

DELITOS DE CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO: ALGUNOS ASPECTOS A TOMAR EN CUENTA



POR DAVID TORRES PACHAS
ÁREAL PENAL DEL IDEHPUCP

En el catálogo de delitos que presenta el Título XVIII del Código Penal, se prevén dos delitos contra la Administración Pública vinculados con el correcto desenvolvimiento de los procesos de contratación con el Estado. En particular, nos referimos a los delitos de colusión (art. 384 CP) y negociación incompatible (art. 399 CP). El delito de colusión sanciona

al funcionario público que acuerda favorecer a un particular en cualquier etapa de una contratación con el Estado, mientras que el delito de negociación incompatible al funcionario que se interesa en un contrato con el Estado (en el cual además interviene) con el propósito de beneficiar a un particular.

Como es conocido, los delitos de corrupción de funcionarios protegen el bien jurídico correcto y regular funcionamiento de la Administración Pública. Este bien jurídico está constituido por una serie de principios que deben regir, orientar e informar el ejercicio de la función pública y que se ven atacados por cada delito de corrupción de manera específica. Así pues, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha mencionado a “la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores (...)”^[1] como aquellos principios que se derivan de la contratación pública y que son protegidos en el delito de colusión. Dicho ejercicio también deberá realizarse con respecto a otros delitos de corrupción para identificar el ámbito específico del ejercicio de la función pública que se afecta.

¿Por qué es necesaria la intervención del Derecho penal en los procesos de contratación que realiza el Estado? En primer lugar,

porque de ellos depende la satisfacción y ejercicio de derechos fundamentales, lo cual se refleja en la construcción de colegios (derecho a la educación), la compra de medicinas para un hospital (derecho a la salud) o de maquinaria para atender de manera inmediata los efectos de catástrofes ambientales. De otro lado, supone la delegación de poderes públicos a determinados funcionarios para la elección del mejor postor, lo cual deviene en un conjunto de deberes que recaen sobre los funcionarios para garantizar niveles mínimos de transparencia e imparcialidad.

Tomando en cuenta su importancia, resulta necesario conocer (a grandes rasgos) cómo se desarrollan las contrataciones con el Estado y a partir de ello identificar ciertos ámbitos de la contratación pública en los cuales podrían plantearse ciertas alertas sobre la posible comisión de delitos de corrupción. Cabe advertir que el presente texto no pretende agotar todos los posibles aspectos sintomáticos de la comisión de los delitos de corrupción en las contrataciones con el Estado, pero sí identificar los que consideramos como más resaltantes.

Debemos partir señalando que la

1 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 00017-2011-PI/TC.



contratación pública (actualmente) se rige por el Decreto Legislativo N° 1017^[2] y su reglamento, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF^[3]. El ámbito de aplicación de dicha normativa solo es posible a partir de la concurrencia de cuatro condiciones: (i) participación de entidades del estado, (ii) que la contratación se dé en relación a bienes, servicios u obras, (iii) que se realicen con cargo a fondos públicos y (iv) que sea útil a la entidad pública. Asimismo, se tiene que los procesos de contratación estatal están compuestos por tres etapas: (i) actos preparatorios, (ii) selección y (iii) ejecución contractual.

Los actos preparatorios están relacionados con el plan anual de contrataciones que tiene cada entidad. Se trata de un documento en el cual se plasman las necesidades en obras, servicios y bienes que requiere la entidad para el cumplimiento de sus funciones.

A partir de este documento se confeccionará luego el expediente

de contratación en donde se define el requerimiento de los bienes o servicios de manera específica y detallada.

En este punto debemos señalar que el requerimiento lo realiza el área usuaria, es decir, aquella que, al interior de la entidad pública, necesita determinados bienes o servicios. Dicho requerimiento luego será enviado al órgano encargado de las contrataciones de la entidad, la misma que realizará el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado.

El estudio de mercado se prepara sobre la base de documentos técnicos e investigación de campo. Ello permite obtener información sobre requerimientos técnicos mínimos, los posibles factores de evaluación a tomar en cuenta, así como para conocer sobre eventuales postores y marcas existentes en el mercado. Además servirá para establecer el valor referencial de la contratación, cifra que determinará el tipo de proceso de selección que se realizará.

Luego de ello se conforma el Comité Especial, el mismo que tiene como objetivo principal la elección del ganador de la buena pro en el proceso de selección. En

2 Modificado por la Ley N° 29873 (01/06/2012).

3 Modificado por el D.S. N° 021-2009-EF y el D.S. N° 138-2012-EF (07/08/12).



28

estos casos está conformado por un miembro del área usuaria, otro del órgano encargado de las contrataciones y un tercero especialista. En todos los casos se trata de un puesto irrenunciable e inamovible ya que se trata de un cargo de confianza.

Otra de las funciones del Comité de selección es la elaboración de las bases del proceso de contratación, para ello se utilizará la información del requerimiento del área usuaria y del estudio de mercado elaborado por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad. Las bases deben incluir las reglas del procedimiento, los factores de evaluación técnicos y económicos, así como los derechos y obligaciones de las partes. Las bases luego serán publicadas en el

Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

El proceso de selección se inicia con la convocatoria. En ella podrán participar los proveedores que se encuentren registrados como tales⁴, que cuenten con el registro vigente y que no hayan incurrido en una causal de inhabilitación. De otro lado, si el proveedor manifiesta su interés en algún proceso de contratación en particular, se le calificará como “participante”.

Existe además un periodo para la presentación y absolución de consultas y observaciones relacionadas con el proceso de selección.

4 En el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

Las consultas se plantean para advertir que existe información que es ambigua o que no queda muy clara en las bases, mientras que las observaciones cuestionan las reglas planteadas por las bases ante la ausencia de un requisito mínimo o porque vulnera o incumple alguna disposición en materia de contrataciones.

El resultado de dichas consultas y observaciones se integran luego a las bases del proceso y será sobre el conjunto de ellas que se establecen las reglas definitivas del proceso de selección. A partir de este momento los participantes podrán presentar sus propuestas técnicas y económicas, adquiriendo así la condición de “postores”. Las propuestas técnicas y económicas serán evaluadas y calificadas por el Comité de Selección quien definirá a quién se le otorgará la buena pro.

Finalmente, la etapa de ejecución contractual comprende los aspectos relacionados con la firma del contrato. Para ello será necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos por las bases, la presentación de la constancia de no encontrarse inhabilitado y de las garantías que correspondan. Con respecto a las garantías, estas pueden expresarse en títulos

valores o montos dinerarios. Los títulos valores deben ser de realización automática e irrevocables y emitidas por entidades autorizadas por la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS). Después del análisis de dicha documentación se procederá a suscribir el contrato, por lo que el postor que ganó la buena pro será calificado como “contratista”.

Visto lo anterior, plantearemos algunas observaciones al procedimiento general de las contrataciones del Estado, de cara a detectar aquellos espacios en los cuales podrían manifestarse algunos indicios de actos de corrupción.

En relación a la fase de actos preparatorios consideramos que debe atenderse especialmente al requerimiento elaborado por el área usuaria en tanto que podría estar direccionado a que la compra del bien o servicio se realice con determinada empresa. En cuanto al establecimiento del valor referencial de la obra, bien o servicio, será necesario que se tomen en cuenta datos históricos (contratos anteriores realizados por la entidad y de similar naturaleza), el precio que haya establecido otras entidades en contratos de la misma materia, cotizaciones reali-

zadas con proveedores, entre otros parámetros. Ello ayudará a que sea fundamentado adecuadamente y a descartar vicios de sobrevaluación.

Con respecto al contenido de las bases del proceso, debemos analizar especialmente los factores de evaluación. Estos constituyen los criterios que determinarán la competencia del postor y por tanto deben ser congruentes con el objetivo de la contratación. En el caso de bienes habrá que tomar en cuenta, por ejemplo, el plazo de entrega, la experiencia del postor, la disponibilidad de servicios y repuestos; en servicios, el personal propuesto para la prestación del servicio, el equipamiento, la especialidad de la empresa en la actividad; en obras, la calificación del personal profesional propuesto y la experiencia en obras generales o similares a la que es materia del proceso. Aquellos factores de evaluación que se alejen de lo estrictamente objetivo pueden ser un indicio que suma a la detección de actos de corrupción.

Asimismo, deberá verificarse la legitimidad de los documentos que se presenten para acreditar tales condiciones. La aceptación del Comité de Selección de documentos falsos o dar por

recibidos documentos que no fueron materialmente entregados sumarán nuevos indicios.



Un comentario adicional sobre la elaboración de las bases de la contratación es que el Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (OSCE) cuenta con modelos estándar para cada proceso de selección. Un alejamiento de los aspectos sustanciales de dichos modelos podría generar otra alerta. De la misma manera, en el inicio de la etapa de selección, mencionábamos la necesidad de que los proveedores cuenten con el registro respectivo y vigente. La aceptación de un proveedor

También deberíamos tomar en cuenta el resultado del análisis de las consultas y observaciones que se planteen. Así pues, por ejemplo, habrá que estudiar las ambigüedades que detecten los participantes en las bases y los criterios utilizados en la fundamentación que del Comité de selección para absolverlas.

De igual manera debe estudiarse la respuesta a las observaciones pues aquí se cuestiona la legalidad de las disposiciones en las bases. En este aspecto debe añadirse que las observaciones pueden ser elevadas al OSCE que emite un pronunciamiento cuyos resultados deben añadirse a las bases del proceso de selección. Hacer caso omiso a las observaciones planteadas por el organismo de control constituye una nueva alerta.

Como último punto, y en relación a la presentación de las garantías, resulta imprescindible que se verifique que estas cuenten con el respaldo de una entidad autorizada por la SBS. De ahí que consideramos necesaria la acredi-

tación de este aspecto mediante un informe de dicha entidad. Casos como el de la cooperativa Coopex, evidencian la importancia de este tema.

Como vemos, existen posibles focos de corrupción en las diferentes etapas de la contratación estatal. Por un lado, ello obliga a ampliar la atención sobre el proceso en toda su extensión, pero también nos permite contar con un mayor número de criterios para afirmar con mayor contundencia que se ha cometido un delito de corrupción. Se plasman aquí algunas ideas sobre lo que podría reflejar indicios de concertación o la expresión del interés indebido del funcionario público.