

COMENTARIO ACADÉMICO

Apuntes sobre la Nueva Ley de Contrataciones del Estado: ¿Ayuda en lucha contra la corrupción?

Por

NANCY VIDAL RODRÍGUEZ
Proyecto Anticorrupción del IDEHPUCP

El 11 de julio pasado se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225 (la Nueva Ley), cuya vigencia se dará a partir de los treinta (30) días calendario contados desde la publicación de su reglamento. El ministro de Economía y Finanzas, Luis Miguel Castilla, sustentó la norma argumentando que “se quiere [con la ley] llegar a un balance, a un punto medio entre la flexibilidad y la eficiencia, que es difícil de lograr, sin perder un buen control y el uso de los impuestos”^[1]. En ese sentido, ¿las modificaciones propuestas por la nueva ley cumplen con estas finalidades?

Eficiencia

En materia de flexibilización, la norma resulta cuestionable. Una modificación relevante es el mandato de la Nueva Ley para priorizar los fines, metas y objetivos de la Entidad sobre formalidades no esenciales (artículo 2, inciso f). Tómese en cuenta que la Ley de Contrataciones anterior, el Decreto Legislativo N° 1017 (Ley Anterior), solo hacía referencia al deber de “evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias”, de acuerdo con el principio de economía.

¹ <http://gestion.pe/economia/comisiones-economia-y-fiscalizacion-aprueban-nueva-ley-contrataciones-estado-2101151>

LEY N° 30225

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

TÍTULO I

DISPOSICIONES PRELIMINARES

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo el cumplimiento de las fines públicas.

El recurso de apelación también ha sido modificado. Cuando se genera una controversia respecto a los actos realizados durante el proceso de selección, los contratistas deberán apelar ante el Titular de la Entidad con la cual están contratando o ante el Tribunal de Contrataciones del Estado. La vía depende del monto que determina la ley. La Ley Anterior establecía que, si el valor referencial del proyecto era menor a las 600 IUT (S/. 2'280,000)^[2], la apelación la resolvía la

² Art. 53 “El recurso de apelación será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad siempre y cuando el valor referencial del proceso no supere las seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En caso el valor referencial del proceso de selección sea superior a dicho monto, los recursos de apelación serán conocidos y resuel-

propia Entidad. Así, esta se convertía en juez y parte, pues resolvía los recursos de apelación hasta por S/. 2'280,000 sobre un procedimiento de selección que ella misma había llevado a cabo. La Nueva Ley baja la valla: ahora tan solo se requiere un valor estimado o referencial mayor a 65 UIT (S/. 247,000)^[3] para que el Tribunal de Contrataciones del Estado, entidad (aparentemente) más imparcial, resuelva la apelación.

La Nueva Ley, sin embargo, incorpora detalles que se alejan de cualquier finalidad de eficiencia estatal. Llama la atención la delegación al reglamento sobre la regulación de aspectos que deberían estar taxativamente claros en la Nueva Ley. Examinemos dos casos.

El artículo 15 de la Ley Anterior determinó claramente cuáles eran los mecanismos de contratación: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía. En cambio, la Nueva Ley, además de aumentar los mecanismos de 4 a 7, deja abierta la posibilidad que, mediante reglamento, se aumenten los tipos de procedimientos^[4].

Por otro lado, en el art. 45 sobre los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, la Nueva Ley no sólo innova con la incorporación de una Junta de Resolución de Disputas, al cual las partes tienen la facultad de acudir en caso de controversia (esto es tanto el Estado como el privado), sino que nuevamente especifica que “el reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias”.

La posibilidad de crear mediante reglamento nuevos mecanismos de contratación y nuevos mecanismos de solución de controversias no es una medida que mejorará la fluidez con la que

el Estado debería contratar. Más bien, genera la contingencia que dicho cuerpo normativo sea más susceptible y accesible de modificación frente a coyunturas políticas y otras no tan políticas relacionadas a corrupción.

A su vez, la Nueva Ley omitió determinar una regulación específica en aspectos relevantes como las Bases del concurso, el Comité Especial, o lo referido al Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado (EPOM). Habrá que estar a la expectativa de lo que dispondrá en éstos aspectos el nuevo reglamento.

Transparencia

Una Ley de Contrataciones del Estado debe armonizar dos cuestiones: garantizar el deber de transparencia en la disposición de fondos públicos, así como constituirse en una herramienta útil para lograr transacciones eficientes, donde el político esté en la capacidad de responder rápidamente a los compromisos adquiridos democráticamente. Sin embargo, la transparencia en la Nueva Ley se concentró en la materia arbitral, pero dejó de lado otras aristas igual de importantes.

Así, resulta muy relevante para la resolución de controversias el papel del Código de Ética para arbitraje fortalecido por la Nueva Ley. La Ley Anterior menciona al Código de Ética de manera muy escueta^[5]. La Nueva Ley determina específi-

5 Art. 52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta.

La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al **Código de Ética** para el

tos por el Tribunal de Contrataciones del Estado (...).”

3 Art. 41. “El recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial sea superior a sesenta y cinco (65) UIT”.

4 El art. 21 en referencia textualmente agrega: “y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento”.

camente las sanciones éticas según su gravedad. Además, precisa que el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado se aplica de manera supletoria a arbitrajes administrados por instituciones que no cuenten con Código de Ética o que, de tenerlo, no esté determinada la sanción correspondiente.

A pesar de dichos avances, la Nueva Ley también establece la composición del Consejo de Ética, encargado de aplicar el código, que puede ser susceptible de cuestionamientos. Un miembro es elegido por el Consejo de Ministros, otro por el Ministerio de Economía y Finanzas y el tercero por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. En términos prácticos, la designación cuenta con una carga política relevante. Si bien los miembros del Consejo de Ética no recibirán remuneración alguna, habrá que estar atentos a dichas designaciones.

La Nueva Ley innova al exigir que los árbitros que absuelvan controversias en materia de contrataciones con el Estado deban registrarse en el Registro Nacional de Árbitros, cuya inscripción es automática siempre y cuando se cumplan con los requisitos a ser especificados en el reglamento. Los secretarios arbitrales tendrán su propio registro y requisitos. En nuestro país, el número de árbitros es bastante reducido, por lo que resulta importante, para efectos de imparcialidad, seguridad y

transparencia, que se publique la lista de árbitros legitimados a resolver un arbitraje. Asimismo, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) deberá acreditar y supervisar las instituciones arbitrales que administren arbitrajes en materia de Contrataciones del Estado.

En torno a aspectos negativos sobre la transparencia, sin duda, el aspecto más criticado de la Nueva Ley recae en el supuesto de exclusión del ámbito de aplicación de la Nueva Ley de Contrataciones. Mientras la Ley Anterior establecía que no se aplicaba la Ley de Contrataciones para aquellas contrataciones menores a 3 UIT (S/. 11 400); en la Nueva Ley, el Estado puede contratar hasta por S/. 30 400 y dichas transacciones no estarán sujetas a la norma. Resulta irrazonable que las Entidades del Estado puedan manejar libremente S/. 30 400, monto que sólo supervisaría la Contraloría a posteriori. La manipulación de este monto excesivo escapa a criterios de razonabilidad y debería, al menos, preverse un mecanismo adecuado para garantizar un estándar mínimo de transparencia.

Por otro lado, el art. 52.7 de la ley anterior disponía que el OSCE publicara los laudos y actas de conciliaciones con la finalidad de fomentar “el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo”. Si bien el principio de publicidad se mantiene, la Nueva Ley suprime



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

este artículo innecesariamente. La transparencia, en este sentido, no sólo es útil por fines académicos, sino también por una cuestión de control abierto por parte de la ciudadanía. El arbitraje aún es un mecanismo joven de resolución de conflictos que requiere una vigilancia constante, sobre todo en el cumplimiento adecuado de la tutela jurisdiccional efectiva.

Nuevamente, la ley se mantiene absolutamente al margen de cualquier regulación en materia de ejecución contractual. Si bien es un aspecto que debe ser abordado técnicamente, ello no significa que su ausencia beneficia al sistema de Contrataciones. Resulta fundamental enfrentar problemas como la necesidad de atribuir facultades de supervisión para la correcta ejecución de obras y servicios.

Finalmente, sin lograr una flexibilización sólida y, a su vez, abrir posibilidades a la arbitrariedad, poco o nada se ha mejorado en materia de control. No es posible que en un Estado Social y De-

mocrático se tomen medidas de flexibilización en el manejo de los fondos públicos con la finalidad de aumentar la eficiencia, sin fortalecer instituciones como la Contraloría o las potestades administrativas del OSCE.

Si bien la Nueva Ley orienta toda la gestión pública en materia de contrataciones hacia una gestión por resultados, declaraciones principistas no solucionan el problema que significa tener una Ley que deja espacios muy amplios a decisiones arbitrarias que ponen en riesgo la indebida manipulación de fondos públicos. No se debe dejar de lado lo que debería ser un pilar en contrataciones estatales: la transparencia.

Por lo tanto, esta Nueva Ley nos deja un desaliento y vacío en materia de lucha anticorrupción, y en materia de eficiencia de las contrataciones con el Estado. En vez de realizar cambios estructurales que permitan resolver los problemas claros que se identifican actualmente en nuestro sistema de contrataciones, propone cambios superficiales.

