual normativa está vinculado enteramente en el ámbito público, siendo que ahora en la propuesta se incorpora al sector privado en línea de “honestidad y veracidad”.

Sin embargo, creemos que el anteproyecto omite algunos principios que sería conveniente mantener, como el de **publicidad**, que aparentemente se subsumen en el principio de **transparencia**. De igual modo, quizás puede ser conveniente introducir otros principios como el de **legalidad, libre concurrencia, objetividad e igualdad de condiciones**.





2. Generalidad de la propuesta

La iniciativa opta por ser casi una ley marco, que fija los aspectos generales de la regulación sobre abastecimiento, introduciendo elementos nuevos y, en otros casos, ratificando la actual regulación o elevando exigencias, como los requisitos –en edad y experiencia– para ser integrante del organismo (Oscap) y del Tribunal de Contrataciones. La vocación general del anteproyecto de ley deja muchos elementos al Reglamento. Cabe señalar que el criterio de la edad, en una sociedad con profesionales cada día más jóvenes y competentes, implica un sesgo que no tiene fundamento, debido a que en la realidad existen profesionales jóvenes muy capacitados para ejercer, como el caso de la propia ministra de Economía y Finanzas.

Sin embargo, la propuesta no logra exponer las normas específicas para determinada modalidad de contratación que permita conocer y diferenciar los diversos métodos en función a su mayor o menor complejidad, así como para determinar la adopción de mecanismos de contratación para proyectos complejos. Aunque plantea el principio del **valor del dinero**, como ya precisamos, no fija criterios para la selección de proveedores a fin de superar el clásico parámetro del menor precio, lo que ha sido uno de los aspectos que el BID y el OCDE han cuestionado de nuestro sistema de compras públicas. Tampoco enfatiza con la fuerza que debería esperarse, la apuesta y la utilización de la contratación electrónica para la adquisición de bienes y servicios, que tan buenos resultados viene dando desde Perú Compras.

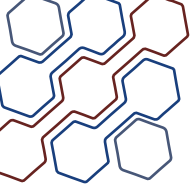
3. Tribunal de Contrataciones del Estado

Además de elevar la exigencia de requisitos para su designación, la propuesta señala que, para la designación de los integrantes del Tribunal de Contrataciones, se incorpora Servir para el concurso público respectivo. Parece conveniente que se disponga que Servir participe, pero el término de mandato de solo tres años para integrar el Tribunal puede desalentar a muchos a participar. Debería ampliarse el mandato.

Un cuestionamiento de fondo es el de la temporalidad y la consideración externa de los integrantes del Tribunal, que tiene que ver, en general, con el modelo de muchos tribunales administrativos en nuestro país que se conforman con llamamientos de abogados de firmas privadas que, temporariamente –y sin renunciar a sus despachos privados–, asumen funciones de la mayor importancia. Si bien muchos prestan servicios con profesionalismo y ética, hemos tenido casos difíciles en los cuales se ha expuesto el problema de la puerta giratoria y conflictos de interés. En general, consideramos, desde *Gestión Pública & Control*, que el país necesita un servicio civil y la formación de tribunales administrativos que no sean constituidos por funcionarios de paso, sino por personas con vocación de permanencia y servicio público, más aun en temas tan sensibles e importantes como las compras públicas.

Sin duda, este es un tema de fondo a abordar en el país para todos los sectores regulados.

“
En el país, las autoridades están en la búsqueda de recursos para las obras, pero descuidando los presupuestos que se requieren para el mantenimiento.”



4. Soluciones judiciales: no se analiza la sobrecarga de la Corte Suprema de Justicia

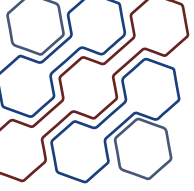
La propuesta no valora un aspecto que se está debatiendo actualmente en el Congreso de la República, a propósito de la sobrecarga de casos que viene afectando fuertemente a la Corte Suprema de Justicia. Sobre este punto, el Poder Judicial ha presentado el Proyecto de Ley N° 04522/2018-PJ, que plantea reformar el artículo 23 de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecutivo Coactiva, para evitar que lleguen a la Corte Suprema los miles de casos que están llenando los anaqueles judiciales y, particularmente, la Sala Constitucional y Social. Los procesos vinculados al cuestionamiento de ejecuciones coactivas en la actualidad ascienden al 40 % de casos de dichas salas.

El artículo 71 del anteproyecto plantea exactamente la misma competencia que hoy se busca modificar en la Corte Suprema; así, en los procesos constitucionales de amparo –cuando procedan– se señala que deberán ser conocidos en primera instancia por la Sala Superior Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia respectiva y, en grado de apelación, por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia. A su vez, en los casos de demandas contencioso-administrativas, señala que, en primera instancia, es competente la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva y, en apelación, la Sala Civil de la Corte Suprema; la Sala de Derecho Constitucional y Social resolverá en casación si fuera el caso.

Sobre el particular, *Gestión Pública & Control* debe precisar que la Corte Suprema de Justicia está recibiendo anualmente más de 40 000 casos y solo en las tres Salas de Derecho Constitucional y Social, a las que se busca otorgar competencia para estos casos, se reciben más de 27 000 casos anualmente. La siguiente tabla es expresiva del problema de los flujos anuales de causas que estamos alertando y que debería impedir que la Corte Suprema siga soportando este problema nacional:

CAUSAS INGRESADAS EN 2018	
SALA ESPECIALIZADA	N°
Sala Especializada en lo Civil Permanente	3.056
Segunda Sala Especializada en lo Civil Transitoria	3.165
Sala Especializada en lo Penal Permanente	4.450
Segunda Sala Especializada en lo Penal Transitoria	3.449
Sala Especializada en lo Constitucional y Social Permanente	3.276
Primera Sala Especializada en lo Constitucional y Social Transitoria	12.807
Segunda Sala Especializada en lo Constitucional y Social Transitoria	11.988
Tercera Sala Especializada en lo Constitucional y Social Transitoria	2.574
TOTAL	41.709

Fuente: www.pj.gob.pe



El anteproyecto debería tener en consideración esta realidad que afecta el modelo de justicia y que seguirá haciendo inviable el funcionamiento de la Corte Suprema.

5. El OSCE y Perú Compras para llegar al Oscap

Un aspecto que llama la atención es que se reducen las atribuciones del OSCE para darle un rol más regulador, suprimiéndose algunas funciones que en las actuales circunstancias son críticas, como las contempladas en el actual artículo 52, inciso a, del TUO sobre “Velar y promover que las entidades realicen contrataciones eficientes”. Respecto a la redacción del anteproyecto, no creemos que sea muy enfática, en comparación al actual TUO, acerca de la función supervisora, cuando en el artículo 6, inciso e, plantea la posibilidad de supervisión, así como para suspender un proceso de abastecimiento.

La segunda disposición complementaria final del anteproyecto señala que el OSCE y la Central de Compras Públicas - Perú Compras ingresan en un plazo de 24 meses en un proceso de fortalecimiento institucional organizacional, con el objeto de asumir las competencias establecidas para el OSCAP.

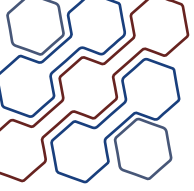
Se plantea un programa de desvinculación del personal con el otorgamiento de incentivos económicos, siendo válido preguntarse si es una salida adecuada descapitalizar al OSCE de su personal –se habla solo de 35 trabajadores–. Además, creemos correcto preguntarnos si es una buena idea cambiar el nombre en las circunstancias de crisis fiscal, por los costos que implica el cambio de membresía del OSCE. No por cambiar de nombre cambiará la naturaleza de las cosas. Nuevamente, un tema aquí de gestión.

6. Escuela Nacional de Abastecimiento Público: ¿un nuevo órgano?

Se crea la Escuela Nacional de Abastecimiento Público como “órgano académico”, con competencia para proveer formación, especialización y capacitación en materia de abastecimiento público y se le ha dado mucha publicidad a esta “innovación”. En ello se apuesta por crear un órgano operativo en materia académica ampliando una competencia, lo que creemos no parece ser una buena opción, pues duplica la función de entidades públicas que están creadas para tal fin, como la Escuela Nacional de Administración Pública de Servir.

Gestión Pública & Control considera que no es función del OSCE capacitar funcionarios, tarea que debería dejarse a las entidades que tienen esa finalidad, siendo que además existe una gran oferta privada en esta materia, lo que cuestiona el rol subsidiario del Estado. El OSCE solo debería mantener su función de ente que registra y certifica a las personas que conforman los órganos encargados de las contrataciones (OEC).





7. Reformas en integridad

Un aspecto central de una reforma del sistema de abastecimientos tiene que estar en la integridad del modelo y la lucha contra la corrupción, pues, como sabemos, las compras públicas son un atractivo imán para este fenómeno. Este aspecto debiera ser de la mayor importancia, además, por el hecho de que las estrategias para enfrentar la corrupción constituyen parte de la Política General de Gobierno al 2021, como señala uno de los lineamientos prioritarios del Decreto Supremo N° 056-2018-PCM.



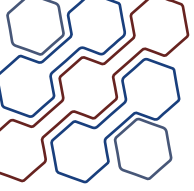
El **97 %** de los sancionados administrativamente por el Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República a nivel nacional fue inhabilitado para ejercer la función pública (**de 1 a 5 años**), lo que conlleva su desvinculación laboral con el Estado. Mientras que el **3 %** fue suspendido temporalmente (**de 30 a 360 días**).

En el país tenemos más de 40 000 casos de corrupción reportados por el Ministerio Público, donde el tercer delito de corrupción de mayor incidencia –luego del cohecho y el peculado– es el de colusión que tiene que ver con contrataciones públicas, con un 17,4 % del total, según datos del Ministerio Público (Chanjan Document, Rafael; Solis Curi, Erika y Puchuri Torres, Flavio, 2018, p. 17). Otro aspecto concomitante está en las sanciones por responsabilidad administrativa impuestas por el fenecido Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República, que ha determinado responsabilidades administrativas a más de 2 100 funcionarios públicos; de las cuales, el 70 % es debido a sanciones por la deficiente aplicación de la normativa sobre contrataciones del Estado.



Los **departamentos** que concentran el mayor número de **sancionados por la Contraloría** son **Lima** (436), **Cusco** (201), **Cajamarca** (146), **Lambayeque** (120) y **Puno** (108). Mientras que los departamentos con **menor número de sancionados** son **Ica** (11), **Callao** (17), **Madre de Dios** (19), **Moquegua** (26) y **Loreto** (37).

Por cierto, es necesario llamar la atención de lo que acontece con los proveedores del Estado, quienes continúan realizando prácticas cuestionables que son sancionadas por el OSCE cuando



son descubiertos. Por ejemplo, debido a la presentación de documentación adulterada, mensualmente se sanciona a 200 proveedores con suspensión o inhabilitación, lo que indica que no se aprende de los errores.



El Tribunal de Contrataciones de la **OSCE** ha impuesto **sanciones de inhabilitación** a un total de **3202** personas naturales y jurídicas, teniendo como origen, la mayoría de las sanciones, la presentación de documentos inexactos, falsos o adulterados. La sanción máxima por esta infracción es de **48 meses** de inhabilitación.

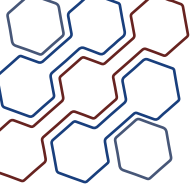
La propuesta reduce de 30 % a 5 % la participación del presidente y los vicepresidentes de la república, los congresistas de la república, los jueces supremos de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos y sus familiares, en el capital social de empresas que quieran participar en procesos logísticos con el Estado. Esta cifra se elevó con la reforma del Decreto Legislativo N° 1444 de 2018, durante la gestión de Pedro Pablo Kuczynski; ahora se vuelve a reducir.

La exposición de motivos para sustentar este cambio señala que se acotan los impedimentos toda vez que los actuales “generaron inconvenientes en su aplicación e interpretación”. Obviamente, generaron inconvenientes, pues hubo denuncias en casos de empresas vinculadas a altos funcionarios. Creemos que es una buena señal esta fórmula del anteproyecto.

Otro avance del anteproyecto es que, para estar impedido de ser contratista, no se requiere condena consentida o ejecutoriada contra un proveedor, bastando una condena en un proceso penal en primera instancia para generar dicho impedimento, a diferencia de la norma actual que requiere sentencia consentida o ejecutoriada.

Sin embargo, es importante considerar las modalidades que utilizan ciertas empresas proveedoras vinculadas por accionistas que impulsan políticas o malas prácticas de contratación pública, las cuales, aunque son sancionadas, siguen operando utilizando otras razones sociales. En el ámbito de la conexión empresarial, el artículo 24, inciso 7, del anteproyecto puede cubrir el espectro para que estas personas jurídicas no puedan contratar, pues señala que también están impedidas las personas naturales o jurídicas “que[,] encontrándose impedidas, constituyan otra persona jurídica del mismo rubro, o absorban o se fusionen con una persona jurídica impedida”. Pero debemos señalar que la norma actual es más contundente, por lo que se puede considerar que en este punto el anteproyecto es un retroceso. Esta es la norma que se busca suprimir en la sección de impedimentos (artículo 11 del TUO):

“o) En todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas a través de las cuales, por razón de las personas que las representan, las constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable se determine que son continuación, derivación, sucesión, o testamento, de otra persona impedida o inhabilitada, o que de alguna manera esta posee su control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, tales como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares”.



Asimismo, existen empresas investigadas por corrupción que siguen contratando con el Estado. La norma propuesta en el anteproyecto (artículo 24, inciso 6) reitera lo dispuesto en el actual TUO que impide contratar a las personas que hubiesen admitido o reconocido la comisión de delitos de corrupción en Perú o el extranjero ante alguna autoridad nacional o extranjera competente, así como a las personas jurídicas en las que tengan acciones, participación o cargos directivos. Pero el TUO y el anteproyecto bajo comentario no dicen nada frente a la imputación de irregularidades en el marco de una investigación o proceso penal, en donde pueden seguir contratando.

En este punto, el derecho que se defiende es la presunción de inocencia y, además, el que no se busque inhabilitar a competidores fabricando denuncias maliciosas; ese puede ser el riesgo de avanzar más en la materia. Pero lo sensato, debido a los riesgos, parece ser plantear que se impida la participación de empresas cuestionadas, tanto más cuando las investigaciones a cargo de la Fiscalía están tomando demasiado tiempo.

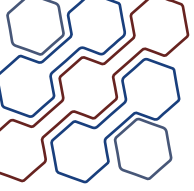
Otro aspecto que debiera evaluarse es que se puedan exigir algunos requisitos a las empresas que quieran contratar con el Estado, como lo ha hecho la reciente Ley N° 27401 de Argentina, que obliga a los proveedores –personas jurídicas– que desean vender al Estado nacional, que tengan un programa de integridad en concordancia con la normativa sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. En nuestro caso, contamos con normativa que determina la responsabilidad de las personas jurídicas, la Ley N° 30424 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N° 1352, siendo que una fuente de hechos vinculados a conductas ilícitas de las empresas es el soborno que puede darse en procesos de contratación pública, existiendo en estos casos medidas eximentes de responsabilidad si las empresas adoptan, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, consistente en medidas de vigilancia y control idóneo para prevenir el delito. En ese sentido, sería interesante que el anteproyecto considere la posibilidad de exigir la aplicación de programas de *compliance*, con la progresividad que permita que nuestras empresas proveedoras puedan alcanzar este estándar.

Las enmiendas que se realizan periódicamente no vienen acompañadas de estrategias de difusión de información ni capacitación.

Otra posibilidad, ligada a lo mencionado antes, es la propuesta para que pueda incentivarse a las empresas a incorporar buenas prácticas de integridad, en donde se pueda implementar



**PERÚ
COMPRAS**



un **Registro de Cumplimiento de Proveedores**, conformado por aquellos que tienen certificaciones de integridad (ISO 37001) y que vienen cumpliendo con sus deberes ambientales, laborales, tributarios y que no han sido sancionados por el OSCE. En Holanda se trabaja sobre el historial satisfactorio de integridad de empresas, certificándose a los contratistas que no tienen objeciones. Sobre el particular, puede ser interesante que el anteproyecto delimite la posibilidad de trabajar con los futuros proveedores y sus antecedentes, reuniendo información y trabajando para producir **listas blancas**, que podrían redituarse en puntajes en los procesos de contratación.



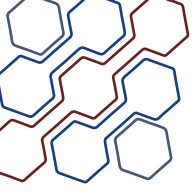
Existen **252 personas naturales y jurídicas multadas** por diversas infracciones, la mayoría de las cuales corresponde a no perfeccionar el contrato o retirar tardíamente su propuesta.

En Canadá existe un auditor general especial para la contratación pública a cargo de la revisión de los procedimientos de contratación. Sería importante que en casos de contrataciones complejas o de alto costo, el modelo peruano pueda tener una vigilancia efectiva, lo que implica supervisar la labor de los OEC, no solo por la CGR, sino por la propia entidad, dando contenido real a la responsabilidad que tiene el titular del pliego, lo que debe formar parte de la estrategia de control interno de la entidad.

De igual modo, desarrollar instancias de revisión más efectiva de las compras directas. En Irlanda, por ejemplo, existe el Comité de Contratos Públicos que revisa externamente los contratos por adjudicación directa (OCDE: 2009, p. 78). En similar sentido, tener mecanismos de verificación de licitaciones de grandes montos, como sucede en Corea del Sur, donde existen los Comités de Revisión de Procesos (OCDE: 2009, p. 84). En nuestro país esta tarea solo está puesta en manos de la CGR, con los resultados que ya conocemos.

Un riesgo de corrupción en las compras públicas está en el personal de los OEC. La Ley Servir considera familias de puestos y los logísticos deben ser considerados personal altamente sensible, que puede tener algunos elementos de mayor cuidado en sus certificaciones de puestos –aspecto ya existente–, pero también consideraciones de mejores condiciones laborales para su





ingreso y su permanencia y, por cierto, en sus salarios. En ese sentido, consideramos que en la normativa, cuando hablamos del personal de contrataciones, no todo debe ser castigo, sino normar en positivo a este sector de profesionales y técnicos que hacen que el Estado funcione, mediante adecuados incentivos.

De otro lado, en muchos países se establece la rotación del personal de contrataciones, luego de un periodo de tiempo, para evitar el contacto prolongado de estos con los proveedores. Parece ser una solución importante, siendo que con la dinámica de familias de puestos de la Ley Servir esto se facilita. Nada de eso se dice en el anteproyecto y debiera decirse por afectar la normativa de la función pública.

Siguiendo la dinámica de **listas blancas** ya mencionadas, es sugerente la aplicación de un programa de incentivos fiscales desde el MEF, para aquellas entidades que realicen de forma eficaz contrataciones públicas. No es difícil hacerlo, pues indicaría un enfoque de eficacia en la gestión pública. Por supuesto, hablamos de conducir procesos no solo ejecutando gasto público, sino haciendo que las compras públicas sean efectivas y eficaces, lo que debe implicar el establecimiento de ciertos estándares que debe establecer el OSCE, siempre que el organismo asuma una labor proactiva y no pasiva como opera actualmente. Así, por ejemplo, establecer indicadores sobre mayor frecuencia de contratación electrónica, acuerdos marco, incremento número de proveedores en los concursos y las licitaciones, reducción de precios, valor del dinero, satisfacción de usuarios, control de la corrupción, entre otros.

Se deja extrañar en la propuesta de anteproyecto la instauración de un mecanismo de denuncias y protección de denunciados de casos que afecten las contrataciones públicas. La línea de trabajo anticorrupción debería ser más enfática.

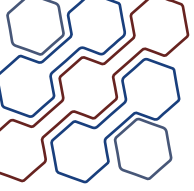
También en este punto puede ser importante introducir algunos elementos de la normativa sobre derecho de la competencia hacia el área de contrataciones, innovando aspectos que permitan cada vez más limpiar el escenario, como la figura de la **clemencia**, que opera como un símil del Derecho Penal Premial en el ámbito administrativo. Las normas de clemencia existen en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que opera en Indecopi, y debería generarse algún tipo de interrelación con el OSCE o el OSCAP, como existe en Argentina con la Ley N° 27442 de mayo de 2018, donde existe un reconocimiento de prácticas restrictivas de la competencia en las contrataciones públicas. Desafortunadamente, funcionamos como compartimentos estancos.

Otra cuestión es saber si las empresas sancionadas por Indecopi se insertan en el Registro de Proveedores Sancionados, lo cual les impide participar en licitaciones o cualquier proceso de adquisición.

8. Los ingenieros

Mucho se imputa a los abogados la corrupción, pero dejamos de tener en cuenta que la corrupción en contratación de obras tiene un sector profesional que debería comenzar a ser

“
Es importante establecer un **sistema de abastecimientos con todas las garantías de eficacia no solo para la compra de bienes, sino para cubrir toda la cadena de suministros, que garantice su adecuada distribución en condiciones de calidad.**
”



visto con más énfasis: los ingenieros. Respecto a la materia, en el mundo se ha avanzado en la necesidad de generar espacios de integridad en este ámbito, habiéndose creado el Sistema de Gestión de Integridad en los Negocios, por parte de la Federación de Ingenieros Consultores (Fidic). Creemos que el proyecto algo tendría que decir sobre el particular.

9. Mejores registros de información

Es imprescindible que el OSCE promueva el uso obligatorio de inteligencia de mercados y del uso de la información sobre los postores para los procesos de contratación. Los registros que se están creando en el anteproyecto, mediante bases de datos, deben permitir apoyar decisiones de contratación pública considerando riesgos y otros elementos como costos reales. Esto debe servir para cruzar informaciones de empresas sancionadas, conexidad empresarial de sancionados, empresas involucradas en actos de corrupción, empresas que suelen afectar el patrimonio público, valores en contrataciones, entre otra data a considerar.



Las **contrataciones**, por las circunstancias especiales de nuestro país, deben tener un **enfoque de riesgos** para prevenir y alertar situaciones y, por supuesto, evitarlas.

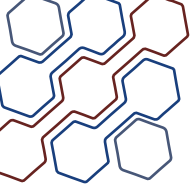


Esto es muy importante, pues en otros países la información interna e histórica acerca de licitaciones constituye una gran fuente de datos para la planificación de las contrataciones y, lamentablemente, en Perú solo contamos con datos dispersos, no comprendiéndose cómo el OSCE no ha podido ordenar toda la información disponible, pudiéndose incluso utilizar inteligencia artificial para los millones de registros existentes en el repositorio de datos de contrataciones nacionales.

Además, la transparencia nos debe llevar a comenzar a trabajar sobre registros más eficaces para saber los perfiles empresariales en cuanto a incumplimientos o cumplimientos tardíos. Saber los récords empresariales en la cadena de suministros, los porcentajes de incrementos de precios, las adendas, el abandono de obras, las obras inservibles, los bienes defectuosos o de mala calidad, la debida diligencia, los incumplimientos, entre otros. Hay mucha información dispersa y sería muy importante que, a raíz del anteproyecto que buscan crear muchos registros, de verdad se avance en generar información básica que permita saber los riesgos de contratar a determinado proveedor. Ciertamente, eso no depende de una ley, pues el OSCE pudo hacerlo a través de su Dirección de Inteligencia, pero su falta de gestión y de solo **hacer lo justo**, cumpliendo su estatuto y no buscando mejorar las cosas, nos ofrece este resultado pobre y deficiente de las compras públicas. Hace bastante tiempo que esta dirección no produce y difunde información que pueda ilustrar a las entidades sobre la conducción de las compras.

10. Compras centralizadas

El artículo 37 del anteproyecto, con relación a las contrataciones centralizadas, señala que la Dirección General de Abastecimiento será quien determine los bienes, los servicios, las consultorías o las obras que deben ser contratadas de manera centralizada. La disposición deja algunas dudas sobre si, por ejemplo, esto tendrá incidencia en las competencias regionales para la construcción de colegios, hospitales, postas médicas, carreteras, entre otras obras de infraestructura.



Se deja extrañar en la propuesta alguna disposición sobre intervención de obras en casos de corrupción o malos manejos de las contrataciones o, incluso, cuando se identifique falta de capacidades de los OEC. También alguna fórmula para atender las más de 800 obras abandonadas en el país y que debiera ser considerada en disposiciones finales, dado que el Decreto de Urgencia N° 008-2019, sobre medidas extraordinarias para la reactivación de obras públicas paralizadas, está absolutamente desfasado y no sirve en la actual coyuntura, pero nadie lo ha dicho aún.

11. Contratación de medios de comunicación

Un aspecto que se mantiene en el anteproyecto, respecto al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, es la exoneración de licitación o concurso para los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro. Sobre el particular, se debe recordar el debate producido en 2018 sobre la Ley N° 30793, que prohibió la publicidad estatal, y lo resuelto por el Tribunal Constitucional (STCC N°s 012-2018-PI/TC y 013-2018-PI/TC), que se consideró la necesidad de una mejor regulación.

En la actualidad existe la Ley N° 28874 que requiere ser reformada, existiendo en el Congreso de la República un dictamen de una iniciativa bastante avanzada que se desconoce en el anteproyecto y que plantea un proceso de adquisiciones mediante la intermediación de agencias de medios, por lo que no necesariamente se debe establecer que quedan fuera de la ley³.

El anteproyecto unifica los regímenes, pues señala que la ley es “el único régimen de abastecimiento público”; no obstante, que la unificación debería tener mecanismos de transitoriedad para ordenar estos cambios drásticos.

12. Orden de servicios

El artículo 64 del anteproyecto señala que las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a quince unidades impositivas tributarias (UIT) no están sujetos a licitación o concurso ni a las reglas de ejecución contractual. En la práctica eleva las llamadas órdenes de servicio que en la actualidad ascienden a un máximo de ocho UIT, conforme al TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.

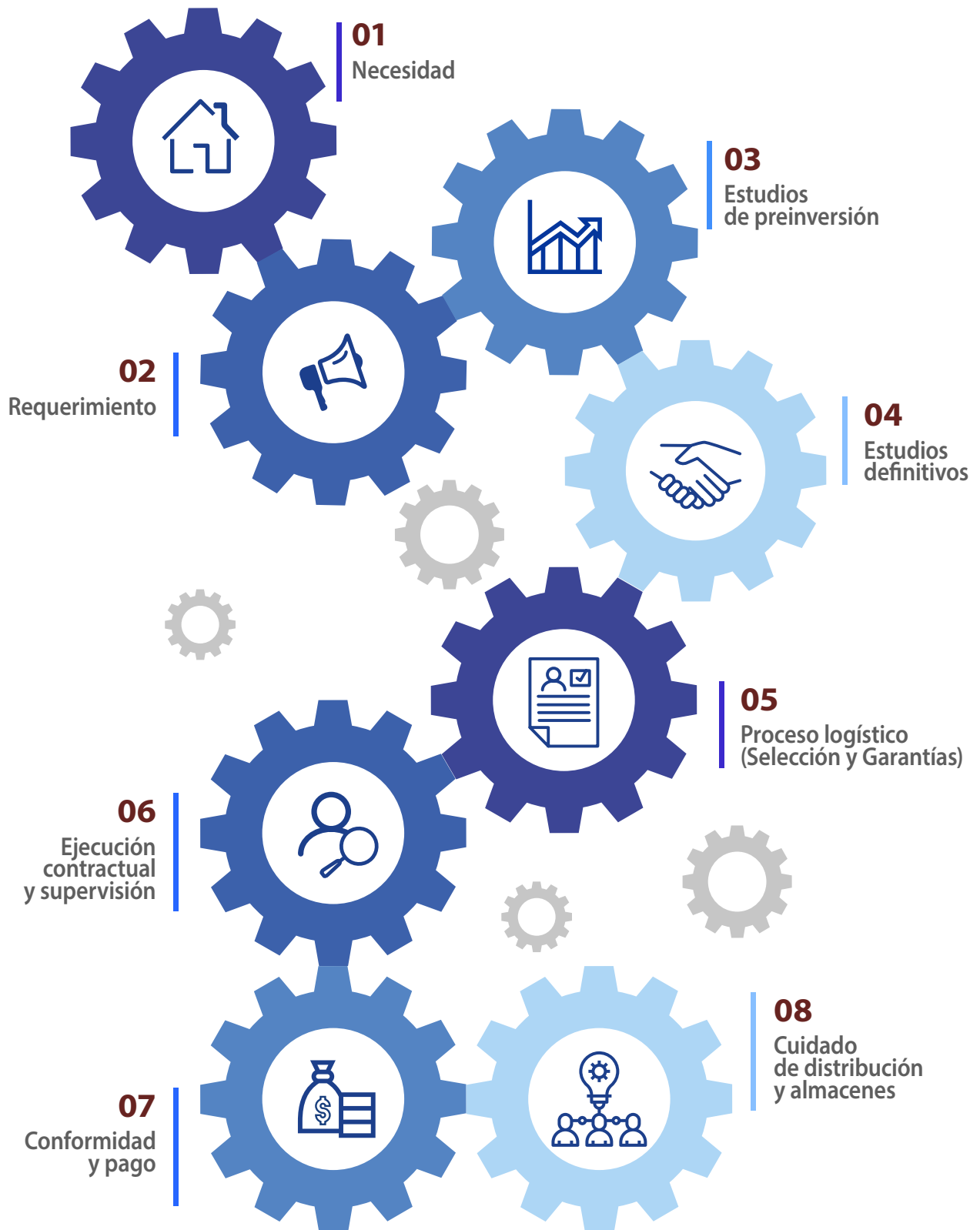
La propuesta no fundamenta las razones técnicas de este cambio y, por el contrario, puede cuestionarse por qué se plantea una reforma de esta magnitud, cuando hemos venido padeciendo un reciente escándalo político precisamente por la contratación de personajes cuestionados mediante órdenes de servicios, que ha conmocionado a la opinión pública. No hay congruencia con la situación de crisis política que padecemos en la actualidad.

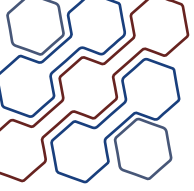
Lima, 12 de octubre de 2020

³ Proyectos N°s 3100/2017-CR, 3107/2017-CR, 3109/2017-CR, 3142/2017-CR, 3223/2018-CR, 4147/2018-CR y 4258/2018-CR.

CADENA DE ABASTECIMIENTOS

No solo es la licitación y ejecución contractual





FUENTES

- ▶ Banco Interamericano de Desarrollo (2018). *Mejor gasto para mejores vidas: cómo América Latina y el Caribe puede hacer más con menos*. Recuperado de: <<https://imgcdn.larepublica.co/cms/2018/09/21211810/DIA-2018-Mejor-gasto-para-mejores-vidas-PRENSA.pdf>>.
- ▶ Chanjan Document, R., Solis Curi, E. & Puchuri Torres, F. (2018). *Sistema de justicia, delitos de corrupción y lavado de activos*. Lima: IDEHPUCP.
- ▶ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (2019). *Panorama fiscal de América Latina y el Caribe. Políticas tributarias para la movilización de recursos en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Santiago de Chile: Cepal.
- ▶ Defensoría del Pueblo (2017, mayo). *Radiografía de la corrupción en el Perú. Reporte de corrupción N° 1*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- ▶ Iniciativa de Transparencia en el Sector de la Construcción (CoST) (2012). Recuperado de: <<http://infrastructuretransparency.org>>.
- ▶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2009). *La integridad en la contratación pública: buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid: OCDE.
- ▶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2015, octubre). *Informe de la OCDE sobre cohecho internacional. Análisis del delito de cohecho de servidores públicos extranjeros*. Recuperado de: <https://read.oecd-ilibrary.org/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#page10>.
- ▶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2017, octubre). *La contratación pública en el Perú. Reforzando capacidad y coordinación*. París: OCDE. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/gov/la-contratacion-publica-en-el-peru-9789264281356-es.htm>>.
- ▶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Estudios sobre la contratación pública*. Recuperado de: <<https://portal.osce.gob.pe/osce/content/estudios-sobre-contratacion-publica>>.
- ▶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. *Recomendación del Consejo sobre contratación pública*. Recuperado de: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>>.
- ▶ Shack, N., Pérez, J. & Portugal, L. (2020). *Cálculo del tamaño de la corrupción y la inconducta funcional en el Perú: una aproximación exploratoria. Documento de Política en Control Gubernamental*. Lima: Contraloría General de la República.



Gestión Pública
& **Control**