

*Las contrataciones públicas:
su trascendencia y desarrollo en el marco
del comercio internacional y del TLC
suscrito con Estados Unidos*

*Public Contracts: Its Transcendence and
Development under an International
Commercial Framework and the FTA Signed
with the United States of America*

Carlos Navas Rondón*

<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v14i17.943>

Lex

* Doctor en Derecho, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Federico Villarreal, docente universitario, autor de libros y publicaciones. E-mail: carlosnavasr@hotmail.com





Pequeño pescador (60 cm x 80 cm). Diego Alcalde Taboada.

RESUMEN

Es materia de este ensayo el estudio y análisis de las consecuencias mercantiles a raíz de la vigencia del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos de Norteamérica que ha propiciado una serie de cambios legislativos, comerciales, laborales, tributarios y de interés para diversos sectores de nuestra economía. Esto hace necesario conocer, analizar y difundir los efectos que se vienen produciendo desde que se inició la aplicación del referido tratado, así como las consecuencias presentadas dentro del comercio internacional, que cada vez demuestra un mayor interés en su desarrollo, sin olvidar que permite obtener mejores resultados en las compras gubernamentales.

Palabras clave: *proveedor contratista, entidad pública, OSCE, proceso de selección, ejecuciones de obra, prestación de servicios, adquisición de bienes, TLC, organismos internacionales.*

ABSTRACT

It is the subject of this essay the study and analysis of commercial consequences following the entry into force of the Free Trade Agreement between Peru and the United States of North America that has led to a series of legislative, commercial, labor, tax and interest changes in various sectors of our economy. Thus, it is necessary to know, analyze and disseminate the effects that have been taken place since the implementation of the referred treaty started, as well as the consequences presented within the international trade, which increasingly shows more interest in its development, remembering that it also enables better results for purposes with government procurement.

Key words: *supplier contractor, public institution, OSCE, supervisory agency procurement, selection process, execution of work, provision of services, procurement of goods, free trade agreement, international organizations.*

INTRODUCCIÓN

Entre los temas trascendentes de las modificaciones para regular el comercio nacional e internacional, tenemos el notorio incremento de la contratación pública administrativa, producida por la normativa interna realizada, dentro de las facultades otorgadas por el Congreso de la República del Perú al Poder Ejecutivo, con la finalidad de que se emitan disposiciones en materias relacionadas con la implementación, adecuación y compatibilidad del TLC con Estados Unidos, lo que ha permitido un mayor y significativo interés en el estudio, participación y capacitación de estos temas.

El grado de desarrollo alcanzado por el sistema peruano de contratación pública ha constituido una gran ventaja en las negociaciones para la implementación del capítulo sobre este tema en el TLC suscrito, permitiendo que, desde el punto de vista normativo, se hayan introducido necesarias modificaciones en la Reglamentación, y en el aspecto operativo se hayan efectuado precisiones relevantes; no obstante, debemos señalar que la mayor parte de la agenda interna que debe cumplirse, con la finalidad de obtener mayores beneficios a este acuerdo comercial y evitar posibles efectos adversos, recae en las buenas prácticas que deben tener los sectores privados y públicos que intervienen en este tratado liberal.

Salazar Chávez señala: “Por el proceso creciente de interdependencia económica a nivel mundial, se han acelerado los procesos de integración económica respecto a temas como aranceles, agricultura e industria; sin embargo, el tema de la contratación pública ha sido incorporado de modo creciente, en razón de que los Estados son los principales contratantes; y los inversionistas o proveedores extranjeros que actúan en nuestro país o los proveedores peruanos que actúan en otro país muestran interés en la compatibilidad de sistemas de contratación, en la armonización de los principios y procedimientos de la contratación, así como el logro de estándares de transparencia”.¹

¹ Ricardo Salazar Chávez, “La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en el contrato”, *Derecho & Sociedad*, 23 (2004): 36.

Esta normativa especializada en compras estatales, que empezó a tener vigencia a partir del mes de febrero del 2009, mediante el Decreto Legislativo N° 1017, durante el Gobierno del presidente Alan García, y continuado con el actual Gobierno mediante la ley 30225 y su Reglamento, han tenido y tienen una vital importancia en el desarrollo y bonanza económica que se le reconoce a nuestro país en los últimos años, con un crecimiento sostenido en todos los niveles e indicadores de nuestra economía. Esto ha permitido trazar un camino de desarrollo para la mejora de las condiciones de vida en una gran parte de nuestra población.

Por eso se debe continuar proponiendo estrategias, modificaciones, orientaciones y realizar estudios destinados al uso eficiente de los recursos públicos y la reducción de costos, mejorando el sistema de la contratación pública a fin de optimizar, modernizar e integrar los procesos técnicos de abastecimiento del Estado, con la finalidad de evitar las malas prácticas y conductas deshonestas que son percibidas y cuestionadas por la ciudadanía y gran parte de la opinión pública.

El objeto de las normas emitidas es establecer las condiciones dirigidas para valorar y maximizar el dinero del contribuyente en las contrataciones que realizan las instituciones gubernamentales, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y con las mejores propuestas técnicas y económicas, teniendo en cuenta que el Estado es el comprador más grande del país, ya que maneja un presupuesto multimillonario para satisfacer sus requerimientos y desarrollar sus funciones, mediante las instituciones, organismos y dependencias en que se organiza; con la finalidad de que la contratación administrativa sea considerada como un instrumento valioso de gestión pública y promoción del desarrollo.

El sistema de contrataciones públicas se encuentra integrado y es parte del sistema de gobernabilidad del sector público, contando con capacidad de gestión y con sistemas efectivos de control y auditoría que permitan contar con una política efectiva para que el mercado interior alcance sus objetivos, como son generar crecimiento sostenido a largo plazo, crear empleo, favorecer el desarrollo de empresas capaces de explotar las posibilidades que ofrece el mercado y afrontar eficazmente la competitividad en los mercados globales; así como permitir que el contribuyente y los usuarios obtengan servicios públicos de mejor calidad a menor costo, y en atención a los sectores desfavorecidos.

También es importante conocer cómo se ha desarrollado la normativa de las contrataciones públicas en otros países, y tomamos el ejemplo de México, a través de Gómez Díaz que nos señala: “Tan solo en el ámbito federal, durante los años posteriores a la entrada en vigencia del TLCAN, se modificaron un par de veces las normas legislativas precontractuales que regulan las adquisiciones y la obra pública: inicialmente, en un afán codificador, se agregaron en un solo cuerpo normativo ambas materias; posteriormente la desagregaron y promulgaron leyes por separado. Los Estados federales paulatinamente han incorporado en su sistemática

jurídica, disposiciones que prevén la aplicación de las normas del TLCAN; adecuación aún imperfecta, ya que aunada a la imprecisión doctrinal que la reviste, se suma el hecho de que no existe uniformidad normativa en la materia”.²

Un eficiente régimen de contrataciones públicas, según las buenas prácticas internacionales, requiere diversos factores para su eficacia, como procedimientos y documentos estandarizados, funcionarios idóneos e independientes, una sólida planificación en función de la entrega oportuna de resultados, estrechos vínculos con la gestión presupuestal, personal conocedor de las condiciones del mercado, vigilancia a la calidad y eficiencia, información siempre actualizada para la toma de decisiones y rendición de cuentas, transparencia en los procedimientos, sin preferencias, ni discriminaciones, adopción de medidas promotoras del desarrollo humano y la sostenibilidad ambiental, un sistema de control basada en información actualizada y un organismo supervisor autónomo y técnico que no tenga dependencia política y cuyas decisiones sean imparciales. Reglamento de UNCITRAL (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Bezchinsky y Rozenworcel manifiestan que “las compras públicas abarcan un alto número de transacciones y representan una porción sustancial del producto bruto interno en todos los países del mundo. Por lo tanto, el desempeño del sistema de compras públicas es clave para cualquier economía y su desarrollo; dada la relevancia social y económica, ya que no se trata simplemente de una cuestión técnica”.³

Los mismos autores indican que “el diseño del sistema implica un importante desafío para la intervención estatal, al menos en tres dimensiones; en primer lugar, la de lograr una adecuada transparencia en los procedimientos involucrados por vía de mejoras en el sistema de supervisión pública; en segundo término, la de promover una mayor eficiencia de calidad y costo de los bienes y servicios que debe adquirir el gobierno para desempeñar sus múltiples funciones; y finalmente la de utilizar su enorme poder de compra para promover la innovación y el desarrollo empresarial”.⁴

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita y ratificada por el Perú en el año 2004, con la finalidad de promover y fortalecer medidas para prevenir y combatir de manera más eficaz este flagelo, señala que se deben adoptar medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones y valores mínimos apropiados,

² Carlos Alberto Gómez Díaz Durán, “La recepción del capítulo X, compras del sector público del TLCAN y su impacto en la sistemática jurídica nacional en México”, en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, coordinado por Jorge Witker (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005), 236.

³ Gabriel Bezchinsky y Guillermo Rozenworcel, “Compras públicas en América Latina y el Caribe: diagnósticos y desafíos” (Argentina: Universidad Nacional San Martín, 2012), 11.

⁴ Gabriel Bezchinsky y Guillermo Rozenworcel, “Compras públicas en América Latina...”

para que sean eficaces en prevenir la corrupción y otros vicios que afectan gravemente su desarrollo.

Entre estas medidas se señala: a) La difusión pública de información pública, pertinente y oportuna, sobre la adjudicación de contratos; b) La formulación previa de las condiciones de participación y los criterios de selección; c) La aplicación de reglas objetivas y predeterminadas sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de su aplicación correcta; d) Mecanismo eficaz de examen interno para garantizar recursos y soluciones legales en caso no se respeten las normas establecidas; e) Medidas para reglamentar los deberes del personal encargados de las contrataciones estatales y condiciones de capacitación e idoneidad.

Se debe tener en cuenta que las compras y contrataciones públicas constituyen un factor clave para que el Estado pueda cumplir con sus importantes funciones y tareas de educación, salud, justicia, defensa, vivienda y otros servicios que debe prestar a la población, lo que significa una considerable inversión en el gasto público. Por ello resulta esencial que se promuevan la transparencia y la eficacia en los procedimientos, no solo para investigar y sancionar frecuentes y graves actos de corrupción, sino fundamentalmente para prevenir que estos no sucedan.

LA NORMATIVIDAD DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL PERÚ

La normativa en contrataciones y adquisiciones del Perú se encuentra en constante desarrollo y evolución; requiere un estudio desde diversas perspectivas: jurídica, económica, política, ética, tecnológica, las que deben incidir en las decisiones, acuerdos e interpretaciones que realiza el OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado). Es una normativa que se manifiesta en reglamentos, comunicados, directivas, acuerdos y pronunciamientos. Toda esta variedad de normativas complica un poco esta especialidad, que requiere profesionales y técnicos que se actualicen constantemente y tengan los conocimientos suficientes para cumplir eficientemente su participación y/o asesoramiento. En tal sentido, resulta necesario que las universidades incorporen el estudio especializado de esta materia en sus mallas curriculares.

La reforma en el sistema de contrataciones públicas se aprecia en la manera como se intenta pasar del control del cumplimiento normativo hacia un enfoque para la generación de eficiencia y ahorro con transparencia por los funcionarios públicos responsables. Por esta razón se tiene que seguir adoptando medidas y cambios legislativos que faciliten la participación de un mayor número de proveedores para que oferten menores precios y mejores condiciones, en beneficio de los intereses de las entidades que requieren los bienes, servicios u obras en forma oportuna y eficiente.

Por ello no se entiende, según las estadísticas, que casi la mayoría de las contrataciones estatales se realicen con la participación de un solo proveedor y la falta de competidores, lo que

justifica las frecuentes variaciones que se vienen dando en la normativa de las contrataciones públicas y en las directivas que emite el OSCE. Debemos agregar que las controversias que se suscitan en la ejecución contractual son notoriamente desfavorables para los intereses del Estado, como lo demuestra un estudio de los laudos arbitrales emitidos, efectuado por la Contraloría General de la República.

Como resultado de mil novecientos sesenta y nueve laudos con resultados desfavorables para el Estado durante el periodo de los años 2003 al 2013, se ha determinado que el Estado debió realizar un pago total de mil ciento veintiocho millones de soles (S/. 1 128 000 000.00), de los cuales el 89% corresponde al pago de pretensiones diversas (mil cinco millones de soles), es decir a prestaciones económicas distintas a la de indemnización de daños y perjuicios (como por ejemplo el pago de liquidaciones de obra, mayores costos, mayores gastos generales, enriquecimiento sin causa, ampliación de plazo, entre otros).⁵

Dentro del significado económico de las contrataciones del Estado, podemos señalar que

el Estado participa en el mercado con el objetivo de adquirir o contratar, según corresponda, bienes, servicios o ejecutar obras con calidad y a precios adecuados, a fin de atender el bienestar general y mantener legitimidad social. La cantidad de dinero que el Estado gasta anualmente en este rubro y la forma como lo hace lo convierten en un agente económico con capacidad de orientar el proceso de acumulación económica en la sociedad, convirtiendo con ello a las contrataciones en un instrumento de política pública y económica.⁶

Debemos considerar que en toda contratación pública existen por lo menos dos intereses notoriamente diferenciados; por un lado los proveedores que anhelan tener utilidades, y por otro las entidades estatales representadas por sus funcionarios, que tienen requerimientos y una disponibilidad presupuestal que es apetecible. En ambos casos son personas humanas las que deciden, por lo que están sujetas a obligaciones y al control de una serie de conductas que el ordenamiento jurídico-administrativo intenta prevenir y sancionar. Además existen entes supervisores y fiscalizadores que tienen potestades punitivas, como son el OSCE y la Contraloría General de la República, que en nuestro país deben intervenir cuando se cometen las infracciones previstas.

Las contrataciones públicas son el principal instrumento que tiene el Gobierno para el cumplimiento de sus objetivos. Pero para ello se requiere de un sistema de contrataciones del sector público que convierta eficientemente el presupuesto aportado por todos los ciudadanos en adquisiciones eficientes para la comunidad, y se garantice no solo los beneficios de una alta

⁵ Contraloría General de la República, *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013* (Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública), 78.

⁶ Alberto Retamozo Linares, *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de Control*, novena edición (Lima: Edit. Gaceta Jurídica, 2013), 31.

calidad, sino también la integridad ética y la imparcialidad en las adquisiciones, para lograr la aceptación de la sociedad y la confianza que se debe tener en las operaciones y actividades que realizan los organismos supervisores; considerando que si bien la contratación pública es una tarea administrativa, esta se ha transformado rápidamente en una función estratégica y vital del Estado.

Dromi nos señala que

en los contratos de la administración, el procedimiento licitatorio, como procedimiento regla para la selección del contratista, es el presupuesto formal previo a la voluntad contractual. Más aún cuando la voluntad estatal siempre debe exteriorizarse según las formas especiales que el Derecho público prevé. La licitación pública es el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas dentro de las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.⁷

Es necesario reconocer que las contrataciones públicas son un componente estratégico de la dirección económica del Estado, que resulta importante para implementar exitosamente las propuestas de desarrollo de los países y el impacto en sus resultados socioeconómicos; retos que deben ser asumidos en pro de la calidad general y eficiente de los gastos públicos, el funcionamiento correcto, el desarrollo de la industria local y la competitividad del mercado; a través de medidas que persigan y sancionen la corrupción y el soborno, propiciando la eficiencia de la entrega de los productos y obras que requiere la ciudadanía y las propias entidades; y principalmente creando un sistema de compras confiable y transparente que promueva las inversiones privadas.

El sistema de la contratación pública se ha constituido en uno de los mecanismos más importantes de la distribución de los fondos públicos, contribuyendo al crecimiento de la *inversión estatal y privada, promovida desde diversos ámbitos de la actividad económica*, especialmente por ser la mayor fuente de generación de empleos, por lo que resulta necesario que sus procedimientos y actuaciones sean eficientes, transparentes y libres de corrupción, por lo que deben existir permanentemente formas de control y fiscalización en las diversas etapas de las adquisiciones y contrataciones que realiza el Estado.

Respecto a la aplicación de nuevos principios, se debe tener en cuenta que la reforma en el sistema de contrataciones públicas se aprecia en la manera de cómo se intenta pasar del control del cumplimiento normativo hacia un enfoque para la generación de eficiencia y ahorro con transparencia. Por ello se tiene que adoptar medidas y cambios legislativos que faciliten la participación de un mayor número de proveedores para que oferten menores

⁷ Roberto Dromi, *Licitación pública*, segunda edición (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995), 45.

precios y mejores condiciones en beneficio de los intereses de las entidades que requieren los bienes, servicios u obras en forma oportuna. Seguramente por esto se entiende, según las estadísticas, que casi la mayoría de las contrataciones estatales se realizan con la participación de un solo proveedor, lo que justifica las frecuentes variaciones que se vienen dando en la normativa de las contrataciones públicas y en las directivas que emite el OSCE.⁸

Asimismo, las entidades públicas deben efectuar un análisis concienzudo del costo-beneficio de las decisiones que corresponden darse dentro de un contexto que incida en la plena satisfacción de sus necesidades, en concordancia con el óptimo uso de los recursos públicos, en tiempo oportuno y en observancia de los derechos e intereses de los administrados; por lo que resulta trascendente la etapa de planificación y programación de las contrataciones que deben hacer de la mejor manera, con la disponibilidad presupuestal que se les ha asignado.

Hemos señalado lo siguiente:

Se ha incorporado como un importante postulado en las contrataciones del Estado el principio del *valor por dinero o maximizar su poder adquisitivo que debe reflejarse a lo largo de sus tres fases (actos preparatorios, selección y ejecución)* y que consiste en considerar el valor de las contrataciones, considerando la cuantía conjuntamente con factores como la calidad del producto o servicio, traslado de riesgos, satisfacción del usuario final, ciclo de vida del producto, reducción de las reglas burocráticas o tramites no necesarios, costo de mantenimiento y otros factores que permiten satisfacer el trinomio de eficacia, eficiencia y economía; además se busca dejar de lado la falsa creencia de que el menor precio equivale a una mejor contratación; porque muchas veces lo barato sale caro.⁹

Pero tampoco debemos ignorar o minimizar criterios de responsabilidad social empresarial para que las compras públicas estén orientadas a complementar las estrategias del Gobierno en el desarrollo de sus políticas de producción industrial, reducción del desempleo, apoyo a las actividades de la microempresa y de la pequeña empresa, empleo de trabajadores discapacitados, incentivos a las empresas de la localidad, mejoras de remuneraciones y otros temas de interés social; que nos hacen ver la trascendencia que tienen en la actualidad y nos han permitido mejorar el nivel de vida que tenemos los peruanos.

LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMI o UNCITRAL) tiene como objetivo la promoción y unificación del Derecho mercantil; sin

⁸ Carlos Navas Rondón, *Derecho administrativo sancionador en las contrataciones del Estado*, primera edición (Lima: Gaceta Jurídica, 2013), 20.

⁹ Carlos Navas Rondón, *La potestad sancionadora en las contrataciones públicas* (Lima: Editorial San Marcos, 2009), 12.

embargo, y en tanto que las contrataciones de los Estados constituyen un gran mercado y que un régimen legal inadecuado puede crear obstáculos para el comercio internacional, deben adoptar medidas tendientes a fomentar y abrir la contratación pública a una competencia internacional que contribuya a que los Estados accedan a precios internacionales competitivos y una calidad de los productos y obras presentados por empresas foráneas.¹⁰

La Organización Mundial del Comercio (OMC) tiene a su cargo un amplio programa anual de actividades de cooperación técnica y/o financiera en materia de contrataciones públicas para ayudar a los países en desarrollo o menos adelantados, a participar de manera efectiva en materia de las compras estatales, fomentando la conciencia de la función y la importancia de las políticas relacionadas con la asistencia técnica y capacitación a los organismos responsables a nivel nacional e internacional.

Esta cooperación internacional para el desarrollo y estudio de la problemática de las compras públicas, que puede ser reembolsable o no, bilateral o multilateral, se manifiesta mediante un conjunto de actuaciones y herramientas orientadas a movilizar recursos entre los países desarrollados y los países en vía de desarrollo para alcanzar metas comunes estipuladas en la agenda mundial y basadas en criterios de solidaridad, equidad, eficacia, sostenibilidad, corresponsabilidad e intereses mutuos.

El Perú forma parte de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), incluso asumió la Presidencia de este Organismo Internacional integrada por las instituciones públicas de los países de América, que en el ámbito nacional tiene la máxima responsabilidad relacionada con la regulación, la gestión y la modernización de las compras estatales. Los integrantes de la Red son todos los funcionarios públicos de más alto nivel responsables de oficinas nacionales y programas de modernización de las compras gubernamentales asociados a este programa de Gobierno sobre gestión pública efectiva, formado a iniciativa y supervisión de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Los objetivos de la RICG son generar y mantener espacios de reflexión, conocimiento mutuo, cooperación técnica solidaria y foros de capacitación entre las instituciones que integran la Red con el propósito de contribuir al fortalecimiento de las buenas prácticas en las compras gubernamentales de la región; así como tener vínculos entre los Gobiernos, organismos vinculados a las compras públicas y los organismos internacionales, para generar y difundir aprendizaje, discusión e intercambio de experiencias entre los países americanos. En este marco, se realizan conferencias anuales y otros eventos.

¹⁰ Ver el punto 4 de la Introducción a la *Guía para la incorporación eventual al Derecho interno de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios*.

Cuando la contratación pública se deriva de un proceso de selección que no se encuentra regulado por la normativa nacional sino por convenios internacionales que contienen normas propias para la selección de ejecutores y consultores de obras, así como de proveedores de bienes y servicios, los encargados de la realización del proceso y de las controversias que se suscitan en las ejecuciones de las mismas son estos organismos internacionales los que determinan sus reglas, las mismas que tienen características muy similares a las establecidas en nuestra ley y reglamentos, ya que la mayoría de sus disposiciones se han originado precisamente de la normativa internacional que regula las compras públicas.

El Perú ha suscrito diversos tratados o compromisos internacionales en materia de contratación pública, en la que no todos se encuentran vigentes, por lo que el OSCE ha detallado los países en los cuales sus proveedores puedan inscribirse en el Registro Nacional como ejecutores y consultores de obras; incluso se ha determinado la capacidad máxima de contratación que pueden tener las personas jurídicas extranjeras domiciliadas en el país y las no domiciliadas, las mismas que deben efectuar un depósito dinerario en el sistema financiero nacional, por algunos problemas que se suscitaron.¹¹

Los mercados internacionales de contratación pública, de creciente dimensión y apertura, necesitan acuerdos que actualicen y amplíen los compromisos de liberalización para ofrecer nuevas oportunidades de negocio y se eliminen barreras de acceso que oponen resistencia a una mayor concurrencia y participación de proveedores extranjeros con reglas que permitan una igualdad de oportunidades a los ofertantes, información oportuna sobre la convocatoria de los procesos de selección y mecanismos que garanticen simultáneamente la búsqueda y elección de la mejor oferta en base a la relación entre calidad y precio.

Linares Jara señala:

La presencia del Derecho Internacional en los contratos de los Estados es indiscutible. Para los países en vía de desarrollo, las regulaciones nacionales de contratación pública comienzan a ser de difícil aplicación exclusiva, específicamente las de fomento y promoción de las empresas nacionales, ello no por el trato nacional que deba brindarse a las empresas extranjeras, sino por la inserción del sistema de liberalización de los contratos públicos vía los tratados de libre comercio.¹²

También puede existir en las condiciones del contrato el hecho de que la normativa nacional puede aplicarse en forma supletoria a las normas de los organismos internacionales (BID, Banco Mundial, BIRD, PNUD, OEI, UNOPS, ASDI, OIM); debe entenderse, empero, que dicha aplicación es complementaria y opera únicamente respecto de requisitos formales o detalles de procedimiento y no de lo que respecta a la imposición de sanciones; más aún

¹¹ Ver Comunicado N° 004-2012-OSCE/RNP.

¹² Mario Linares Jara, *Contratación pública: derecho local, internacional y de la integración* (Lima: Editorial Grijley, 2008), 29.

cuando en las bases debe establecerse el procedimiento a seguir, así como las sanciones a imponerse cuando se comprueba la existencia de infracciones previstas, así como establecer prácticas correctivas y punitivas.

Las entidades públicas internacionales están constituidas por organismos integrantes de la estructura de otro Estado, como el PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), que constituye una red mundial para promover el cambio y conecta a los países con los conocimientos, la experiencia, los recursos necesarios para ayudar a los pueblos a forjar una vida mejor. Estos organismos, que suscriben con las entidades públicas convenios de administración de recursos, costos compartidos, ejecuciones y consultorías de obras o modalidades similares, deben estar habilitados de acuerdo al marco legal vigente y las prestaciones a su cargo deben circunscribirse al ámbito de su finalidad y especialidad.

Los organismos internacionales encargados de las contrataciones deben encontrarse acreditados en el Perú de acuerdo con las normas en la materia, debiendo presentar a la entidad el contenido de los convenios o compromisos que se sujetan a normas uniformes aplicables a nivel internacional y el cumplimiento de los principios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado. También deben acreditar que tienen disponibilidad para prestar capacitación en materia de compras al personal de la entidad y otras condiciones exigidas, considerando que se trata de adquisiciones y ejecuciones de obras de gran envergadura y trascendencia.

Por su parte, la entidad debe incluir este encargo o modalidad de contratación en su plan anual de contrataciones y registrarlos en el SEACE, en donde deben publicarse la convocatoria de los procesos de contratación que realice el organismo internacional encargado, el resultado de los procesos, los proveedores adjudicados, los montos y contratos celebrados. Lo que no está definido y no se conoce suficientemente son las posibles sanciones que pudieran aplicarse a los postores o contratistas que participan en estos procesos de selección y hubieren cometido infracciones a la normativa que regula sus responsabilidades; se entiende que cada organismo internacional debe sancionar las conductas activas u omisivas que trasgreden su ordenamiento y que deben ser de conocimiento público por los importantes intereses que están en juego.

Las entidades deben identificar los instrumentos internacionales cuyos alcances se desarrollan en los procesos de selección. Para los procesos que se encuentran diseñados bajo uno o más instrumentos internacionales, el OSCE elaborará y publicará una versión de la convocatoria en el idioma inglés, para una mayor transparencia y concurrencia de postores en contrataciones que implican el cumplimiento de las expectativas que tiene la ciudadanía respecto al desempeño de sus autoridades en las eficientes adquisiciones y responsabilidades que deben cumplir.

Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociados a

donaciones u operaciones oficiales de crédito, no están comprendidas dentro de los alcances de la normativa interna; tienen sus reglas propias para la selección de ejecutores y consultores de obras, como apreciamos en las regulaciones que tienen el Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, Organización Internacional para la Migraciones, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y otros organismos internacionales.

Las contrataciones estatales que no se someten a la aplicación de la legislación nacional, además de configurar un fenómeno de abstención de la función que corresponde a la administración pública, pueden afectar los intereses del Estado con las disposiciones de los organismos internacionales, ya que se pueden dar inmunidades y privilegios que no permiten asegurar la presencia de la “especial regulación” y “procedimiento peculiar” a los que se refiere al artículo 66° de la Constitución Política del Perú, al imponer restricciones para acceder a la información y ejercer el control sobre los recursos públicos que transfieren las entidades, atentado contra el principio de transparencia y garantía y la adecuada fiscalización que deberían ser asumidos por el OSCE.

Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga entre entidades y organismos internacionales que brinden bienes, servicios u obras propias de la función que por ley le corresponden y además no persigan fines de lucro, no pueden ser utilizados en ningún caso para el encargo de realizar procesos de selección. Para adoptar la decisión de encargar un proceso de selección a un organismo internacional y designado, se debe tener informe favorable de presupuesto sobre la disponibilidad de recursos para financiamiento y el informe de administración sobre las ventajas o beneficios de la concertación del convenio.

Según la ley N° 29042 que adiciona una disposición complementaria, las contrataciones y adquisiciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de acuerdos, tratados u otros compromisos internacionales aprobados por el Congreso de la República, que impliquen la aplicación de los principios de trato nacional y no discriminación, se regirán por lo establecido en ellos, siempre que los mencionados principios hayan sido expresamente previstos para las contrataciones y adquisiciones del Estado en dichos instrumentos internacionales y sean de aplicación recíproca entre las partes.

El rol del Estado, en el ámbito de la contratación, debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los contratos, brindar seguridad jurídica a las partes contratantes, garantizar el cumplimiento de los contratos —otorgando acción a las partes contratantes para exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales— respetar los acuerdos contractuales y reducir los costos. Pero el Estado no solo debe respetar los contratos, sino que además debe garantizar el cumplimiento de los acuerdos contractuales, el *pacta sunt servanda*, como la fuerza obligatoria del contrato.¹³

¹³ Jorge Mossett y Carlos Soto Coaguila, *El contrato en una economía de mercado* (Lima: Editora Normas Legales, 2004), 45.

Nuestra Constitución garantiza la libre iniciativa privada y la libertad de contratar que tienen las partes según las normas vigentes al tiempo del contrato y cuyos términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones, y si otro país adopta medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen al interés nacional, se pueden adoptar medidas análogas. En los contratos del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados debe constar el sometimiento de estos a órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática.

El reconocimiento de la importancia estratégica que las contrataciones públicas tienen para coadyuvar al desarrollo socioeconómico de los países ha determinado que se constituya en un tema sumamente atractivo, a efectos de ser incluido como un capítulo especial en cuanto proceso de integración económica y comercial se viene implementando alrededor del mundo. El mercado de las contrataciones públicas representa un promedio muy significativo del Producto Bruto Interno, con tendencia a crecer por el buen momento que viene atravesando la macroeconomía nacional: concitando el interés de los agentes del sector privado, desde la pequeña y micro empresa hasta las grandes trasnacionales.¹⁴

CONCLUSIONES

1ª. La legislación especializada en compras públicas empezó a tener una mayor vigencia y aplicación a partir del mes de febrero del 2009, mediante el Decreto Legislativo N° 1017 derogado por la vigente ley 30225, contribuyendo al desarrollo y bonanza económica que nuestro país viene alcanzando en los últimos años, con un crecimiento sostenido en todos los niveles e indicadores de nuestra economía. Esto ha permitido trazar un camino de desarrollo para la mejora de las condiciones de vida en una gran parte de nuestra población, y en especial a los proveedores habituales.

2ª. Las contrataciones estatales constituyen un importante medio para orientar la actuación de los operadores económicos a través del desarrollo de los mercados, incremento de la fuerza laboral y empresarial, una mayor producción nacional, mejorando las inversiones nacionales y extranjeras; así como el desarrollo de una eficiente actividad empresarial de las microempresas y medianas empresas, y el apoyo a los sectores socialmente marginados; entre otras funciones que interesan y preocupan al país; y que se vinculan cada vez más con el comercio internacional.

3ª. La normativa interna se viene desarrollando, otorgando preferencias a las formalidades y procedimientos antes que a los resultados y objetivos de la contratación; tanto es así, que cuando se aprueba una norma que no se puede o no se quiere cumplir, se crean una

¹⁴ Mario Arteaga Zegarra, "CONSUCODE en el ámbito internacional", en *Memoria Anual 2009*, boletín virtual.

serie de regímenes legales paralelos a través de decretos de urgencia, modificatorias o medidas presupuestarias que la mayoría de veces se traduce en la posibilidad de contratar discrecionalmente, de manera directa o indirecta, con un solo proveedor; permitiéndose de esta manera la utilización poco eficiente y transparente de cuantiosos y apetecibles recursos públicos.

4ª. En la actualidad se encuentra en desarrollo un Derecho Internacional de las Contrataciones Públicas que viene delineando sus competencias y exige que las legislaciones nacionales deban adecuarse a ciertos estándares mínimos con el fin de que las compras públicas cumplan sus objetivos, garantizando los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia en los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato entre los postores, además de asegurar una eficiente utilización de los fondos públicos y el control del gasto.

5ª. Es necesario que las facultades de Derecho incluyan en sus planes de estudios y mallas curriculares el desarrollo del curso de Contrataciones del Estado, por la trascendencia que han adquirido las contrataciones de este tipo en el comercio internacional, por su autonomía en el Derecho Administrativo, sus notorias diferencias con la contratación privada, sus propios lineamientos, normas y principios que la regulan, y por otras importantes características que hacen necesario un estudio propio y especializado en esta materia.

6ª. Las contrataciones públicas deben ser continuamente perfeccionadas para que cumplan sus fines, y estas sean eficientes, eficaces y transparentes en beneficio de las entidades públicas y del interés común, por lo que deben adecuarse a las modificaciones legales, doctrinales y jurisprudenciales que pretenden darle una mayor consistencia, control y facilidad para los usuarios. Tanto es así, que recientemente se han sustraído de la competencia arbitral algunas materias controversiales.

7ª. Ante el crecimiento, complejidad e importancia que tienen las compras públicas en todos los niveles de la Administración, el Gobierno debería crear una Superintendencia de Contrataciones del Estado que reemplace y potencie al OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en la aplicación de las normativas y el control necesario para que estas funcionen en beneficio del país.

REFERENCIAS

- Arteaga Zegarra, Mario. “CONSUCODE en el ámbito internacional”. En *Memoria Anual 2009*, boletín virtual.
- Bezchinsky, Gabriel y Guillermo Rozenworcel. “Compras públicas en América Latina y el Caribe: diagnósticos y desafíos”. Argentina: Universidad Nacional San Martín, 2012.
- Contraloría General de la República. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: Gerencia de Estudios y Gestión Pública.
- Dromi, Roberto. *Licitación pública*. Segunda edición. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- Gómez Díaz Durán, Carlos Alberto. “La recepción del capítulo X, compras del sector público del TLCAN y su impacto en la sistemática jurídica nacional en México”. En *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, coordinado por Jorge Witker, 235-262. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- Linares Jara, Mario. *Contratación pública: derecho local, internacional y de la integración*. Lima: Editorial Grijley, 2008.
- Mossett, Jorge y Carlos Soto Coaguila. *El contrato en una economía de mercado*. Lima: Editora Normas Legales, 2004.
- Navas Rondón, Carlos. *Derecho administrativo sancionador en las contrataciones del Estado*. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
La potestad sancionadora en las contrataciones públicas. Lima: Editorial San Marcos, 2009.
- Retamozo Linares, Alberto. *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Novena edición. Lima: Edit. Gaceta Jurídica, 2013.
- Salazar Chávez, Ricardo. “La contratación de la administración pública en función a los intereses involucrados en el contrato”. *Derecho & Sociedad*, 23 (2004).

Recibido: 18/03/2016
Aceptado: 20/05/2016



San Ángel (60 cm x 80 cm). Diego Alcalde Taboada.