

Lo Bueno, Lo Malo y Lo Feo de la Ley General de Contrataciones Públicas – Ley 32069

Autor: Jorge Abel Ruiz Bautista¹

El 24 de junio de 2024 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley General de Contrataciones Públicas – Ley 32069, que despertó dentro de la comunidad jurídica críticas, aciertos y sobre todo incertidumbre en todos los operadores que participan en la Contratación Pública y los mecanismos de solución de conflictos como la Conciliación, el Arbitraje y la Junta de Resolución de Disputas.

En el actual gobierno de la presidenta Dina Boluarte, estamos en una coyuntura donde recientes estadísticas publicadas por el INEI – Instituto Nacional de Estadísticas e informática, se refleja que el Perú afronta una tasa de más del 80 % de informalidad, un crecimiento del 30 % de incremento en la pobreza y una escases de competencia en licitaciones y concursos públicos menor al 4% en el 2023 según CONOSCE – OSCE, con déficit de recaudación tributaria.

Entonces nos preguntamos ¿cómo reactivar la economía a través de la Contratación Pública?, pues bien, con la Ley General de Contrataciones Públicas, hay cosas positivas, otras negativas y otras para el olvido que generarán una externalidad negativa para el país si es que el reglamento omite proponer una solución.

LO BUENO:

El Congreso y el Ejecutivo entendieron que para luchar frontalmente con la corrupción en las compras que realiza las más de 3 mil entidades públicas a nivel nacional, se requiere de transparencia y mecanismos efectivos de prevención dentro del proceso de selección.

Según el informe de la Contraloría General de la República el año 2023, el Perú perdió por temas de corrupción más de S/ 24 mil millones de soles, donde nace la pregunta ¿cómo luchamos contra la corrupción dentro de los concursos o licitaciones públicas?

Los proveedores que tenían conocimiento de irregularidades y actos de colusión dentro del proceso de selección, realizaban denuncias administrativas, penales y hasta periodísticas que caían en saco roto, porque ninguna impedía que el Estado firme el contrato con el adjudicatario que había sobornado o actuado de manera irregular. **La única acción legal válida para denunciar transgresiones a la Ley de Contrataciones es y lo**

¹ Doctorando en derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Contrataciones Públicas, Concesiones y Servicios Públicos por la Universidad Castilla – La Mancha (España). Cuenta con posgrado en la Universidad de ESAN Graduate School of Business con especialidad en Derecho Administrativo, Contrataciones del Estado, y Arbitraje, y especialidad en Arbitraje Internacional por la Universidad de Alcalá (España) y Arbitraje de Inversión por la Universidad del Pacífico. Abogado por la Universidad Particular de San Martín de Porres.

Se desempeña actualmente como Presidente del Círculo de Arbitraje con el Estado – CAE, y Docente Universitario en la Universidad Continental y Universidad de San Martín de Porres – Facultad de Derecho, en el curso de Arbitraje y Contratación del Estado. Árbitro adscrito en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Colegio de Ingenieros, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos – Arbitra Perú, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Ayacucho, Cámara de Comercio de Cusco, Colegio de Ingenieros, Cámara de Comercio de Trujillo, entre otros.

sigue siendo, el Recurso de Apelación una vez se publique la buena pro. No obstante, con la actual Ley 30225 y su Reglamento, se establecía una barrera burocrática para impugnar, esto es, el postor que quedó en segundo lugar tenía que pagar una garantía del 3 % del monto adjudicado, lo cual vulneraba derechos constitucionales como el acceso a la justicia y debido proceso (para mayor ilustración pueden leer el Caso Salazar Yarlenque - Exp. 3741-2004-AA/TC)

Sobre el particular, la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, dispone que ahora para interponer un recurso de apelación dentro de la segunda fase de la contratación (ahora se llamada selección), el postor impugnante únicamente pagará el 0.5 % lo cual es un monto razonable, que evidentemente generará un incremento en los recursos de apelación, pero también permitirán que el Tribunal de Contrataciones del Estado, se pronuncie sobre irregularidades o temas de corrupción para revocar adjudicaciones dirigidas a determinadas empresas coludidas con algún funcionario público o que en buena cuenta hayan transgredido la normativa. Los que no están de acuerdo con esta medida, es por que están de acuerdo con que la corrupción continúe en nuestro país, y a los que indican que se dilatarán las licitaciones, les respondo: cuando el órgano encargado de la contratación sabe planificar, también programa los plazos de apelación. Asimismo, el OECE puede implementar salas especializadas únicamente para ver los recursos de apelación. En la actualidad el Tribunal del OSCE es muy célere resolviendo apelaciones en menos de 30 días calendarios. ¿quién les dijo que comprar rápido es sinónimo de eficiencia?

Sobre los principios no hay novedad, debido a que el principio como el valor por dinero, causalidad, presunción de veracidad ya se encontraban reguladas en el Derecho Público, pero sí debemos destacar, que el legislador, tomó conocimiento que e Tribunal del OSCE actualmente viene sancionando entre el año 2021, 2022 y 2023 a más de 100 empresas mensualmente, cuyas externalidades negativas la estamos pagando todos los peruanos al día de hoy. Por ello, esta nueva ley adopta una posición más garantista y menos inquisitiva, donde se debe sancionar bajo criterios de causalidad aplicando una responsabilidad subjetiva en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Esperemos que los vocales del Tribunal del OSCE entiendan el mensaje. **Lo que debe señalar expresamente el nuevo reglamento es que la responsabilidad sea subjetiva en procedimientos sancionadores** conforme lo estipula la amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (revisar Sentencias del Tribunal en los Expedientes 02050-2002-PA/TC, 02192-2004-PA/TC, 00156-2012-PHC, 00020-2015- PI/TC)

Finalmente, durante estos últimos 25 años tanto el Ejecutivo y el Congreso entendieron que los mecanismos de solución de controversias en materia de contratación pública deben seguir siendo la Conciliación, el Arbitraje y la Junta de Prevención de Resolución de Disputas, y no regresar al poder judicial. El reto está en que el reglamento, articule procedimientos especiales para que se optimicen los mecanismos de solución de controversia, promoviendo la transparencia, el registro de los árbitros y sus laudos, el control y supervisión a los más de 250 Centros de Arbitraje que hay en el Perú. El camino es fortalecer las instituciones.

LO MALO:

Si bien el esquema de la Contratación Pública se mantiene: a) actos preparatorios; b) proceso de selección y c) ejecución de contrato (con otros términos que son irrelevantes); el Estado está apostando por las contrataciones a través de los contratos colaborativos y por Perú Compras. Esto será nuevo para todas las entidades y siendo sinceros los funcionarios no están capacitados para llevar adelante este tipo de procesos, salvo honrosas excepciones. ¿Esta nueva ley está pensada para empresas peruanas o empresas extranjeras? Que no nos sorprenda que empresas de China ganen obras públicas millonarias.

Lo que llama la atención es que la Ley le da el poder a Jefe de Perú Compras que puede ser asumido por cualquier persona que tenga 5 años de experiencia en la administración pública. ¿Ojo, que Perú Compras tendrá mayor protagonismo y presupuesto en esta nueva Ley, y la normativa ¿no le pide especialidad al jefe de Perú Compras?

Hay nuevas modalidades de contratación que son muy similares a las que ya existen en la actual Ley 30225 y su Reglamento. ¿cambiarle de nombre o el título o parafrasear el contenido de los artículos genera un cambio? ¿de que sirve nuevas modalidades en la contratación pública si hay poca competencia? El reglamento debe promover el apoyo a las pequeñas y medianas empresas para reactivar y dinamizar la economía.

El Reglamento debe articular en brindar una solución donde más fallamos (actos preparatorios) no sabemos planificar en la mayoría de casos, compramos a la peruana: a última hora, esto es, una de las razones por las cuales el Estado no ejecuta el presupuesto asignado. Se debe articular el Sistema Nacional de Abastecimiento Público, mejorar el SIAF, el presupuesto público.

El reto está en que el reglamento articule y detalle los procedimientos que se deben seguir en los errores frecuentes que tiene el Estado al momento de contratar como por ejemplo: detallar el procedimiento de los actos preparatorios y establecerles plazos al órgano encargado de contratación, mejorar el procedimiento para realizar consultas y observaciones a las bases y pedir la elevación de bases al OECE para su pronunciamiento, mejorar el procedimiento para los adicionales, la modificación de los contratos, la garantía para el perfeccionamiento de contrato, la negociación del convenio arbitral,

LO FEO:

No logro entender porqué el legislador no mantuvo el término: “Ley de Contrataciones del Estado” cuando lo que esta nueva ley es una versión actualizada. Desde el decreto legislativo N° 1017 se mantuvo el término ya conocido por todos los actores de la contratación que entendían la finalidad de la actual ley 30225, y cuándo se debe aplicar.

Incorporar de contrabando contratos colaborativos en la Ley 32069, no hace que sea ley general de contrataciones públicas. Cuando uno hace referencia a contratos públicos, debe entender que el Estado tiene diferentes herramientas legales para contratar bienes, servicios y obras, como: las APPs, Reconstrucción con Cambios, Obras por impuestos, Contratos de Gobierno a Gobierno, Qali Warma, etc.

Indicar que estamos ante una nueva Ley General de Contrataciones Públicas, es un engaño muchachos. Sólo estamos ante una nueva versión de una Ley de Contratación con el Estado.

Había necesidad de que el OSCE ahora se llame OECE, el SEACE se llame PLADICOP ¿cuánto de presupuesto innecesario se gastará en realizar el cambio? Lo que va a suceder es la misma transición que tuvo el CONSUCODE (alguien recuerda esta página web que sigue en internet) con el OSCE. ¿ya se está implementando todas las plataformas que debe contar la nueva ley 32069?

Qué peor desacierto de poner como título: OECE – Organismo Especial de las Contrataciones Públicas Eficientes, entonces, ¿qué organismo supervisará las compras ineficientes? ¿qué organismo supervisará las compras donde hay corrupción? Ponerle la palabra eficiente, no creara una nueva realidad en nuestro país.

Más allá de la crítica constructiva, es pensar en el reglamento donde **el legislador debe convocar a todos los actores a que participen**, den su opinión, recoger mejoras porque si con esta nueva ley no se apoya al empresario peruano, seguiremos con mayor crisis en la economía, menos competencia, donde solo ganen licitaciones y concursos públicos, los malos empresarios que financian campañas políticas para luego pedirle un favor al gobierno de turno.