

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



DOCTORADO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

TESIS

**LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO EN EL SISTEMA PERUANO DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

M. Cs. JORGE LUIS DÍAZ GUERRA.

Asesor:

Dr. EDGARDO BAGATE QUISPE VILLANUEVA.

CAJAMARCA-PERÚ.

OCTUBRE - 2013.

COPYRIGHT © 2013 by
JORGE LUIS DÍAZ GUERRA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSTGRADO



DOCTORADO EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO

TESIS

**LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ANÁLISIS ECONÓMICO
DEL DERECHO EN EL SISTEMA PERUANO DE
CONTRATACIONES DEL ESTADO**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

Presentada por:

M. Cs. JORGE LUIS DÍAZ GUERRA.

Comité Científico:

Dra. Carmen Gloria Castillo Díaz.
Presidente del Comité.

Dra. Carmen Neyra Alvarado.
Primer Miembro Titular.

Dr. Joel Romero Mendoza.
Segundo Miembro Titular.

Dr. Edgardo Quispe Villanueva.
Asesor.

Dra. Marina Estrada Pérez.
Accesitaria.

Fecha: Cajamarca, Octubre de 2013.

A:

Mis Padres: Luis Alberto Díaz Cerna y Violeta Guerra Alfaro de Díaz (†), a mi amada Esposa, Sandra Elizabeth Fiestas Cruzado, a mis hijos: Sandra Fiorella y Jorge Luis, por su ardua espera y paciencia, sin cuya ayuda moral y fraternal, no habría sido posible lograr esta meta.

A diferencia de los precios, las leyes nacen después de fuertes debates y deliberaciones en los que cuestiones de valor y significado desempeñan un fuerte papel.

- **Robert D. Cooter.**

(Profesor de Derecho de la Universidad de Berkeley, California - USA).

Quiero dejar constancia de mi gratitud al Dr. Edgardo B. Quispe Villanueva y al Bach. Steve Diego Gutiérrez Cerrepe, por haber formulado aportes valiosos en beneficio del desarrollo de la presente investigación.

LISTA DE ABREVIATURAS

AD	:	ADJUDICACIÓN DIRECTA.
AED	:	ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.
ADS	:	ADQUISICIÓN DIRECTA SELECTIVA.
ADP	:	ADQUISICIÓN DIRECTA PÚBLICA.
C.C.	:	CÓDIGO CIVIL.
CONSUCODE	:	CONSEJO SUPERIOR DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.
C.P.	:	CONCURSO PÚBLICO.
C.P.C.	:	CÓDIGO PROCESAL CIVIL.
C.A.P.	:	CUADRO DE ASIGNACIÓN DE PERSONAL.
L.C.E.	:	LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
L.P.	:	LICITACIÓN PÚBLICA.
M.E.F.	:	MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS.
M.O.F.	:	MANUAL DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES.
OSCE	:	ORGANISMO SUPERVISOR DE LA CONTRATACIONES DEL ESTADO.
R.L.C.E.	:	REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.
R.N.P.	:	REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES.
SEACE	:	SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
U.I.T.	:	UNIDAD IMPOSITIVA TRIBUTARIA.

GLOSARIO

Área Usuaría. Es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación, o que, dada su especialidad y funciones, canalizada los requerimientos formulados por otras dependencias.

Bases. Es el documento que contiene el conjunto de reglas formuladas por la Entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato, así como los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista.

Bienes. Son objetos que requiere una determinada Entidad para el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus fines ya establecidos.

Comité Especial. Es el órgano colegiado encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridos por el área usuaria a través de una determinada contratación.

Contratista. Es el proveedor que celebra un contrato con una determinada Entidad del Estado, ello conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento.

Consortio. Está definido como el contrato asociativo por el cual dos o más personas naturales y/o jurídicas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado Peruano.

Convenio Marco. Es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran, los mismos que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

Créditos Presupuestarios. Son las dotaciones de recursos consignados en los Presupuestos del Sector Público, a fin que las entidades públicas puedan ejecutar el gasto público.

Exoneración de procesos de selección. Es un mecanismo extraordinario y no programable de contratación pública, el cual sólo se circunscribe a la omisión del proceso de selección, por lo que los actos preparatorios y contratos que se celebren como consecuencia de aquella deben cumplir con los respectivos requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías que se aplicarían de haberse llevado a cabo el proceso de selección correspondiente.

Expediente de Contratación. Es el conjunto de documentos en el que aparecen todas las actuaciones referidas a un determinado proceso de selección, el mismo que se encuentra debidamente registrado en el Plan Anual de Contrataciones.

Fondos Públicos. Son todos aquellos recursos financieros de carácter tributario y no tributario que se generan, obtienen u originan en la producción o prestación de bienes y servicios que las unidades ejecutoras o entidades públicas realizan, con arreglo a Ley.

Hermenéutica. Proviene de la voz griega *hermeneuein*, que significa interpretar. Es el método de interpretación en la investigación científica y del Derecho.

Interacción. Efecto de interactuar o de influirse recíprocamente, entre dos o más personas o individuos.

Intrínseco. Característico, esencial de algo. Que es propio de algo por sí mismo.

Ius Filosófico. Escuela que pertenece a la Filosofía del Derecho.

Obra. Construcción, reconstrucción, remodelación, demolición, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otras, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos.

Participantes. Son los postores que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases.

Postores. Constituye la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participada en un proceso o selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda.

Prácticas colusorias horizontales. Son aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Proceso de Selección. Es el medio administrativo especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección

de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la adquirir bienes, servicios o ejecutar una determinada obra.

Proveedores. Son las personas naturales o jurídicas que vende o arriendan bienes, prestan servicios generales o de consultoría, o ejecutan obras a favor del Estado.

Registro Nacional de Proveedores. Es el asiento en donde se reúne información relacionada a la naturaleza y objeto de las actividades de los distintos proveedores de bienes, proveedores de servicios, consultores y ejecutores de obras.

Servicio en general. Es la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una determinada necesidad de la Entidad Estatal, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.

Situación de desabastecimiento. Se considera desabastecimiento a aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones que la Entidad del Estado tiene a su cargo.

Situación de emergencia. Es aquella en la cual una Entidad tiene que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos o de situaciones que supongan grave peligro, o que afecten la defensa y seguridad nacional.

Subasta Inversa Presencial o Electrónica. Es la modalidad por la cual una Entidad del Estado realiza las contrataciones de bienes y servicios comunes a través de una convocatoria pública, y en la cual el postor ganador será aquel que oferte el menor precio por los bienes o servicios objeto de la convocatoria.

Suministros. Es la entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades.

Tercero. Se entiende por terceros a toda persona natural o jurídica que vende, arrienda bienes, presta servicios generales o ejecuta obras. Se puede incluir dentro de este concepto a una empresa del Estado, que actué como proveedor, organizada bajo la forma que establezca la legislación vigente, ya sea de propiedad del Gobierno Central, Regional o Local, o Entidades del Estado que realizan actividades empresariales de manera habitual en el rubro de la contratación.

Viabilidad. Calidad de lo que es factible, o que es susceptible de llevarse a cabo, que se puede realizar o ejecutar.

RESUMEN

Las contrataciones públicas en el Perú han enfrentado en los últimos años modificaciones importantes, esto con la finalidad de poder cumplir lo dispuesto en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú, así como con los principios contenidos en las normas sobre Contrataciones del Estado; ante este escenario las contrataciones públicas de acuerdo al nuevo marco jurídico que ha sido creado a través del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2009-EF, normas que se reiteran en el Decreto Legislativo N° 1128 que crea la agencia de compras de las Fuerzas Armadas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°005-2013-DE, las cuales se caracterizan por ser aparentemente dinámicas. Sin embargo, al analizar desde el punto de vista de los principios de costo-beneficio y maximización que pertenecen a la Teoría del Análisis Económico del Derecho; los procesos o mecanismos de selección de los futuros proveedores del Estado, se aprecia que su estructuración no atiende de manera plena los referidos principios, los mismos que se caracterizan por el incremento de la eficiencia de las contrataciones del Estado.

Así teniendo en cuenta lo mencionado el Estado Peruano debe estar interesado en mejorar el marco normativo de las contrataciones estatales a fin de asegurar que los contratos se adjudiquen a los mejores postores, ello con el propósito de garantizar el mejor funcionamiento de la gestión estatal; más aún si esto es decisivo para asegurar el crecimiento económico de nuestro país, pues el sector público utiliza las normas sobre contrataciones para promover objetivos y políticas tanto a nivel económico como social.

Partiendo de lo anterior, la presente tesis examina los procesos de la contratación estatal tal y como están configurados; todo ello con el propósito de lograr una adecuada implementación y desarrollo de las políticas públicas en beneficio del interés general y en resguardo de los recursos públicos, a fin de proponer una modificación en las normas de contratación pública del Estado con miras a utilizarlas para que sean de esta manera más eficientes.

PALABRAS CLAVE: Aplicación de la Teoría, Derecho, Contrataciones del Estado

ABSTRACT

Public contracts in Peru have faced significant changes in recent years in order to comply with the article 76 of Peru's constitution as well as with the principles contained in State Term Contracts. According to the new legal framework created by Legislative Decree No 1017 and its regulations approved by Supreme Decree No 184-2009-EF, the ones which are reiterated by Legislative Decree No 1128 and create the Armed Forces Agency of Purchases and its regulations, both, approved by Supreme Decree No 005-2013-DE; Public contracts are characterized for being dynamic. However when they are analyzed by the costbenefit and maximization perspective found in the Economic Analysis of Law Theory; the processes, selection mechanics of prospective state suppliers and its structure do not assist fully mentioned principles, those regarded as the State Contracts efficiency increase.

So taking this into account, the Peruvian Government should be interested in improving the regulatory framework of the state contracts with the purpose of ensure that contracts are awarded to the highest bidders, so that the best public management will be guaranteed even more because it is crucial to the country economic growth, after all the government uses the contracts regulations to promote policies and aims in social level like in the economic one.

Starting from what was mentioned; this thesis examines the state contracts just like it is established in order to achieve a suitable public policy implementation and development to everyone's benefit and to protect public treasury in addition it tries to propose a change in the state contracts regulation with the intention of using them and make them more efficient.

KEYWORDS: Application of Theory, Law, Contracting of the State

LISTA DE CONTENIDO

Ítem	Pág.
Acta de Sustentación de Tesis	i
Copyright	ii
Dedicatoria	iii
Epígrafe	iv
Agradecimientos	v
Lista de Abreviaturas	vi
Glosario	vii
Resumen	xi
Abstract	xii
Lista de Contenido	xiii
Introducción	1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. Problemática	4
1.1. Planteamiento del problema	4
1.2. Formulación del problema	7
1.3. Hipótesis	7
1.4. Objetivos de la investigación	8
1.4.1. Objetivo general	8
1.4.2. Objetivos específicos	8
2. Material	8
2.1. Población	8
2.2. Muestra	9
3. Unidad de análisis	9
4. Métodos	9
4.1. Tipo de estudio	9
4.1.1. Método exegético	9
4.1.2. Método histórico	9
4.1.3. Método hermenéutico - jurídico	10
4.1.4. Método deductivo	10
4.1.5. Método Analítico – Sintético	10
5. Diseño de contrastación de la hipótesis	11
5.1. Descripción de la variable de estudio	11
5.1.1. Univariable	11
5.2. Indicadores de la univariable	11
6. Procedimiento metodológico	11
6.1. El análisis descriptivo	11

7.	Procedimientos y análisis estadístico de datos	12
7.1.	Técnicas	12
7.2.	Instrumentos	12
7.2.1.	Instrumentos de recolección de información	12
8.	Procedimiento y análisis estadístico de datos	12
9.	Procedimiento general de la investigación	13
9.1.	Alcance de la investigación	13
9.2.	Ámbito de la investigación	14
9.2.1.	Temporal	14
9.2.2.	Territorial	14
9.3.	Justificación de la investigación	14
9.4.	Limitaciones	17
10.	Guía de lectura	17

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO PRIMERO EL CONTRATO PRIVADO Y EL CONTRATO ESTATAL

SUBCAPÍTULO I EL CONTRATO PRIVADO

1.	Concepto y definición	21
2.	Principios fundamentales	22
2.1.	Principio de la autonomía de la voluntad	22
2.2.	Principio de la supremacía del orden público	24
3.	Caracteres jurídicos	25
3.1.	Partes contratantes	25
3.2.	Declaración de voluntad común	25
3.3.	Finalidad jurídica	26
3.4.	Relación jurídica patrimonial	26
3.5.	Fuerza vinculatoria	26
4.	Elementos del contrato	27
4.1.	Consentimiento	27
4.2.	Objeto	27
4.3.	Causa	27
4.4.	Forma	28

SUBCAPÍTULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Origen del contrato administrativo	29
2. Naturaleza jurídica: teoría dualista y teoría unitaria del contrato estatal	29
3. La definición del contrato administrativo en la doctrina	30
4. Definición del contrato administrativo	31
5. Caracteres esenciales del contrato administrativo	31
5.1. Juricidad	
5.2. Bilateralidad	32
5.3. Desigualdad de las partes	32
5.4. Restricción de la libertad de las partes	33
5.5. Interés público prevaleciente	33
6. Principios rectores del contrato administrativo	33
6.1. El principio de legalidad	33
6.2. El principio de continuidad	
6.3. El principio de mutalidad	34
6.4. El principio del equilibrio financiero	34
6.4.1. El “ <i>hecho del príncipe</i> ”	35
6.4.2. Teoría de la imprevisión	35
6.4.3. El <i>ius variandi</i>	36
7. Potestades de la administración en la ejecución de los contratos estatales	36
7.1. Potestad de modificación unilateral del contrato - limitaciones	36
7.2. Potestad de interpretación unilateral	37
7.3. Potestad de dirección y control	38
7.4. Potestad de sanción	39
7.5. Potestad resolutoria	39
8. Teorías que explican la vinculación entre los contratos administrativos y los contratos privados	40
8.1. Criterio dualista	40
8.2. Criterio unitario	41
9. Criterios que han sustentado la supuesta naturaleza de los contratos administrativos	41
9.1. Criterio subjetivo	41
9.2. Criterio de la jurisdicción	42
9.3. Criterio formal	42
9.4. Criterio del servicio público	42
9.5. Criterio de la función administrativa	42

CAPÍTULO SEGUNDO

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. La aproximación económica al derecho	44
1.1. Introducción	44
1.2. Los orígenes y la evolución del AED	44
2. Conceptos clave	46
2.1. AED Positivo Y Normativo	46
2.1.1. AED Positivo	46
2.1.1.1. La teoría de la elección racional	46
2.1.1.2. Contenido y ordenación de las preferencias	47
2.1.1.3. El procedimiento de análisis en la teoría de la elección racional	47
2.1.1.4. Las críticas a la teoría de la elección racional y sus limitaciones	48
2.1.1.2.1. La capacidad predictiva y explicativa del AED	48
2.1.1.2.2. Irracionalidad (vs.) Racionalidad	49
2.1.2. AED Normativo	
2.1.2.1. Introducción	49
2.1.2.2. El concepto de eficiencia	50
2.1.2.2.1. Eficiencia paretiana	
2.1.2.2.2. Eficiencia potencial	50
2.1.2.3. El análisis coste-beneficio (ACB)	51
2.1.2.3.1. ACB: problemas de cuantificación	51
2.1.2.3.2. Teoría de los juegos	51

CAPÍTULO TERCERO

LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

SUBCAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE

LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. Antecedentes históricos de las contrataciones estatales	53
2. Principios que rigen las contrataciones	61
3. Acerca de la ley de contrataciones del estado	63
4. Supuestos de inaplicación del D. Leg. 1017 a montos inferiores a tres UIT	64

SUBCAPÍTULO II

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

- | | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Regulación de la contratación pública en la constitución política del Perú | 68 |
| 2. Incorporación de las contrataciones y adquisiciones del estado en la constitución política del Perú | 70 |

SUBCAPÍTULO III

PROCESO DE SELECCIÓN

- | | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. ¿Qué entendemos por procesos de selección? | 72 |
| 2. Mecanismos de contratación | 72 |
| 2.1. Topes para cada proceso de selección en la contrataciones de bienes, servicios y obras | 76 |
| 3. Planificación y actos preparatorios | 77 |
| 4. Expediente de contratación | 78 |
| 4.1. Antigüedad, actualización y cómputo del valor referencia en bienes, servicios y obras | 79 |
| 4.2. Determinación del valor referencial según el tipo de proceso de selección | 80 |
| 5. El proceso de selección | 81 |
| 6. Culminación del proceso de selección | 82 |
| 7. Computo de plazos | 83 |
| 8. Comité Especial | 88 |
| 9. Bases | 89 |
| 10. Estructura de las bases y las bases estandarizadas | 90 |
| 11. Sistemas de contratación | 91 |
| 12. Otorgamiento de la buena pro | 92 |

SUBCAPÍTULO IV

MODALIDADES ESPECIALES:

SUBASTA INVERSA, COMPRAS CORPORATIVAS Y CONVENIO MARCO DE PRECIOS

SUBASTA INVERSA

- | | |
|-----------------------------------------------------|----|
| 1. Fases del proceso de selección | 97 |
| 1.1. Convocatoria | 97 |
| 1.2. Registro de participantes | 97 |
| 1.2.1. En el caso de la subasta inversa presencial | 97 |
| 1.2.2. En el caso de la subasta inversa electrónica | 97 |
| 1.2.2.1. Registro de participantes | 97 |
| 1.2.2.2. Registro de propuestas | 98 |

1.2.3. Presentación de propuestas	98
1.3. Acto público, apertura de propuestas, puja y buena pro	98
1.3.1. En el caso de la subasta inversa presencial	98
1.3.1.1. Acto público	98
1.3.1.2. Apertura de propuestas	99
1.3.1.3. Periodo de puja	99
1.3.1.4. Determinación del puntaje y otorgamiento de la buena pro	102
1.3.1.5. En la subasta inversa electrónica	102
1.3.1.6. Acerca de la subasta inversa electrónica	102
1.3.1.7. Apertura de propuestas y periodo de lances	103
1.3.2.2.1. Apertura de propuestas y lances con agentes electrónicos	103
1.3.2.2.2. Mejora de precios lances en línea	103
1.3.2.2.3 Otorgamiento de la buena pro	103
2. Recurso de apelación	104

COMPRAS CORPORATIVAS

1. Definición	105
2. Alcances legales de las compras corporativas	105
3. Las compras corporativas en la LCE y RLCE	106
4. Perú Compras. El Decreto Legislativo N° 1018	110

CONVENIO MARCO

1. Definición del convenio Marco	111
2. Catálogo electrónico	111
3. Reglas para la realización y ejecución del convenio marco	112
4. Reglas del proceso de selección	113
5. Procedimiento de contratación	114
6. La responsabilidad por el pago y la vigencia del convenio marco	117
7. Las causales de exclusión de las fichas o del proveedor del catálogo electrónico del convenio marco	117

**CAPÍTULO CUARTO
RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

SUBCAPÍTULO I	
Resultados de la Investigación	119

SUBCAPÍTULO II	
Discusión sobre los resultados de la investigación	128

CAPÍTULO QUINTO

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

1. Conclusiones	136
2. Recomendaciones	138
3. Propuesta	139
3.1. Propuesta modificatoria al proceso de selección clásico	139
3.2. Proyecto de modificación de la ley y el reglamento de contrataciones del estado	144
LISTA DE REFERENCIA	155
ANEXOS	164

TABLAS		Pág.
MARCO TEÓRICO		
TABLA N° 01: Topes para cada Proceso de Selección en la Contratación de Bienes, Servicios y Obras		76
TABLA N° 02: Bases estandarizadas que aprobara el OSCE	TABLA	90
N° 03: Sistemas de Contratación		91
RESULTADO Y DISCUSIÓN		
TABLA N° 04: Evolución del presupuesto público durante el periodo 2009 – 2011 (en miles de millones de nuevos soles).		119
TABLA N° 05: Número de procesos y valor adjudicado (en millones de s/.), según procesos y modalidades de contratación desde Enero de 2009 hasta abril del año 2012		123
TABLA N° 06: Cuadro comparativo entre compras privadas y compras públicas		132
ANEXOS		
TABLA N°07: Sinopsis comparativa entre el proceso de selección y las tres modalidades previstas en el sistema de contrataciones.		165
GRÁFICOS		
GRÁFICO N° 19: Recurso de Apelación		104
GRÁFICO N° 20: Las Compras Corporativas en la LCE y RLCE.		106
GRÁFICO N° 21: Compras Corporativas Obligatorias y Perú Compras		107
GRÁFICO N° 22: Compras Corporativas Facultativas		108
GRÁFICO N° 23: Convenios Complementarios y la Publicación de los Contratos en el SEACE		109
GRÁFICO N° 24: Fases de los Convenio Marco		112
GRÁFICO N° 25: Desarrollo del proceso del Convenio Marco		116
RESULTADO Y DISCUSIÓN		
GRÁFICO N° 26: Evolución del Presupuesto Público. Período: 2009 – 2012.		119
GRÁFICO N° 27: Número de procesos y valor adjudicado (en millones de S/.), según procesos y modalidades de contratación desde Enero de 2009 hasta abril del año 2012		124
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA		
GRÁFICO N° 28: Propuesta de modificación del Proceso de Selección		154

GRÁFICO N° 01: Procesos de Selección	73
GRÁFICO N° 02: Plan Anual de Contrataciones	77
GRÁFICO N° 03: Expediente de Contratación	78
GRÁFICO N° 04: Antigüedad, actualización y cómputo del valor referencial en Bienes, Servicios y Obras	79
GRÁFICO N° 05: Determinación del valor referencial según el tipo de Proceso de Selección	80
GRÁFICO N° 06: Etapas del Proceso de Selección	81
GRÁFICO N° 07: Culminación del proceso de selección	82
GRÁFICO N° 08: Plazos establecidos para la Licitación y Concurso Público	84
GRÁFICO N° 09: Plazos establecidos para la adjudicación directa	85
GRÁFICO N° 10: Plazos establecidos para la adjudicación de menor cuantía para bienes y servicios	85
GRÁFICO N° 11: Plazos establecidos para la adjudicación de menor cuantía derivada de licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas declaradas desiertas	86
GRÁFICO N° 12: Plazo establecidos para la adjudicación de menor cuantía para la consultoría de obras o ejecución de obras	86
GRÁFICO N° 13: El comité Especial	88
GRÁFICO N° 14: Bases	89
GRÁFICO N° 15: Otorgamiento de la Buena Pro	92
GRÁFICO N° 16: Subasta Inversa	94
GRÁFICO N° 17: Uso de la Subasta	95
GRÁFICO N° 18: Convocatoria, desarrollo del proceso, la presunción del cumplimiento y apelación; y tipos de Subasta Inversa	96

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1. PROBLEMÁTICA:

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El Perú ha tomado una senda de crecimiento económico alto y sostenido en los últimos años, en tal sentido está logrando mejores condiciones de bienestar para sus habitantes. Dicho proceso requiere de un sistema de contrataciones públicas altamente eficiente que facilite las inversiones requeridas y entregue oportunamente los bienes, las obras civiles y los servicios demandados por la comunidad¹, más aún si el gasto público es muy alto y el ahorro es muy bajo. Así, la sociedad peruana exige, con plena razón, que ese sistema sea transparente y libre de corrupción.

Además, nuestro país está empeñado en un proceso de descentralización política y administrativa que logre acercar el Estado a la comunidad y le retorne a ésta la capacidad de controlar a aquel. Una de las condiciones para el éxito de la descentralización es disponer de herramientas que faciliten a los gobiernos regionales y locales la contratación pública para que puedan cumplir eficazmente su misión, por ello, la modernización de las contrataciones públicas en dicha orientación requiere un planteamiento estratégico que sea guía de una reforma del sistema de contratación Estatal.

En tal sentido un buen sistema de contrataciones exige en primer lugar, procesos estandarizados y modernos para realizar las operaciones de adquisiciones del Estado, en segundo término, de un mecanismo de contrataciones dinámico y competitivo, y en tercer lugar, el uso de estrategias de negociación que coadyuven a lograr el objetivo final consistente en que el presupuesto público se ejecute al menor costo, cumpliéndose con la relación calidad-precio eficiente, esto mediante la adquisición de bienes, servicios y obras para la comunidad, y que dicho proceso sea confiable y justo; ya que el presupuesto público es el instrumento de gestión del Estado; el mismo que presenta una baja ejecución, debido a que existen deficiencias en los procesos de selección para adquirir bienes, servicios y ejecutar obras, ello conforme se desprende de lo difundido en la página web del Congreso de la República, a través de la cual, se ha publicado y difundido el ranking o rango en la ejecución del presupuesto del sector público en nuestro país, perteneciente al año fiscal 2011².

De otro lado cabe resaltar que el Estado Peruano es el principal comprador de bienes y servicios en el país, así en el año 2009 se adjudicó S/. 41,101.03 millones de nuevos soles; de igual modo es importante resaltar que al finalizar el año 2010 se adjudicó S/. 30,327.17 millones de nuevos soles; asimismo en el año 2011 se adquirieron bienes y servicios además se ejecutaron obras por S/.

¹ El fuerte crecimiento de la economía peruana iniciado en 2001, se ha mantenido durante los últimos años, lo que ha sido compatible con una gran estabilidad macroeconómica esto es: una inflación moderada, el déficit público en gradual reducción gracias al buen comportamiento de la recaudación tributaria, en particular del impuesto sobre la renta y sobre todo respecto a los excelentes resultados en el sector exterior con especial relevancia en los incrementos del superávit por cuenta corriente y comercial, lo cual hace que exista un saldo positivo en la economía peruana. Fuente: Cámara Peruana de Comercio Electrónico. Informe económico y comercial del Perú. <http://www.capece.org.pe/informe-economico-y-comercial-del-peru-capece.php>

² Fuente: Eguren Neuenschwander, Juan Carlos. Ranking de Ejecución de Inversiones del Sector Público del Perú: Año Fiscal 2011 http://www.congreso.gob.pe/congresista/2011/jceguren/boletín/ranking_ejecución_presupuestal.2011.pdf.

26,160.00 millones de nuevos soles; para el año 2012 se estableció que las compras del Estado alcanzarían los S/. 23,000 millones de nuevos soles de acuerdo a lo estimado por el OSCE; Y para el año 2013 el Poder Ejecutivo promulgó la Ley de Presupuesto del Sector Público, mediante la cual dicho presupuesto asciende a S/. 108,419 millones de nuevos soles, cifra que busca dinamizar la economía nacional e invertir en proyectos de inclusión social.

Sin embargo, pese a lo mencionado existe poca capacidad del Estado para proveer bienes y servicios con estándares adecuados, lo cual es una característica de la administración pública en el Perú y en muchos países de la región. En tal sentido, la gestión de las contrataciones públicas constituye un tema principal en la agenda del gobierno peruano, debido a las ingentes cantidades de dinero que el Estado gasta tanto para ver satisfecha sus diferentes necesidades como para cumplir con sus diferentes políticas de gobierno.

Con un panorama como el expuesto, no es posible propiciar la defensa del interés público frente al interés particular, cuyo legítimo objetivo es el lucro, más aún cuando casi el 50% de las sanciones impuestas por el ex CONSUCODE, hoy OSCE a los contratistas privados, obedecen al incumplimiento de sus obligaciones contractuales para con el Estado, perjudicando a la administración y por ende al interés público³.

En dicha línea de ideas es significativo mencionar que la adquisición de bienes y servicios, no se realiza en forma eficiente, por lo que ante dicha situación, surgió la necesidad de implementar modalidades de selección, que posibiliten la eficiencia en el proceso de compras públicas; debido a que los recursos públicos son escasos, por lo que deben de gastarse de la mejor manera posible, de este modo, las compras estatales deben representar la combinación óptima de calidad, experiencia y el menor precio que se pueda sufragar por ello.

Bajo este contexto es importante traer a colación, recordar y destacar como un buen precedente que, la Presidencia del Consejo de Ministros ejecutó un plan piloto denominado: *“Unidad de Compras Corporativas”*, con lo cual dicha institución en el año 2006 ganó el premio de *“Ciudadanos al Día”*⁴, por una buena práctica gubernamental, ello al lograr un ahorro de medio millón de soles en la compra corporativa y transparente de papel a través de la Unidad de Compras Corporativas; lo cual se traduce en eficiencia del uso de los recursos públicos, permitiendo una adecuada racionalización de los fondos estatales apreciándose así las ventajas de las modalidades de selección, pues estas permiten obtener menores precios en los bienes, servicios y obras que el Estado necesita.

Por consiguiente, para la elaboración de la presente tesis se ha tenido en consideración la naturaleza jurídica de las compras estatales; máxime si el Estado Peruano se encuentra obligado a planificar, programar, organizar, desarrollar y supervisar las actividades de contratación de modo que sus necesidades se satisfagan en tiempo oportuno y en las mejores condiciones de costo y

³ Fuente: OSCE. Preguntas Frecuentes sobre Procedimiento Administrativo Sancionador. <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=9&ido=30>

⁴ Fuente: Ciudadanos al Día. Calificaron 130 experiencias como buenas prácticas en gestión administrativa. <http://www.ciudadanosaldia.org/premiobpg/>

calidad. Así los procesos de compras estatales deben estructurarse, reglamentarse e interpretarse en forma tal que permitan la selección de la oferta más conveniente al interés general, en condiciones cuantificables de racionalidad y eficiencia.

De esta forma, es necesario mencionar que la regulación sobre contrataciones del Estado acumula tanto la teoría del acto administrativo y la teoría de los contratos del derecho privado, por ende, el legislador peruano ha regulado las normas sobre contrataciones del Estado en un régimen mixto conformado por matices del derecho civil y por cimientos del derecho administrativo.

En dicho sentido la Ley de Contrataciones y Adquisiciones aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 modificada por la Ley N° 29873 promueve la eficiencia en este campo del derecho, maximizando el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del sector público, ello conforme lo dispone el artículo 2° de la mencionada Ley del Estado; precepto que encaja en la Teoría del Análisis Económico del Derecho⁵, la cual propone maximizar el beneficio que puede obtener el Estado al adquirir un bien, o contratar un determinado servicio⁶. Así de acuerdo a lo mencionado la presente tesis se enfoca en la aplicación de los principios de la Teoría del Análisis Económico del Derecho en la fase de evaluación de propuestas de los respectivos procesos de selección.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cómo la aplicación de los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho aplicados en la etapa de evaluación de propuestas en los procesos de selección para la contratación de bienes, servicios y obras, incrementan la eficiencia de las contrataciones que realiza el Estado Peruano?

1.3. HIPÓTESIS.

De acuerdo a los resultados de la presente investigación, la aplicación de los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, en la etapa de evaluación de propuestas a través de una fase de negociación para la adquisición de bienes, servicios y obras, incrementan la eficiencia de las contrataciones que realiza el Estado Peruano.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.4.1. OBJETIVO GENERAL:

Determinar cómo los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho aplicados a la etapa de evaluación de propuestas en los procesos de selección para la adquisición de bienes, servicios y obras, incrementan la eficiencia de las contrataciones que realiza el Estado Peruano.

⁵ De lo señalado es substancial indicar que la Teoría del Análisis Económico del Derecho asume con toda conciencia y con una buena dosis de humildad la interrelación entre la filosofía del derecho y la economía; debido a que procura no desperdiciar recursos; más aún si dicha teoría contiene una textura abierta de significación para términos como eficiencia, equidad, libertad, entre otros que merecen una seria justificación teórica. Acotación del autor del presente proyecto de investigación.

⁶ El Análisis Económico del Derecho participa casi íntegramente de la opinión que el Derecho, entendido como el ordenamiento jurídico que rige en la sociedad, es el que en definitiva organiza y determina el sistema económico.

1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- A. Explicar los fundamentos de la Teoría del Análisis Económico del Derecho.
- B. Analizar los efectos de la aplicación de los principios costo-beneficio y maximización pertenecientes a la Teoría del Análisis Económico del Derecho en los procesos de selección para la adquisición de bienes, servicios y obras.
- C. Señalar las causas que no motivan el incremento de la eficiencia en los procesos de selección en las contrataciones estatales que realiza el Perú.
- D. Determinar desde la óptica de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, una concepción que permita una mayor eficiencia en los procesos de contrataciones que realiza el Estado.
- E. Diseñar una propuesta jurídica que haga viable la aplicación de los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho en los procesos de selección Estatal.

2. MATERIAL.

2.1. POBLACIÓN.

Se tiene una población correspondiente a todos los procesos de selección y modalidades de contrataciones y adquisiciones del Estado desarrollados desde el mes de Enero del 2009 al mes de Abril del 2012, lapso en el cual adquiere vigencia del Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por D.S. N° 184-2008-EF; población accesible a través de los reportes e informes que emite el OSCE⁷.

2.2. MUESTRA.

No se ha seleccionado o tomado muestra alguna, pues se está considerando el conjunto de las contrataciones estatales, esto es el conglomerado de todos los procesos de selección y modalidades en contrataciones del Estado, que se encuentran debidamente consignados en los informe y reportes anuales sobre contrataciones públicas que expone el portal web del OSCE⁸.

3. UNIDAD DE ANÁLISIS.

La presente tesis ha tenido utilizado la estadística de todos los procesos y modalidades de selección convocados por el Estado, la cual se encuentran publicada en la página web del OSCE⁹, esto durante el ámbito temporal de la presente investigación.

⁷ Dicha población está constituida por el reporte que registran las entidades públicas, bajo responsabilidad, en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

⁸ La información que se registra en el OSCE es de naturaleza dinámica. Conforme se va desarrollando cada una de las etapas del proceso de selección, las entidades actualizan los datos del proceso.

⁹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. <http://www.osce.gob.pe/>

4. MÉTODOS.

En la presente investigación se ha utilizado los siguientes métodos:

4.1. MÉTODO EXEGÉTICO:

La exégesis como un método consiste en la interpretación literal de lo que la ley expresa, por lo tanto mediante este método, se ha interpretado la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento, todo ello de acuerdo con los alcances propios de las normas jurídicas señaladas, buscándose de esta forma la intención del legislador en materia de contrataciones del Estado.

4.2. MÉTODO HISTÓRICO:

El método histórico es una técnica científica de la historia como ciencia social, mediante la cual, los historiadores usan fuentes primarias y otras pruebas históricas en su investigación, para describir la historia; en tal sentido se ha desarrollado el método histórico, dado la importancia y el tratamiento que se le ha otorgado en nuestro país a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; en tal sentido se han detallado los antecedentes sobre las contrataciones y adquisiciones del Estado, con el propósito de comprender de mejor manera el fenómeno de la contratación pública.

4.3. MÉTODO HERMENÉUTICO - JURÍDICO:

Mediante este método se descubre el sentido y la auténtica voluntad del legislador, esto de acuerdo al contexto en el que se desarrollan las contrataciones Estatales en nuestro país; en tal sentido, dicho método en la presente tesis ha servido para interpretar y analizar la normatividad referente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; más aún si los procesos de selección han enfrentado distintas modificaciones.

4.4. MÉTODO DEDUCTIVO:

El método deductivo, es un método científico que considera que la conclusión está implícita en las premisas; dado que el método deductivo procede de lo general a lo particular, utilizando el razonamiento matemático en algunos casos; en tal sentido, dicho método científico ha sido utilizado en el análisis de la estadística perteneciente a los procesos y modalidades de selección convocados por el Estado, ello de acuerdo a la población que ha sido seleccionada en la presente tesis; más aún si dicho método es utilizado para deducir conclusiones directas.

4.5. MÉTODO ANALÍTICO – SINTÉTICO:

De esta manera conviene mencionar que análisis y síntesis constituyen una unidad, pues no existe una realidad analítica y otra sintética, de tal forma que los procesos metodológicos de análisis y síntesis están íntimamente imbricados, así la síntesis sin el análisis es una creación especulativa; no obstante ello, debido a la naturaleza de la investigación científica, es necesario indicar que, el método analítico consiste en la desmembración de un elemento,

descomponiéndolo en sus partes para observar su esencia y efectos, este método nos permite conocer más del objeto de estudio, con lo cual se pueden explicar diferentes teorías, por consiguiente el método analítico se utilizó en la presente investigación para conocer el enfoque y los tópicos de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, a fin de comprender las propiedades, características y cualidades de dicha teoría; al mismo tiempo es necesario mencionar que el método sintético, el cual consiste en la unión racional de varios elementos dispersos, los cuales pertenecen a un todo, con la finalidad de establecer una explicación, fue utilizado en la presente investigación para relacionar, agrupar y vincular los principios de costobeneficio y maximización pertenecientes a la Teoría del Análisis Económico del Derecho.

Tales métodos en el desarrollo de esta tesis se complementan enriqueciendo así la investigación desarrollada; aún más si ambos métodos se articulan en el proceso del conocimiento científico.

5. DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS:

En la presente investigación se usó el diseño descriptivo comparativo, respecto de los procesos y modalidades de contratación que se encuentran consignados en el portal web del OSCE, esto con la finalidad de describir los resultados de la presente investigación.

5.1. DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE DE ESTUDIO:

5.1.1. UNIVARIABLE:

El desarrollo de los principios de costo-beneficio y maximización pertenecientes a la Teoría del Análisis Económico del Derecho que promueven el incremento de la eficiencia en las Contrataciones que realiza el Estado Peruano.

5.2. INDICADORES DE LA UNIVARIABLE:

- La estadística relacionada con la ejecución del presupuesto público de cada año fiscal perteneciente al periodo comprendido entre el año 2009 y el año 2011.
- El volumen porcentual de uso de los procesos en relación a las modalidades de contratación del Estatal, desde el mes de Enero del 2009 al mes de Abril del 2012.
- El desarrollo de una fase de negociación en la etapa de evaluación de propuestas en los procesos de selección.

6. PROCEDIMIENTO METODOLÓGICO:

6.1. EL ANÁLISIS DESCRIPTIVO:

Este procedimiento metodológico ha sido utilizado a fin de realizar el análisis de los datos obtenidos en la presente tesis, en función a los informes y reportes sobre contratación pública que publica el OSCE en forma virtual (documentos de nivel primario por ser publicaciones oficiales), con el propósito de efectuar la respectiva contrastación de hipótesis, lo cual finalmente ha servido

para formular una propuesta de modificación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de su respectivo Reglamento.

7. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

7.1. TÉCNICAS.

Se ha utilizado la observación documental tanto de la información virtual publicada en el portal web perteneciente al OSCE ¹⁰ con relación a la contratación pública; como respecto a la información publicada en la página web: ciudadanos al día sobre la ejecución del presupuesto público¹¹.

7.2. INSTRUMENTOS:

7.2.1. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN:

Se utilizaron los informes y reportes virtuales divulgados por el OSCE (Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado) a través de la página web: <http://www.osce.gob.pe>, ello como estadística oficial en materia de contratación pública, sobre la base de la información que las entidades públicas han registrado en el SEACE. Asimismo, se utilizó la estadística sobre la ejecución del presupuesto público de acuerdo a las publicaciones realizadas el portal web:

ciudadanos al día.

8. PROCEDIMIENTOS Y ANÁLISIS ESTADÍSTICO DE DATOS:

Se clasificó y ordenó la información sobre la ejecución del presupuesto público de cada año fiscal perteneciente al periodo comprendido entre el año 2009 y el 2011, luego de lo cual se analizó cuantitativamente tal información.

Ahora bien con la información publicada en forma virtual en el OSCE respecto a la contratación pública, se procedió a realizar la respectiva revisión de los reportes e informes obtenidos en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, clasificándose dicha información de acuerdo al proceso y modalidad de selección, además de tener en cuenta los años correspondientes al ámbito temporal de la investigación, para luego crear una matriz de datos, elaborándose para ello un cuadro o tabla así como un gráfico estadístico, esto en base a los valores absolutos y medidas porcentuales, después de lo cual se analizó los resultados, verificándose así la hipótesis planteada y los objetivos formulados en la presente tesis.

¹⁰ OSCE. <http://www.osce.gob.pe/>

¹¹ Ciudadanos al Día. <http://www.ciudadanosaldia.org/>

9. PROCEDIMIENTO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN.

9.1. ALCANCE DE LA INVESTIGACIÓN.

De lo dicho hasta aquí, la respuesta a la cuestión planteada reviste una sustancial importancia, pues de acuerdo con la Teoría del Análisis Económico del Derecho, la estructura de los procesos de selección, no atienden de manera plena, los principios de costo-beneficio y maximización, pues se tiene que los recursos públicos no han sido debidamente ejecutados, puesto que desde el año 2009 se aprecia un déficit en la ejecución de dicho presupuesto¹², de esta manera se verifica la existencia de ineficiencia en los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado; además de acuerdo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, las contrataciones deben observar criterios de celeridad y economía; pues existen aproximadamente 2,700 entidades públicas, las mismas que cuentan con unos 120,000 proveedores aproximadamente¹³.

En tal sentido, el desarrollo de la presente tesis responde a la necesidad de garantizar un adecuado marco normativo sobre las contrataciones que realiza el Estado Peruano dentro de un contexto de libre competencia en donde se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y el derecho de las personas naturales y jurídicas a participar como proveedores del Estado. Consiguientemente, la investigación desarrollada a través de la presente tesis tiene el propósito de proporcionar los elementos teóricos que permitan responder plenamente al problema planteado en la presente investigación y así lograr los objetivos que se han descrito.

En este contexto, la presente investigación explora la eficiencia con la cual se desarrollan los procesos sobre compras estatales, lo cual responde a la forma en la que se utilizan los recursos del Estado¹⁴, de tal modo que se busque maximizar el impacto del accionar Estatal en materia de contrataciones del Estado. Puesto que las distintas entidades Estatales, deben estar interesadas en obtener el mejor valor para el dinero de los contribuyentes, esto a través de un proceso de selección que permita el cabal desarrollo de políticas públicas en beneficio del interés general y en resguardo de los recursos públicos.

9.2. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.

9.2.1. TEMPORAL.

Pertenece a todos los procesos y modalidades de contrataciones y adquisiciones del Estado desarrollados desde el mes de enero del 2009 al mes de Abril del 2012, (lapso en el cual adquiere vigencia la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017).

¹² Fuente: Ciudadanos al Día. Boletines CAD. <http://www.ciudadanosaldia.org/boletines/default.htm>

¹³ Fuente: Ciudadanos al Día. Publicaciones. <http://www.ciudadanosaldia.org/pubs/default.htm>

¹⁴ El comportamiento maximizador y el análisis del derecho es uno de los elementos esenciales del enfoque económico en que se basa el análisis económico del derecho, puesto que los sujetos tienden a maximizar algo, ya sea riqueza o utilidad en condiciones que deben corresponderse con los parámetros establecidos de racionalidad en sus elecciones.

9.2.2. TERRITORIAL.

La investigación se desarrollará en el ámbito de las adquisiciones y contrataciones que realiza el aparato Estatal Peruano en su conjunto respecto a los procesos y modalidades de selección para adquisición de bienes, obras y servicios.

9.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La contratación estatal es a todas luces, uno de los instrumentos más eficaces en la consecución de los fines y propósitos del Estado, y en su accionar diario y cotidiano se vincula sin lugar a dudas con el presupuesto público de nuestro país, persiguiendo en tal línea el bienestar de los ciudadanos; de este modo, la contratación estatal tiene como finalidad fundamental, la satisfacción de las necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la administración pública, esto mediante la celebración del respectivo contrato, ello ocurre debido a que la administración pública se ve imposibilitada de realizar todas las acciones que requiere el Estado, por lo cual es necesaria la intervención de la actividad privada para ello.

Además de lo dicho cabe decir que, la Contratación Estatal es una institución jurídica ampliamente desarrollada en la doctrina y legislación extranjeras; sin embargo, tiene un desarrollo incipiente en el Perú, pese a que el Estado es el mayor comprador y contratista. Este hecho no permite a la administración el ejercicio eficiente de sus prerrogativas, con el objeto de cautelar el gasto público; pese a que en nuestro país se ha generado una abundante producción de dispositivos legales.

Siendo importante destacar que, las normas vigentes sobre contrataciones del Estado son de mucha importancia para el desarrollo de una cultura de la formalidad en el ejercicio de la función pública y los efectos que ellas producen pueden tener incidencia en el ámbito del sector público y privado, así como en la sociedad de nuestro país.

Así el correcto conocimiento y la aplicación de tales normas por parte de toda la ciudadanía, permitiría que los recursos estatales sean utilizados en forma eficiente, dado que la contratación Pública es una actividad económica clave para el Estado Peruano, puesto que juega un papel estratégico para evitar el mal manejo y el desperdicio de los recursos públicos, teniendo una gran importancia para el desarrollo económico, ya que el sector público utiliza su poder de adquisición para promover objetivos sociales; y la administración pública, al comportarse como demandante de bienes y servicios del mercado, es un consumidor; de este modo, el sistema de contrataciones y adquisiciones del Estado constituye una política vital para el progreso del Estado, siendo el principal mecanismo de ejecución de las políticas públicas.

Entonces se tiene que las compras públicas son el punto central para la utilización de los recursos del Estado, y en este sentido, cabe referir que los recursos públicos son escasos, motivo por el cual debe emplearse de la mejor manera posible, pensando en el largo plazo y la vida útil de las adquisiciones que se realicen.

Al mismo tiempo es correcto afirmar que la contratación pública es un vehículo que genera confianza, transparencia y seguridad jurídica, o por el contrario, puede propiciar corrupción e ineficiencia, es decir, pérdida de legitimidad de las instituciones y, por tanto, el desprestigio del Estado; pues la contratación pública no agota su finalidad en facilitar meras transacciones. En cuanto a este aspecto es necesario mencionar que según el

Reporte de Evaluación del Sistema de Adquisiciones del País, elaborado por el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el 2008, la percepción general sustentada por evidencia, es la deficiencia del sistema de adquisiciones¹⁵.

En este orden de ideas el aporte socio jurídico de la presente tesis radica en la importancia de incentivar la eficiencia en los procesos de compras que realiza el Estado, ello a efecto de lograr que los recursos públicos se orienten hacia una óptima inversión pública, con el propósito de alcanzar los objetivos económicos y sociales que el país se ha trazado; sin dejar de lado la utilidad de las normas sobre contrataciones del Estado, pues todo régimen de contratación sea privado o estatal, debe orientarse indudablemente por principios generales que determinen una aplicación coherente de las normas que regulan las contrataciones; todo lo cual permitirá satisfacer las necesidades de las entidades públicas; dado que el sistema de contrataciones constituye una herramienta que no solo permite la ejecución de políticas públicas, sino que también posibilita el desarrollo y progreso del Perú.

Consiguientemente la presente tesis se justifica por las siguientes razones:

i) En primer lugar, porque las normas vigentes sobre contrataciones y adquisiciones del Estado son de mucha importancia para el desarrollo de una cultura de la formalidad en el ejercicio de la función pública.

ii) En segundo lugar, porque sus efectos inciden en el ámbito del sector público y privado, así como en la sociedad en general de nuestro país. iii) En tercer lugar, porque el correcto conocimiento de tales normas permitiría que

los recursos estatales sean utilizados en forma más eficiente.

iv) En cuarto lugar, porque las normas sobre contrataciones no solo tienden a proporcionar a la comunidad beneficios de calidad, sino que también garantizan la confianza de la población.

v) Por último, se hace necesario indicar que los resultados de la presente tesis, proveen una nueva alternativa en la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, lo cual permitirá que el Estado pueda cumplir oportunamente con sus fines, adquiriendo bienes, servicios y obras de calidad, a precios adecuados.

¹⁵ Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas. Eficiencia del gasto en el Perú.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/eficiencia_del_gasto_en_el_peru.pdf

En este sentido, se espera que los resultados que aporta la presente tesis favorezcan no sólo a una mejora en las contrataciones y adquisiciones del Estado, sino también ayuden a dar luces sobre posibles fuentes de ineficiencia que impiden mejorar los resultados del gasto público en materia de contrataciones y adquisiciones Estatales.

En efecto una de las manifestaciones de eficiencia en la ejecución del gasto público es que, las adquisiciones que realiza el Estado se efectúen en las mejores condiciones de precio y calidad, esta aspiración es de la mayor relevancia, puesto que la satisfacción de una necesidad pública no está circunscrita a un limitado número de ciudadanos, sino que compromete posibilidades reales de bienestar de un vasto sector de la nación en aspectos indispensables del quehacer humano, entre ellos la salud, la educación, y la seguridad, todo lo que potencializa las opciones de desarrollo.

De esta forma, al conocer la naturaleza de las contrataciones del Estado a través de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, permite diseñar estrategias legales que corrijan las deficiencias que se presentan en las contrataciones y adquisiciones del Estado; más aún si el análisis económico del derecho es un método de interpretación del derecho que se orienta a maximizar beneficios al menor costo, o maximizar los resultados en un marco de recursos escasos.

9.4. LIMITACIONES.

Es necesario mencionar como una limitación la falta de investigaciones y estudios en nuestro país sobre la aplicación de la Teoría del Análisis Económico del Derecho en los procesos de selección, específicamente en la evaluación de las propuestas que presentan los postores; empero dicha circunstancia no ha influido en los objetivos de la presente tesis.

10. GUÍA DE LECTURA.

A continuación, adelantaremos en forma breve el desarrollo que tendrá la presente tesis en los párrafos subsiguientes:

- CAPÍTULO I: CONTRATO PRIVADO Y CONTRATO ESTATAL.

En el capítulo en mención se ha desarrollado las características que poseen tanto el Contrato Privado como el Contrato Estatal, también denominado Contrato Administrativo. Dicho capítulo se encuentra dividido en subcapítulos en los cuales se abordan los criterios, así como los elementos y principios fundamentales del Contrato Administrativo.

- **CAPÍTULO II: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.**

En dicho capítulo se ha tratado el Análisis Económico del Derecho, en el cual se desarrollan los orígenes de dicha doctrina. Asimismo, se ha desarrollado el Análisis Económico del Derecho Positivo y Normativo, como también el Análisis Costo Beneficio, la Eficiencia de Pareto.

- **CAPÍTULO III: LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.**

Este capítulo aborda el tema central de la presente investigación. Así se encuentra subdividido en varios subcapítulos en los cuales se ha previsto los aspectos más importantes de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, destacando el Proceso de Selección Clásico y las modalidades de selección en este caso: la Subasta Inversa, Compras Corporativas y Convenio Marco de Precios.

- **CAPÍTULO IV: DISEÑO DE CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.**

En este capítulo de la presente investigación, se afronta el problema planteado en la hipótesis.

- **CAPÍTULO V: RESULTADOS Y DISCUSIÓN.**

Este capítulo se examina e interpretan los resultados de la presente investigación, de este modo tal análisis permite adoptar las recomendaciones que recoge el presente trabajo de investigación.

- **CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y FORMULACIÓN DE UNA PROPUESTA.**

Finalmente, el citado capítulo formula las respectivas conclusiones y recomendaciones, además de exponer una propuesta prescrita a través de un mecanismo que mejora la selección de los futuros contratistas del Estado, ello con su debido proyecto legislativo.

MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO I

EL CONTRATO PRIVADO Y EL CONTRATO ESTATAL

SUB CAPÍTULO I

EL CONTRATO PRIVADO

1. CONCEPTO Y DEFINICIÓN.

Cuando se hace referencia al contrato en sentido amplio, la idea de contrato es un concepto aplicable a todos los campos jurídicos y, por consiguiente, tanto al Derecho Privado como al Derecho Público incluso al Derecho Internacional. En ese orden de ideas, son contratos no sólo los celebrados entre los particulares, sino también aquellos que son concluidos por el Estado con los concesionarios de obras y servicios públicos, dentro de los que destacan los contratos administrativos entre otros.

Cabe señalar que, el contrato siempre es confundido con la convención. Sin embargo, existe diferencias sustanciales entre ambas; pues por razón de extensión, la convención es el género y el contrato es la especie; por razón de contenido, la convención se refiere a todo acuerdo patrimonial, el contrato solamente a los negocios patrimoniales; la primera abarca al Derecho privado, público y aun internacional y, el segundo, a la esfera de los derechos privados y mercantiles (Peralta Andía 2005, 56). Esto supone que todo contrato es una convención, pero no toda convención es un contrato.

En cuanto al sentido aún más restringido del término, la doctrina especializada aplica la noción de contrato a todos los negocios que inciden sobre relaciones estrictamente patrimoniales.

Nuestro código civil vigente de 1984, define el contrato en el artículo 1351 de la siguiente manera: ***“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial”***. De lo cual resulta que, el contrato es la relación jurídica patrimonial existente entre dos o más partes sobre un objeto de interés jurídico (Peralta Andía 2005, 57). Esta relación jurídica patrimonial bien podría constituirse por un acto genérico voluntario de las partes o bien por mandato imperativo de la ley o de una decisión judicial o administrativa que crea la relación obligatoria como situación objetiva resultante donde el objeto de interés jurídico debe estar protegido por la ley.

2. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

2.1. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

En sentido lato, la autonomía de la voluntad es el poder de autodeterminación que tienen las personas para regular sus propias conductas, constituir sus propios actos o contratos, inclusive para modificarlos y extinguirlos. Partiendo de lo referido es oportuno citar dentro de este enfoque la siguiente definición, la cual señala que el principio de la autonomía de la voluntad es:

“El principio que confiere a la voluntad jurídica la atribución de crear negocios jurídicos sin ultrapasar el ordenamiento coactivo, brindándoles su contenido y su eficacia jurígena”.
(Spota 1975, 20).

De lo expresado anteriormente, puede aseverarse entonces que la autonomía de la libertad es un principio fundamental de la contratación que consiste en la facultad que tienen las partes para determinar el contenido, la forma, los efectos y la duración del contrato dentro del ordenamiento jurídico de un país, ya sea para crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, con entera libertad y sin más límites que el orden público y las buenas costumbres.

Después de haber discutido brevemente sobre la teoría de la autonomía privada, es necesario explicar respecto a dos postulados principales del contrato, que son: la libertad y la igualdad jurídica.

a. LA LIBERTAD JURÍDICA.

Es el primer postulado de la autonomía de la voluntad, el mismo importa dos clases:

a) LA LIBERTAD DE CONTRATAR.

Es entendida como la facultad que tiene cada una de las partes para celebrar o no un contrato, la autodecisión que juega antes de la celebración del mismo para escoger la persona con quien se ha de contratar y el tipo de contrato que se ha de concluir, lo contrario a esta libertad, es la obligación de celebrar un convenio, la obligación de contratar con personas determinadas y la prohibición de hacerlo con otras.

b) LA LIBERTAD CONTRACTUAL.

Denominada también libertad de configuración interna, se refiere a la potestad que tiene las partes para determinar libremente el contenido y la forma del contrato que han convenido celebrar, sin someterse a ninguna autoridad o coacción alguna.

b. LA IGUALDAD JURÍDICA.

Es el segundo postulado de la autonomía de la voluntad considerada como el ***“alma del contrato”***, la cual reposa en una concepción ideal y justa, en el sentido en que donde existen personas de similares características no quepan distinciones individuales, porque todos tienen los mismos derechos, deberes y posibilidades. Esta igualdad es de dos tipos, los cuales son: Igualdad Civil¹⁶ y la Igualdad Contractual¹⁷

¹⁶ La Igualdad Civil viene a ser lo que supone el mismo trato ante la ley y la protección legal que se conceden a las partes para pactar libremente el contrato.

¹⁷ La Igualdad Contractual se da cuando las partes al momento de celebrar el contrato se hallan en un mismo nivel de oportunidades para negociar las condiciones del mismo, en base a ofertas y contraofertas, y de acuerdo con sus intereses.

Se dice que la igualdad jurídica no importa una verdadera igualdad entre contratantes, pues existen otros factores que conceden a uno de ellos mayor poder que al otro, con lo cual el acuerdo de voluntades no refleja el estado de una paridad.

Así resumiendo puede decirse, que antiguamente el principio de la autonomía de la voluntad fue considerada soberana y absoluta, hoy está recortada y limitada por normas que interesan al orden público y las buenas costumbres.

Desde luego la Constitución destaca el derecho de contratar con fines lícitos conforme se desprende del artículo 2 inciso 14 de dicho texto, más la ley regula el ejercicio de esta libertad para salvaguardar los principios de justicia y evitar el abuso del derecho. Asimismo, el inciso 24 de ese mismo cuerpo normativo, en su literal a) consagra el derecho a la libertad, disponiendo que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Igualmente, el artículo 1354 del código civil, permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. Este precepto permite una adecuada correlación de intereses individuales y sociales.

2.2. PRINCIPIO DE LA SUPREMACÍA DEL ORDEN PÚBLICO.

Es la adecuación del contrato a los intereses de la sociedad, por eso se dice:

“La libertad contractual debe considerarse la regla, y el límite la excepción”.

(Messineo 1952, 15).

En cuanto a los límites de la autonomía de la voluntad el ordenamiento jurídico hispano considera a la ley, la moral y el orden público. En nuestro sistema deben respetarse en primer lugar el **“orden público”** que se desprende de las leyes imperativas o prohibitivas, las cuales resultan inderogables; en segundo lugar las **“buenas costumbres”** que resguardan la regla moral, satisfaciendo en el acto jurídico no sólo el fin perseguido por los contratantes, sino las exigencias de la sociedad, vale decir, que debe contener no sólo un objeto-fin individualmente sino también un objeto fin-social.

Este principio constituye una de las manifestaciones más importantes de la tendencia socializadora del derecho, caracterizada por los cambios introducidos en la contratación. Significa, por un lado, el natural límite que se fija al campo de la actividad privada, prohibiendo estipulaciones que sean contrarias a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres y, por otro, que el contrato deja de ser obra exclusiva de las partes para ser una obra realizada en cooperación: Partes - Estado - Sociedad. De esta manera, el quehacer contractual se inspira en una concepción menos individualista y más social, en el sentido de que los derechos y deberes deben ser ejercidos funcionalmente, sin desviar los fines económicos, éticos y sociales, que el ordenamiento legal ha tenido en cuenta.

3. CARACTERES JURÍDICOS.

3.1. PARTES CONTRATANTES.

De manera frecuente se suele designar así a cada uno de los dos o más sujetos que intervienen en el contrato, los que técnicamente reciben el nombre de partes contractuales, originalmente los intereses que buscan ambas partes pueden ser hasta opuestos o también coincidir. En tal sentido son partes contratantes quienes se han puesto de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, concurriendo a la formación del consentimiento y la conclusión del contrato.

Cada parte es un centro de intereses generalmente compuesto por una sola persona, pero también podrían unirse varias, las cuales persiguen el mismo interés. En un contrato de compraventa, por ejemplo, el vendedor puede estar representado por un solo propietario, por dos o tres herederos, o por una pluralidad de copropietarios y, los compradores, igualmente por uno o varios sujetos proyectados sobre un mismo interés de compra¹⁸.

3.2. DECLARACIÓN DE VOLUNTAD COMÚN.

Sin la voluntad concordada y expresada por las partes no existe contrato, por consiguiente, no es la suma de voluntades sino el resultado del acuerdo de partes destinado a regular sus derechos y obligaciones. Esto es, una coincidencia de las voliciones de ambas partes con relación al objeto del contrato y que se expresa en una declaración de voluntad común.

Dentro de este enfoque se sostiene que hay dos clases de voluntades concurrentes: una voluntad de contenido y otra dirigida a comunicar el contenido para hacerlo jurídicamente relevante. Poco importa que la declaración se exprese de un modo u otro, lo trascendente es que las partes revelen y hagan público que quieren afectar ciertas relaciones jurídicas (Messineo 1952, 115).

En suma, la voluntad común no es más que la voluntad expresada en el contrato. Mucha razón tiene algunos autores cuando definen el contrato como el acuerdo de dos o más partes sobre una declaración conjunta de voluntad común destinada a reglar el derecho de las partes.

3.3. FINALIDAD JURÍDICA.

Todo negocio o contrato tiene una finalidad jurídica, la cual es, regir los derechos de las partes, pues el contrato es el acuerdo de dos o más partes crear, regular, modificar y extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.

¹⁸ De otro lado, en todo contrato existen dos o más partes, aunque frecuentemente sean siempre dos. Ya sea en los contratos de compraventa, mutuo y arrendamiento; en la cesión de posición contractual de compraventa, de permuta y de suministro, por lo general intervienen tres partes; y, en el contrato de sociedad, el número es todavía mayor.

3.4. RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL.

Otro de los caracteres del contrato es, sin duda, lo relativo a la naturaleza estrictamente patrimonial de la relación jurídica. Así lo establece nuestro código civil siguiendo la doctrina italiana.

En tal sentido cabe destacar la opinión de la doctrina nacional sobre la naturaleza patrimonial de la relación jurídica, la cual expresa que:

“Este es un punto muy discutido en la doctrina y responde también a las más modernas concepciones, según las cuales el contrato tiene un contenido jurídico patrimonial (...). Es en este sentido y no en otro que se le ha dado a la definición del contrato este carácter, sin que ello equivalga, como equivocadamente se ha sostenido, a que se está deshumanizado la norma en contradicción con la filosofía del resto del Código”. (Arias Schreiber 2001, 98).

Por lo demás, como queda dicho, el Código Civil ha optado por el carácter patrimonial de la relación jurídica.

3.5. FUERZA VINCULATORIA.

Este carácter se encuentra vinculado a la antigua expresión latina: ***“pacta sunt servanda”***, aforismo latino que consiste en que los pactos se celebren para cumplirse, es decir, que las obligaciones que nacen del contrato deben cumplirse de modo ineludible, salvo algunas excepciones.

En ese sentido, la fuerza vinculatoria consiste en que una vez celebrado el contrato entre las partes, estos se encuentran ligados estrechamente como si estuvieran encadenados y no podrán salir de esa relación jurídica por voluntad unilateral, sino tan sólo cuando hayan cumplido recíprocamente las prestaciones que ambos han establecido en dicho documento. En caso faltase fuerza vinculante, los contratos serían sólo simples expresiones de buena voluntad y su incumplimiento provocaría serios problemas entre las partes y también en la sociedad.

Ahora bien, en virtud de la fuerza vinculatoria, aquello que las partes de común acuerdo estipularon o aceptaron, deberán cumplir, por eso se dice, que la buena fe creencia y la buena fe lealtad, son sus pilares. En caso contrario, la ley faculta para que la parte que haya cumplido con la prestación que le corresponde, exija la ejecución forzosa del contrato o la resolución por incumplimiento, con las consiguientes consecuencias indemnizatorias.

4. ELEMENTOS DEL CONTRATO.

La doctrina autorizada manifiesta que los elementos del contrato son:

4.1. CONSENTIMIENTO.

Este elemento es esencial para que se forme o estructure el contrato y tenga existencia real; no es otra cosa que la voluntad concordada o el acuerdo entre las partes, rasgo típico del contrato, que solamente tiene lugar en los actos bilaterales y plurilaterales.

4.2. OBJETO.

Igualmente, es otro elemento esencial para que se forme el contrato y pueda tener existencia objetiva. Según nuestro código civil vigente, el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar y extinguir obligaciones, de manera que el objeto no son ya las cosas o los bienes, sino las obligaciones.

4.3. CAUSA.

Conocida como la finalidad o motivo determinante del contrato, sobre el particular la normativa civil exige que haya una *causa justa* para el nacimiento de los actos jurídicos. La causa es el motivo determinante que llevó a las partes a celebrar el contrato. Un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no se corresponden con la función social que debe cumplir, tampoco cuando se simula o se finge una causa. El contrato debe tener causa y ésta ha de ser existente, verdadera y lícita. Así tenemos a la Causa Fuente que es el origen o hecho jurídico generador de obligaciones o de un acto jurídico y la Causa Fin que es el propósito o finalidad perseguida por las partes al llevar a cabo el acto o negocio jurídico.

4.4. FORMA.

Es la manera como se manifiesta el consentimiento, existiendo diferentes criterios, unos sostienen que se trata de un elemento esencial para la existencia del contrato; otros, la consideran como expresión o exteriorización de la voluntad, la misma que no puede faltar en ningún contrato y como tal también es un presupuesto del consentimiento, que no debe confundirse con la formalidad o conjunto de solemnidades.

SUB CAPÍTULO II

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. ORIGEN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Los orígenes del contrato administrativo se remontan a la sustracción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la administración pública, reservándolos estos a la jurisdicción administrativa, jurisdicción que es exclusiva (Parada 1994, 264). En lo que respecta a Latinoamérica, es clara la influencia que ejerce el derecho administrativo francés y español.

En la actualidad el contrato administrativo ha logrado su aceptación tanto en la legislación, como en la jurisprudencia y la doctrina, por lo que cabe determinar si en esencia el llamado contrato administrativo se configura como un acto contractual o si, es un contrato administrativo unilateral, y de acreditarse su calidad contractual, deberá determinarse si el contrato administrativo es distinto al contrato que aparece en el derecho privado o es sólo una de sus variedades.

2. NATURALEZA JURÍDICA: TEORÍA DUALISTA Y TEORÍA UNITARIA DEL CONTRATO ESTATAL.

Se sostiene que la distinción entre contratos administrativos y privados, comenzó siendo únicamente respecto al carácter procesal, careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta diferencia como una excepción al esquema estructural del derecho administrativo de la época, basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente y los segundos prescindiendo la administración de su *imperium* (García de Enterría y Fernández 2001, 655).

Apuntan asimismo los citados autores que a lo largo del siglo XIX, tanto en la ley como en la doctrina, lo mismo que para Francia y España, se está al tanto de esta particularidad del contrato administrativo, sucediendo que posteriormente, se quiebra el criterio estructural de actos de gestión - actos de gobierno, entendiéndose que los contratos que celebra la administración, vinculados a un servicio público en su objeto, tienen un régimen especial que supone dejar de lado el principio de igualdad entre las partes por la de superioridad de la administración, la cual goza de una serie de prerrogativas en función al interés general del servicio público (Duguit 1975, 3).

Cabe apuntar que la teoría que entiende la existencia paralela de contratos administrativos y contratos privados de la administración es denominada dualista y se contrapone a la teoría unitaria que niega la existencia del contrato administrativo la cual, explica que los criterios que pretenden sustantivarlo son insuficientes y que su construcción ha sido artificial y por ende solo existe un tipo de contrato, el cual en algunos casos tendrá preponderancia pública, en cuanto al régimen legal aplicable, y en otros poseerá preponderancia privada.

3. LA DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA DOCTRINA.

La contratación pública puede definirse como el sistema de ofertas que se realiza para la adquisición de bienes, servicios y obras a favor del Estado.

Gómez González define el contrato administrativo como:

“Todas aquellas transacciones en que interviene la Administración, legalmente representada, y tienen por objeto la ejecución de una obra o servicio público, ya sea en interés general del Estado, de la Provincia o del Municipio”. (Linares Jara 2002, 111).

Por su parte, la llamada escuela del servicio público, afirma que:

“No hay diferencia en cuanto al fondo, entre un contrato civil y otro administrativo, lo que da un contrato el carácter administrativo y fundamenta la competencia de los tribunales administrativos, es la finalidad del servicio público en vista de la cual se celebra”. (Duguit 1976, 41).

De acuerdo a lo mencionado se puede afirmar que el contrato administrativo constituye por:

“Una declaración de voluntad común de un órgano de la administración pública que actúa por el procedimiento de gestión pública y de un particular, destinada a regular relaciones jurídicas patrimoniales”. (Diez 1965, T. II, 456).

El profesor mexicano Nava Negrete, puntualiza con claridad y brevedad, aseverando que el contrato administrativo es:

“El que celebra la administración pública con los particulares con el objeto directo de satisfacer un interés general, cuya gestación y ejecución se rigen por los procedimientos de derecho público” (Santofimio Gamboa 2008, 37).

4. DEFINICIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

Se define al Contrato Administrativo como:

“La declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función de administración”. (Dromi 1996, 45)

De lo expresado en el párrafo precedente tenemos que, el Contrato Administrativo se encuentra inmerso en la doctrina general de contrato, no constituyendo un ámbito paralelo, ni diferente. Así, se concluye en que cualquier contrato puede reflejarse elementos del contrato privado o del contrato administrativo, sin que por ello se varíe la esencia de la concepción misma del contrato.

5. CARACTERES ESENCIALES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

En todo contrato administrativo existen ciertos rasgos distintivos esenciales, sin los cuales éste no se configura como contrato administrativo; entre ellos, podemos destacar los relativos a su juridicidad, su bilateralidad, la desigualdad de sus partes, restricción de la libertad de las partes, y sobre todo, el interés público prevaleciente.

5.1. JURICIDAD.

El contrato administrativo es, a todas luces, un acto jurídico y, en consecuencia, voluntario. Entiéndase como acto jurídico, todo acto de voluntad que interviene con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico, tal como existe en el momento en que se produce, o tal como existirá en un futuro dado.

De este modo el contrato administrativo, es un acto jurídico de cierta especificidad que lo ubica, en el sentido amplio del acto administrativo, como un acto realizado por la administración pública en ejercicio de función administrativa para producir efectos jurídicos.

5.2. BILATERALIDAD.

Es quizás, un poco complicado explicar la bilateralidad en los actos jurídicos administrativos, pues se puede señalar que no existe tal bilateralidad, ya que se trata de dos actos unilaterales, uno sería de la administración pública y otro de su contratante.

Sin embargo, es claro, que se puede hablar de la bilateralidad en los contratos administrativos por ser sinalagmáticos, dado que ambas partes acuerdan, en virtud del contrato, obligaciones mutuas y recíprocas, razón por la cual los contratantes tienen el mutuo y recíproco carácter de deudores y acreedores entre sí, al haberse obligado los unos recíprocamente respecto de los otros.

5.3. DESIGUALDAD DE LAS PARTES.

De acuerdo a lo expuesto precedentemente el contrato Estatal coloca a las partes en condiciones desiguales jurídicamente y por ende genera una relación de subordinación, es decir que el contratista no está contratando con un par igual, pues el Estado le exige garantías que puede ejecutarlas o en su caso puede ejecutar directamente el contrato, resolverlo unilateralmente y disponer su liquidación, entre otras facultades.

Por lo cual mientras la igualdad de las partes llegó a ser una característica de los contratos privados, en el contrato celebrado con el Estado su desigualdad representa el carácter esencial en los contratos administrativos. Así es oportuno mencionar el siguiente enfoque:

“En un contrato administrativo, el titular del servicio público, o de la obra pública, o del dominio público, tendrá siempre una situación de privilegio frente a la otra, impuesta por la necesidad del servicio de que se trate, o por la necesidad pública que el contrato efectué”.

(Bercaitz 1980, 151).

5.4. RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD DE LAS PARTES.

En el contrato administrativo, la administración pública contratante enfrenta serias restricciones a su libertad contractual, que van desde la selección del contratista hasta los términos mismos del propio contrato.

De esta forma la parte co-contratante (contratista) ve restringida también su libertad contractual, al ser marginada en la elaboración y redacción del clausulado del contrato, el mismo que es formulado por la administración pública contratante de acuerdo con la normativa jurídica en vigor, por lo que su libertad se ve reducida a su mínima expresión, esto es: “contrata o no”.

Además, en la mayoría de casos el contratista carece de libertad para subcontratar, transferir o ceder el contrato administrativo que suscribe, por ser *intuitu personae*.

5.5. INTERÉS PÚBLICO PREVALECIENTE.

El carácter esencial del contrato administrativo es, sin duda, el predominio del interés público sobre el interés privado, por ser tal preponderancia, guía que orienta el ejercicio de la función administrativa. Así el interés público, así entendido, es no solamente la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente respecto de la comunidad.

6. PRINCIPIOS RECTORES DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

La Teoría del Contrato Administrativo y su regulación jurídica descansan en diversos principios dan sustento a la teoría del contrato administrativo y a su regulación jurídica, entre ellos destacan los siguientes:

6.1. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Conforme a este principio fundamental en el Estado de Derecho, los órganos o autoridades del Estado, y por ende de la administración pública, sólo pueden hacer lo que la ley expresamente les permite, en la forma y términos en que la misma determina, por lo que su actuación habrá de fundarse y motivarse en el derecho vigente. En consecuencia, el contrato administrativo queda sujeto a un régimen jurídico determinado, dentro de esta perspectiva se puede señalar lo siguiente:

“La administración es una función esencialmente ejecutiva; ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción”. (Rivero Ortega 1998, 35).

6.2. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD.

Aquel hace referencia a la continuidad del contrato administrativo, pues la administración pública puede exigir a la contratista la continuidad o la interrupción en la ejecución del acto contractual, lo cual representa una notable diferencia con el contrato del derecho privado.

Por tanto, la ejecución de los contratos administrativos, conforme al principio de continuidad, no deben interrumpirse, a efecto de que se pueda alcanzar cabal y oportunamente su finalidad inspirada en el interés público.

6.3. EL PRINCIPIO DE MUTALIDAD.

Se deriva del interés público, por lo cual, al variar los requerimientos existentes a la celebración del contrato, deberá modificarse éste para asegurar el interés público, sin que el contratista pueda oponer el principio ***pacta sunt servanda***.

De tal suerte que con base en el principio de mutabilidad, el contrato administrativo, en virtud del ius ***variandi*** de la administración pública, dentro de ciertos límites, puede ser unilateralmente modificado por ésta, en aras del interés público y en clara contradicción al principio contractual: ***pacta sunt servanda***.

6.4. EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO FINANCIERO.

Conocido este principio como: ***“Principio de la Ecuación Financiera”***, en el contrato administrativo se debe de mantener el equilibrio financiero establecido en el momento de su celebración, con el propósito de que las partes no resulten perjudicadas o cuando menos, que los perjuicios ocasionados se reduzcan a su mínima expresión, como consecuencia de una relación que se torna inequitativa, ya sea por causas imputables a la administración pública, o bien por causas no imputables al Estado para lo cual se emplean mecanismos diversos como el llamado ***“hecho del príncipe”*** y ***“la teoría de la imprevisión”***.

6.4.1. EL “HECHO DEL PRÍNCIPE”.

Se conoce como ***“hecho del príncipe”*** a la alteración provocada en las condiciones de un contrato, imprevisible para el contratante, derivada de decisiones adoptadas o por conductas asumidas por la autoridad contratante, no como parte del contrato, sino en ejercicio de las atribuciones derivadas de su carácter de autoridad pública.

A diferencia de la alteración del equilibrio financiero, el hecho del príncipe surge de medidas de carácter general que adopta el Estado, las mismas que inciden o repercuten en el contrato, haciendo que su cumplimiento sea más oneroso.

6.4.2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

Se presenta cuando situaciones extraordinarias, ajenas a las partes, imprevisibles y posteriores a la celebración del contrato alteran la ecuación financiera del mismo; así es necesario puntualizar, la situación especial que surgió de carácter monetario, económico y financiero, en la primera guerra mundial (1914-1918), tal situación derivada de la referida guerra, generó la elaboración de la nueva teoría jurídica de la imprevisión, teoría que fue recogida por el derecho positivo francés, a través de la llamada Ley Failliot, del 21 de enero de 1918, que dispuso:

“Independientemente de las causas de resolución derivadas del derecho común o de los contratos, las transacciones y contratos celebrados desde el 1 de agosto de 1914 pueden ser resueltos a petición de cualquiera de las partes, si se prueba que, en razón del estado de guerra, la ejecución de las obligaciones de uno de los contratantes traería consigo un gravamen cuya importancia rebasaría, en gran medida, las previsiones que pudieran hacerse, razonablemente, en la época del contrato” (Cabanellas 1968, T. IV, p. 195).

Es oportuno mencionar que en el Derecho Administrativo la Teoría de la Imprevisión, a diferencia de lo que puede ocurrir en el Derecho Privado, no es causal de rescisión; en este caso el perjudicado deberá limitarse a gestionar directamente una compensación que permita continuar con la ejecución del respectivo contrato, ya que el interés público exige que la administración pueda disponer sin demora de los bienes y servicios que hubiere contratado.

En síntesis, el contratista tiene derecho a que se mantenga el equilibrio o ecuación económica financiera; tal derecho se presenta en cualquier contrato suscrito con la administración pública.

6.4.3. EL IUS VARIANDI.

La Administración Pública goza de una serie de prerrogativas en el ámbito de la contratación administrativa que en el seno de la contratación privada son prácticamente desconocidas, como privilegio o situación de prevalencia de una de las partes frente a la otra.

El *Ius Variandi* es definido como:

“Una potestad constitutiva mediante un acto de poder público de naturaleza extracontractual, ya que permite adaptar los contratos a las nuevas necesidades en aras de salvaguardar el interés público, cuya prevalencia, es la que justifica esta prerrogativa (...)”. (Garrido Falla 2002, 37).

A través del *Ius Variandi*, se quiebra el pacto inicial y en la perspectiva de atender el interés general, se dispone que el contratista asuma prestaciones no pactadas inicialmente, lo cual debe realizarse dentro de determinados límites.

7. POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

La doctrina de la potestad de la administración en la ejecución del contrato Estatal revela que el órgano Estatal de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y en su caso determinar sus efectos.

7.1. POTESTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO – LIMITACIONES.

Esta potestad se entiende como la facultad unilateral de la administración de variar los términos contractuales por razones de interés público; pues las prerrogativas con las que cuenta la Administración Pública en el ámbito de la contratación administrativa, desconocidas en la contratación privada, son una manifestación de la potestad general de auto tutela de la que goza en aras de una mejor protección del interés público.

Respecto a las limitaciones que presenta la potestad de modificación unilateral, éstas se encuentran referidas especialmente a la garantía de compensar económicamente al particular por las variaciones que sufre el contrato (equilibrio contractual).

En cuanto a lo referido es acertado tener en cuenta lo siguiente:

“El poder de modificar unilateralmente el objeto y el contenido del contrato es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga. (...) Pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia ley prevé (...)”. (García de Enterría y Fernández 2001, 702-703).

Ahora bien la potestad de modificación unilateral del contrato, movido por el interés público, no puede suponer que dicha facultad sea ejercida en forma arbitraria; pues la vinculación de la Administración Pública a la Ley supone que la misma tiene que sujetarse a una serie de límites, puesto que las potestades no se conceden en términos absolutos.

7.2. POTESTAD DE INTERPRETACIÓN UNILATERAL.

La doctrina del contrato administrativo entiende que cuando existen divergencias en la interpretación del contrato, la administración posee la prerrogativa de interpretación unilateral si es que se encuentran comprometidos intereses públicos.

Esta potestad no tiene otro alcance que evitar el perjuicio para el interés público; en tal medida el ejercicio de dicha facultad, obviamente, no excluye la intervención de la autoridad judicial para revisar dicha prerrogativa. Así en esta línea de ideas resulta claro que para los contratos administrativos existe un régimen de interpretación especial que deberá realizar el Juez, ello en función a las necesidades de la colectividad (**Bercaitz 1980, 357**).

En relación a lo mencionado la finalidad de esta prerrogativa, no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato, siempre desde luego, en aras del interés público; más dicha facultad deberá de acomodarse a las normas de contratación Estatal.

7.3. POTESTAD DE DIRECCIÓN Y CONTROL.

La presente potestad de la administración pública, se fundamenta y se justifica en esencia, como todas, en el hecho que el Estado tiene como función principal el resguardo del interés público, el mismo que puede ser afectado sino se cumplieren estrictamente las condiciones contractuales, permitiéndose por tanto a la administración, dirigir y controlar el contrato.

En ese orden de ideas, la doctrina expresa que la intensidad de la prerrogativa de dirección y control se evidenciará de acuerdo a la naturaleza del objeto del contrato.

Está claro que el poder de control implica cuatro aspectos, siendo estos:

- a. El material, referido a la verificación del cumplimiento de las prestaciones obligadas.
- b. El técnico, dirigido a establecer si las prestaciones son ejecutadas de acuerdo a las especificaciones precisas previstas.
- c. El financiero, indicado respecto del cumplimiento de lo pactado en relación al campo económico, como el pago de planillas, tributos, tarifas, inversiones, etc.
- d. El legal, referido a la verificación de la aplicación de las condiciones pactadas y las reguladas a través de las normas aplicables. (**Bercaitz 1980, 361**).

La prerrogativa de dirección y control implica que aquella no requiere ser negociada y deberá ser acatada por el particular, el cual, en principio, no puede incumplir las instrucciones comunicadas sino sólo reclamar con posterioridad a través del procedimiento indicado por cada ordenamiento, en este caso de acuerdo a las normas sobre contratación Estatal (**Diez 1965, T. II, 49**). Se justifica lo expuesto en cuanto a que se debe presumir la legitimidad y legalidad de la decisión que adopta la administración.

7.4. POTESTAD DE SANCIÓN.

En primer lugar, es necesario señalar que, un procedimiento sancionador no constituye un mecanismo de solución de controversias, por el contrario, se configura más bien como la manifestación de la potestad sancionadora de la administración pública dentro del marco de las normas sobre Contrataciones del Estado.

La potestad sancionatoria que posee la administración en el campo de la ejecución contractual es incluida o considerada correlativa a la prerrogativa de dirección y control, siendo el medio por el cual se asegura la correcta ejecución del contrato, constituyendo justamente esto último la esencia de la prerrogativa. De este modo, la potestad sancionadora es la facultad a través de la cual la Administración Pública va a castigar el incumplimiento de normas y decisiones del Estado.

Respecto de la clasificación de las sanciones, existe casi uniformidad en la doctrina en cuanto al esquema general de éstas, considerándolas pecuniarias, coercitivas y resolutorias.

La potestad sancionadora en materia de contratación Estatal debe de ser desarrollado en estricto respecto de los principios previstos en el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

7.5. POTESTAD RESOLUTORIA.

Es substancial señalar que el interés público también puede aconsejar que en determinados casos la propia administración decida unilateralmente la resolución del contrato; sobre todo en aquellos casos en que se constate la existencia de un incumplimiento grave por parte del contratista, esto de acuerdo a los preceptos establecidos en las normas sobre contrataciones del Estado. En este sentido el acto de resolución debe de ser debidamente motivado.

8. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA VINCULACIÓN ENTRE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS.

La actividad Estatal tiene por objeto la gestión y servicio en función del interés público para la ejecución concreta y práctica de los cometidos Estatales, ello mediante la realización de actos administrativos y contratos administrativos.

En tal medida debe tenerse en cuenta que la problemática inherente a la naturaleza de los contratos administrativos es singular en el ámbito del Derecho Administrativo, puesto que existe una permanente controversia con respecto a su configuración sustantiva con relación al régimen de los contratos del derecho privado.

Con respecto a la vinculación que existe entre los contratos administrativos y los contratos de derecho privado, se han afirmado dos teorías o criterios específicos: el criterio dualista y el criterio unitario.

8.1. CRITERIO DUALISTA.

De acuerdo con esta postura, se afirma que existen contratos “administrativos” y contratos “privados” de la Administración, diferentes en su naturaleza y régimen jurídico. Esta distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, se origina en el derecho francés, y sirve como criterio de distinción a efectos del reparto de competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria. Así, dentro de esta teoría, el contrato administrativo es la convención que el Estado obrando como sujeto de derecho público, realiza con otro sujeto de derecho público o privado (García de Enterría y Fernández 2001, 674).

Este criterio ha sido seguido por la mayoría de autores franceses, así como por los autores argentinos, entre los que se puede citar a: Miguel Ángel Bercaitz, Juan Carlos Cassagne y Manuel María Díez. En sede nacional, aceptan este criterio, Manuel De La Puente y Lavalle, Max Arias Schreiber, Alberto Ruiz-Eldredge y Antonio Pinilla Cisneros.

La doctrina que sigue la opción dualista en torno al régimen de los contratos Estatales, plantea la existencia de características distintas que inciden en la naturaleza propia de los contratos administrativos, frente al régimen general privado de los contratos. En tal sentido, se ha afirmado la existencia de las siguientes características de los contratos administrativos frente a los contratos privados:

- Limitación de la libertad de las partes.
- Desigualdad jurídica de las partes.
- Mutabilidad del contrato administrativo.

8.2. CRITERIO UNITARIO.

Este criterio, señala que todos los contratos que celebra el Estado son públicos en la medida que se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de Derecho Administrativo). En nuestro país se fundamenta en el hecho que la formación de la voluntad Estatal en orden a celebrar cualquier tipo de contratos, se rige por una ley especial en este caso por la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento¹⁹.

9. CRITERIOS QUE HAN SUSTENTADO LA SUPUESTA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

Es preciso señalar cuales han sido los criterios o teorías esbozadas por la doctrina y la jurisprudencia extranjera con relación a la fundamentación de un régimen sustantivo de los “contratos administrativos”. A continuación, se exponen tales teorías.

¹⁹ Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.

9.1. CRITERIO SUBJETIVO.

Se determina que un contrato es administrativo, en la medida que una de sus partes sea una entidad integrante o perteneciente a la Administración Pública. De esta manera, se concibe que cuando la Administración sea parte en un contrato, aquel contrato será administrativo. En caso contrario, el contrato será privado.²⁰

9.2. CRITERIO DE LA JURISDICCIÓN.

De acuerdo con el denominado “criterio de la jurisdicción”, un contrato será administrativo en la medida en que se someta a la jurisdicción administrativa. Esta tesis es de una índole especialmente francesa, derivada de la condición de que en dicho país, las divergencias respecto de los contratos calificados como administrativos se resuelven en el ámbito de la denominada “jurisdicción administrativa”, distinta de la ordinaria. En nuestro país tal criterio ha influido en la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, ello en la medida en que todas las controversias y/o divergencias surgidas en materia de contrataciones, se resuelven mediante el arbitraje de pleno derecho consagrado en la Ley de Contrataciones del Estado y residualmente, por el fuero especializado en lo contencioso administrativo.

9.3. CRITERIO FORMAL.

De acuerdo a este criterio, un contrato será administrativo en la medida que el mismo está ligado a una formalidad específica para su celebración (esto mediante procesos de selección). Este criterio ha sido calificado como insuficiente, debido a que la ley puede señalar que en determinados casos, los contratos no sean celebrados mediante una formalidad. Además, cuando los agentes privados lo desean, pueden emplear formalidades determinadas, por lo que este criterio no puede constituir un elemento diferenciador entre los contratos civiles administrativos (Cassagne 1999, 16).

9.4. CRITERIO DEL SERVICIO PÚBLICO.

El servicio público presenta los mismos caracteres jurídicos que exhibe la función pública, por eso debe organizarse un régimen administrativo en materia de contrataciones que responda a esa necesidad y la satisfaga en forma continua. Máxime si el servicio público hace referencia a prestaciones de interés comunitario que explican las funciones y fines del Estado.

9.5. CRITERIO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

De acuerdo con este criterio, será administrativo el contrato que celebre el Estado con el objeto de satisfacer una finalidad propia del mismo (finalidad pública), y en general, para satisfacer el ejercicio

²⁰ De acuerdo con Mario Linares Jara, este criterio solo traslada el problema, ya que no se señala cuándo la administración actúa como poder público o como persona de derecho privado. Esta teoría es heredera de aquellas que admitían la doble personalidad del Estado, en la medida que se trate de relaciones regidas por el derecho público o por el derecho privado.

de la función administrativa. De esta manera, si las prestaciones de un contrato están orientadas a satisfacer finalidades públicas, propias de una entidad administrativa, el contrato será administrativo, y en esa medida se somete a un régimen jurídico especial (Cassagne 1999, 22).

CAPÍTULO II

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. LA APROXIMACIÓN ECONÓMICA AL DERECHO.

1.1. INTRODUCCIÓN.

La idea de aplicar los conceptos económicos para examinar los efectos de las Leyes e instituciones jurídicas es tan antigua como la propia ciencia económica. Así el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) forma parte de una serie de enfoques interdisciplinarios que se interesan por las interrelaciones entre el Derecho y su entorno social, tales como los estudios de Derecho y Psicología, Derecho y Teoría Política o Derecho y Sociología. La particularidad del AED consiste en que para el estudio de fenómenos y problemas del sistema jurídico se aplican técnicas de análisis económico.

La aplicación del análisis económico al estudio del Derecho permite una aproximación a las instituciones jurídicas distinta de las usualmente transitadas en la tradición jurídica continental europea²¹.

Por lo señalado en las líneas precedentes, el AED importa de la microeconomía la teoría del comportamiento humano para predecir en qué forma la gente responderá a los cambios en la legislación y, al mismo tiempo, provee un estándar normativo para evaluar el Derecho y las políticas públicas: La eficiencia.

Puede decirse así que, el AED presenta una orientación a las consecuencias en un doble sentido: por un lado, en relación con la elaboración de pronósticos de las consecuencias o efectos esperados de la legislación y en las decisiones judiciales, partiendo del supuesto conductual de la elección racional; y por otro, en la valoración de dichas consecuencias o efectos conforme al valor eficiencia.

1.2. LOS ORÍGENES Y LA EVOLUCIÓN DEL AED.

Los orígenes del AED pueden rastrearse hasta los trabajos de Adam Smith sobre los efectos económicos de la legislación reguladora de actividades económicas (1776) y las obras de Jeremy Bentham sobre la teoría de la legislación y el utilitarismo (1782-1789). Sin embargo, no fue hasta la mitad del siglo XX cuando la relación entre Derecho y Economía devino en un objeto significativo de investigación académica (Roemer 1998, 41).

No obstante, lo indicado alrededor de 1960 el AED se desarrolló con el objetivo de explicar el comportamiento de los agentes en los mercados económicos explícitos²². Por ello, los estudios se

²¹ El Análisis Económico del Derecho constituye un enfoque alternativo sobre las implicancias jurídicas de las relaciones sociales.

²² Mercados explícitos son aquellos en que los precios de las transacciones están directamente expresados en dinero (la compra de un automóvil, por ejemplo), mientras que en los mercados implícitos los precios de las transacciones no están directamente expresados en dinero y en ocasiones no son siquiera susceptibles de evaluación en términos monetarios.

centraron en el Análisis Económico del Derecho de la competencia, del Derecho corporativo, del Derecho de patentes, del Derecho de contratos y los servicios públicos (Posner 1998, 23).

Pero a partir de 1960 los postulados económicos se generalizan con la pretensión de ser aplicados más allá del dominio de las transacciones de los mercados, extendiéndose así a todo el sistema jurídico: esto es al Derecho Civil, al Derecho Penal, al Proceso Administrativo, al Derecho Constitucional, al Derecho de Familia entre otros.

Se mencionan como los gestores de este cambio hacia un “nuevo” AED al artículo de Guido Calabresi sobre Derecho de daños: *“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”* (1961) y el artículo de Ronald Coase *“The Problem of Social Cost”* sobre el coste social (1960). El artículo de Calabresi fue el primer intento por parte de un jurista de examinar de forma sistemática el Derecho de daños desde una perspectiva económica, en el cual argumentó que el objetivo del Derecho de daños era minimizar la suma de los costes de los accidentes (Pinzón 2010, 89).

Los años 70 son descritos como una década decisiva en el crecimiento del AED. Sin duda el exponente más claro de esta época es Richard Posner quien publica su manual de AED en el que articula una visión general aplicando esta metodología a todas las áreas del Derecho. Asimismo, su pretensión en aquella época de transformar a la eficiencia en el único valor director de la política legislativa y las decisiones judiciales fue tan controvertida como provocadora de importantes debates (Torres 2006, 21-22).

Y en el caso de los años 80, estos fueron una época de maduración y consolidación del AED. Como producto de ello en la actualidad existen varias escuelas; entre estas puede mencionarse la Escuela de Chicago, (la cual desarrolló Teoría de la Elección Pública, el Institucionalismo y el Neo-Institucionalismo), la Escuela de New Haven, (que expuso de los estudios de Law and Social Norms y el Análisis Económico-Conductual del Derecho).

2. CONCEPTOS CLAVE.

2.1. AED POSITIVO Y NORMATIVO.

El primer nivel de análisis en que opera un analista económico del Derecho es el denominado AED positivo. El análisis positivo opera con dos premisas básicas: I) Los individuos son racionales y tratan de maximizar su bienestar. Esta hipótesis de maximización y racionalidad del comportamiento significa capacidad para ordenar sus preferencias y para optar por la que más les satisfaga; y II) Las normas legales alteran los incentivos vinculados a acciones individuales (Posner 1998, 65).

Estas dos premisas permiten hacer predicciones, tales como que la aplicación de responsabilidad objetiva en accidentes de tránsito incrementará el número de accidentes fatales o que el incremento en la severidad, así como en la certeza de la sanción penal reducirá la tasa de criminalidad (Posner 1998, 67). Así, la aportación del AED positivo consiste en la formulación de hipótesis acerca de cómo responderán los individuos a las normas jurídicas existentes o a las modificaciones legislativas (Ogus 2004, 384). De este modo, el AED positivo permite, con base en estos presupuestos, identificar y cuantificar los efectos de la ley.

Por otra parte, el análisis normativo (o prescriptivo) se apoya en los datos provistos por el análisis positivo para proponer cambios en el sistema jurídico con la finalidad de mejorar; siendo conceptos clave en este análisis la eficiencia y el de análisis costebeneficio.

2.1.1. AED POSITIVO.

2.1.1.1. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL.

La cuestión de la racionalidad de los individuos es la clave, así el AED positivo importa de la microeconomía la postulación del ser humano como un individuo que, constreñido por las circunstancias, busca maximizar la utilidad de sus acciones. Esta perspectiva metodológica se denomina “teoría de la elección racional” (rational choice) y su influencia no queda confinada al ámbito del AED sino que se extiende a la sociología, a la ciencia política, a la criminología, así como a otros campos del Derecho.

La teoría de la elección racional explica y predice una acción humana como producto de dos operaciones sucesivas: en primer lugar, se debe conocer las oportunidades con que cuenta un individuo y, en segundo lugar, conocer sus deseos o preferencias, para saber cuál de todas las acciones posibles de ese conjunto de oportunidades será la que efectivamente realizará. Así las acciones son explicadas por las oportunidades y deseos.

De este modo el concepto de racionalidad de los individuos desde el enfoque de la elección racional distingue tres elementos en la situación en la que el sujeto tiene que decidirse por una u otra conducta:

- a) El conjunto formado por las creencias racionales;
- b) El conjunto formado por una ordenación, conforme a los deseos y/o preferencias del sujeto;
- c) Y finalmente el actuar racionalmente consiste en “maximizar” el conjunto de oportunidades (Ortiz de Urbina 2003, 257).

2.1.1.2. CONTENIDO Y ORDENACIÓN DE LAS PREFERENCIAS.

La teoría clásica afirma que el concepto de maximización presupone un comportamiento racional, cualquiera sea el estado mental del individuo que toma la decisión. Es decir, el análisis se realiza “como si” los agentes fueran racionales.

2.1.1.3. EL PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS EN LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL.

Con estas concepciones básicas ya se puede hacer una descripción de la forma en la cual procede el enfoque de la elección racional, en tal sentido el esquema de dicho enfoque es el siguiente:

- 1- Se concretan los agentes (sujetos individuales, grupos) asociados con una situación o fenómeno que se pretende explicar.
- 2- Se identifican los objetivos (preferencias) de esos agentes respecto del fenómeno o en la situación de que se trate.
- 3- Se delinear las características del entorno que pueden ayudar a los agentes a conseguir sus objetivos o impedir que lo hagan.
- 4- Se determinan el tipo y la calidad de la información de que disponen los agentes acerca del entorno.
- 5- Se identifican los cursos de conducta que los agentes pueden tomar para conseguir sus objetivos, teniendo en cuenta las barreras que les impone su entorno.
- 6- Se determinan, dentro de estos posibles cursos de actuación, cuáles son los que permiten alcanzar el objetivo del agente de forma más eficiente. Aquí se comparan los costes y beneficios de las distintas acciones alternativas y se aprecia cuáles presentan un mejor saldo.
- 7- Finalmente, se aplica la elección del agente mostrando que era su mejor elección (Kelley 1995, 137).

2.1.1.4. LAS CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL Y SUS LIMITACIONES.

Las diversas críticas que ha recibido la consideración del supuesto conductual de racionalidad de los individuos, evidencian la necesidad de realizar algunas aclaraciones sobre sus pretensiones y alcance. La primera aclaración tiene que ver con la capacidad predictiva y explicativa del AED positivo y, la segunda con el grado de racionalidad que se predica de la conducta individual.

2.1.1.4.1. LA CAPACIDAD PREDICTIVA Y EXPLICATIVA DEL AED.

En relación con la cuestión de la capacidad predictiva de la teoría de la elección racional, no debe pensarse en predicciones exactas propias de la física o la química sino en predicciones de tendencia. Es decir, su interés por la predicción y explicación de una suma de individuos y no por un individuo en concreto permite presumir que en una muestra razonablemente amplia se corregirán las desviaciones o conductas irracionales de alguno de los sujetos (Ortiz de Urbina 2003, 330).

Por ello, se afirma que la teoría a nivel micro es un instrumento poderoso para derivar implicaciones al comportamiento de grupo o nivel macro; y es justamente por el hecho de que se derivan implicaciones al nivel macro por lo que la teoría predictiva y explicativa resulta de interés para quienes diseñan políticas públicas.

2.1.1.4.2. IRRACIONALIDAD (Vs.) RACIONALIDAD.

En relación con la racionalidad de los individuos, tal vez resulta demasiado alejado afirmar que los individuos actúan de forma totalmente racional, pero también lo es postular lo contrario, es decir, que los individuos actúan siempre de forma irracional.

Desde luego es necesario indicar que en la racionalidad y la irracionalidad se presenta un espacio de colaboración entre las investigaciones jurídicas y psicológicas; tal zona se presenta con la finalidad de mejorar el conocimiento de la racionalidad de los individuos, tanto en relación con su conjunto de oportunidades como respecto a la satisfacción de sus preferencias, esta es la vía que han adoptado tanto el Análisis Económico-Conductual del Derecho como los enfoques neoclásicos en el ámbito de la criminología, que predicen que los seres humanos actúan con base en decisiones racionales pero que se encuentran sujetos a ciertas restricciones en la toma de decisiones que permite hablar, en todo caso, de una racionalidad limitada (Pinzón 2010, 172).

2.1.2. AED NORMATIVO.

2.1.2.1. INTRODUCCIÓN.

El enfoque normativo del AED, establece recomendaciones de carácter político basadas en consecuencias económicas, para alcanzar la eficiencia. De este modo, el AED normativo responde cómo el derecho debe alcanzar objetivos de eficiencia; en tal sentido este análisis asume que la eficiencia es un objetivo que el Derecho debería reflejar, por lo cual es importante destacar que la eficiencia es un valor que el Derecho debe promover.

2.1.2.2. EL CONCEPTO DE EFICIENCIA.

2.1.2.2.1. EFICIENCIA PARETIANA.

La eficiencia de Pareto también conocida como el óptimo de Pareto, es una de las nociones más reconocidas, siendo un criterio que expone una asignación inicial de bienes entre un conjunto de individuos, la cual posteriormente es cambiada o variada hacia una nueva asignación que al menos mejorará la situación de un individuo sin hacer que empeore la situación de los demás.

De este modo, el paso de un estado de cosas a otro estado de cosas B sólo se podrá aprobar cuando ninguno de los implicados considere que va a estar peor en B (Rubio y Arjona 2007, 225).

2.1.2.2.2. EFICIENCIA POTENCIAL.

Nace en referencia a los economistas Nicholas Kaldor y John Hicks que en 1939, quienes de forma independiente, propusieron un procedimiento para superar las dificultades de los criterios de decisión paretianos (Ortiz de Urbina 2003, 434).

Según este criterio se afirma que una situación A es eficiente en relación con una situación B si los ganadores pueden compensar a los perdedores, independientemente de si lo hacen o no. Por ello, se la denomina eficiencia potencial, ya que no exige que los ganadores compensen efectivamente a los perdedores sino sólo que puedan hacerlo y ello sucede cuando aquellos que mejoran lo hacen en una medida superior a la pérdida de los que empeoran. De este modo, se produce un aumento de la utilidad global.

La crítica más común al criterio de Kaldor-Hicks es que solo tiene en cuenta el nivel absoluto de ingreso, descuidando el aspecto de su distribución.

2.1.2.3. EL ANÁLISIS COSTE-BENEFICIO (ACB).

2.1.2.3.1. ACB: PROBLEMAS DE CUANTIFICACIÓN.

El Análisis Coste-Beneficio (en adelante ACB) fue utilizado originalmente como un instrumento de diseño de políticas para evaluar proyectos particulares. El Coste Beneficio es una lógica o razonamiento basado en el principio de obtener mayores y mejores resultados.

De tal manera que el Análisis Coste Beneficio, es una técnica importante dentro de la teoría de la decisión, esto supone un incremento en la complejidad del análisis debiendo: 1) realizarse predicciones acerca del nivel de cumplimiento con las nuevas normas legales; 2) llevarse a cabo una exploración comparativa entre la propuesta de reforma y la legislación vigente (lo que supone un análisis de qué ocurriría en caso de no aplicarse la nueva legislación); 3) cuantificarse los posibles efectos no deseados y 4) considerar los recursos (los bienes sociales), lo que supone importantes dificultades (Wolff y Haubrich 2006, 747).

El ACB refleja a su vez, las discusiones ya referidas alrededor de la idea de eficiencia tanto en el sentido normativo-ético como en el sentido de eficiencia de costes.

2.1.2.3.2. TEORÍA DE LOS JUEGOS.

La Teoría de los Juegos es una teoría que pretende describir y predecir el comportamiento de los agentes económicos. Muchas decisiones dependen de las expectativas que se tengan sobre el comportamiento de los demás agentes

económicos. Es el caso del comportamiento de las empresas en un mercado en el que opera un reducido número de las mismas, las cuales establecerán unos precios según cómo cada una suponga la reacción de las demás. En otros casos, la decisión de reducir los precios dependerá de si la empresa piensa que las demás reducirán a su vez los suyos o si los mantendrán constantes. De igual forma, la negociación de un sindicato con los empresarios dependerá de las estrategias que adopten uno y otro en función de los procedimientos que creen adoptará el contrario.

Así la teoría de juegos tiene que analizar distintos aspectos entre ellos: las consecuencias de las distintas estrategias posibles, la posibilidad de que varios jugadores se conviertan en aliados, el grado de compromiso entre éstos y el grado en que cada juego puede repetirse, proporcionando a todos los jugadores información sobre las distintas estrategias posibles. A pesar de la dificultad de analizar todos estos aspectos, los expertos en la teoría de juegos han podido identificar ciertas pautas de comportamiento comunes a distintos juegos. Un instrumento de análisis muy utilizado es la creación de una matriz de resultados. En el caso de dos jugadores, la matriz de resultados indica los beneficios y pérdidas de cada jugador en función de las distintas estrategias que adoptan.

CAPÍTULO III

LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

SUB CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES:

1.1. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1821 A 1895.

El Estado peruano utilizó el procedimiento administrativo de la Almoneda para la adquisición de bienes y servicios, el cual se desarrollaba en acto público y sobre la base de la libre competencia de postores. Siendo que los orígenes de la Almoneda en el Perú se remontan a la Ley de Indias, todo ello en referencia a la organización y funcionamiento de la Junta de Almoneda; sistema de contratación pública heredado de la colonia. De este modo se debe tener en cuenta que, la Almoneda se desenvolvía al amparo de la figura jurídica del remate (Basadre 1983, 134).

Pero fue en 1825 que se produjo el primer intento de modernizar el sistema de contratación pública, es así que mediante decreto de fecha 18 de noviembre de 1825 se quiso romper con la tradición en materia de contrataciones que la colonia había dejado, estableciéndose de esta manera uno de los primeros procedimientos de contratación Estatal; a través del cual, se dispuso la entrega de proposiciones o propuestas cerradas y selladas a los jueces o juntas establecidas, debiendo abrirse estas en el día y hora señalados con anterioridad y en presencia de los interesados; luego de leídas las proposiciones, comparadas y discutidas eran admitidas dichas propuestas, eligiendo la que fuese más ventajosa para el Estado. Sin embargo, por decreto de fecha 03 de noviembre de 1827 se dejó sin efecto el decreto del 18 de noviembre de 1825, con lo cual recobró vigencia el sistema de remates.

Posteriormente en setiembre de 1829 se promulgó la primera Ley que asumía a las contrataciones como política pública, debido a que se dispuso la confección de uniformes del ejército, norma que no establecía procedimiento alguno para las compras. Luego el 20 de Marzo de 1834 se promulgó la Ley referida a la construcción de un camino de fierro entre Lima y el Callao, la misma que hizo mención a un procedimiento para seleccionar al ejecutor de la obra y la forma de pago; asimismo el día 23 de diciembre de 1834 el Estado peruano estableció el procedimiento para seleccionar a quien construiría los almacenes del puerto del Callao, en esta ocasión se hacía referencia al procedimiento de remate, el cual consistía en un procedimiento de licitación. En 1838 se dispuso la participación de particulares en la provisión de bienes y servicios al Estado, indicándose que todas las obras de talabartería, herrería, hojalatería y cualquier otra se realicen por contratos articulares aprobados por el gobierno.

Es así que por decreto el 24 de mayo de 1839, año en el cual el Perú contaba con una nueva constitución, se ratificó la junta de Almoneda; de este modo por decreto del 20 de agosto de 1841 se disponía la conformación de la junta de Almoneda en las capitales de Departamentos, la cual estaba constituida por un Intendente (hoy gobernador) la que presidía la junta, un oidor de la audiencia, hoy Juez Superior de la Corte Superior de Justicia respectiva, el respectivo contador o administrador del tesoro público y el Fiscal. En las provincias donde no exista Corte Superior de Justicia, la junta de la Almoneda se componía por el Intendente o el que haga sus veces, por el Juez de Primera Instancia, por el tesorero público o el que haga sus veces, y por el agente fiscal si existiese.

Algunos años más tarde, esto es el 21 de Octubre de 1845, el Presidente de la República dispuso que los Intendentes (hoy gobernadores) informen trimestralmente sobre la ejecución de obras en su jurisdicción, disposición con la cual se buscaba ordenar las obras públicas. Es así que el 18 de Noviembre de 1846 se dispuso la construcción del mercado de abastos de Lima; igualmente el 10 de diciembre de 1847 se ordenó la construcción del teatro de la ciudad de Lima.

Con la constitución de 1856, específicamente con lo normado en los artículos 9° y 89, se estableció un criterio restrictivo respecto al manejo de los fondos públicos, señalándose que la ley fija los ingresos y egresos de la Nación. En dicha línea de ideas la constitución de 1860 reiteró lo dispuesto en la constitución de 1856, por lo que no hubo mayor modificación. Para el año de 1867 el Perú contaba con una nueva constitución, la misma que reiteraba lo dispuesto en las constituciones precedentes; aunque en las normas sobre contrataciones se produjo un ligero avance, pues se dispuso que las obras se convoquen mediante remate público.

En 1871 por resolución suprema del 13 de Diciembre del referido año, se estableció que el remate era la formalidad indispensable en los contratos del Estado y en los casos de obras públicas, estas se celebraron por subasta pública ante la junta de Almoneda respectiva, bajo pena de nulidad.

1.2. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1896 A 1929.

Debido al conflicto bélico con Chile y luego de concluida la guerra del pacífico, mediante resolución del 22 de Octubre de 1895, se establecieron los montos que podían gastar los prefectos sin autorización, en razón de atender gastos urgentes, esto respecto a las frecuentes solicitudes que elevaban los prefectos pidiendo la aprobación de pequeños gastos. Asimismo, el 25 de febrero de 1899 se dispuso que las justas departamentales constituyan un fondo bancario donde depositarían sus recursos para la ejecución de sus obras, no pudiendo utilizar tales recursos para otros fines.

Luego por decreto de fecha 11 de enero de 1907, el gobierno dispuso medidas respecto a la forma y condiciones en las cuales se llevaban a cabo la ejecución de obras públicas, precisando que la bases serán formuladas por la juntas, las que deberán tomar en cuenta el plazo en el cual se ejecutará la obra, la fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones, las multas e infracciones, el adelanto de fondos que convenga para la obra, la forma de pago entre otros requisitos, de la misma forma se dispuso que las bases del contrato sean publicadas en el diario de mayor circulación o en algún diario de una de las ciudades más próximas; además se ordenó que toda contratación que

celebren las juntas para la ejecución de una obra se hará por medio de propuestas cerradas las cuales se entregarían al presidente de la junta en el día y hora que para ello se fije, y serán abiertas inmediatamente en presencia de los proponentes que concurran, sentando el acta de las diligencias del caso.

Posteriormente los tiempos comenzaron a cambiar, pues en 1930 se creó la Contraloría General de la República.

1.3. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1930 A 1948.

Con la entrada en vigencia de la constitución de 1933 se retomó el rumbo del ordenamiento administrativo a partir de la esfera constitucional, así tenemos que el artículo 9° de la citada Constitución Política estableció que, el presupuesto general se determina anualmente. Determinando además que la Ley regula la preparación, aprobación, y ejecución del presupuesto de la república.

Así mediante Ley N° 7702 se aprobó la construcción de un vía en el Departamento de Madre de Dios, disponiéndose que los fondos fueran administrados por una junta compuesta por el Prefecto del Departamento del Cusco, el Fiscal de la Corte Superior, un Vocal de la Corte Superior, el Ingeniero Departamental y el Jefe Militar, omitiendo precisar el procedimiento para la ejecución del gastos.

De igual modo a través de la Ley de Presupuesto de 1936, Ley N° 8181, tampoco se realizó precisión alguna sobre el procedimiento especial en las contrataciones que realizaba el Estado. Asimismo en 1939 mediante Ley N° 8797 que aprobó el presupuesto de la república, no se hizo ninguna precisión respecto a la forma de contratar, adquirir o construir; siendo el caso que en tal año se autorizó a la Contraloría General de la República para que autorice las resoluciones por las cuales se iba adquirir autos, camiones y motos.

No obstante, lo vertido en 1945 se trabajó bajo el sistema de juntas que se encargaban de la ejecución y control de las obras públicas, es así que el 16 de Noviembre de 1945 se conformó la Junta de Obras Públicas del Departamento de Puno, la misma que estaba integrada por el Prefecto, el Fiscal de la Corte Superior, el Alcalde, el Presidente de la Sociedad de Beneficencia, el Director del Colegio Nacional y un vecino designado por el gobierno. Y en 1948 mediante Ley N° 10907 se creó el fondo de educación nacional, el mismo que se encargaría de la construcción de locales escolares a través del "Comité Económico de Educación Nacional", el mismo que estuvo presidido por el Ministro de Educación, e integrado por el Ministro de Hacienda, un representante de la Cámara de Industria, un representante del Banco de Reserva del Perú, un representante del Ministerio de Fomento y Tres personas notables de la capital de la república.

1.4. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1949 A 1967.

Mediante Decreto Supremo del 30 de abril de 1948 se reorganizó la Junta de Almoneda de Lima y Callao, definiendo su composición en los términos siguientes: El Prefecto, el Director de Bienes Nacionales, un representante de la Procuraduría General de la República, y lo interesante de este decreto supremo es que en sus considerandos invoca a la Ley de Organización Interna de la República del 17 de Julio de 1857 y al Decreto Supremo del 12 de noviembre de 1886.

Sin embargo, el Decreto Ley N° 10940 que aprobó la Ley de Presupuesto General de la República para 1949 estableció que, previo informe de la Contraloría General de la República se autorizará las adquisiciones y demás gastos de material cuyo monto exceda de S/. 50, 000.00 (Cincuenta Mil Soles Oro), disposición con la que se articulaba la gestión y control de las adquisiciones que realizaba el Estado, lo que significó un avance cualitativo.

En 1951 por disposición del 07 de marzo de tal año, se estableció que sería obligatoria la licitación o subasta pública en todas la obras públicas y adquisiciones de materiales para el servicio de cualquier entidad del Estado cuyo valor excediera de S/. 10, 000.00 (Diez Mil Soles Oro).

De acuerdo a lo mencionado por Ley N° 12881 del año de 1958, se dispuso que las Juntas Departamentales asesoradas por el Concejo Superior de Fondo de Desarrollo Económico, organicen las oficinas técnicas para la ejecución de obras programadas y se encarguen de controlar y fiscalizar las obras públicas, con lo cual se establecieron órganos de especialización en contrataciones públicas. Asimismo por Decreto Supremo N° 08 del 1 de abril de 1958 a propuesta del Ministerio de Fomento, se aprobó el Reglamento General de Licitaciones de Obras Públicas, que implicó el ordenamiento en los procedimientos realizados en materia de contrataciones Estatales, en lo que a ejecución de obras se refiere, por cuanto regulaba aspectos muy importantes como los requisitos para convocar a una licitación, las bases, sobre los postores, la apertura de propuestas, el otorgamiento de la buena pro, la firma del contrato y el Registro Nacional de Contratistas de Obras Públicas.

No obstante ello es con la Promulgación de la Ley N° 14816 de 1964 que las normativas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado adquieren una dinámica propia, puesto que el procedimiento para la adquisiciones se regularon a través de normas especiales; y con las leyes del presupuesto de los años 1965, 1966 y 1967, así no sólo se incrementó la presencia de la Contraloría General de la República en las contrataciones Estatales, sino que también se consolidó la tendencia de establecer en la Ley del

Presupuesto Público los montos a partir de los cuales se definían los procesos de selección.

1.5. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1968 A 1980.

Durante el régimen militar los presupuestos aprobados se fueron ampliando hasta que en 1971 se aprobó por Decreto Ley N° 18700 la Ley del Presupuesto Bienal del Sector Público 1971 - 1972, y es con la Ley Bienal del Presupuesto Público N° 19864 perteneciente al periodo comprendido entre 1973 - 1974 que se hicieron mayores precisiones respecto a los montos aplicables a los procesos de

selección, además de normarse los procesos de exoneración, criterios que se reiteraron en la bienal de los años 1975 - 1976 mediante Decreto N° 21057.

Y con las Leyes N° 21765 y 22049, las mismas que fijaban los Presupuestos anuales para los años 1977 y 1978, se reiteraron los criterios ya establecidos, siendo que además se incorpora la intervención de la contraloría general de la república en la autorización de adicionales superiores al 10% del presupuesto destinado para obras, bienes y servicios. Finalmente, en la Ley del Presupuesto Público para 1979 (Ley N° 22399), se incorporó una escala más definida sobre los procesos de selección como: Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa, procesos que se mantienen a la fecha.

1.6. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1980 A 1990.

Mediante Resolución Suprema N° 0070-81-PCM se designó la comisión que se encargaría de estudiar y proponer un nuevo reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. Asimismo, por Decreto Supremo N° 017-81-ITI/IND se otorgó margen de preferencia al fabricante nacional en licitación pública y concurso de precios de carácter internacional.

En Julio de 1985 se promulgó el Decreto Supremo N° 065-85-PCM respecto al “Reglamento de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y prestación de Servicios no Personales” denominado (R.U.A.). Luego de ello mediante Decreto Supremo N° 034-80-VC se aprobó el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas

(R.U.L.C.O.P.); ahora bien, es necesario indicar que, el (R.U.L.C.O.P.) regulaba, entre otros aspectos, los contratos de ejecución de obras celebrados antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Así el R.U.L.C.O.P. fue derogado expresamente por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26850. Posteriormente la Ley N° 26850 fue derogada por la Disposición Complementaria Derogatoria Única de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, la que entró en vigencia el 01.02.09.; siendo modificada actualmente por la Ley N° 29873 del 31 del Mayo del 2012.

1.7. CONTRATACIONES DEL ESTADO ENTRE 1990 AL 2012.

Lo más resaltante en este periodo es que a través del Proyecto de Ley N° 2732/96-CR, el 2 de Julio de 1997 se llevó a cabo las 26ª Sesión Vespertina del Congreso de la República en la que se inició un nuevo debate que proponía una nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones. Es así que mediante Ley N° 26850 de fecha 30 de julio de 1997, se promulgó la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; sin embargo mediante Ley N° 28267 del 01 de Julio del 2004 se efectuaron modificaciones a la Ley N° 26850.

Asimismo, es oportuno mencionar que el Artículo 5 de la Ley N° 28267 dispuso que el Poder Ejecutivo aprobaría mediante Decreto Supremo el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual se aprobó por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM del 26 de Noviembre del 2004; asimismo se expidió el Reglamento de la

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a través del Decreto Supremo N° 0842004-PCM dado en la misma fecha. Además Ley N° 26850 estableció en su Segunda Disposición Final que, el

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE, se conformaría sobre la base del CONSULCOP, así el 01 de Enero de 1999 entra en Funciones el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

Igualmente es oportuno resaltar que el 29 de diciembre del 2004 el gobierno peruano reglamentó el uso del Sistema Electrónico en las contrataciones y adquisiciones del Estado, modernizando así las compras públicas. La norma incorporó como novedad el Sistema Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones – SEACE. De tal modo que mediante el SEACE se facilitó el intercambio de información, difusión y los procesos de contratación mediante medios electrónicos. Así el SEACE desde tal época es un sistema de uso obligatorio; siendo el caso que el CONSUCODE fue el órgano encargado de desarrollar, administrar y aplicar el SEACE.

Sin embargo el 04 de Junio de 2008 se publica en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la actual Ley de Contrataciones del Estado, y crea el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, remplazando de este modo al CONSUCODE. Igualmente, se dispuso que cualquier referencia al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE, o a las competencias, funciones o atribuciones que éste organismo venía ejerciendo, se entendieran hechas al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.

De igual modo es pertinente indicar que, el 01 de Enero del 2009 se publica en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que aprueba el actual Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Además el 14 de Enero de 2009 se publica en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 006-2009-EF, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE. La publicación del Decreto Supremo N° 006-2009-EF, significaba la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, así como el funcionamiento del OSCE, esto desde el 13 de febrero de 2009 a la fecha.

Sin embargo es necesario mencionar que mediante Ley N° 29873 de fecha 31 de mayo de 2012, publicada el 1 de Junio del 2012 en el Diario Oficial “El Peruano”, se modificó el Decreto Legislativo N° 1017, modificándose los artículos 3,9,11, 19, 20, 22, 23, 27, 28, 32, 39, 41, 51, 52, 53, 56, 60, 62, 63, 64, 68, 70 y Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado.

Finalmente el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, ha sido modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, norma publicada el 06 de agosto del 2012. Asimismo a través del Decreto Legislativo N°1128 que crea la agencia de compras de las Fuerzas Armadas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°005-2013-DE.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS CONTRATACIONES.

Los procesos y modalidades de contratación se rigen por varios principios regulados legalmente y desarrollados por la jurisprudencia administrativa, jurisdiccional o constitucional, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público, como los establecidos en la Ley General del Procedimiento Administrativo General. En tal los principios que rigen las contrataciones y adquisiciones de acuerdo a las normas sobre contrataciones del Estado son los siguientes:

a. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO.

Por este principio la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia.

b. PRINCIPIO DE MORALIDAD.

En cuya virtud, todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, justicia y probidad.

c. PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA.

Con este principio se busca que en los procesos de contrataciones se incluyan regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia de postores.

d. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.

Por el cual los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la normativa vigente; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento de los postores y contratistas.

e. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD.

Implica que en todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

f. PRINCIPIO DE EFICIENCIA.

Con el cual se busca que las entidades efectúen las contrataciones bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega, y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Implica que las contrataciones observen criterios de celeridad, economía y eficacia.

g. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.

Por el cual las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten, deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores que podrían presentarse a un proceso de selección.

h. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.

Busca que toda contratación se realice sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Así dichos postores tendrán acceso durante el proceso

de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la normativa. En tal sentido la convocatoria, el otorgamiento de la buena pro y los resultados deben ser de público conocimiento.

i. PRINCIPIO DE ECONOMÍA.

Por este principio, la administración debe aplicar en toda contratación criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las bases y en los contratos.

j. PRINCIPIO DE VIGENCIA TECNOLÓGICA.

Este principio apunta a que los bienes, servicios o la ejecución de obras reúnan las condiciones de calidad y modernidad necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos.

k. PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO.

Principio que guarda relación con mandatos constitucionales, por lo que todo postor de bienes, servicios o de obras tiene participación y acceso para contratar con las entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

l. PRINCIPIO DE EQUIDAD.

Busca que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.

m. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL.

Por el cual se procura que en toda contratación se apliquen criterios que garanticen la sostenibilidad ambiental, y se eviten impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.

Los principios señalados anteriormente servirán de criterios interpretativos e integradores para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones y adquisiciones del Estado.

3. ACERCA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

El sistema nacional de contrataciones del Estado, a través de la LCE es un instrumento que permite a las diferentes entidades del Estado realizar contratos para la adquisición de bienes y servicios y para la ejecución obras; sin embargo, nótese que sólo es un instrumento, dado que la Administración Pública en general cuenta con diferentes mecanismos contractuales y legales para adquirir y vender bienes de acuerdo a las necesidades que tenga.

De este modo La LCE establece las reglas que las Entidades y proveedores deben asegurar a fin de realizar una compra con el Estado, las cuales tienen como objetivo maximizar el valor del dinero del contribuyente, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios que la LCE establece, principios que se encuentran debidamente detallados en el apartado anterior.

En cuanto al ámbito de aplicación, es importante señalar que las entidades comprendidas dentro de los alcances de la LCE son las mismas que establecía la normativa anterior, en este caso, no ha existido variación.

Por lo cual a continuación, detallo las entidades que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la LCE:

- a) El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones;
- b) Los Gobiernos Regionales, sus dependencias y reparticiones;
- c) Los Gobiernos Locales, sus dependencias y reparticiones;
- d) Los Organismos Constitucionales Autónomos;
- e) Las Universidades Públicas;
- f) Las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social;
- g) Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú;
- h) Los Fondos de Salud, de vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú;
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local y las empresas mixtas bajo control societario del Estado; y,
- j) Los proyectos, programas, fondos, órganos desconcentrados, organismos públicos del Poder Ejecutivo, instituciones y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y operativas de los Poderes del Estado; así como los organismos a los que alude la Constitución Política del Perú y demás que sean creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.

4. SUPUESTOS DE INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO.

Ahora bien, es oportuno enumerar los supuestos de inaplicación que establece la norma.

Para esto el artículo 3 inciso 3 de la LCE establece los siguientes supuestos:

- a) La contratación de trabajadores, empleados servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada; b) La contratación de auditorías externas en o para las Entidades, la que se sujeta a las normas que rigen el Sistema Nacional de Control. Todas las demás contrataciones que efectúe la Contraloría General de la Republica se sujetan a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento;
- c) Las operaciones de endeudamiento y administración de deuda pública;
- d) La contratación de asesoría legal y financiera y otros servicios especializados, vinculados directa o indirectamente a las operaciones de endeudamiento interno o externo y de administración de deuda pública;
- e) Los contratos bancarios y financieros celebrados por las Entidades;
- f) Los contratos de locación de servicios o de servicios no personales que celebren las Entidades con personas naturales, con excepción de los contratos de consultoría. Asimismo, estarán fuera del ámbito de la presente norma, los contratos de locación de servicios celebrados con los presidentes de directorios o consejos directivos, que desempeñen funciones a tiempo completo en las Entidades o empresas del Estado; g) Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal;
- h) Las contrataciones cuyos montos, sean iguales o inferiores a tres Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción; salvo que se trate de bienes y servicios incluidos en el Catálogo de Convenios Marco;
- i) La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la presente norma y su Reglamento;
- j) Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral;
- k) Las contrataciones que deban realizarse con determinado proveedor, por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional;
- l) La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos;
- m) La transferencia al sector privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización;
- n) La modalidad de ejecución presupuestal directa contemplada en la normativa de la materia, salvo las contrataciones de bienes y servicios que se requieran para ello;

- o) Las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en el territorio extranjero;
- p) Las contrataciones que realicen las Misiones del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional;
- q) Las contrataciones de servicios de abogados, asesores legales y de cualquier otro tipo de asesoría requerida para la defensa del Estado en las controversias internacionales sobre inversión en foros arbitrales o judiciales;
- r) Las compras de bienes que realicen las Entidades mediante remate público, las que se realizarán de conformidad con la normativa de la materia;
- s) Los convenios de cooperación, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y demás no se persigan fines de lucro;
- t) La contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor; y,
- u) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito.

De los supuestos de inaplicación nos interesa comentar alguna de ellas:

4.1. LA INAPLICACIÓN DEL DECRETO LEG. 1017 A MONTOS INFERIORES A TRES UIT.

Con la normativa anterior, las contrataciones se realizaban utilizando la “caja chica” de las entidades, pues estas eran realizadas sobre montos menores a 1 UIT; con la LCE vigente se eleva dicha valla para este tipo de procesos a montos que no superan las 3 UIT.

Examinemos detenidamente cual es el nuevo panorama que nos brinda esta modificación en la norma. En primer lugar, dentro de las contrataciones del Estado encontramos una serie de participantes que intervienen en ella, de tal manera que entre los principales agentes que destacan encontramos a las entidades y los proveedores. ¿Cómo afecta a las entidades este nuevo cambio?, pues bien, a las entidades les permitirán realizar contratos de manera directa, y obviamente, sin observación de las reglas establecidas en la LCE, lo que generará procesos de contratación más rápidos, ágiles y directos, originando ganancias de tiempo y costos contractuales.

Por otra parte, en cuanto a los proveedores, les permitirá contratar con el Estado de manera directa y evitar una serie de costos propios de los procesos de la LCE, con ello reducirán sus precios y obtendrán una mayor ganancia eventualmente.

Tengamos en cuenta que hasta antes de la vigencia de la actual LCE, los contratos administrativos que oscilaban entre montos mayores a 1 UIT y menores a 3 UIT significaban un porcentaje importante dentro del conjunto de las contrataciones que realiza el Estado, de tal manera que existirá un gran número de convocatorias que no serán publicadas en el SEACE.

Con esto, notaremos que si bien es cierto la norma puede dar la impresión de otorgar ciertos beneficios, el análisis de la inaplicación de la LCE a estos contratos debe realizarse sobre el enfoque de los distintos agentes que están en el mercado.

SUBCAPÍTULO II REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La importancia de la contratación pública en el Perú es innegable, y aunque las cifras no son del todo precisas; esta importancia es además global, pues hoy se habla de un Derecho Internacional de la Contratación Pública, por lo que las legislaciones nacionales debieran adecuarse a ciertos estándares mínimos con el fin de garantizar que se ajusten a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los postores, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios.

1. REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

El Estado tiene la facultad de contraer obligaciones, siendo esto así, y siguiendo la influencia del Derecho Español, nuestro país ha reconocido el especial estatus de la contratación Estatal. De este modo tal contratación se encuentra integrada por la voluntad concurrente del Estado y de un particular. No obstante, lo mencionado en la Comunidad

Andina de Naciones (CAN)²³, no existe una regulación unificada sobre contratación Pública.

Dicho lo mencionado en nuestro caso el artículo 76 de la Constitución Política del Perú de 1993, dispone 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 cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público (...).”*** Tal norma constitucional tiene su antecedente en la Carta Política de 1979, ello en su artículo 143.

El Tribunal Constitucional en el Exp. N° 020-2003-AI/TC, sobre Acción de Inconstitucionalidad (hoy Proceso de Inconstitucionalidad) interpuesto por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635, por contravenir lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú; ha señalado en los fundamentos 11, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20 y 21 que: ***“La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones. (...). La función constitucional de esta***

²³ La CAN (Comunidad Andina de Naciones) fue creada a través del acuerdo de Cartagena - Colombia, suscrito el 26 de Mayo de 1969 entre Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y el Perú, retirándose Chile en 1976.

disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. (...). En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.

Igualmente debe tenerse en cuenta que, el Tribunal Constitucional mediante el Exp. N° 01442-2008-PA/TC, sobre proceso de amparo, interpuesto por Doña Rosa Angélica Réategui Rengifo, en contra de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado del CONSUCODE (hoy OSCE – Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado), ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el marco constitucional de las contrataciones estatales, previsto en el artículo 76 de nuestra Carta Magna, señalado lo siguiente: **“La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.”** De lo anterior se tiene que, en el tema de contrataciones del Estado, existe un sistema propio y particular, el mismo que se encuentra sujeto a determinadas reglas de juego.

Así en mérito a lo mencionado la Corte Constitucional de Colombia en Sala Plena respecto a la contratación estatal emitió la Sentencia C-713/09, el siete de octubre de dos mil nueve²⁴, aludiendo lo siguiente: **“La actividad contractual en el Estado social de derecho es una modalidad de gestión pública, regida por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad previstos en los artículos 209 y 123 de la Constitución Política como parámetros específicos del cumplimiento de la función administrativa y en general, constituyen**

²⁴ Sentencia extraída de la Corte Constitucional de Colombia, sobre inconstitucionalidad, la cual fuera iniciada por el ciudadano colombiano Martín Bermúdez Muñoz, el que demandó los artículos 2 (parcial) y 5 (parcial) de la Ley 1150 de 2007, “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos”, por considerar que las normas acusadas vulneran los artículos 1, 2, 209, 273, 333 y 365 de la Constitución Política. Tal sentencia fue publicada en la siguiente dirección electrónica:

Fuente: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° 713/09.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm> .

núcleo axiológico inherente a la filosofía del Estado social de Derecho. (...) El fin de la contratación pública en el Estado Social de Derecho está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, (...). Dentro de esta concepción, el contratista, además de estar vinculado al cumplimiento de las obligaciones generales de todo contrato, queda supeditado al cumplimiento de los fines del Estado, puesto que concreta el interés general que representa la continuidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos. (...).

En suma, en el caso de la Constitución de Colombia, aquella impone al legislador la tarea de diseñar un modelo que tenga en cuenta la finalidad de la contratación pública. De acuerdo a lo planteado la actividad contractual del Estado, soporta en forma implícita una modalidad de gestión pública, la cual necesariamente deberá guiarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, los cuales constituyen el núcleo axiológico inherente a la contratación Estatal.

2. INCORPORACIÓN DE LAS CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

A nuestro entender la regulación de las contrataciones y adquisiciones del Estado tiene un doble propósito conforme se ha vertido precedentemente. Por un lado está la eficiencia en la gestión de servicios a ser provistos por el Estado, pues la ley contiene mecanismos que están encaminados a lograr que las entidades puedan realizar procesos logísticos adecuados²⁵; y por otro lado, la ley busca un control de la ejecución de los presupuestos públicos, lo cual es importante, pues una determinada entidad pública debe ser abastecida de manera oportuna con bienes y servicios en condiciones de calidad y precio adecuadas.

Así de acuerdo a lo expuesto, el Estado para poder desplegar sus actividades necesita desarrollar un ordenamiento constitucional según determinados principios; en tal medida es importante que se pueda regular las contrataciones del Estado desde la Constitución, debido a la importancia de esta regulación jurídica, la cual deberá observar el interés general, ello con el objeto de lograr el uso óptimo de los recursos públicos y fortalecer el interés de las diversas entidades del Estado; más aún si la administración económica y financiera del Estado se rige por el presupuesto que anualmente aprueba el congreso de la república como se desprende del artículo 77 de la Carta Constitucional de nuestro país, especialmente si el presupuesto público es una herramienta que se encuentra destinada al desarrollo del Perú.

²⁵ Las contrataciones estatales han adquirido relevancia en la actualidad como consecuencia de contrataciones irregulares, esto como en el caso de la adquisición de 700 patrulleros para la Policía Nacional, llevado a cabo en el año 2008.

SUB CAPÍTULO III

PROCESO DE SELECCIÓN

1. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR PROCESOS DE SELECCIÓN?

Es un procedimiento administrativo, mediante el cual se realizan un conjunto de actividades para la contratación, de una persona, natural o jurídica, con la finalidad de que brinde el objeto principal de la contratación, tomando en consideración el valor referencial en virtud de los montos límite establecidos en la Ley de Presupuesto de cada año.

Cuando nos referimos al Objeto de la contratación, nos estamos refiriendo a un bien, un servicio o la ejecución de una obra. De la misma manera, los montos límite, son topes establecidos por el MEF en la Ley de Presupuesto y está en función de la UIT.

Una vez determinados el objeto principal y el importe de la contratación a realizar, se podrá determinar el tipo de proceso de selección de que se trate. Cabe precisar que, adicionalmente a ello, se debe considerar la modalidad contractual a aplicarse y el sistema de contratación que se espera realizar.

De acuerdo a la Ley de Presupuesto, el importe mínimo para considerar que una contratación correspondería a un determinado proceso de selección es de 3 UIT.

Las adquisiciones y/o contrataciones menores a ese importe no están enmarcadas dentro del ámbito de la Ley de Contrataciones, según lo establecido en el inciso 3.3 del artículo 3 de la LCE.

2. MECANISMOS DE CONTRATACIÓN.

La LCE regula distintos mecanismos de contratación que puede realizar las entidades, las cuales se diferencian en función del monto que se va a contratar, y de acuerdo al objeto del proceso.

En relación a los montos, el tipo de proceso variará en cuanto al valor referencial determine el Comité Especial en las Bases, las cuales estarán establecidas de acuerdo a las normas presupuestales asignadas durante el año fiscal.

En cuanto al objeto del proceso, éstos se dividirán en bienes, servicios y obras. Los procesos de selección, también denominados procesos clásicos son los siguientes:



Elaboración: Propia del autor.

A continuación procederemos a explicar cada uno de los procesos señalados en el gráfico precedente:

- LICITACIÓN PÚBLICA.

Es el proceso de selección base, a partir del cual se desprenden los otros tipos y modalidades. En doctrina, Dromi define a la Licitación Pública como:

“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 de entre las cuales seleccionará las más conveniente”. (Dromi 1997, 76)

Sobre su objeto, el Artículo 16 de la LCE y el literal 1 del artículo 19 del RLCE, establecen que la Licitación Pública se convoca para tres tipos de objetos: Bienes, suministros y obras.

- **CONCURSO PÚBLICO.**

En lo que respecta al concurso público debemos manifestar que éste y la Licitación Pública son análogos en cuanto a reglas, la diferencia radica en que el Concurso constituye:

“Un procedimiento de selección del contratista por el que se pretende elegir de entre los presentes o intervinientes al que reúna de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística”. (Dromi 1997, 122)

- **ADJUDICACIÓN DIRECTA.**

Nuestra legislación precisa dos clases de adjudicación directa, respondiendo cada modalidad a los momentos y circunstancias que se puedan presentar, como montos presupuestales. El objetivo consiste en facilitar la selección del postor al contratar.

Tanto la LCE como su reglamento han desdoblado a las Adjudicaciones Directas, estableciendo dos modalidades las cuales son: Adjudicación Directa Pública y Adjudicación Directa Selectiva; coexistiendo la Adjudicación de Menor Cuantía al lado de ambas.

Debemos precisar que esta modalidad se aplica tanto para bienes, servicios, así como para ejecución de obras.

El numeral 3 del artículo 19, modificado por el D.S. Nº 021-2009-EF, establece que la Adjudicación será pública cuando el monto del Valor Referencial sea mayor al 50% del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias; y será selectiva en caso sea inferior a ese límite.

- **ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA.**

El artículo 18 de la LCE establece que las entidades utilizarán dicho procedimiento cuando la contratación o contrataciones sean inferiores a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación pública y concurso público.

Asimismo, se establece que estas adjudicaciones se harán obligatoriamente a través del SEACE.

De la misma forma dispone que en estos procesos se puedan realizar, además de manera individual-clásica, en las modalidades siguientes:

- **PROCESO DE SELECCIÓN POR ENCARGO.**

Este proceso no se encuentra considerado en la LCE, pero si en el RLCE, específicamente en los artículos 86 al 89. Al respecto el artículo 86 indica que: *“Por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encarga a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección de aquella requiera para la contratación de bienes, servicios y obras, previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad. La aprobación del Expediente de Contratación y de las Bases será competencia de la Entidad encargante”*.

- **SUBASTA INVERSA.**

Modalidad de selección ejecutada para elegir un proveedor de un determinado bien o servicio objeto de la convocatoria, únicamente por el menor precio ofertado, mas no por sus características técnicas, por estar estas pre determinadas.

- **CONVENIO MARCO DE PRECIOS.**

Modalidad por la cual se selecciona proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.

De lo expuesto por los párrafos precedentes, tenemos que la utilización de uno u otro procedimiento dependerá del monto y del bien que se contrate, al respecto mostramos el siguiente recuadro, que establece los montos utilizados para los distintos procesos de selección.

2.1. TOPES PARA CADA PROCESO DE SELECCIÓN EN LA CONTRATACIONES DE BIENES, SERVICIOS Y OBRAS.

-RÉGIMEN GENERAL-
AÑO FISCAL 2013 Y EN NUEVOS SOLES²⁶.

Tipo de Proceso		Bienes	Servicios	Obras
Licitación Pública Concurso Público		>= 400,000	-----	>= 1'800,000
		-----	>= 400,000	-----
Adjudicación Directa	Pública	< 400,000 > 200,000	< 400,000 > 200,000	< 1'800,000 > 900,000
	Selectiva	<= 200,000 >= 40,000	<= 200,000 >= 40,000	<= 900,000 >= 180,000
Adjudicación de Menor Cuantía		< 40,000 > 11,100 ²⁷	< 40,000 > 11,100 ²⁸	< 180,000 > 11,100 ²⁹

Elaboración: Propia del autor teniendo en consideración la Ley de Contrataciones del Estado.

Conforme indica el artículo 19 del RLCE, tenemos que: ***“Para la determinación del proceso de selección se considerará el objeto principal de la contratación y el valor referencial establecido por la Entidad para la contratación prevista. En el caso de contrataciones que involucren un conjunto de prestaciones, el objeto principal del proceso de selección se terminará en función a la prestación que represente la mayor incidencia porcentual en el costo. En cualquier caso, los bienes o servicios que se requieran como complementarios entre sí, se considerarán incluidos en la contratación objeto del contrato”.***

En tal sentido se procederá a esquematizar el plan anual de contrataciones conforme al siguiente gráfico.

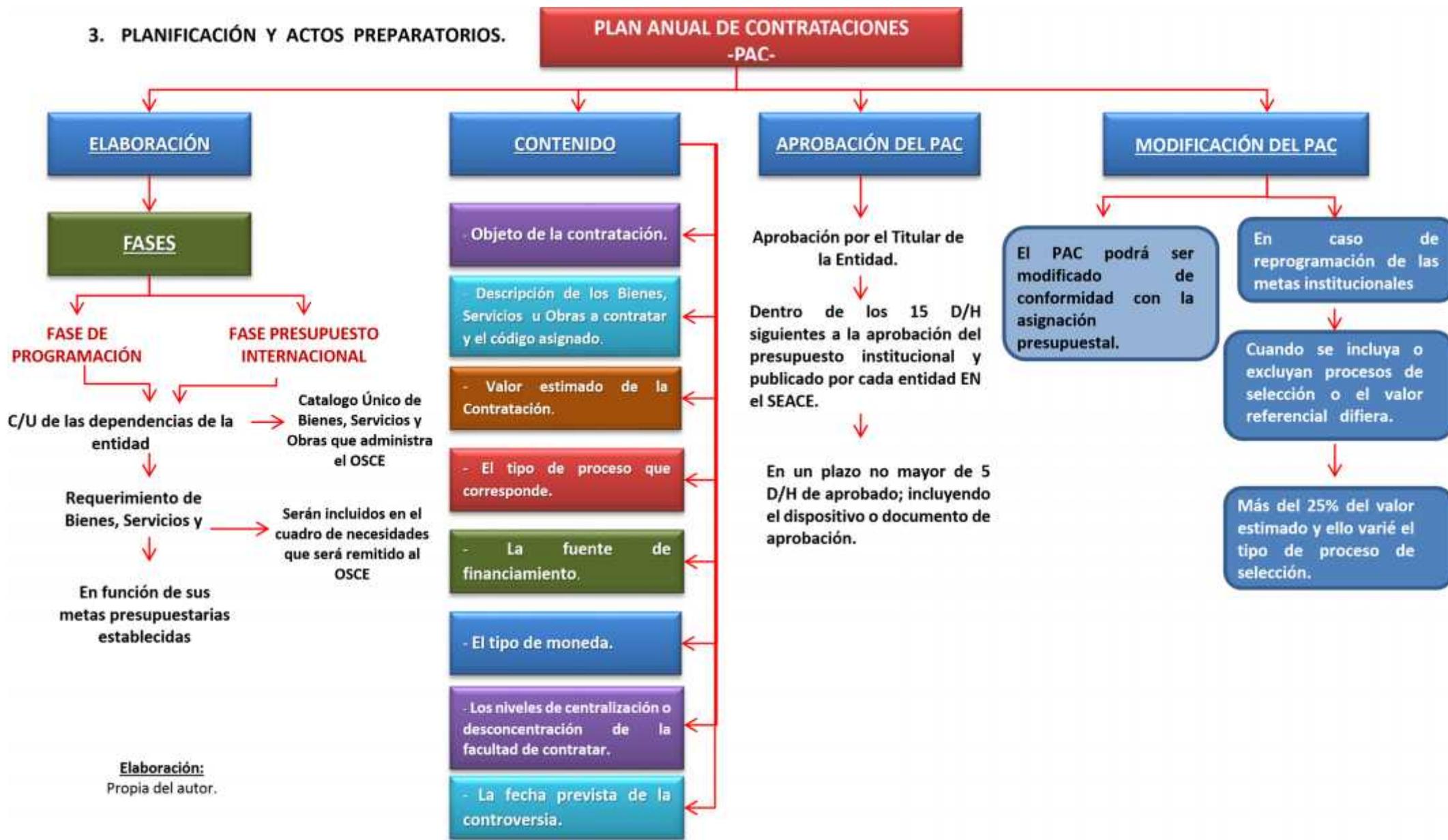
²⁶ Art. N° 13 de la Ley N° 29951 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 2013 y Art. N° 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S N° 184-2008-EF

²⁷ Decreto Supremo N° 264-2012-EF, publicado en el diario oficial El Peruano el 20-12-12 y el Art. N° 3 numeral 3.3. i) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.L. N° 1017.

²⁸ Idem.

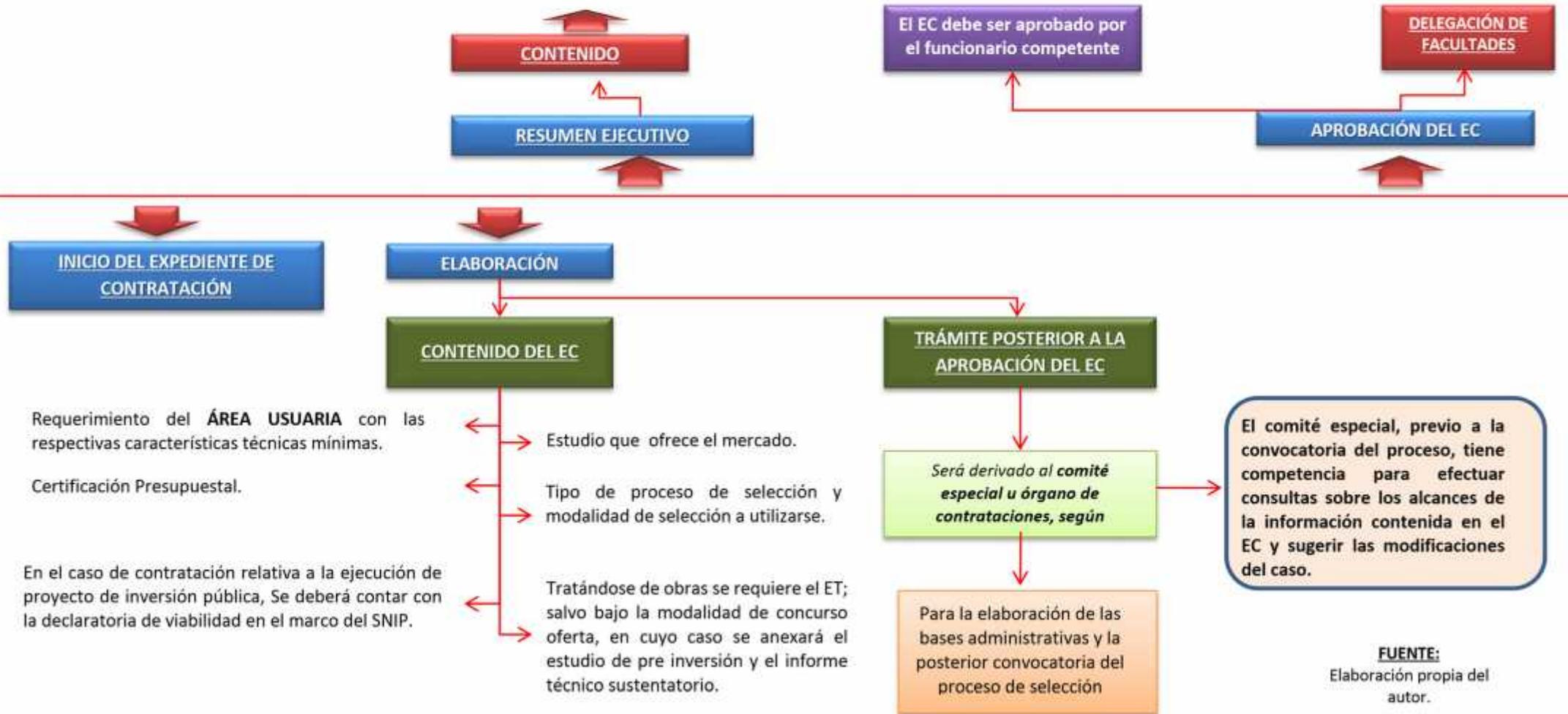
²⁹ Idem.

3. PLANIFICACIÓN Y ACTOS PREPARATORIOS.

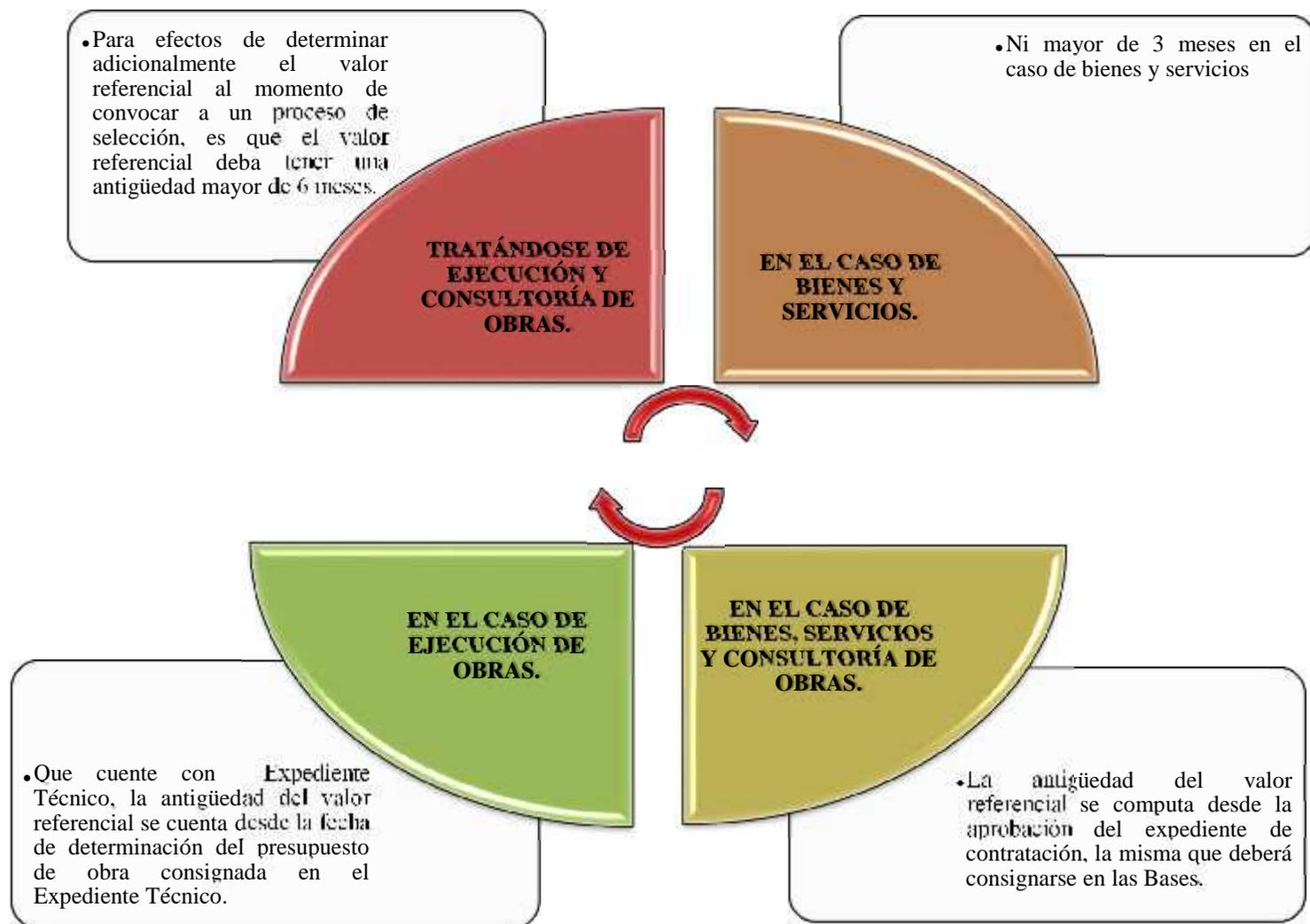


4.- EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN -EC-

- 4.- Información Adicional realizada por la entidad.
- 3.- El valor referencial del proceso de selección.
- 2.- Los criterios, utilizados a partir de las fuentes previamente identificadas.
- 1.- Las fuentes empleadas para determinar el valor referencial, debe existir como mínimo DOS fuentes distintas.



4.1. ANTIGÜEDAD, ACTUALIZACIÓN Y CÓMPUTO DEL VALOR REFERENCIAL EN BIENES, SERVICIOS Y OBRAS



E laboración:
autor.

Propia del

4.2. DETERMINACIÓN DEL VALOR REFERENCIAL SEGÚN EL TIPO DE PROCESO DE SELECCIÓN

DETERMINACIÓN DEL VALOR REFERENCIAL EN PROYECTOS DE INVERSIÓN

El artículo 27 de la LCE estipula que en estos casos el Valor Referencial se establecerá de acuerdo al monto de inversión consignado en el estudio de pre inversión que sustenta la declaración de viabilidad.

DETERMINACIÓN DEL VALOR REFERENCIAL, EN PROCESOS DE SELECCIÓN SEGÚN RELACIÓN DE ÍTEMS

El artículo 13 del RLCE establece que este tipo de procesos de selección el Valor Referencial del conjunto se determinará en función a la sumatoria de los valores referenciales de cada uno de los ítems considerados.

DETERMINACIÓN DEL VALOR REFERENCIAL, EN COBRANZAS O RECUPERACIONES Y EN SERVICIOS DE HONORARIOS DE ÉXITO

El artículo 18 del RLCE ha señalado que «el valor referencial en la contratación de servicios de cobranzas o recuperaciones deberá ser determinado aplicando el porcentaje que se fije en las Bases, sobre el monto máximo a cobrar o recuperar.

DETERMINACIÓN DEL VALOR REFERENCIAL PARA LA EJECUCIÓN Y CONSULTORÍA DE OBRAS

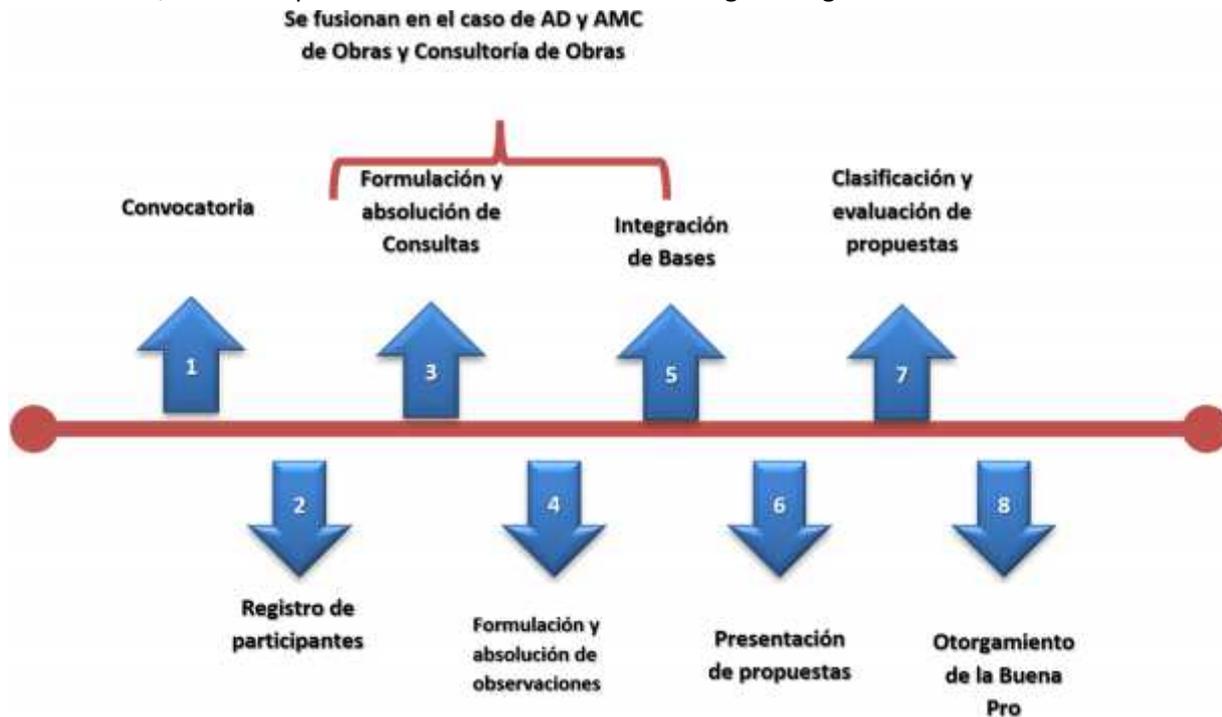
CONTRATACIÓN PARA LA EJECUCIÓN DE OBRAS

CONSULTORÍA DE OBRAS

Elaboración:
Propia del autor.

5. EL PROCESO DE SELECCIÓN

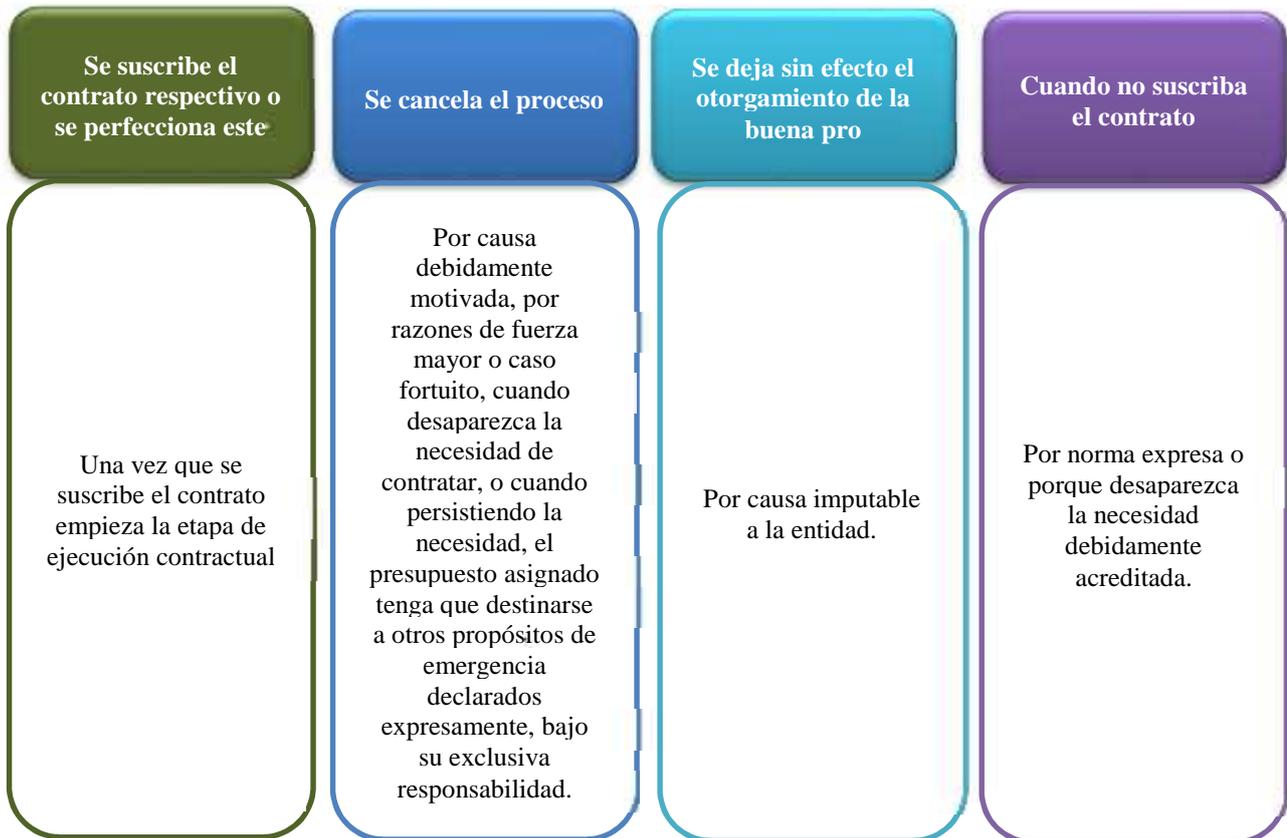
Ahora bien, conforme nos indica el artículo 22 del RLCE podemos identificar ocho etapas del proceso de selección, los cuales presentamos a continuación en el siguiente gráfico:



Elaboración: Propia del autor.

En las Adjudicaciones Directas (AD) y en las Adjudicaciones de Menor Cuantía (AMC) para obras y consultoría de obras, se fusionan los puntos 3 y 4. Mientras que, en la AMC para bienes y servicios no se incluyen las etapas 3,4 y 5.

6. CULMINACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN



Elaboración: Propia del autor.

El cumplimiento de cada etapa es de suma importancia, dado que su incumplimiento acarrea la nulidad de las etapas siguientes, mas no del proceso en sí, retrotrayéndose al momento anterior donde se produjo el incumplimiento.

7. CÓMPUTO DE PLAZOS

El tema de cómputo de los plazos es muy importante, a pesar de que pueda parecer muy elemental, la práctica y la experiencia han demostrado que muchas veces al no tomarse en cuenta la forma del cómputo de los plazos se han dejado pasar – y desaprovechar – la participación de los postores en las convocatorias, o bien la presentación de documentos o consultas en su debido momento, o lo que es peor aún la presentación oportuna de los recursos de impugnación.

En particular, el cómputo de los plazos está establecido en el artículo 23 del RLCE, el mismo que indica que los plazos en los procesos de selección, desde su convocatoria hasta la suscripción del contrato, se computan por días hábiles. Asimismo, son considerados como días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, y los declarados por el Poder Ejecutivo o autoridades competentes.

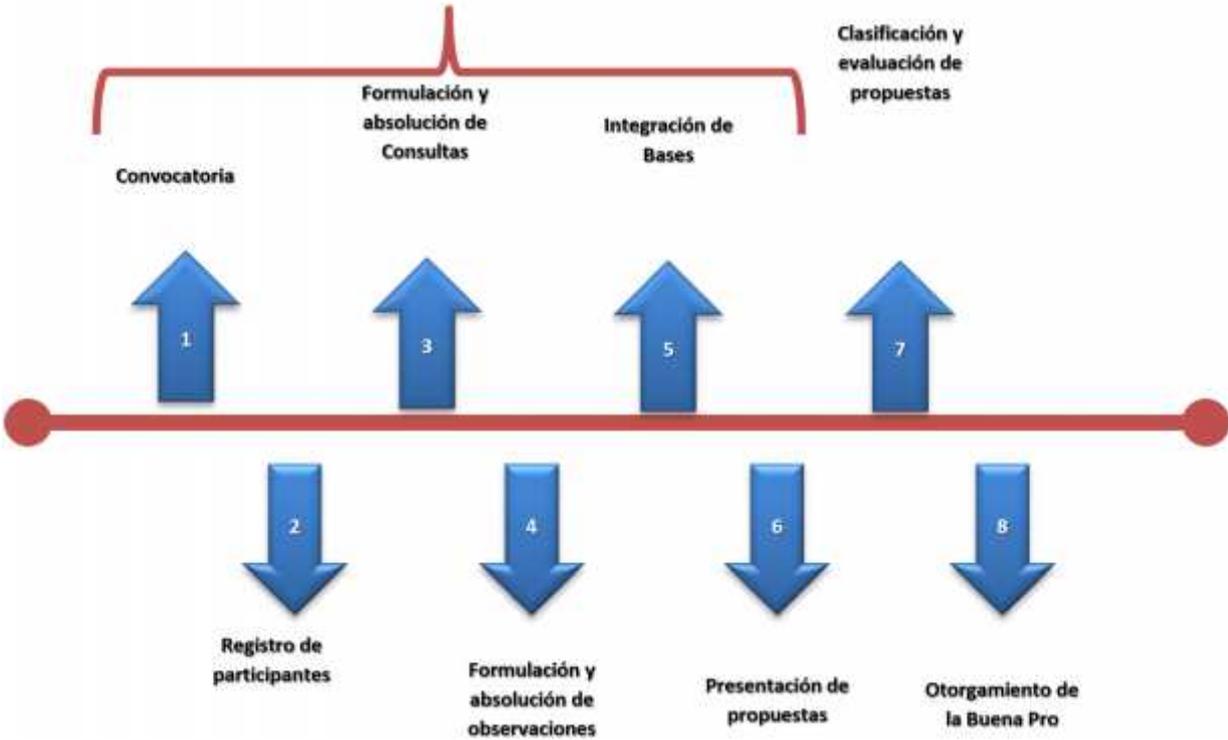
Adicionalmente, la regla es que el plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, siendo la excepción, la disposición que de manera expresa señale algo distinto en un proceso particular.

7.1. PLAZOS GENERALES PARA LOS PROCESOS DE SELECCIÓN.

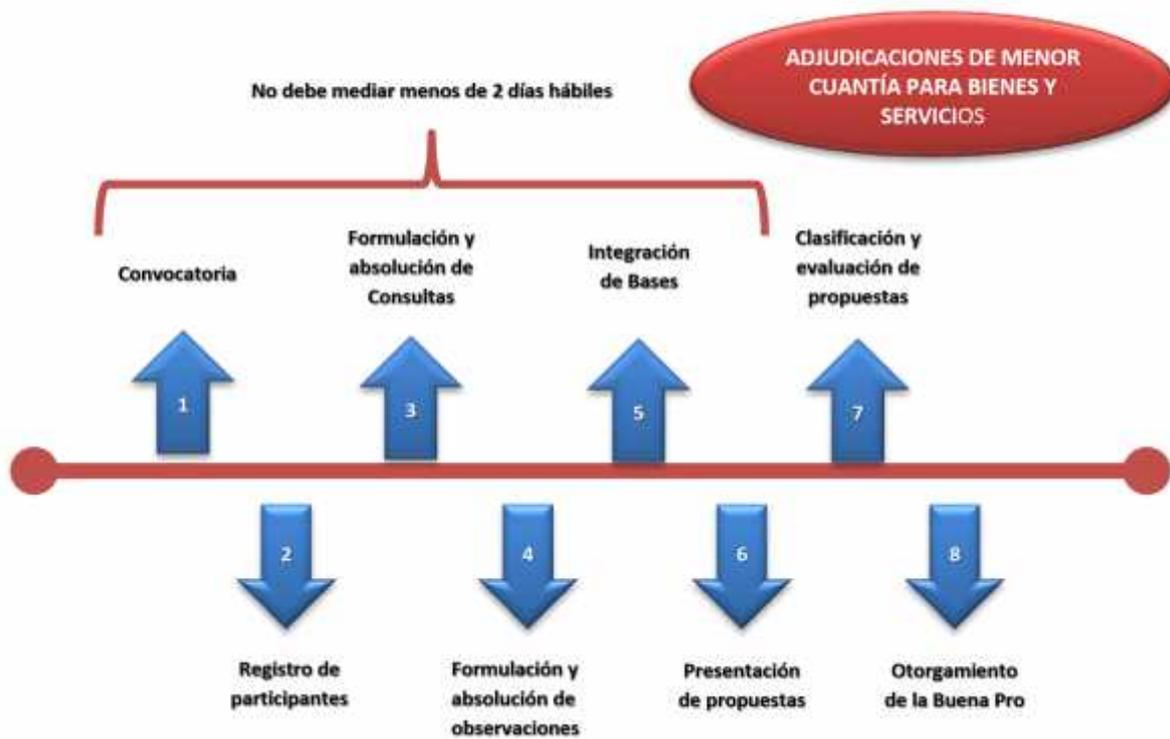
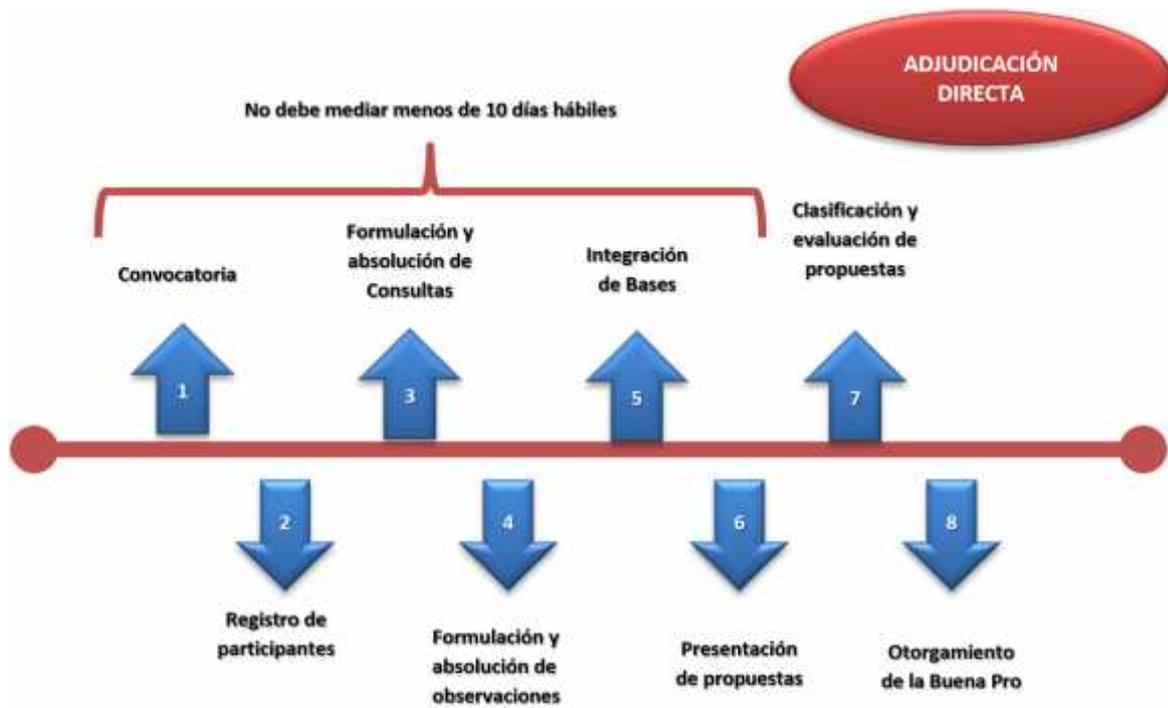
Para efectos didácticos presento los siguientes gráficos que detallan los plazos establecidos para los distintos procesos de selección:

LICITACIÓN Y CONCURSO PÚBLICO

No debe mediar menos de 22 días hábiles



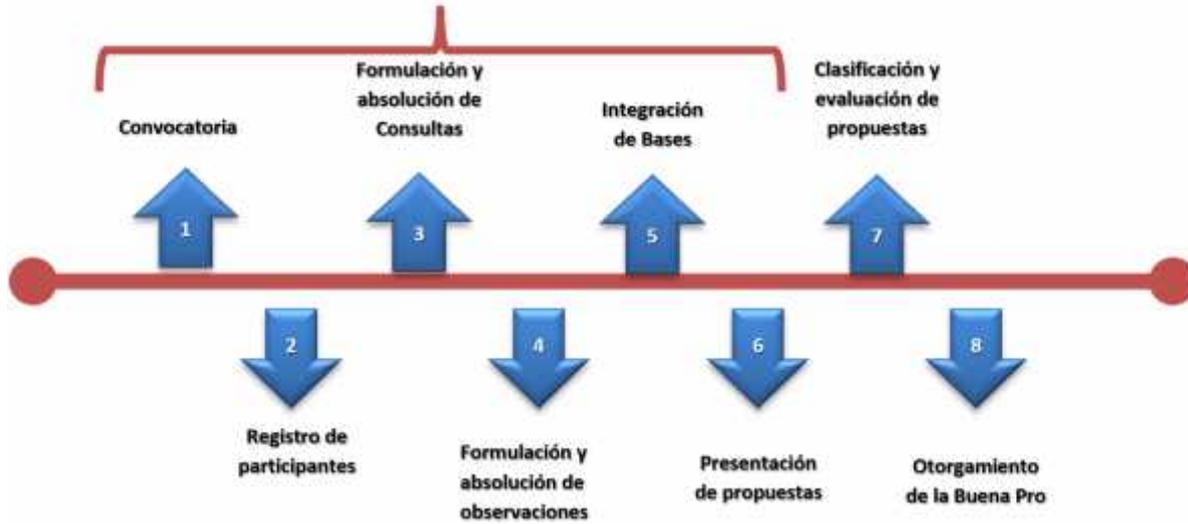
Elaboración: Propia del autor.



Elaboración: Propia del autor.

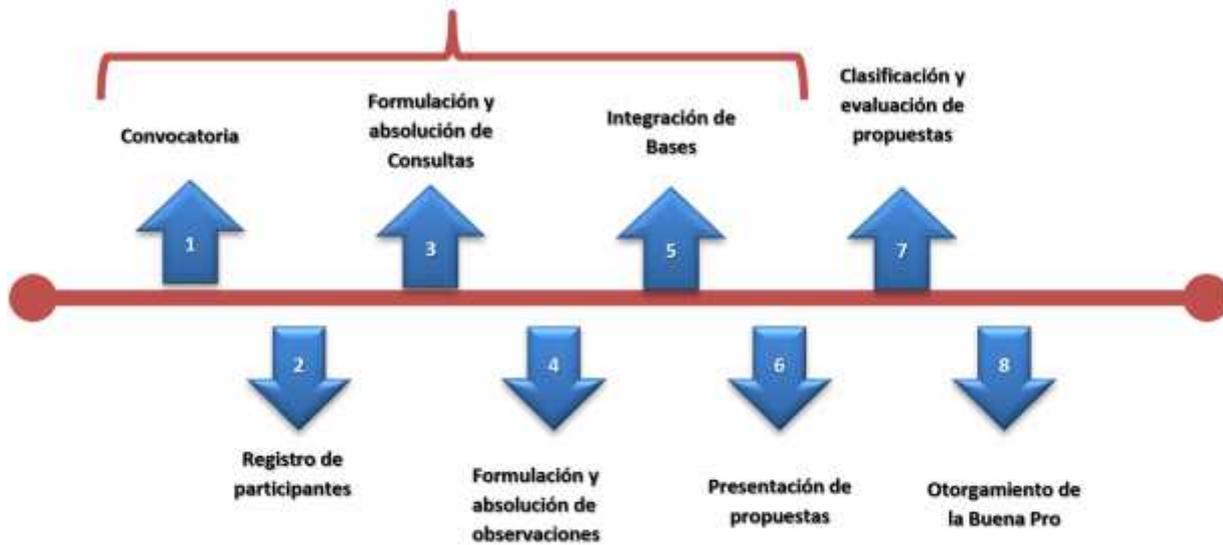
ADJUDICACIONES DE MENOR CUANTÍA DERIVADAS DE LICITACIONES PÚBLICAS, CONCURSOS PÚBLICOS Y ADJUDICACIÓN DIRECTAS DECLARADAS DESIERTAS

No debe mediar menos de 6 días hábiles



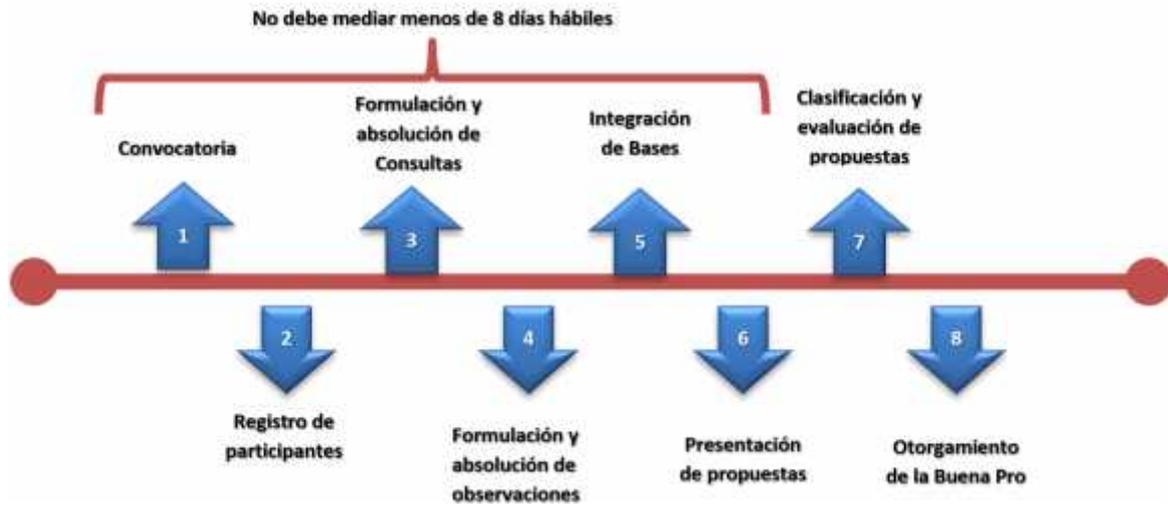
ADJUDICACIONES DE MENOR CUANTÍA PARA LA CONSULTORÍA DE OBRAS O EJECUCIÓN DE OBRAS

No debe mediar menos de 6 días hábiles



Elaboración: Propia del autor.

ADJUDICACIONES DE MENOR CUANTÍA PARA LA CONSULTORÍA DE OBRAS O EJECUCIÓN DE OBRAS



Elaboración: Propia del autor.

8.- EL COMITÉ ESPECIAL

4.- Los funcionarios o servidores que hayan sido sancionados, mediante una decisión firme.

3.- Los funcionarios que por delegación hayan aprobado el Expediente de Contratación, designado el Comité Especial, aprobado las Bases o tengan facultades para resolver el recurso de apelación.

2.- Todos los funcionarios que tengan atribuciones de control, salvo que el OCI el usuario.

1.- El Titular de la Entidad.

IMPEDIMENTOS PARA SER MIEMBRO DEL COMITÉ ESPECIAL

COMPETENCIAS

- 9.- Hasta el consentimiento de la Buena Pro.
- 8.- Declarar desierto.
- 7.- Adjudicar la Buena pro.
- 6.- Evaluar las propuestas.
- 5.- Integrar las Bases.
- 4.- Absolver consultas y observaciones.
- 3.- Convocar los procesos.
- 2.- Elaborar las Bases.
- 1.- Sugiere las modificaciones.

Una vez que el miembro titular ha sido remplazado por el suplente, aquél podrá reincorporarse como miembro suplente al Comité Especial, previa autorización a partir de la evaluación.

INTERVENCIÓN DE LOS MIEMBROS SUPLENTE

El cargo es irrenunciable.

En cuanto a la remoción, sólo se podrá realizar por caso fortuito o de fuerza mayor, o cese en el servicio.

La responsabilidad es solidaria respecto de sus miembros, salvo que alguno haya manifestado su voto discrepante.

RESPONSABILIDAD IRRENUNCIABILIDAD

DESIGNACIÓN

¿Quién designa al Comité Especial?

Titular de la Entidad.

Funcionario delegado.

NOTIFICACIÓN

La decisión es notificada a los miembros del Comité.

El presidente del Comité Especial, a más tardar el día siguiente hábil deberá convocar la instalación.

COMITÉ ESPECIAL

Elaborará las Bases.

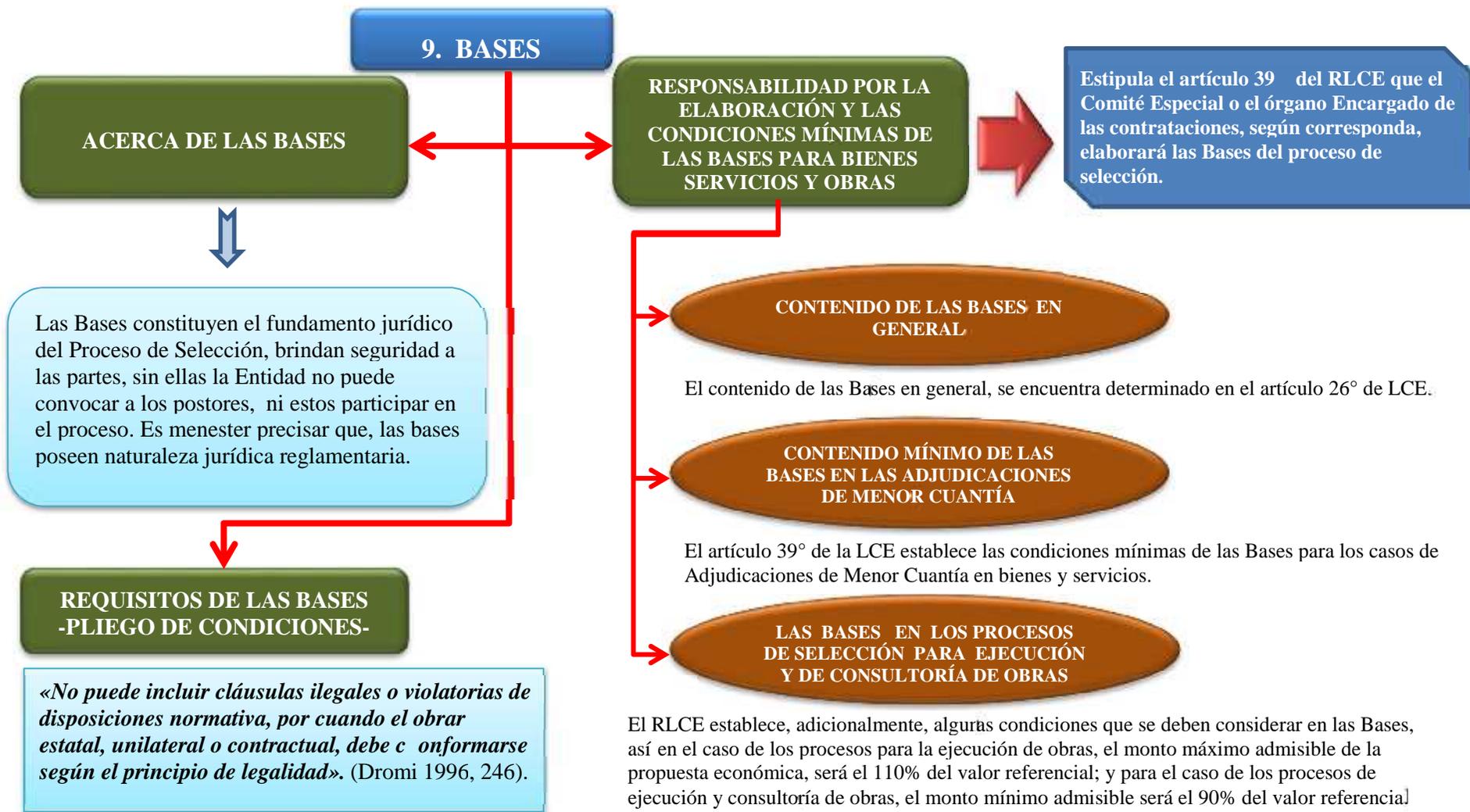
Dispondrá la convocatoria del proceso.

QUORUM Y ACUERDOS

1.- El Quórum para el funcionamiento del Comité Especial se da con la presencia del número total de miembros titulares.

2.- Los acuerdos se adoptan por unanimidad o por mayoría.

Elaboración: Propia del autor.



Elaboración: Propia del autor.

10. ESTRUCTURA DE LAS BASES Y LAS BASES ESTANDARIZADAS.

Las Bases Estandarizadas tienen que ser aprobadas por el OSCE. Al respecto, el artículo 38 del RLCE dispone que las Bases tengan una sección general y una sección específica.

- **Sección General.**- Las disposiciones comunes a todos los procesos incluyendo las bases administrativas y el contrato respectivo.
- **Sección Específica.**- Contendrá un conjunto de anexos específicos para cada proceso que serán preparadas por la Entidad.

Las Bases Estandarizadas que aprobará el OSCE son las siguientes:

		BASES ESTANDARIZADAS
LICITACIÓN PÚBLICA	CONCURSO PÚBLICO	- Contratación de bienes por licitación pública; - Contratación de suministros por licitación pública; - Contratación de obras por licitación pública.
		- Contratación de servicios por concurso público.
ADJUDICACIÓN DIRECTA	PÚBLICA	- Contratación de bienes por adjudicación directa pública; - Contratación de suministros por adjudicación directa pública; - Contratación de obras por adjudicación directa pública; - Contratación de servicios por adjudicación directa pública.
	SELECTIVA	- Contratación de bienes por adjudicación directa selectiva; - Contratación de suministros por adjudicación directa selectiva; - Contratación de obras por adjudicación directa selectiva; - Contratación de servicios por adjudicación directa selectiva.
ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA		- Contratación de bienes por adjudicación de menor cuantía; - Contratación de suministros por adjudicación de menor cuantía; - Contratación de obras por adjudicación de menor cuantía; - Contratación de servicios por adjudicación de menor cuantía.

Elaboración: Propia del autor.

Finalmente el artículo 35 del RLCE dispone que las Entidades públicas utilizarán obligatoriamente las bases estandarizadas que las aprobará el OSCE, las mismas que son divulgadas a través de la página web del SEACE.

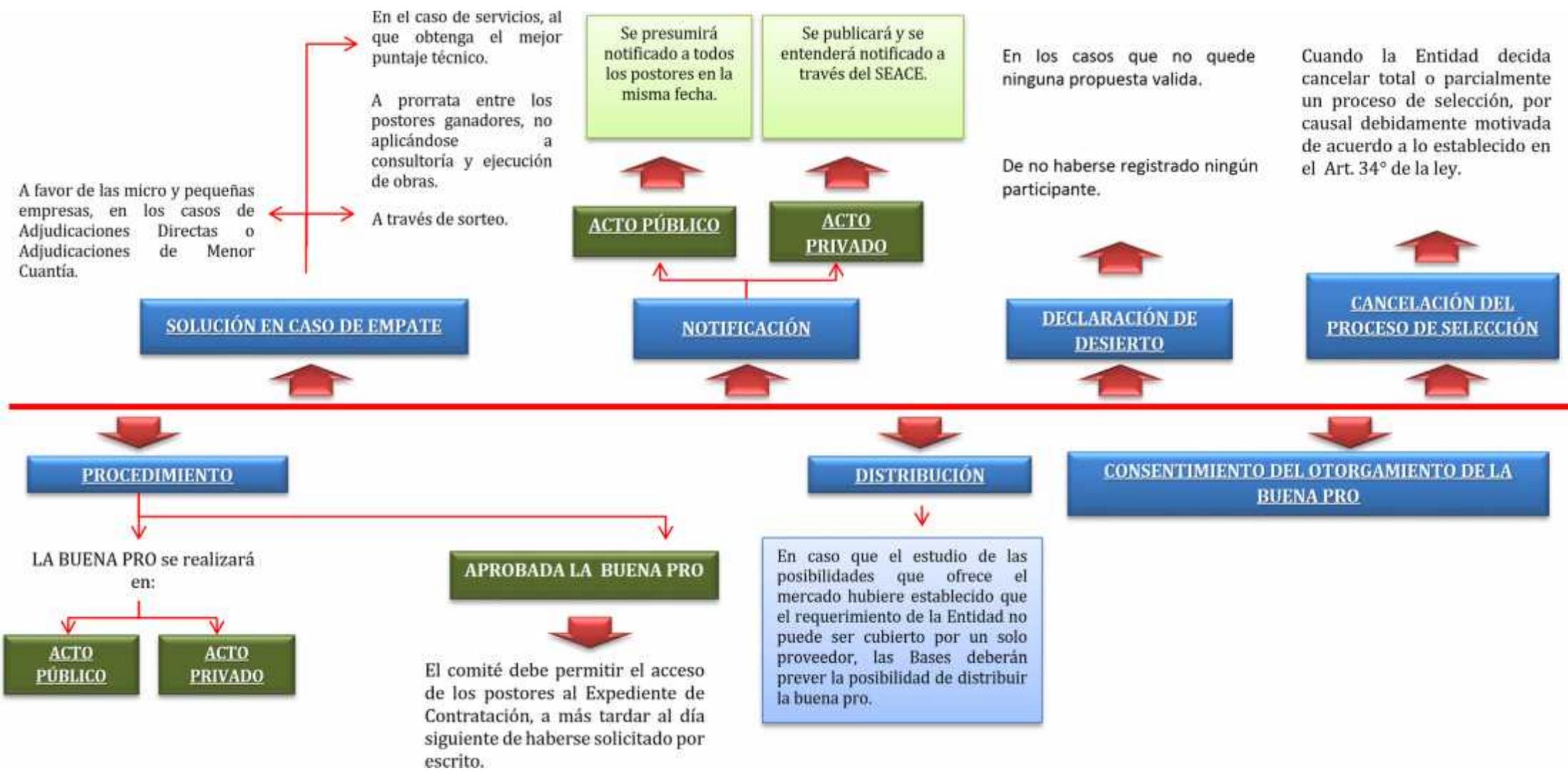
11. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN.

Las Bases deben indicar el sistema de ejecución de contratación a utilizar, para dichos efectos, el siguiente cuadro nos indica tanto los sistemas existentes como sus efectos, concepto y consecuencias.

SISTEMAS DE CONTRATACIÓN		
NOMBRE	APLICACIÓN	PROCEDIMIENTO
Sistema a suma alzada	Cuando las cantidades y magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas.	El postor formula su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución. En caso de obras, el postor formulará su propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según los planos, especificaciones técnicas que forman parte del Expediente Técnico.
Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes	Cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades requeridas.	El postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución. En el caso de obras, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas.
Esquema mixto (a suma alzada y precios unitarios)	Operativo por parte de las Entidades Estatales.	Si en el Expediente Técnico uno o varios componentes técnicos corresponden a magnitudes y cantidades no definidas con precisión, lo que podrán ser contratados bajo el sistema de precios unitarios, en tanto, los componentes cuyas cantidades y magnitudes estén totalmente definidas en el Expediente Técnico, serán contratados bajo el sistema de suma alzada.

Elaboración: Propia del autor.

Enseguida se desarrollará el gráfico perteneciente al otorgamiento de la buena pro, el mismo que es importante resaltar debido a que a través de esta fase se selecciona al postor, para luego suscribir el respectivo contrato con el Estado, de allí su importancia en el sistema de contrataciones del Estado Peruano.



Elaboración: Propia del autor.

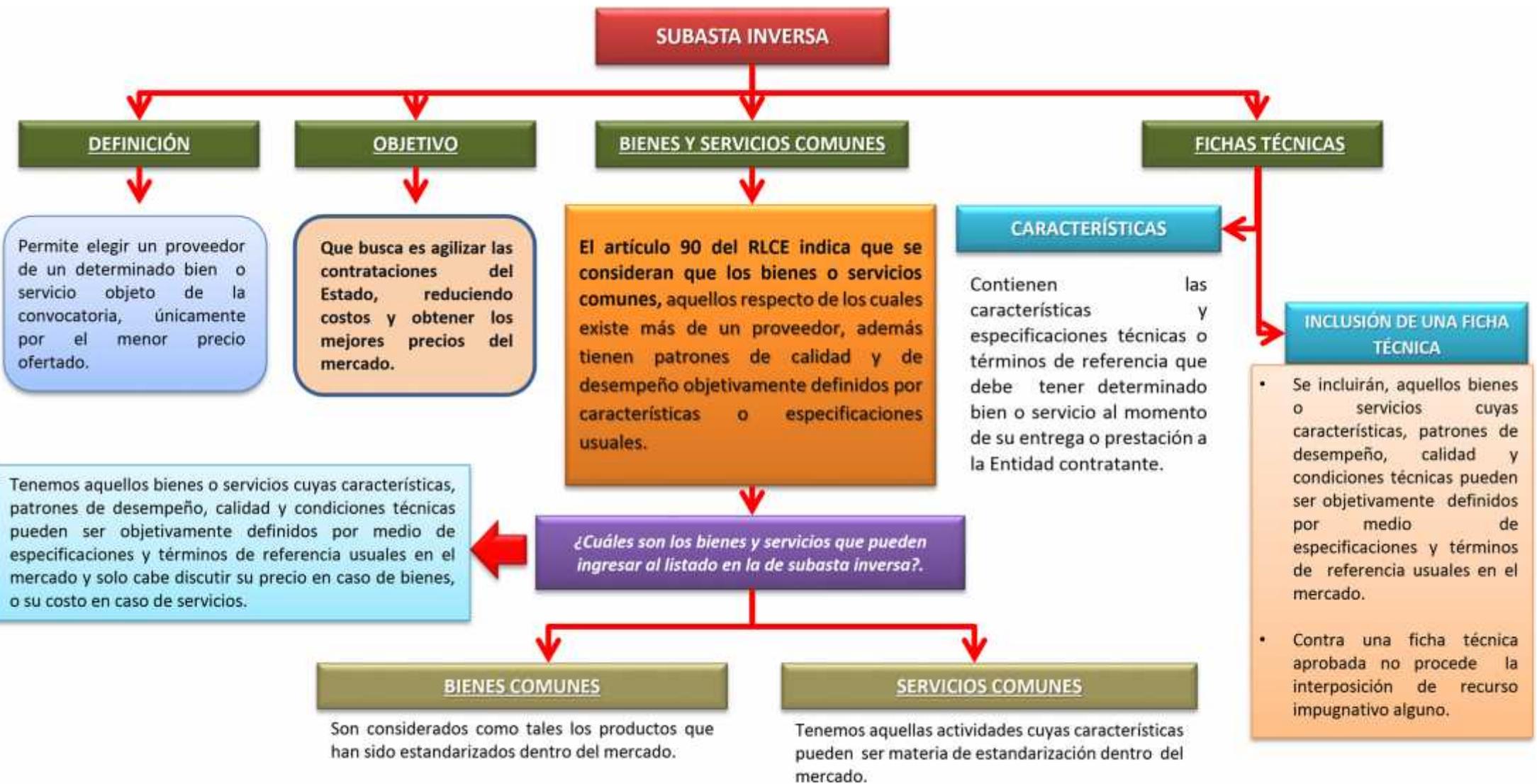
12. OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO

SUBCAPÍTULO III

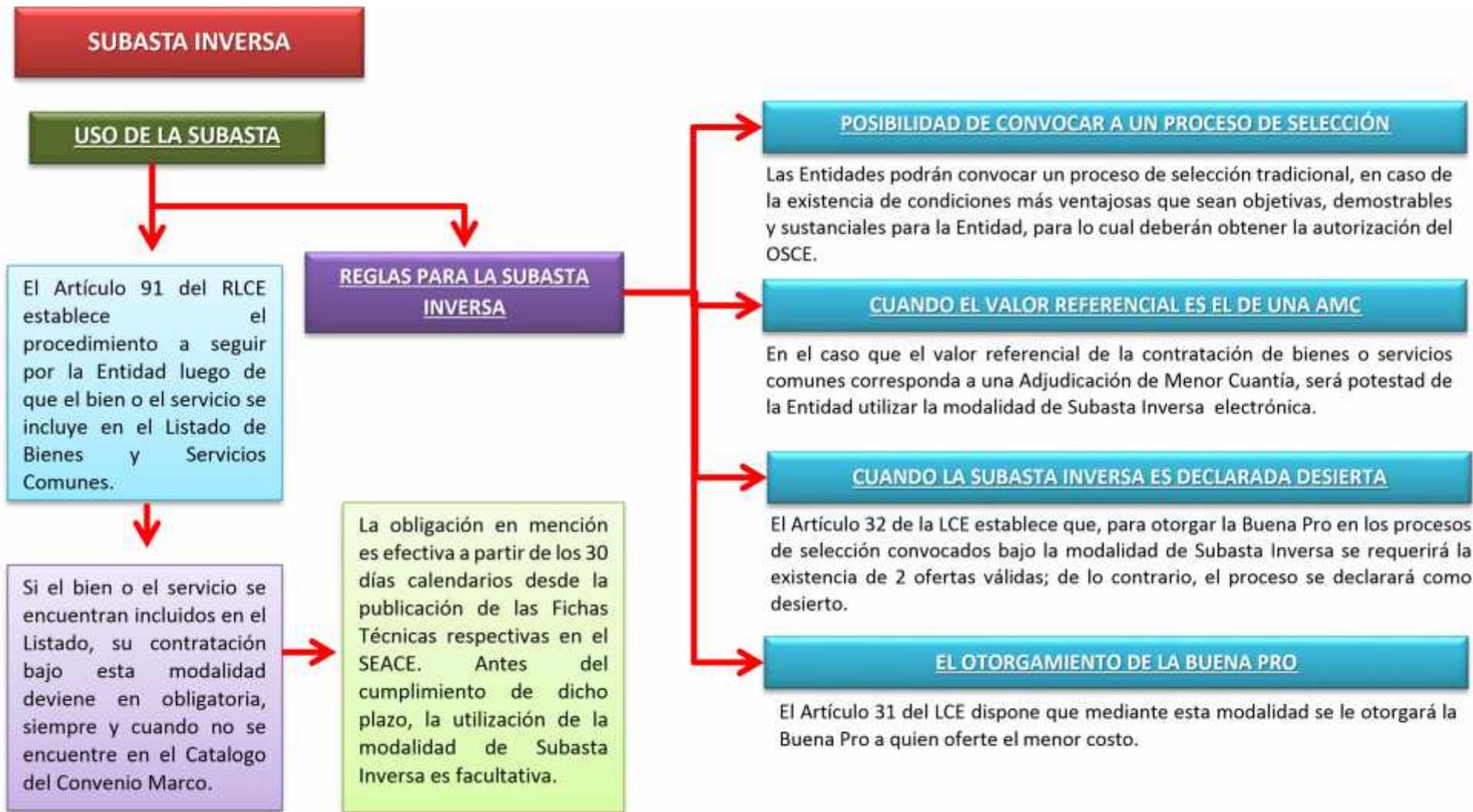
MODALIDADES: SUBASTA INVERSA, COMPRAS CORPORATIVAS

Y CONVENIO MARCO.

SUBASTA INVERSA



Elaboración.- Propia del autor.



Elaboración.- Propia del Autor.



Elaboración.- Propia del autor.

1. FASES DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

El proceso de selección tiene las siguientes fases

1.1. CONVOCATORIA.

La convocatoria se realizará a través de su publicación en el SEACE oportunidad en la que se publicará también las bases y el resumen ejecutivo que mencionamos en el punto anterior. Ahora bien, adicionalmente a la descripción del objeto de contratación se debe acompañar el número de código asignado el cual puede ser obtenido de la Lista de bienes publicado en el SEACE. Asimismo, se deberá de precisar lo siguiente:

- Identificación, domicilio, RUC de la Entidad.
- Descripción Básica del objeto del proceso, deberá estar acompañada del código respectivo, de acuerdo a la clasificación adoptada por el Listado correspondiente.
- Calendario del proceso.
- Valor Referencial Total y Unitario
- Decremento Mínimo (0.1 % - 3-%)
- Condiciones de Entrega de los Bienes.

1.2. REGISTRO DE PARTICIPANTES.

1.2.1. EN EL CASO DE LA SUBASTA INVERSA PRESENCIAL.

- o Se realizará desde el día siguiente de publicada la convocatoria en el SEACE, hasta un día un antes de la fecha prevista para el acto público de presentación de propuestas. Es de recordar que es obligación de registrarse ante la Entidad para poder presentar a la Subasta Inversa. Asimismo, la persona que se presente a la subasta inversa deberá de encontrarse inscrita en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no encontrarse inhabilitada.

1.2.2. EN EL CASO DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA.

1.2.2.1. REGISTRO DE PARTICIPANTES.

En el caso de la Subasta Inversa Electrónica, el artículo 96 del RLCE que el registro de participantes se realizara desde el día siguiente de publicada la convocatoria, en el SEACE. Asimismo, se deberá de hacer una Declaración Jurada aceptando las condiciones de uso del Sistema.

De ser el caso, consignar el lugar y fecha donde se realizó el pago el derecho de participación, y el número de comprobante de pago.

1.2.2.2. REGISTRO DE PROPUESTAS.

En cuanto al registro de propuestas, debemos indicar que éste se debe registrar por cada ítem en el que desea participar. Asimismo, se deberá de adjuntar los archivos con los documentos para habilitación.

De otro lado debemos indicar que la propuesta económica será en función a valor referencial total de cada ítem. Asimismo, se deberá configurar el Agente Electrónico, indicando el monto del decremento y precio límite inferior que está dispuesto a ofertar.

1.2.3. PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS.

La presentación de propuestas será a través del SEACE. Es necesario recordar que los participantes deberán de tener su inscripción vigente en RNP. Asimismo, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Cumplir con lo solicitado en las Bases
- Cumplir con las Especificaciones Técnicas y calidad indicadas en la Ficha Técnica.
- Confirmar presentación propuesta, la cual se efectuará cuando el sistema genere un aviso indicando que la propuesta ha sido correctamente presenta.

1.3. ACTO PÚBLICO, APERTURA DE PROPUESTAS, PUJA Y BUENA PRO.

1.3.1. EN EL CASO DE LA SUBASTA INVERSA PRESENCIAL.

1.3.1.1. ACTO PÚBLICO.

Conforme lo establece el artículo 95 del reglamento el acto público de presentación de propuestas, puja y otorgamiento de Buena Pro es uno solo. Cabe precisar que una vez iniciado no podrá suspenderse.

Asimismo, el artículo bajo comentario indica que se contará con la presencia de un notario público. De otro lado, se deberá de preverse un ambiente adecuado, y contar con pizarra, o sistema de proyección de pantalla; pudiendo utilizar un programa informático.

Al inicio del acto público, los participantes podrán formular preguntas respecto al proceso general, las que deberán se absueltas de inmediato. Es de precisarse que las propuestas serán presentadas en dos sobres: el primero que es el sobre de habilitación y mientras que el segundo es el sobre de propuesta económica.

- **Sobre de Habilitación:** Dicho sobre contendrá una copia RNP; una Declaración Jurada; Promesa de Consorcio, de ser el caso y, copia de documentos que acrediten cumplimiento de requisitos establecidos por la Entidad.
- **Sobre Económico:** En la que se contendrá la Propuesta económica hasta con 02 decimales; y carta de garantía, cuando corresponda.

Asimismo, el artículo 95 del RLCE indica que, en caso de procesos por relación de ítems, se deberá presentar un sobre económico por cada ítem.

1.3.1.2. APERTURA DE PROPUESTAS.

Con respecto a la apertura de propuestas, el Comité Especial verificara la presentación de la totalidad de presentación de la documentación exigida en las bases.

Se apertura los sobres económicos de las propuestas habilitadas, anunciando los montos ofertados, los cuales se anotaran en la pantalla o en sistema informático, ordenándolos de menor a mayor.

1.3.1.3. PERÍODO DE PUJA.

Solamente los postores que hubieran sido clasificados, podrán participar en el período de puja, ya sea realizando lances verbales o lances por medios electrónicos, según haya sido establecido por la entidad en la convocatoria, para lo cual tendrán como precio base al monto más bajo ofrecido hasta dicho momento, debiendo contemplar necesariamente el decremento mínimo establecido en la convocatoria.

Conforme a la Resolución N° 299-2005-CONSUCODE/PRE que modifica la Resolución N° 200-2005-CONSUCE/PRE, se dispone que durante el periodo de puja, los postores pueden realizar las coordinaciones internas que consideren pertinentes, ya sea por vía telefónica u otros medios análogos disponibles, con la finalidad de hacer propuestas serias.

La realización de los lances se sujeta a lo siguiente:

a) Puja con lances verbales.

El presidente del Comité Especial invitará al postor que haya presentado la propuesta de menor precio a dar inicio a la puja realizando lances verbales, y luego a los demás postores en el orden de prelación que hayan ocupado en la clasificación de

propuestas, siguiendo la secuencia de menor a mayor precio. Un postor será excluido de la subasta inversa cuando, al ser requerido para realizar un lance verbal, manifieste expresamente su desistimiento.

Cuando un postor sea requerido para realizar un lance verbal, contará con no más de tres minutos para dar una respuesta; de lo contrario, se lo tendrá por desistido. El Comité Especial proveerá de un sistema de control de tiempo que sea visible para todos los participantes.

El período de puja mediante lances verbales culmina cuando se ha identificado el precio más bajo, luego de que todos los demás postores que participaron en dicho período hayan desistido de seguir presentando nuevas propuestas.

b) Puja con lances por medios electrónicos:

Antes de dar inicio al período de puja, el Presidente del Comité Especial entregará a cada uno de los postores clasificados un sobre conteniendo sus respectivas claves de acceso al sistema informático de lances por medios electrónicos y les asignará un Terminal PC. El sistema identificará a los postores de bienes de origen nacional y registrará el desarrollo de la puja, debiendo emitir un reporte sobre todos los lances realizados durante la misma.

Durante el periodo de puja, los postores clasificados pueden realizar propuestas de precio las veces que crean conveniente. Para ser aceptada, cada postura tiene que ser igual o menor a la diferencia, entre la postulación líder en ese momento y el decremento mínimo (que puede oscilar entre el 1% al 5%).

La entidad proporcionará todas las facilidades de asistencia a los postores participantes y pondrá a disposición de ellos un aplicativo que permita ejecutar posturas o pujas. La entidad convocante es responsable de la idoneidad o adecuación del programa a las citadas directrices. Directamente o valiéndose de terceros, OSCE podrá verificar que el programa cumpla con lo establecido en la normativa sobre contrataciones del Estado, debiendo ser cubierto el costo de la verificación por el proveedor del aplicativo.

El Período de puja por medios electrónicos será de tres minutos fijos con extensiones sucesivas por el mismo periodo de tiempo. El cierre del período de puja será realizado automáticamente por el sistema cuando el último precio propuesto permanezca inmovilizado durante una extensión de tres minutos, lo que significará que no hay más ofertas, identificándose el último precio propuesto por cada uno de los postores participantes.

1.3.1.4. DETERMINACIÓN DEL PUNTAJE Y OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO.

Una vez culminado el período de puja, se asignará cien puntos a la propuesta de menor precio, y al resto de propuestas válidas el puntaje inversamente proporcional, en función al último precio ofrecido. Cabe señalar que actualmente ya no se asigna la bonificación especial establecida por la Ley de Promoción del Desarrollo Productivo Nacional²⁶. Así la buena pro se otorgará al postor que haya obtenido el mayor puntaje.

Debe precisarse en el acto público y anotarse en actas que, en caso que el postor al que se le otorga la buena pro no suscriba el contrato dentro de los plazos establecidos, la misma le corresponderá al último de los postores en desistirse por haber ocupado al segundo lugar. Si no participaron en la puja dos o más postores, el proceso de selección será declarado desierto.

1.3.2. EN LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA.

1.3.2.1. ACERCA DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA.

El Reglamento de la Modalidad de Selección por Subasta Inversa Electrónica, aprobada mediante Res. N° 590-2006-CONSUCODE/PRE regulaba el desarrollo y el procedimiento a seguir sobre esta modalidad de subasta inversa. Sobre la primera fase, de actos preparatorios, solo conviene mencionar que para la adquisición de un bien que se encuentra incluido en el Listado de Bienes Comunes, la entidad utilizará obligatoriamente la modalidad de selección por Subasta Inversa, salvo que se encuentre en el Catalogo de convenios marco, en ese caso las adquisiciones se efectúan bajo esa modalidad.

El RLCE contiene algunas precisiones sobre lo que ya se venía ejecutando con el reglamento subasta inversa electrónica, conviene entonces, exponer dichos alcances.

1.3.2.2. APERTURA DE PROPUESTAS Y PERIODO DE LANCES.

Se realiza en la fecha y hora prevista en el calendario a través del SEACE, en dos ciclos consecutivos:

²⁶ Mediante Opinión N° 016-2009/DTN, el OSCE se pronunció respecto del 20% adicional sobre la sumatoria del puntaje obtenido por la propuesta técnica y económica en los procesos de selección. Señalando que dicha bonificación no resulta aplicable actualmente. Conforme indica el informe N° 662-EF/60.10 no es posible en los procesos de selección convocados a partir del 1º de febrero de 2009 otorgar la citada bonificación dentro de la fase de evaluación de las propuestas presentadas por los postores, por cuanto la obligación para realizar dicha acción carece de amparo legal.

1.3.2.2.1. APERTURA DE PROPUESTAS Y LANCES CON AGENTES ELECTRÓNICOS.

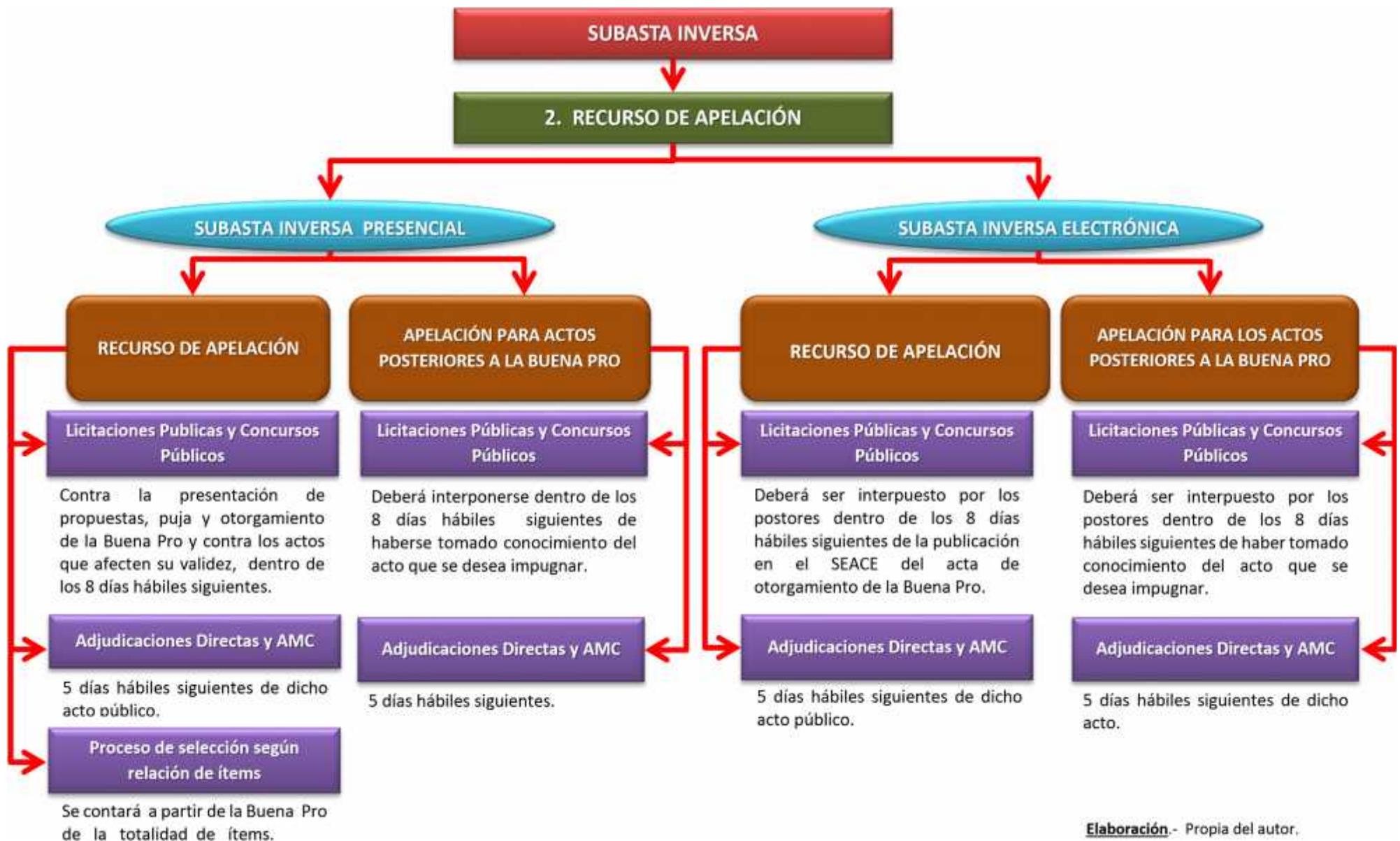
El sistema realiza la apertura de propuestas e inicia los lances conforme a los valores configurados por el postor en su Agente Electrónico. Al final de ello, determina el menor precio, que será la base para el siguiente ciclo.

1.3.2.2.2. MEJORA DE PRECIOS LANCES EN LÍNEA.

Tiene una duración mínima de dos horas en la que los postores pueden mejorar el menor precio, enviando lances sucesivos realizados en línea, sin considerar el decremento mínimo establecido. El cierre aleatorio será entre 1 a 30 minutos. Una vez terminado el plazo no se admitirán más lances.

1.3.2.2.3. OTORGAMIENTO DE LA BUENA PRO.

Se establece el orden de prelación, asignando el puntaje respectivo y generando el Acta con el detalle de la de Apertura de Propuesta y Periodo de Lances); la misma que queda registrada en el sistema y se publica automáticamente. En caso de que exista un solo postor con propuesta valida, se declara el proceso desierto.



COMPRAS CORPORATIVAS

1. DEFINICIÓN.

Se define a las compras corporativas como el mecanismo de contratación que pueden utilizar las Entidades para que en forma conjunta puedan adquirir bienes o contratar servicios, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado, aprovechando las economías de escala; modalidad que se viene implementado desde hace algunos años en el Perú, y que luego de la promulgación de la actual normativa se ha articulado a PERÚ COMPRAS.

2. ALCANCES LEGALES DE LAS COMPRAS CORPORATIVAS.

En principio la modalidad de las compras corporativas se encuentra regulado en los artículos 80 al 85 del RLCE, sin embargo, no es directamente el OSCE quien se encarga de su supervisión y ejecución²⁷, sino Perú Compras, la cual a través del Decreto Legislativo 1018 le fue conferida dicha tarea.

De acuerdo con el artículo 80 del RLCE tenemos lo siguiente:

Reglamento de la LCE. Artículo 80.- Características del Proceso de Compra Corporativa.
<i>Las entidades podrán contratar bienes y servicios en forma conjunta, a través de un proceso de selección único, aprovechando los beneficios de las economías de escala, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado (...).</i>

Esta norma jurídica, resume lo que ya habíamos mencionado en la parte introductoria de este capítulo, en donde las entidades tienen la opción de realizar en un solo proceso la compra o adquisición de un bien o servicio, lo cual aprovechan la economía de escala²⁸, lo cual beneficia a las entidades no solo en precios sino también en costos en realizar solo un único proceso.

²⁷ Estas atribuciones eran dadas anteriormente por el EX CONSUCODE – hoy OSCE-, para lo cual se había implementado un Plan Piloto de compras públicas, la cual fue desactivada mediante el Decreto Supremo N° 1372008-EF.

²⁸ Este concepto económico hace referencia al alcance óptimo que tiene una empresa en su proceso de producción, de tal forma que cuando produce en cantidad, producir una unidad más, le cuesta menos. Aprovechando esta situación, las Entidades al adquirir más, sin duda el costo de producción de los bienes en esa cantidad a los proveedores les representa un costo menor a escala, es por eso que el costo de adquisición es menor.

3. AS COMPRAS CORPORATIVAS EN LA LCE Y EL RLCE.



COMPRAS CORPORATIVAS

Compras corporativas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Compras Corporativas Obligatorias y Perú Compras

El Artículo 82 del RLCE se dispone que mediante Decreto Supremo del MEF, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros: “Se establecerán los bienes y servicios que se contratarán mediante Compras Corporativas Obligatorias, así como las Entidades participantes y técnicas”. En tal medida se ha dispuesto los bienes y servicios que se contratarán bajo la modalidad de Compra Corporativa Obligatoria:

- Seguro obligatorio contra accidentes de tránsito. SOAT;
- Discos Compactos;
- Disquetes;
- Equipos de conversión de gas natural instalados;
- Gas Natural Vehicular;

Por otro lado, la nueva normativa ha dispuesto que la Central de Compras Públicas – Perú Compras sea la Entidad encargada de realizar las Compras Corporativas Obligatorias.

Entidades participantes y sus obligaciones

Serán aquellas que están obligadas a contratar los bienes y servicios contenidos en sus respectivos Planes Anuales de Contratación, mediante Compra Corporativa Obligatoria. Luego tales Entidades participantes, tendrán la obligación de homogenizar y consolidar los requerimientos de todas sus unidades orgánicas.

La Entidad Técnica

El Artículo 83 del RLCE establece que es el ente encargado de determinar las características homogenizadas de los bienes y servicios requeridos por las Entidades participantes, teniendo como base la consolidación remitida por la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS.

Elaboración.- Propia del autor.

COMPRAS CORPORATIVAS

Compras corporativas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Compras Corporativas Facultativas

La otra posibilidad de las Compras Corporativas se encuentra establecida en el Artículo 85 del RLCE, el cual regula las Compras Corporativas Facultativas en los términos que seguidamente desarrollamos.

Requisitos y obligaciones de la Entidad Encargada

- **REQUISITOS**
Se deberá elaborar un Convenio que deberá ser suscrito por los funcionarios competentes de todas las Entidades participantes, así como la designación de la Entidad encargada de la compra corporativa.
- **OBLIGACIONES**
 - Recibir los requerimientos de las Entidades participantes.
 - Consolidar y homogenizar las características de los bienes y servicios, así como determinar el Valor Referencial.
 - Efectuar todos aquellos actos previos y necesarios para aprobar el Expediente de Contratación.
 - Designar al o a los Comités Especiales que tendrán a su cargo los procesos de selección.
 - Resolver los recursos de apelación, en los casos que corresponda.

El Comité Especial

- Elaborar las Bases, conforme al contenido del Expediente de Contratación.
- Una vez que queda consentido el otorgamiento de la Buena Pro, se elevará el expediente al Titular de la Entidad encargada de la Compra Corporativa para su remisión a las Entidades participantes.

Obligaciones de las Entidades en las compras corporativas facultativas

- A contratar directa y exclusivamente con los proveedores seleccionados los bienes y/o servicios cuyo requerimiento haya sido materia del proceso de Compra Corporativa;
- A suscribir todos los documentos que resulten necesarios para la formalización del o los contratos;
- A pagar al proveedor o proveedores seleccionados la contraprestación acordada, previa conformidad.

Elaboración.- Propia del Autor.



Elaboración: Propia del autor.

4. PERÚ COMPRAS. EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1018.

Mediante el Decreto Legislativo N° 1018 se creó la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS, la cual asume las funciones que ejercía la Unidad de Compras Corporativas, la misma que puede tener a su cargo las compras obligatorias y facultativas. En relación con las funciones, el Artículo 2 del citado Decreto Legislativo N° 1018 establece las siguientes:

- a) Realizar las Compras Corporativas obligatorias, de acuerdo a lo que se establezca en el Decreto Supremo correspondiente, aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;
- b) Realizar las Compras Corporativas facultativas que le encarguen otras Entidades del Estado;
- c) Realizar las adquisiciones que le encarguen otras Entidades del Estado, de acuerdo al convenio correspondiente, incluyendo la determinación de las características técnicas de los bienes y servicios a contratar y el Valor Referencial; así como la aprobación del Expediente de Adquisiciones y las Bases del proceso correspondiente, hasta antes de la suscripción del Contrato.
- d) Asesorar a las Entidades del Estado que realicen Compras Corporativas facultativas; así como en la planificación y gestión de sus procesos de adquisiciones que realicen de manera institucional;
- e) Promover y conducir los procesos de selección para la generación de Convenios Marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes;
- f) Llevar a cabo los procesos de selección para adquisiciones específicas que se le asignen mediante Decreto Supremo, aprobado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,
- g) Las demás que le asigne la normativa.

Perú Compras se desenvuelve en el ámbito del Gobierno Nacional, tal como se indica en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1018, el cual establece que no se encuentra sujetas a la norma las contrataciones y adquisiciones efectuadas por los Gobiernos Regionales y Locales, sin perjuicio de que éstos puedan solicitar participar. Por lo tanto, siempre es una posibilidad.

CONVENIO MARCO

1. DEFINICIÓN DEL CONVENIO MARCO.

El Artículo 15 de la LCE prescribe como otra modalidad de contratación al convenio marco, el mismo que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 21 del RLCE constituye una modalidad especial. La definición del convenio marco se encuentra regulada en el Artículo 97 del RLCE el cual lo define como: ***“La modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco”.***

El convenio marco, se otorga a través de la utilización del Internet, lo cual genera mayor rapidez en las transacciones comerciales, basta estar sentado frente a una computadora conectada a la web para poder realizar la selección de los bienes que se desea adquirir, esto desde cualquier parte del país, beneficiando así a las distintas entidades del Estado.

Cabe precisar que la Entidad a la cual se le ha encargado llevar a cabo el monitoreo y definición de los bienes y servicios a contratar y la administración del convenio marco es la

Central de Compras Públicas – Perú Compras, mientras que el catálogo electrónico del Convenio Marco está a cargo del OSCE, y es publicado en la página web del SEACE, en dicha página se insertarán las fichas técnicas (las cuales deberán incluir el nombre de los proveedores adjudicatarios, precios, lugares de entrega y demás condiciones de la contratación) con las características de los bienes y servicios en las que son ofertadas.

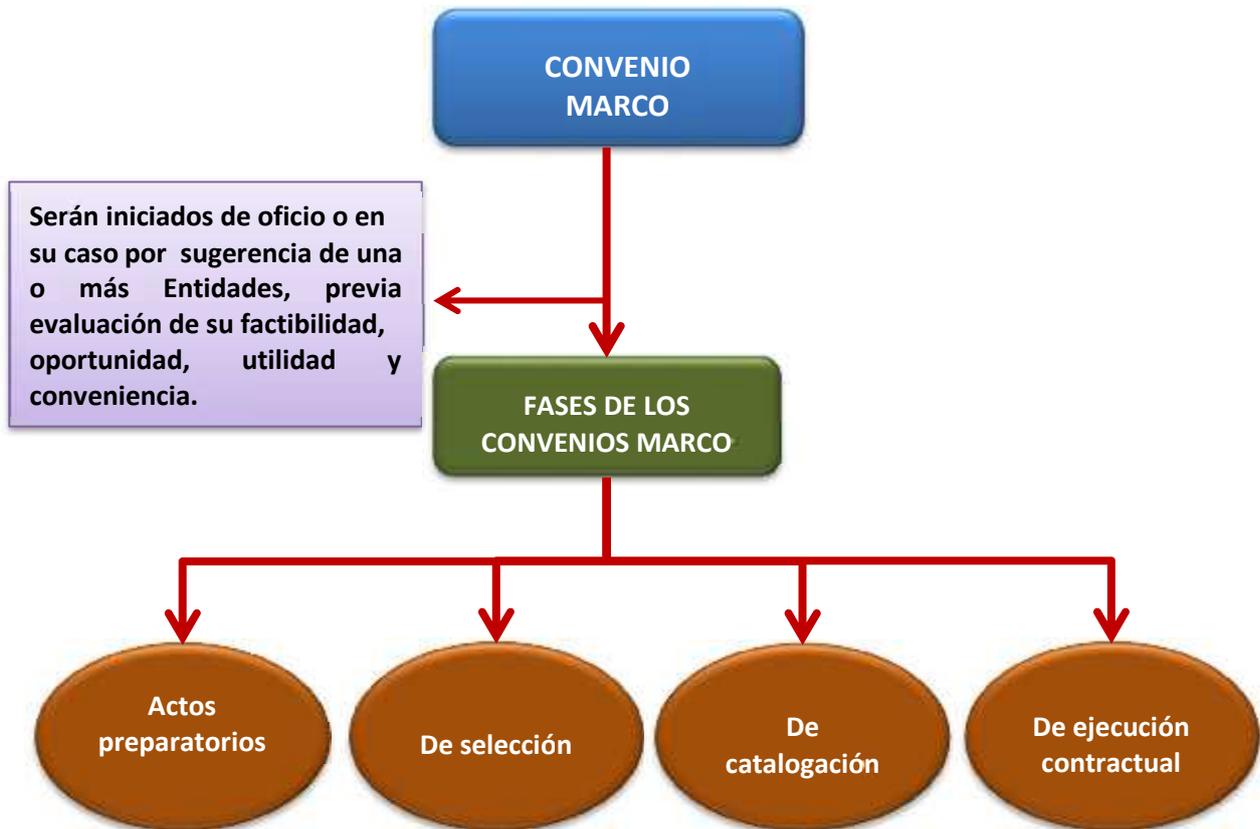
2. CATÁLOGO ELECTRÓNICO.

Es una lista de todas aquellas fichas técnicas de bienes y servicios, en las cuales corresponde al OSCE ir integrando aquellos bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos por el Convenio Marco.

Este sistema por su rapidez y eficiencia, se ha considerado de forma obligatoria desde el día siguiente de la publicación de las fichas técnicas en el SEACE, más aún la excepción establecida en el artículo 3 de la LCE referida a las contrataciones menores a Tres (3) UIT, no es aplicable a las contrataciones realizadas a través de esta modalidad, sin embargo las Entidades podrán emplear otro mecanismo de contratación, en caso de la existencia de condiciones que resulten más ventajosas o beneficiosas para la Entidad, siempre y cuando éstas resulten objetivas, demostrables y sustanciales para la Entidad. Para esto, la Entidad deberá contar previamente con la autorización del OSCE antes de realizar la contratación.

3. REGLAS PARA LA REALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONVENIOS MARCO DE PRECIOS.

El artículo 98 RLCE establece que la realización y ejecución de los Convenios Marco se sujetaran a las siguientes reglas:



Elaboración: Propia del autor.

El desarrollo de las fases de selección y de ejecución contractual del Convenio Marco, serán publicados y difundidos a través del SEACE, siendo el orden de prelación del marco legal del convenio marco el siguiente:

- Las Bases Integradas;
- Los términos del Acuerdo de Convenio Marco;
- La Orden de Compra o de Servicio; - El contrato, si fuera el caso.

El inciso sexto del artículo 98 refiere el alcance de la responsabilidad de Perú Compras indicando que este órgano no asumirá responsabilidad alguna en caso que un determinado bien o servicio incluido en el Catálogo no sea objeto de contratación por parte de las Entidades, ni por la falta de pago al proveedor adjudicándolo por parte de las Entidades.

En cuanto a los proveedores adjudicatarios se establecen los derechos y obligaciones siguientes:

- Deberán mantener las condiciones ofertadas en virtud a las cuales suscribieron el respectivo Acuerdo de Convenio Marco, pudiendo proponer mejoras a dichas condiciones, las cuales serán autorizadas por Perú Compras.
- Podrán solicitar a Perú Compras el reajuste de sus precios en un determinado Convenio Marco cuando tal posibilidad esté contemplada expresamente en las Bases y según los criterios establecidos en ellas.

Respecto de las Entidades, se indica que estas tienen la obligación de registrar en el SEACE los órdenes de compra, órdenes de servicio o contratos que se hubieran generado en el empleo de esta modalidad.

4. REGLAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN.

El tema es regulado por el artículo 99 del RLCE, el cual establece que la fase de selección se hará a través de una Licitación Pública o Concurso Público, el mismo que tendrá las siguientes reglas especiales:

- La elaboración de las Bases y desarrollo del proceso de selección para la generación de un Convenio Marco estará a cargo de un Comité Especial designado por Perú Compras.
- La absolución de consultas y de observaciones se efectuará en un plazo máximo de 10 días hábiles en cada caso, contados desde el vencimiento del plazo para su recepción.
- Los observantes tienen la opción de que las Bases y los actuados del proceso sean elevados al OSCE, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 58 del RLCE.
- La Buena Pro será otorgada a los proveedores que cumplan con las condiciones indicadas en las respectivas Bases.
- Una vez quede consentida la adjudicación de la Buena Pro, los proveedores adjudicatarios procederán a suscribir el correspondiente acuerdo del convenio marco, mediante el cual éstos solo adquieren el derecho de incluir los productos que figuran en el catálogo electrónico del convenio marco.
- Las controversias que surjan en la selección darán lugar a la interposición del recurso de apelación ante el Tribunal.
- Las controversias que surjan durante la ejecución contractual involucran únicamente a la Entidad contratante y al proveedor adjudicatario, y se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje.

5. PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN.

Cuando el área usuaria de la Entidad requiera la contratación de un bien o servicio deberá consultar el Catálogo Electrónico de Convenios Marco, la ventaja que permite este procedimiento es que ya no es necesario realizar el procedimiento clásico para adquirir un bien. Ahora, si el catálogo contiene el bien o servicio con las condiciones requeridas, las Entidades, a través del órgano encargado de las contrataciones, tienen la obligación a contratarlos de los proveedores adjudicatarios incluso si el monto es menor de tres (3) UIT, previa verificación de la disponibilidad de recursos, así también en las correspondientes fichas del Catálogos Electrónico de Convenios Marco.

Tómese en cuenta que es por medio de la emisión de órdenes de compra o servicio si los montos contratados corresponden a un proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía, mientras que en el caso que los montos contratados corresponden a procesos de Adjudicación Directa, Licitación o Concurso Público, se realiza mediante la suscripción del contrato.

La excepción a esta regla, y previa aprobación por escrito del OSCE, las Entidades que no tengan acceso a Internet en su localidad no se encuentran obligadas a contratar a través de Convenio Marco, debiendo para esos casos emplear el mecanismo de contratación que corresponda.

La utilización y la contratación a través del catálogo electrónico del convenio marco puede realizarse de acuerdo a los requerimientos periódicos de cada Entidad, esto es importante resaltar dado que ello no conlleva a la configuración del fraccionamiento.

Por otra parte, es responsabilidad de las Entidades el pago al proveedor adjudicatario, y en ningún caso existirá responsabilidad de la Central de Compras Públicas – Perú Compras, dado que tal ente Estatal sólo se encarga de realizar el monitoreo del Convenio Marco. Al igual que en las compras corporativas, ésta sólo se responsabiliza de que el desarrollo del proceso de selección se lleve a cabo dentro de los parámetros legales, pero no tiene responsabilidad luego de la Buena Pro, esto es en la etapa de ejecución del contrato.

Paralelamente, en lo que se refiere al proveedor adjudicatario, éste podrá abstenerse de recibir las órdenes de compra o de servicio o de suscribir los contratos, cuando la Entidad tenga retraso en el pago de deudas derivadas de cualquier tipo de obligación con dicho proveedor, esto es lo que se conoce como excepción de incumplimiento, lo cual permite a una de las partes eximirse del cumplimiento de su prestación en vista que la contraparte aún no ha asumido la ejecución de la prestación que le corresponde.

En la siguiente ilustración, veamos cual es el desarrollo del proceso del Convenio Marco de Precios:



Elaboración: Propia del autor.

6. LA RESPONSABILIDAD POR EL PAGO Y LA VIGENCIA DEL CONVENIO MARCO.

Las Entidades que contraten a través de la modalidad de selección de Convenio Marco son responsables del pago al proveedor adjudicatario. En esta modalidad es de aplicación la excepción del contrato no cumplido, ya que se establece que un proveedor adjudicatario podrá abstenerse de recibir las órdenes de compra o de servicio o de suscribir los contratos, cuando la Entidad tenga retraso en el pago de deudas derivadas de cualquier tipo de obligación con dicho proveedor.

En cuanto a la vigencia, el artículo 102 del RLCE establece que el plazo de vigencia de cada Convenio Marco será especificado en las Bases del proceso, no pudiendo ser mayor a un año, existiendo la posibilidad de ser renovado de forma sucesiva por periodos menores o iguales, siempre que dichos periodos en conjunto, incluyendo el plazo original, no excedan de un año y medio. Asimismo, Perú Compras puede revisar y dar por finalizado anticipadamente un Convenio Marco en caso las condiciones ofertadas no sean las más beneficiosas. La facultad de disponer la renovación o la revisión del Convenio corresponde a PERÚ COMPRAS.

7. LAS CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LAS FICHAS O DEL PROVEEDOR DEL CATÁLOGO ELECTRÓNICO DE CONVENIOS MARCO DE PRECIOS.

Al respecto el artículo 103 del RLCE dispone que las fichas de Convenio Marco, serán excluidas del Catálogo Electrónico de Convenios Marco en los siguientes casos:

- Vencimiento del plazo de vigencia del Acuerdo de Convenio Marco.
- Solicitud justificada del proveedor adjudicatario, aprobada por Perú Compras.
- Efecto de la revisión del Convenio Marco.
- Incumplimiento injustificado del proveedor adjudicatario de sus obligaciones contractuales derivadas de órdenes de compra, de servicios o contratos, según corresponda, que dé lugar a la resolución del contrato de manera consentida o arbitrariamente firme.

La misma norma establece que un Proveedor será excluido del Catálogo Electrónico de Convenios Marco en los siguientes casos:

- Esté impedido para contratar con el Estado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley.
- Esté inhabilitado temporal o definitivamente para contratar con el Estado.
- No cuente con inscripción vigente en el RNP. En estos casos, la exclusión se refiere a todos los Convenios Marco vigentes con el proveedor adjudicatario.

CAPÍTULO IV
RESULTADOS Y DISCUSIÓN
SUBCAPÍTULO I

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

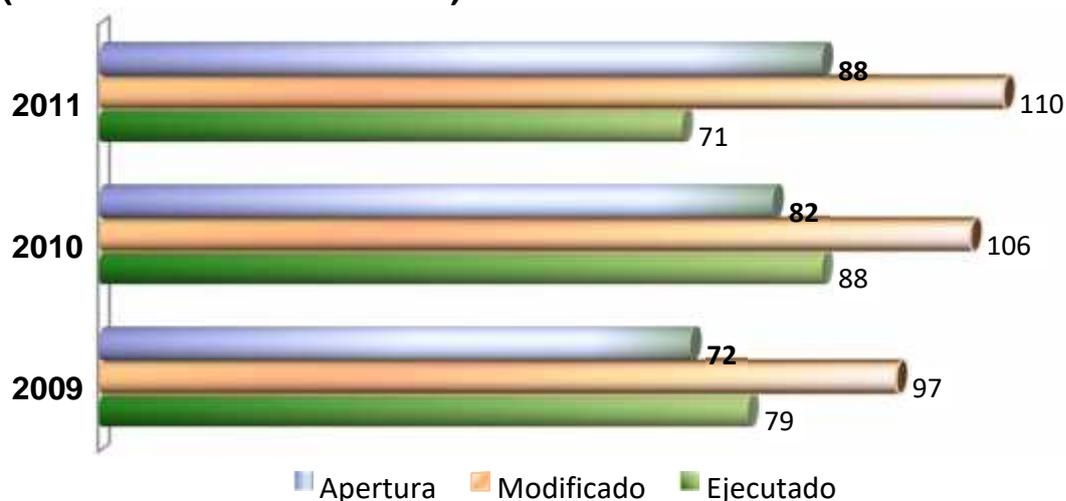
CUADRO N° 01
EVOLUCIÓN DEL PRESUPUESTO PÚBLICO, DURANTE EL PERIODO 2009 - 2011
(EN MILES DE MILLONES DE NUEVOS SOLES).

Presupuesto Público	2009		2010		2011	
	Monto	%	Monto	%	Monto	%
Apertura	72	-	82	100	88	100
Modificado	97	100	106	129	110	125
Ejecutado	79	81	88	83	71	65

Fuente: Información publicada en la página Web de ciudadanos al
 Día: <http://www.ciudadanosaldia.org/boletines/default.htm>

Elaboración: Propia del autor

Evolución del Presupuesto Público. Período: 2009 - 2011
(Miles de Millones de n.s.)



Elaboración: Propia del autor

ANÁLISIS DEL CUADRO N° 01.

En el presente cuadro se analiza el presupuesto público perteneciente a los años 2009, 2010 y 2011, en tal sentido cabe indicar que presupuesto público es una herramienta fundamental para la toma de decisiones, a través del cual se puede dar cumplimiento a los programas de gobierno, los planes de desarrollo y en fin poder impulsar y propiciar la satisfacción de necesidades básicas de la población y el desarrollo, de este modo, el gobierno tiene dentro de su función primordial el propiciar la redistribución del ingreso y la lucha contra la pobreza, donde el presupuesto público juega un papel fundamental especialmente en el destino de los recursos con los que cuenta el Estado; así un objetivo fundamental de la administración pública es contar con un Estado capaz de proveer de manera oportuna, eficiente y con criterios de equidad, los bienes y servicios públicos que requiere la población; entre los instrumentos más importantes para lograr este objetivo, se encuentra el Presupuesto Público, este es el principal elemento de programación económica y financiera para el logro de las funciones del Estado.

De esta forma apreciamos que en el año fiscal 2009 el presupuesto institucional de apertura fue de S/. 72, 000 millones de nuevos soles (100%). De la suma antes mencionada, se modificó dicho presupuesto ascendiendo dicha reforma al monto de S/. 97,000 millones de nuevos soles (porcentualmente hablando, el 134.72% del monto anterior). De esta suma se ejecutó efectivamente en dicho rubro, el monto de S/. 79,000 millones de nuevos soles, el cual representa el 81.44% del presupuesto institucional modificado.

Igualmente, durante el año fiscal 2010, se puede evidenciar que, el monto del presupuesto institucional de apertura fue de S/. 82, 000 millones de nuevos soles (100%). Siendo el presupuesto institucional posteriormente modificado el mismo que ascendió a la suma de S/. 106,000 millones de nuevos soles para la inversión pública, (es decir el 129.27% del monto precedentemente). De esta suma se ejecutó efectivamente en dicho rubro, la suma de S/. 88,000 millones de nuevos soles, el cual representa el 83.02% del presupuesto institucional modificado.

Esta misma tendencia la apreciamos en el año fiscal 2011, en el que, la suma del presupuesto institucional de apertura fue de S/. 88, 000 millones de nuevos soles (monto que representa el 100% de dicho año fiscal), suma que en comparación con el año 2009 aumento en 16,000 millones de nuevos y respecto del año fiscal 2010 aumentó en 6 millones de nuevos soles. Siendo el caso que el presupuesto institucional modificado, ascendió a la suma de S/. 110,000 millones de nuevos soles para la inversión pública, (lo que equivale al 125.00% del monto antes señalado). De esta cantidad solamente se ejecutó efectivamente en dicho rubro, la suma de S/. 71,000 millones de nuevos soles, lo cual representa el 64.55% del presupuesto institucional modificado.

Ahora bien, es necesario mencionar que el presupuesto Público es un instrumento de gestión del Estado por medio del cual se asignan los recursos públicos sobre la base de una priorización de necesidades de la población. Estas necesidades son satisfechas a través de la provisión de bienes y servicios públicos, ello en el marco de políticas públicas ya definidas.

De este modo cabe agregar que el presupuesto público está orientado para atender la situación de seguridad, de salud y la educación de la población entre otros aspectos, a través de la prestación de servicios sociales básicos. Para lograr tales propósitos con eficiencia, no solo se requiere un ingreso económico suficiente, sino que también debe existir una capacidad adecuada para ejecutar el gasto público; postulado que como se advierte del cuadro N° 01 no se presenta, pues se aprecia que el presupuesto público no se ejecuta en su totalidad.

Por lo cual ciertamente resulta fundamental impulsar una reforma orientada a ejecutar el gasto público a través de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, esto con la finalidad de implementar políticas públicas de salud, educación, servicios básicos, seguridad, etc.; dado que el presupuesto público es un medio para garantizar el desarrollo económico y social del país; especialmente de la población más necesitada. En dicho sentido es oportuno indicar que el problema no es exclusivamente el incremento del gasto, sino también la calidad en la ejecución del mismo. Si no se reforman los procesos en el sistema de contrataciones del Estado, los recursos públicos no se están utilizando adecuadamente, esto debido a la carencia de una legislación orientada al cumplimiento de resultados de forma eficiente y transparente.

Y si bien la normatividad sobre el presupuesto público contiene los objetivos claros, no se ha avanzado lo suficiente para que el presupuesto público se ejecute con eficiencia. Es decir, se dice qué es lo que se desea, pero no se dice cómo se logrará. Consecuentemente podemos concluir que, si bien durante el periodo en mención existió un aumento en el monto presupuesto, lo cual ha permitido una mayor desarrollo de la inversión pública en nuestro país; sin embargo el presupuesto público no se ha ejecutado en su totalidad; lo que se debe a las deficiencias que presentan los procesos de selección en el sistema de contrataciones del Estado; lo cual se desprende del ranking de ejecución de inversiones del Sector Público perteneciente al año fiscal 2011, publicado por el congreso de la república en su respectiva página Web²⁹.

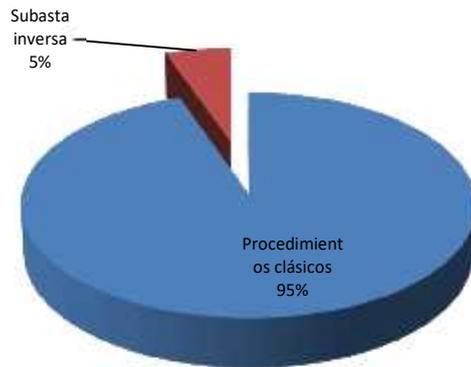
²⁹ Fuente: **Eguren Neuenschwander**, Juan Carlos. Ranking de Ejecución de Inversiones del Sector Público del Perú: Año Fiscal 2011 www.congreso.gob.pe/congresista/2011/jceguren/boletín/ranking_ejecución_presupuestal.2011.pdf

CUADRO N° 02
NÚMERO DE PROCESOS Y VALOR ADJUDICADO (EN MILLONES DE S/.), SEGÚN PROCESOS Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN
DESDE ENERO DE 2009 HASTA ABRIL DEL AÑO 2012.

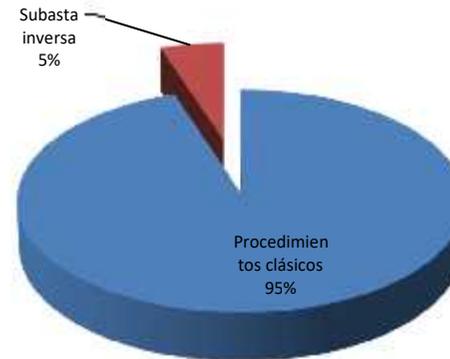
		Año 2009		Año 2010		Año 2011		Año 2012 : Enero - Abril		
		Nº Procesos totales	Monto Adjudicado total	Nº Procesos totales	Monto Adjudicado total	Nº Procesos totales	Monto Adjudicado total	Nº Procesos totales	Monto Adjudicado total	
Procedimientos bajo alcances de la ley	Procedimiento clásico	Licitación Pública	2,026	S/. 7,280.18	1,741	S/. 6,315.03	2,108	S/. 7,935.07	223	S/. 373.36
		Concurso Público	1,284	S/. 5,185.04	1,297	S/. 3,051.94	980	S/. 2,073.62	135	S/. 164.40
		Adjudicación Directa (P)	3,730	S/. 1,165.28	3,606	S/. 1,210.79	3,511	S/. 1,508.25	648	S/. 256.52
		Adjudicación Directa (S)	22,860	S/. 2,361.33	22,256	S/. 2,351.16	19,950	S/. 2,628.38	4,790	S/. 587.48
		Adjudicación de menor cuantía	66,716	S/. 3,718.69	55,970	S/. 4,520.93	57,697	S/. 3,693.49	14,288	S/. 688.81
	Subasta inversa	Presencial	3,021	S/. 936.01	2,359	S/. 1,062.95	2,796	S/. 736.19	776	S/. 237.39
		Electrónica	2,443	S/. 275.65	2,196	S/. 294.87	2,624	S/. 353.87	812	S/. 132.01
	Convenio Marco	S/D	S/D	S/D	S/D	12,219	S/. 88.40	5,098	S/. 36.77	

Fuente: Información publicada en la página web del OSCE: www.osce.gob.pe **Elaboración:** Propia del autor.

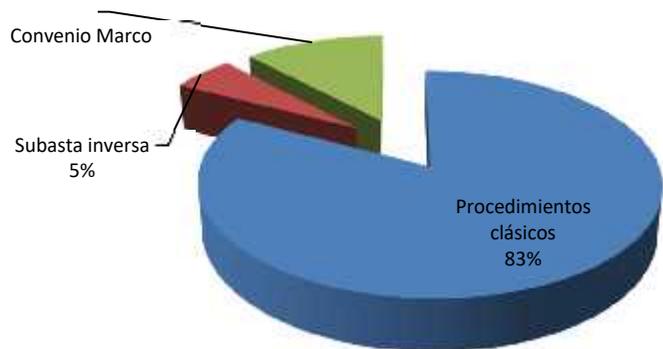
Número de procesos adjudicados según modalidad. Año 2009



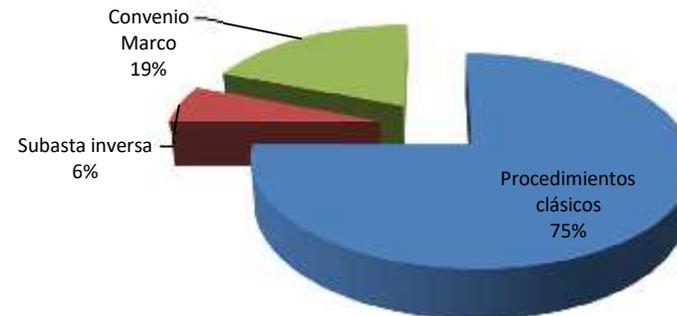
Número de procesos adjudicados según modalidad. Año 2010



Número de procesos adjudicados según modalidad. Año 2011



Número de procesos adjudicados según modalidad. Año 2012 (Enero - Abril)



12%

ANÁLISIS DEL CUADRO N° 02.

La gestión de las adquisiciones públicas ha sido y es un tema de primera prioridad para los todos gobiernos, así la eficiencia de dicha gestión es fundamental para el logro de los objetivos del Estado; en tal sentido, las compras y contrataciones gubernamentales, son el pilar fundamental que permiten medir la eficiencia y transparencia del buen o mal uso de los recursos que el Estado Peruano confía a cientos de contratistas; siendo además importante resaltar que un proceso de adquisiciones públicas juega un papel fundamental en la determinación de la competitividad a nivel internacional de un país.

Así es oportuno indicar de acuerdo al contenido del cuadro N° 02, los recursos del presupuesto estatal son canalizados a través de las contrataciones públicas, lo que evidencia que una porción muy importante de los negocios de diversos sectores de la economía es impulsada por el sistema de contrataciones del Estado.

Ahora bien, también apreciamos en dicho cuadro el número de procesos y el valor adjudicado según la modalidad, esto desde el mes de enero del 2009 hasta el mes de abril del año en curso (2012).

De este modo es de apreciarse los todos los procesos que han sido desplegados bajo el alcance de la Ley de Contrataciones del Estado, asimismo se observa la utilización de las modalidades de subasta inversa y convenio marco. En tal sentido se debe precisar que dentro de los procesos de selección se encuentra comprendidos:

- La Licitación Pública (LP),
- El Concurso Público (CP),
- La Adjudicación Directa Pública (ADP),
- La Adjudicación Directa Selectiva (ADS) y
- La Adjudicación de Menor Cuantía (AMC).

Por otro lado, en la modalidad de subasta inversa, se han considerado las dos clases de subasta inversa, es decir la subasta inversa presencial y la subasta inversa electrónica. Por último, tenemos el convenio marco, el cual para sorpresa, pese a ser una de las tres modalidades especiales que señala la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, solamente desde el año 2011 se registra su empleo.

Asimismo, hay que indicar que en el cuadro N° 02 se ha efectuado un estudio sobre los procesos y el monto adjudicado, desde el año 2009 hasta abril del año en curso (2012), resaltando en lo que va del primer trimestre del presente año, el empleo de las modalidad de subasta inversa y convenio marco ha presentado un leve aumentado en las entidades del Estado, lo que genera un tenue avance para justificar los principios de la contratación pública, sobre todo en aquellos mecanismos que están influenciados por la teoría del Análisis Económico del Derecho.

De esta forma se puede deducirse que el funcionamiento del sistema de adquisiciones públicas evidencia una falta de eficiencia; esto debido a que la percepción de la contratación pública es comparada con el trámite que se inicia para la obtención de una licencia; pese a que tal sistema es un proceso productivo de los servicios públicos, pues su finalidad es la adquisición de bienes, servicios y obras de la mejor calidad.

Entonces existe una percepción en el legislador en el sentido que eficiencia equivale a la creación de modalidades o regímenes especiales de contratación que permitan alcanzar los ideales de eficiencia y/o agilidad, los mismos que son distintos entre sí, y distintos a los previstos en los procesos de contratación pública; en tal sentido se hace necesario modificar el régimen general de contratación Estatal, es decir las reglas que contienen los procesos de selección.

Por lo cual considerando lo mencionado, se confirma que el modelo actual de compras y contrataciones del Estado Peruano es un sistema fragmentado y presenta varias deficiencias, de este modo es necesario que se logre una adecuada selección a través del proceso clásico, con la finalidad de que las instituciones del Estado seleccionen a los proveedores adecuados, dado que la finalidad del sistema de contrataciones es el uso eficiente de los recursos públicos, atendiendo de la mejor forma los requerimientos de la entidades públicas. Para ello, además de aplicar el marco normativo vigente, es necesario proponer una estrategia legal con relación a los procesos clásicos, pues constituyen el volumen grueso de las contrataciones públicas; pues la mejora del sistema de contratación pública pasa por un enfoque integral de solución que incluye la dación de normas con tendencia a la permanencia en el tiempo.

SUBCAPÍTULO II

DISCUSIÓN SOBRE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En las interrelaciones de carácter patrimonial es claro que todas las personas, al momento de tomar cualquier decisión, analizan lo favorable y desfavorable, no sólo frente a la alternativa en si misma considerada, sino respecto de sus repercusiones futuras; en consecuencia, adoptamos las opciones que más nos convengan, con el propósito de satisfacer nuestras necesidades. Es así como (aunque parezcan muy distantes para los juristas) el Derecho y la Economía, se vinculan, pues el objeto de la Teoría del Análisis Económico del Derecho es el estudio de las conductas económicas, realizadas en las condiciones que determinan las normas jurídicas, todo lo cual apareja consigo el análisis y replanteamiento de los modelos económicos, especialmente si se tiene en cuenta que el patrimonio público juega un papel trascendental.

Por ende, a partir de la conciencia adquirida respecto a la importancia de mejorar las políticas estatales y crear cambios sustanciales en la concepción real del Estado, es que se inicia el estudio del Derecho desde la perspectiva microeconómica y de su influencia en el funcionamiento de la economía.

Así, la Teoría del Análisis Económico del Derecho se encuentra caracterizada, entre otros, por el estudio de las políticas públicas en el marco de un modelo de Estado determinado, buscando respecto de estas, la explicación y predicción de sus relaciones de causa y efecto, así como de su correspondiente vinculación con la normativa del deber ser.

De este modo, la Teoría del Análisis Económico del Derecho se constituye en la actualidad en una herramienta de análisis que no se puede dejar de lado; en tal sentido, cada vez es mayor el número de juristas que han notado que la creación de las normas jurídicas debe contar con elementos que van más allá de los aspectos teóricos y han empezado a estudiar las tendencias anglosajonas que incorporan los principios básicos de la economía al Derecho. Por lo tanto, la Teoría del Análisis Económico del Derecho se entiende básicamente como la aplicación directa de principios que contiene la microeconomía al análisis del sistema jurídico. De acuerdo a lo mencionado, la Teoría del Análisis Económico del Derecho está dirigida a contribuir en la eficiencia de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, la aplicación de la teoría económica a las normas jurídicas, ha generado un cierto rechazo de parte de la comunidad jurídica, dado que a juicio de algunos juristas la Teoría del Análisis Económico del Derecho se reduce solamente a una visión economicista del Derecho.

No obstante, lo manifestado lo que se consigue a través de la Teoría del Análisis Económico del Derecho, es predecir las conductas de los seres humanos, pues se parte del principio de que aquellos actúan en base a incentivos y, en consecuencia, buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudica. Por consiguiente, la Teoría del Análisis Económico del Derecho persigue evitar que los sistemas jurídicos

a la hora de legislar generen desperdicios; más aún si en una sociedad como la nuestra, los recursos son escasos. De este modo, lo que se busca con la citada teoría es un Derecho que, sin olvidar otros aspectos o valores a los cuales se deba, sea un Derecho eficiente.

Bajo este contexto, la influencia de la Teoría del Análisis Económico del Derecho en la gestión pública es importante, lo que contribuye a la identificación de algunas reformas económicas, en especial, respecto a la apertura de la economía y sobre todo en la creación y el rol de los distintos organismos reguladores. En tal sentido, es conveniente señalar que hace más de una década se promulgó la Ley del Procedimiento Administrativo General, la cual tiene una marcada influencia en la Teoría del Análisis Económico del Derecho, en particular en la formulación de los principios que permiten la reducción de los costos de transacción en los procedimientos administrativos.

Ahora bien, como se sabe, el Estado tiene como finalidad lograr el bien común y brindar bienestar a la población (mediante los servicios de salud, educación, seguridad, entre otros). Así para poder cumplir con sus funciones y otorgar estos servicios a la sociedad, deberá adquirir bienes, contratar servicios y ejecutar distintas obras. De este modo por el presupuesto y la envergadura de su intervención, el Estado es considerado un gran comprador. Por lo que es necesario señalar que un Estado moderno debe ser eficiente en la selección de sus contratistas, ello con el fin de brindar servicios de calidad y de manera oportuna. Según esta posición, los ahorros obtenidos bajo este enfoque, permitirán al Estado invertir en otros sectores o atender a más ciudadanos, contribuyendo a reducir los niveles de pobreza.

Así, la presente investigación propone incrementar la eficiencia en las adquisiciones que realiza el Estado Peruano, sobre la base de los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho. En tal medida, de acuerdo a lo indicado, también es oportuno mencionar que el país se encuentra atravesando una situación económica propicia que implica mayores desafíos en cuanto a la efectividad de la acción estatal.

Dicho aspecto hace que la administración del Estado deba ser cada vez más eficiente, pues es la encargada de realizar las acciones que permitan la obtención de bienes, servicios y obras, los cuales son necesarios para la comunidad bajo niveles óptimos. No obstante, lo vertido, en la actualidad los resultados sobre la evolución del presupuesto público distan mucho de ser inmejorables, lo cual se refleja en la trunca ejecución del presupuesto público, esto conforme se observa en el cuadro N° 01.

De esta manera se aprecia que, pese a existir un aumento en el presupuesto del Estado; sin embargo, el presupuesto público no ha sido ejecutado conforme a su programación; así, se puede afirmar que la insuficiente ejecución del presupuesto público, entendida como la capacidad del Estado para proveer bienes y servicios, es una característica de la administración pública en el Perú; motivo por el cual se hace necesario mejorar los procesos de compras estatales con el propósito de ejecutar el presupuesto público de manera eficiente.

Partiendo de lo anterior, conviene destacar que el proceso de selección de un determinado contratista tiene una gran importancia para el desarrollo de cualquier país, dado que el sector público puede utilizar las adquisiciones que realiza para promover sus objetivos. Ello implica que con una estructuración inadecuada de los procesos y modalidades de selección se incurre en un análisis erróneo de la relación calidad-precio, lo cual a su vez conduce al fracaso de la contratación estatal como herramienta importante para la ejecución de políticas públicas.

Pues, por regla general en el ámbito de las adquisiciones del Estado, las distintas entidades estatales realizan una convocatoria para que los interesados en contratar con aquellas, formulen sus ofertas de acuerdo a las condiciones que se encuentran recogidas en las bases que previamente se han publicado y aprobado, ello a través de las propuestas que se presentan dentro de un determinado proceso de selección, así la administración pública acopia dichas ofertas y ulteriormente las califica, tanto en su aspecto técnico como en relación al criterio económico, asignando el respectivo puntaje que corresponda para luego otorgar la buena pro al postor que obtuvo el máximo puntaje; de este modo se selecciona al respectivo contratista.

No obstante, lo mencionado la contratación administrativa conforme se encuentra regulada no es competitiva; pues debe regirse necesariamente por la libre competencia y por la autonomía de la voluntad. Si no existieran dichos presupuestos, lo que ocurriría es una asignación ineficiente de recursos del Estado. Razón por la cual cabe recordar que el pilar básico para la estructura del derecho contractual como lo concebimos, es el carácter negocial; en tal sentido es pertinente mencionar que los contratos están regidos por el principio de consensualismo, que no es otra cosa que la expresión de voluntad de las partes para adquirir obligaciones y deberes entre ellas, esto conforme se encuentra regulado en el artículo 1352 del Código Civil. Este planteamiento es el que lleva necesariamente a la idea de que el derecho contractual puede explicarse desde el punto de vista de la racionalidad económica.

Así, la misma pauta ya indicada respecto a la racionalidad económica en materia de derecho civil, es aplicable a las normas sobre adquisiciones del Estado, dado que a través de dicho marco jurídico se busca incrementar los recursos públicos, conforme al objeto de las contrataciones estatales establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1017, el cual está orientado a maximizar el valor del dinero de los contribuyentes en las contrataciones que realicen las entidades del sector público.

En este orden de ideas se hace necesario ilustrar lo referido, esto con el propósito de explicar las fases que se presentan tanto en las compras privadas como en las compras públicas que realiza en Estado, ello a través del cuadro que a continuación se gráfica:

FASE MACRO	FASES EN LAS COMPRAS PRIVADAS	FASES EN LAS COMPRAS PÚBLICAS
PLANIFICACIÓN	DETERMINACIÓN DE NECESIDADES	DETERMINACIÓN DE NECESIDADES
	DETERMINACIÓN DE LA FUENTE DE APROVISIONAMIENTO	VERIFICACIÓN DEL PRESUPUESTO INSTITUCIONAL DE APERTURA
	ELABORACIÓN DEL PLAN LOGÍSTICO	ELABORACIÓN DEL PAC
		DESIGNACIÓN DEL COMITÉ ESPECIAL
		ELABORACIÓN DE BASES
		CONVOCATORIA
SELECCIÓN DEL PROVEEDOR	CONVOCATORIA Y POSTERIOR NEGOCIACIÓN	REGISTROS DE PARTICIPANTES
		PRESENTACIÓN DE CONSULTAS
		ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS
		INTEGRACIÓN DE BASES
		PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS
		EVALUACIÓN DE PROPUESTAS
CONTRATACIÓN DEL PROVEEDOR	ADJUDICACIÓN DE LA BUENA PRO	
EJECUCIÓN CONTRACTUAL	GESTIÓN DE PEDIDOS	EJECUCIÓN DE PRESTACIONES
	SUPERVISIÓN DE PEDIDOS	
	ENTRADA DE MERCANCÍAS / SERVICIOS	
	VERIFICACIÓN DE FACTURAS	DECLARACIÓN DE CONFORMIDAD
	GESTIÓN DE PAGOS	LIQUIDACIÓN

Elaboración: Propia del autor.

Por otra parte, es necesario examinar el número de procesos y modalidades en materia de contrataciones, así como el valor adjudicado desde el mes de enero del 2009 hasta el mes de abril del año 2012 en las distintas entidades estatales. Apreciándose en el siguiente cuadro que, los procesos de selección desarrollados bajo el alcance de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, son en su gran mayoría solo procesos y no modalidades; siendo que la modalidad de subasta inversa posee escasa aplicación; además cabe mencionar que en lo que concierne a la modalidad de subasta inversa, se ha teniendo en cuenta sus dos clases, esto es, la subasta inversa presencial y la subasta inversa electrónica; siendo importante resaltar que además el convenio marco, como modalidad de contratación, pese a sus bondades, solamente a partir del año 2011 ha empezado a figurar en las estadísticas proporcionadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, conforme a se aprecia del Cuadro N° 02, consignado en el apartado precedente.

Al hilo de lo vertido y en consideración a lo mostrado en el segundo cuadro (relacionado con las fases de las compras privadas y las compras públicas), conviene mencionar que las compras en el sector privado se realizan teniendo en cuenta un espacio de negociación; y, en el caso de la compra pública, ésta se enfoca en mecanismos de control, dejando de lado la eficiencia, todo lo cual genera que las entidades estatales no se encaminen debidamente a la satisfacción de los intereses de la colectividad. Así, la compra privada otorga mayores espacios de discusión, con lo que mejoran los términos del futuro contrato, mientras las compras públicas se caracterizan por ser estáticas, lo que no permite generar un entorno de negociación.

Ahora bien, sabemos que el contrato es la unidad básica de intercambio, en ese sentido, tanto la contratación paritaria (es decir, la realizada en un contexto de perfecta negociación entre las partes), como la masiva (realizada usualmente en el contexto de transacciones de consumo) persiguen el mismo fin, esto es el intercambio de bienes y servicios. En tal medida es importante remarcar que los procesos de selección de un determinado contratista del Estado, en este caso, la licitación pública, el concurso público, la adjudicación directa pública, la adjudicación directa selectiva y la adjudicación de menor cuantía, así como las modalidades de convenio marco y compras corporativas, no contienen una fase de negociación entre la entidad contratante y los potenciales postores. En este orden de ideas, los procesos de contratación ya descritos, carecen de dicha etapa de negociación, lo cual hace que aquellos no sean eficientes, lo que contradice lo establecido en el artículo 4 literal f) de la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017 que recoge el principio de eficiencia en materia de adquisiciones del Estado, el cual dispone que las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles.

De este modo, teniendo en cuenta lo expuesto, es menester manifestar que los procesos de selección del Estado adoptan la forma típica de un juego fijo o estático, esto debido a la presentación de propuestas en sobres cerrados, como lo expresa el artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; además, los postores sólo tienen una oportunidad para presentar sus propuestas, (tanto técnicas como económicas), hecho que constituye un factor determinante para que los procesos de selección no sean eficientes, pues tal modelo de selección contenido en dichos procesos no es competitivo, dado que el criterio determinante para escoger al postor ganador, se basa en el precio más bajo contenido en el sobre en donde se almacena las referidas propuestas; lo cual no se condice con los avances en materia de contratación pública a nivel internacional.

Por lo tanto, con el análisis de los resultados acopiados en la presente investigación se tiene que la Teoría del Análisis Económico del Derecho tiene el potencial de incrementar la eficiencia de las contrataciones que realiza el Estado mediante los procesos de selección de bienes, obras y servicios; ya que dentro de tal teoría, el contrato estatal se encuadra dentro de un juego productivo, puesto que supone ventajas para los protagonistas; dado que la Teoría del Análisis Económico del Derecho aporta un método económico que buscará pronosticar las conductas de los sujetos que intervienen, en condiciones de negociación estratégica, con el propósito de incrementar sus beneficios.

De acuerdo con lo anteriormente mencionado se hace necesario diseñar un mecanismo que permita aplicar como corresponde los principios de costo-beneficio y maximización de la Teoría del Análisis Económico del Derecho; en tal sentido se puede llegar a concluir que todo régimen de contratación estatal, debe contener indudablemente una fase de negociación respecto a factores monetarios como no monetarios como regla general, ello tanto para los objetos con características uniformes o estandarizados, como para aquellos personalizados; además, la negociación también encuentra su justificación en la complejidad del objeto que se pretende contratar. Todo lo cual es coherente con lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la STC N° 0020-2003-AI del 17 de Mayo del 2004, en la cual ha señalado que el propósito de la contratación pública es lograr el mayor grado de eficiencia en las contrataciones estatales.

Por ello es necesario resaltar las características que presenta la modalidad de subasta inversa³⁰, mecanismo que se diferencia de los procesos de selección, pues a través de dicha modalidad las distintas entidades del Estado eligen al proveedor de bienes y servicios comunes solo y únicamente en consideración a los precios ofertados por los postores, más no respecto a las características técnicas del bien y servicio que fuera debidamente requerido, dado que éstas se encuentran predeterminadas, teniendo la particularidad de que en la subasta inversa, solamente cabe discutir el precio. Por lo cual es oportuno indicar que la subasta inversa reúne a compradores y vendedores, bajo condiciones de elevada interactividad entre los participantes, que se confrontan directamente, de tal modo que la modalidad de subasta inversa estimula de mejor manera la competencia, con el propósito de obtener mayores rentas para la parte contratante, en este caso para el Estado.

³⁰ Es necesario mencionar que el Código Civil regula la figura de la subasta en su artículo 1389.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA

1. CONCLUSIONES.

- 1.1. La Teoría del Análisis Económico del Derecho sugiere que los principios de costobeneficio y maximización, tienen el potencial de mejorar la relación calidad-precio, es decir la asignación eficiente de los recursos del Estado en materia de compras estatales. Así dichos principios permiten plasmar en los procesos de selección un espacio en el cual la interacción entre los postores y el ente estatal es ineludible para que las decisiones que adopte una determinada parte dependan de lo que hagan los demás participantes.
- 1.2. Los procesos de selección no han estimulado de mejor manera la competencia entre postores, a fin de asegurar que, en la selección a realizar, el postor con mayor calificación presente la oferta más competitiva y garantice así una asignación eficiente de los recursos del Estado, pues no necesariamente se contrata al proveedor más apto, dada la inexistencia de una fase de negociación. Máxime si tal negociación pone énfasis en la capacidad gestora de la administración pública; por tanto, un proceso de selección que contenga un estadio o espacio de negociación en la cual una determinada entidad estatal pueda evaluar, a través de los principios de costobeneficios y maximización las propuestas económicas, genera mayor eficiencia para dicho ente estatal.
- 1.3. En nuestro país, los procesos de selección que se presentan entre entidades públicas y los postores está fuertemente limitado a una propuesta técnica y económica, la misma que es formulada por escrito, con lo cual se elimina cualquier posibilidad de realizar contrapropuestas entre los diversos postores que participan en un determinado proceso de selección, lo que implica una real carencia de negociación inter partes.
- 1.4. Un mecanismo que permite incrementar la eficiencia en los procesos de contrataciones estatales, es la negociación respecto a las condiciones técnicas y económicas para la selección de un determinado proveedor, dado que constituye un filtro adecuado en el mercado de oferentes,

además de incentivar la participación de los proveedores; lo que finalmente redundará en una inversión eficiente de los recursos públicos.

- 1.5.** La existencia de un espacio de negociación entre las diversas ofertas que realizan los postores, constituirá la mejor garantía de transparencia; pues, los distintos postores serán participantes de la decisión final, contemplado el otorgamiento de la buena pro; lo cual tendrá incidencia directa sobre la eficiencia en los procesos de selección de los futuros contratistas de la administración pública.

- 1.6.** Los mecanismos de selección de los contratistas del Estado tal y conforme se encuentra establecido en las normas sobre contrataciones, excluye una verdadera racionalidad, debido a que los postores no cuentan con información respecto de las demás ofertas que son presentadas en un determinado proceso de selección, a fin de mejorarlas, impidiéndose proponer mejores ofertas que a su vez generen mayores ventajas para la entidad Estatal, lo que es opuesto a la eficiencia.

2. RECOMENDACIONES.

- 2.1.** Se recomienda a los legisladores considerar la modificación de presentar las ofertas en sobre cerrado, puesto que se trata de un concepto que ya no responde a los valores que defiende una sociedad del siglo XXI, que aspira a niveles cada vez mayores de eficiencia; pues el sobre cerrado implica un secretismo que tiene una incidencia negativa sobre el valor de la transparencia y limita el ejercicio de la competencia en materia de compras estatales.

- 2.2.** Se sugiere a los legisladores contemplar la creación de un espacio de negociación en la etapa de evaluación de propuestas, al interior de los procesos de selección; pues ello incrementará la eficiencia, fomentándose a la vez una mayor competitividad entre los agentes del mercado que participan en un determinado proceso de selección de los futuros contratistas de la administración pública.

- 2.3.** De acuerdo a lo expuesto en la presente investigación, para obtener la mejor relación calidad-precio es importante escoger un mejor modelo de contratación estatal, pues a partir de ello se pueden evaluar los diferentes procesos y modalidades de selección; en tal sentido, la presente investigación solo ha explorado los procesos y modalidades que se encuentran previstos en la Ley de Contrataciones y su Reglamento; en consecuencia, posteriores investigaciones podrían analizar nuevos criterios de evaluación para la selección de contratistas; dado que los autores que se encuentran consignados en las referencias bibliográficas no proponen un modelo único y omnicomprensivo para todos los casos, sino que ofrecen modelos en base a diferentes suposiciones; de este modo, es necesario evaluar otros modelos de compras estatales, como por ejemplo el caso de la contratación bajo el modelo asociativo o también el caso de las compras que puede realizar el Estado a través de una rueda de bolsa, entre otros.

3. PROPUESTA.

3.1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN AL PROCESO DE SELECCIÓN CLÁSICO.

Teniendo en cuenta el modo en el cual se desarrollan los procesos y las modalidades de selección de contratistas del Estado, se propone incluir en los procesos de selección, una fase de negociación, con lo cual se asegurará que los oferentes presenten la oferta más competitiva, pues la contratación Estatal compone una política vital para el desarrollo económico y social de un país; en tal sentido tal propuesta conlleva a la modificación de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado así como de su Reglamento. Así la presente propuesta que a continuación se expone podrá ser implementada por el Congreso de la República, dado que la institución parlamentaria tiene la atribución de dar leyes de acuerdo a lo previsto en el artículo 102 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, o en su caso a través del presidente de la República o de los colegios profesionales en mérito a lo establecido en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú.

De este modo considerando que la convocatoria pública para adquirir bienes, servicios y ejecutar obras, por lo menos tal y como se concibe en la actualidad en sistemas jurídicos como el peruano, no es necesariamente el más eficiente, ni el que necesariamente ofrece mayor transparencia; dentro de este contexto se asume, entonces que, los agentes económicos que son convocados para participar en los distintos procesos de selección, calculan el precio que posteriormente proponen, teniendo en cuenta el costo de producir el bien o servicio que se requiere por parte del Estado con base a la información que tienen disponible.

Por lo cual para obtener la mejor relación costo - beneficio para el contratante público, en este caso para el Estado, debe observarse la relación calidad y precio más eficiente, motivo por el cual es importante escoger el modelo que puede maximizar y a su vez conducir a un resultado de eficiencia. Para ello debe partirse del análisis económico del derecho³¹, el cual aporta el método de juegos productivos como herramienta que permite analizar la interacción de un grupo de jugadores racionales que se comportan estratégicamente³², y se aplica a situaciones en las cuales las opciones y decisiones de cada jugador dependen en parte de lo que hagan los demás participantes, enfocándose en esta situación, tanto en los costos de contratación esperados y en el número de los postores o participantes; agregándose a ello el flujo de información disponible en el mercado en relación a la contratación específica.

De esta manera es conveniente indicar que, en materia de contratación pública existen dos enfoques en los procesos de selección; siendo el primero de ellos el relacionado con los criterios técnicos del bien o servicio, y el otro criterio, es el concerniente a la importancia del precio en la elección de contratista. De lo dicho se asume entonces que los agentes económicos invitados a presentar su

³¹ El Análisis Económico del Derecho se configura como la aplicación de la Teoría Económica al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas

³² La Teoría de los Juegos es una teoría que pretende describir y predecir el comportamiento de los agentes económicos. Muchas decisiones dependen de las expectativas que se tengan sobre el comportamiento de los demás agentes económicos. Es el caso del comportamiento de las empresas en un mercado en el que opera un reducido número de las mismas, las cuales establecerán unos precios según cómo cada una suponga la reacción de las demás.

oferta, conocen con certeza su propio costo de oportunidad, de tal modo que los participantes preparan una oferta, en la cual la ganancia o beneficio que se obtiene si se gana el contrato es la correspondiente diferencia entre el precio final del contrato y los costos de ejecución, lo que viene a ser la ganancia que obtendrá el postor u oferente.

En tal sentido es necesario enfocarse en los criterios de evaluación de las propuestas que presentan los postores, en las cuales, el factor monetario no sólo sea el único criterio relevante de calificación ni ponderación, sino que la elección se base en otros aspectos, en este caso, es importante destacar el aspecto técnico en las contrataciones que realiza el Estado.

Consiguientemente es necesario señalar que, la selección de un determinado contratista del Estado se realiza a través de la presentación de propuestas realizadas en acto público en una o más fechas señaladas en la convocatoria, esto de acuerdo a lo previsto en el artículo 30 de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017, siendo el caso que, la presentación de propuestas se realiza en acto público siempre y cuando los procesos convocados se realicen a través de Licitación Pública, Concurso Público y

Adjudicación Directa Pública, y en el caso de acto privado, siempre que se trate de procesos convocados a través de Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía. Ahora bien la calificación y evaluación de las propuestas es integral, realizándose en dos fases, la primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la propuesta técnica y la segunda es la económica, cuyo propósito es evaluar el monto económico de dicha propuesta formulada de acuerdo al artículo 70 del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

Así, el comité especial aplicará los factores de evaluación previstos y asignará los puntajes correspondientes, conforme a la escala que sumará cien puntos, las propuestas técnicas deberán alcanzar un puntaje de sesenta puntos, y solamente en casos de servicios y consultoría, el puntaje mínimo es de ochenta puntos; las propuestas técnicas que no alcancen tales puntajes serán descalificadas. En este orden de ideas tanto la evaluación técnica como la evaluación económica se califican sobre cien puntos, dicho puntaje será el promedio ponderado de ambas evaluaciones, tal y como lo señala el respectivo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ya señalado.

Por lo tanto en el modelo de selección actual, solamente se analiza la evaluación técnica y económica asignándoles puntajes de acuerdo a factores y criterios que se establezcan en las bases del proceso de selección, lo cual conlleva a que en las contrataciones del Estado se pueda generar favoritismo y corrupción, que se consideran opuestos a la eficiencia en las contrataciones Estatales; por tal motivo debe considerarse un mecanismo alternativo para garantizar no solamente la transparencia en las contrataciones estatales, sino también para lograr que se apliquen criterios de eficiencia; en esta medida es trascendental que fases de negociación en el desarrollo de la evaluación de propuestas ofrezcan mayor flexibilidad a fin de obtener la mejor propuesta técnica, el precio más bajo y una mejor ejecución del contrato a celebrarse. Partiendo de lo anterior la Teoría del Análisis Económico del Derecho a través de los principios de costo-beneficio y maximización sugiere que una negociación, utilizada adecuadamente, tiene el potencial de mejorar la relación calidad precio, correlación que se encuentra vinculada con la eficiencia.

De este modo de acuerdo a lo mencionado, la propuesta de un nuevo proceso de selección, parte de un concurso competitivo, en el cual se permita al ente público negociar a discreción con los postores interesados en participar en una determinada contratación de bienes, servicios u obras; mecanismo que está contemplado en el modalidad de subasta inversa, el mismo que tiene su base a la Teoría del Análisis Económico del Derecho, se trata pues de fusionar las bondades de la dicha modalidad de subasta inversa, en la que los postores pueden evaluar sus costos para brindar la propuesta económica que más los favorezca en la competencia; más aún si en tal modalidad de contratación, el postor ganador será aquel que oferte el menor precio de acuerdo a la convocatoria realizada, de esta manera se rescata el carácter competitivo que caracteriza a la subasta inversa con la finalidad de lograr mejores resultados como consecuencia de la competencia que se ha generado, asimismo ello contribuiría a incrementar la transparencia en las contrataciones Estatales. Igualmente, la negociación también encuentra su fundamento en la complejidad del bien o servicio a contratar. En esta medida, la propuesta realizada parte de dos etapas o fases propiamente competitivas. Así, la primera etapa sólo tomaría en cuenta la presentación de ofertas únicamente relacionadas con el aspecto técnico, fase en la cual se procede a examinar las respectivas propuestas técnicas presentadas por los postores, a lo cual sigue un espacio de negociación con relación al aspecto técnico, ello con el único propósito de enriquecer las condiciones de contratación a fin de conseguir la mejor calidad, y en el caso de prosperar dichas condiciones o de no mejorar tales escenarios, en seguida se procedería a la asignación del respectivo puntaje; y, luego de finiquitada aquella fase, se pasaría a la segunda etapa, la que está compuesta por el aspecto económico, en la cual, los postores presentan sus ofertas económicas, verificándose que dichas propuestas se encuentren dentro de los topes fijados por las bases, acto seguido se despliega un espacio de puja (ofertas) entre los postores, a fin de obtener el mejor precio; finalizando de esta forma la evaluación económica con la adjudicación de la buena pro; acto en el cual participan todos los postores. Bajo este mecanismo se garantiza la mejor relación entre la calidad y el precio; además los postores intervienen en forma directa en el desarrollo del respectivo proceso de selección, pues, conforme se desenvuelve el proceso de selección, los postores oferentes en la fase de negociación, pueden modificar sus propuestas y variar los factores de sus proposiciones, como el precio u otros aspectos no monetarios pero cuantificables. De esta forma, el nuevo mecanismo de selección propuesto no solamente cumple con el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, sino que además genera una verdadera competencia que tiene su base en los principios de costo-beneficio y maximización, lo que en buena cuenta es la eficiencia económica, dado que los oferentes intervienen de manera dinámica, participación en la cual no sólo el precio es uno de los factores para seleccionar al respectivo contratista. Siendo oportuno mencionar que, los participantes que no logren vencer en el proceso de selección, pueden utilizar la experiencia obtenida en inversiones alternativas o en otras convocatorias de selección.

El modelo propuesto es aplicable a todos los procesos en las selección de bienes, obras y servicios; al mismo tiempo, lo aquí planteado cumple con el principio de transparencia en la contratación; de este modo cabe recordar, conforme se ha mencionado líneas arriba, que la estructuración de un proceso de selección es clave para poder adjudicar al oferente que mejor oferta realice; claro que debe tenerse muy en cuenta que ello no equivale a la propuesta más módica, sino que es la más favorable económicamente a partir de la ponderación de los factores de evaluación relacionados con la calidad. Lo anterior, combinado con un entrenamiento efectivo de los funcionarios y comités que se encargan de realizar las contrataciones del Estado, hará que la contratación estatal sea un mecanismo verdaderamente impulsador de los fines Estatales y de la economía nacional, teniendo en cuenta la importancia del mercado que se genera en las adquisiciones que realiza del Estado, en el cual debe incentivarse una verdadera competencia que incremente la innovación, el mejoramiento de la tecnología y la generación de mejores ingresos a favor del Estado.

3.2 PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY Y EL REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.

PROYECTO DE LEY N° _____-2013

SUMILLA: Propone modificación de diversos artículos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, así como de su Reglamento.

El Congresista de la República que suscribe, XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en el ejercicio del derecho de iniciativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y conforme a lo establecido en los artículos 74, 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone, por intermedio del Grupo Parlamentario XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, la siguiente iniciativa legislativa:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, ASÍ COMO DE SU REGLAMENTO.

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

Como consecuencia del incremento cualitativo y cuantitativo de los conocimientos científicos y tecnológicos; vivimos en la actualidad un período de grandes transformaciones en los ámbitos sociales, económicos, culturales y políticos.

Ello obliga a modificar la regulación jurídica existente, pues el Derecho no puede mantenerse al margen de la evolución de los adelantos tecnológicos actuales, a fin de lograr regulaciones más eficientes en las interrelaciones sociales; de lo contrario, nos encontramos con el hecho que las normas son redactadas de acuerdo a la realidad en las que entraron en vigencia, situación que con el correr del tiempo hace que estas normas devengan en obsoletas.

Lo expresado es particularmente cierto en el tema de la regulación legal de los procesos clásicos de selección en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado, ello de acuerdo a lo normado en el Decreto Legislativo N° 1017 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) modificada por la Ley N° 29873, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, el mismo que ha sido modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

Pues la actual realidad, plantea la necesidad de proporcionar un marco legal adecuado con normas claras, sencillas y funcionales en materia de contrataciones y adquisiciones Estatales; de este modo es necesario que se busque un proceso de selección que pueda estimular de mejor manera la competencia entre postores, a fin de asegurar que en la selección a realizar, el postor con mayor calificación presente la oferta más competitiva y garantice así una asignación eficiente de los recursos del Estado.

Entonces, es oportuno mencionar que en la actualidad el sistema jurídico como el peruano en materia de contrataciones y adquisiciones, no es necesariamente el más eficiente, ni el que necesariamente ofrece mayor transparencia. Ahora bien, dentro de este contexto se asume, entonces que, los agentes económicos que son convocados para participar en los distintos procesos de selección, calculan el precio que posteriormente proponen, teniendo en cuenta el costo de producir el bien o servicio que se requiere por parte del Estado con base a la información que tienen disponible.

Así para obtener la mejor relación costo - beneficio para el contratante público, en este caso para el Estado, debe observarse la relación calidad y precio más eficiente, motivo por el cual es importante escoger el modelo que puede maximizar y a su vez conducir a un resultado de eficiencia.

De esta manera es conveniente indicar que en materia de contratación pública existen dos enfoques en los procesos de selección; siendo el primero de ellos el relacionado con los criterios técnicos del bien o servicio y el otro criterio, es el concerniente a la importancia del precio en la elección de contratista. De lo dicho se asume entonces que, los agentes económicos invitados a presentar sus ofertas, conocen con certeza su propio costo de oportunidad, de tal modo que los participantes preparan una oferta, en la cual la ganancia o beneficio que se obtiene si se gana el contrato, es la correspondiente diferencia entre el precio final del contrato y los costos de ejecución, lo que viene a ser la ganancia que obtendrá el postor u oferente.

En tal sentido es necesario enfocarse en los criterios de evaluación de las propuestas que presentan los postores, en las cuales, el factor monetario no sólo sea el único criterio relevante de calificación ni ponderación, sino que la elección se base en otros aspectos, en este caso, es importante destacar el aspecto técnico en las contrataciones que realiza el Estado.

Consiguientemente es necesario señalar que la selección de un determinado contratista del Estado se realiza a través de la presentación de propuestas realizadas en acto público en una o más fechas señaladas en la convocatoria, esto de acuerdo a lo previsto en el artículo 30° de la Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo 1017, siendo el caso que, la presentación de propuestas se realiza en acto público siempre y cuando los procesos convocados se realicen a través de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa Pública, y en el caso de acto privado, siempre que se trate de procesos convocados a través de Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía. Ahora bien la calificación y evaluación de las propuestas es integral, realizándose en dos fases, la primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la

propuesta técnica, y la segunda es la económica, cuyo propósito es evaluar el monto económico de dicha propuesta formulada de acuerdo al artículo 70° del Reglamento de la Ley de Contratación aprobada por Decreto Supremo 184-2008-

EF.

Así el comité especial aplicará los factores de evaluación previstos y asignará los puntajes correspondientes, conforme a la escala que sumará cien puntos, las propuestas técnicas deberán alcanzar un puntaje de sesenta puntos, y solamente en casos de servicios y consultoría, el puntaje mínimo es de ochenta puntos; las propuestas técnicas que no alcancen tales puntajes serán descalificadas. En este orden de ideas tanto la evaluación técnica como la evaluación económica se califican sobre cien puntos, dicho puntaje será el promedio ponderado de ambas evaluaciones, tal y como lo señala el respectivo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ya señalado.

Por lo tanto en el modelo de selección actual solamente se analiza la evaluación técnica y económica asignándoles puntajes de acuerdo a factores y criterios que se establezcan en las bases del proceso de selección, lo cual conlleva a que en las contrataciones del Estado se genere favoritismo y corrupción, que se consideran opuestos a la eficiencia en las contrataciones Estatales; en tal sentido debe considerarse un mecanismo alternativo para garantizar no solamente la transparencia en las contrataciones estatales, sino también para lograr que se apliquen criterios de eficiencia económica; en dicha medida, es trascendental señalar que existen fases de negociación en el desarrollo de la evaluación de propuestas que ofrecen mayor flexibilidad con el fin de obtener la mejor propuesta técnica y el precio más bajo, permitiendo así una mejor ejecución del contrato a celebrarse. Partiendo de lo anterior, el análisis económico del derecho sugiere que una negociación, la cual será utilizada adecuadamente, tiene el potencial de mejorar la relación calidad - precio, correlación que se encuentra vinculada con la eficiencia, siendo el caso que dicha negociación deberá facilitarse antes de la evaluación de las propuestas.

De este modo en mérito a lo vertido conviene precisar que, el objeto del presente Proyecto de Ley es: I.) Declarar de interés nacional la convocatoria de procesos para contratos de obras, bienes y servicios diversos, que llevan a cabo las diferentes entidades del Estado. II.) Implementar un mecanismo para hacer eficientes las compras y contrataciones del Perú. En razón que las compras y contrataciones gubernamentales, son el pilar fundamental que permite medir la eficiencia y transparencia del buen o mal uso de los recursos que el Estado Peruano confía a cientos de compradores y contratistas gubernamentales.

Beneficios que se obtendrán:

Los beneficios esperados con la implementación del presente proyecto de Ley se pueden resumir en:

- Modernización del modelo de compras y contrataciones gubernamentales.
- Obtención de menores precios de los bienes y servicios.
- Aumento de la competitividad de las empresas y del Estado.
- Incentivos hacia una cultura de cambio.

Objetivos que se esperan obtener:

Se espera alcanzar los siguientes objetivos:

- Ofrecer un modelo estandarizado tanto para las instituciones como para los proveedores del Estado
- Brindar una mayor confianza en el proceso de compras y contratación de obras y servicios a cargo del Estado.
- Modernizar el modelo de compras en nuestro país, bajo los principios de transparencia, eficiencia y efectividad.
- Generar ahorros para el Estado.

2. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL:

Con la aprobación de la presente propuesta legislativa se podrá en vigencia un concurso competitivo, pues se permite al ente público negociar a discreción con los postores interesados en participar en una determinada contratación de bienes, servicios u obras; mecanismo que está contemplado en el modalidad de Subasta Inversa, el mismo que tiene su base a la Teoría del Análisis Económico del Derecho, se trata pues de fusionar las bondades de la modalidad de subasta inversa, en la que los postores pueden evaluar su costo - beneficio para brindar la propuesta económica que más los favorezca en la competencia; más aún si en tal modalidad de contratación de bienes y servicios, el postor ganador será aquel que oferte el menor precio de acuerdo a la convocatoria realizada, de esta manera, se rescata el carácter competitivo que caracteriza la Subasta Inversa con la finalidad de lograr mejores resultados como consecuencia de la competencia que se ha generado, asimismo ello contribuiría a incrementar la transparencia en las contrataciones Estatales. Más aún si, la subasta inversa presenta características que la diferencian en relación a los procesos tradicionales de compra de la administración pública. Es así que los postores pueden presentar sucesivas propuestas durante un determinado periodo de tiempo. Así la subasta inversa es una práctica emergente de compra tanto presencial como electrónica que reúne compradores y vendedores, bajo condiciones de elevada interactividad entre los participantes, que se confrontan directamente.

Cabe resaltar que las subastas inversas, integran el conjunto de las herramientas para las compras y contrataciones que distintos gobiernos han adoptado desde el principio de los años noventa. Como ventajas asociadas a la aplicación de las reglas y mecanismos específicos de la subasta inversa, vale destacar la posibilidad de negociar precios, beneficiando especialmente las transacciones que representan las contrataciones de la administración pública. Asimismo, es importante realzar la objetividad de dicha modalidad de contratación y la igualdad de acceso a informaciones durante la realización del proceso de adquisiciones.

De este modo teniendo en cuenta las bondades de la subasta inversa, es necesario contar no solamente con subastas inversas simples, esto para bienes y servicios estandarizados; sino también es necesario crear un proceso de contratación estatal que contenga los beneficios de la subasta inversa, en donde, además del precio, deberá tenerse en cuenta otros factores de selección. Por consiguiente, se debe promover la renovación de procesos aplicados a las contrataciones de bienes, servicios y obras. De esa manera, es posible obtener avances inmediatos de eficiencia, intensificación de la participación, competitividad y transparencia en las contrataciones Estatales.

Finalmente cabe expresar que la presente Iniciativa como Proyecto de Ley resulta coherente con el ordenamiento jurídico nacional y no vulnera disposiciones de índole constitucional.

3. ANÁLISIS COSTO - BENEFICIO DE LA NORMA:

El costo de la modificación propuesta a esta ley se limita al costo administrativo que genera el trámite, aprobación, promulgación y difusión de la iniciativa, el mismo que ya está considerado en los presupuestos institucionales respectivos, por lo que no genera ni aumenta el gasto público. No ocasiona impacto ambiental adverso, costo social alguno, problemas de género, ni consecuencias micro o macro económicas negativas.

Los beneficios que representa para el país este Proyecto de Ley son múltiples, pues con la modificación se tendrá un sistema normativo en materia de contrataciones que motive y otorgue seguridad jurídica a las relaciones jurídicas que se establezcan entre postores y las diversas entidades del Estado Peruano.

Así, el presente proyecto constituye una propuesta de solución, pues en el modelo de selección actual, solamente se analiza la evaluación técnica y económica asignándoles puntajes de acuerdo a factores y criterios que se establezcan en las bases del proceso de selección, lo cual conlleva a que en las contrataciones del Estado se genere favoritismo y corrupción, que se consideran opuestos a la eficiencia en las contrataciones Estatales, por tal motivo debe considerarse un mecanismo alternativo para garantizar no solamente la transparencia en las contrataciones estatales, sino también para lograr que se apliquen criterios de eficiencia económica.

En este orden de ideas, se busca implementar un nuevo proceso de selección que no solamente cumple con el principio de transparencia y el deber de selección objetiva, sino por el hecho de que con ello se genera una verdadera competencia que nace de la relación costo - beneficio que efectúan los postores, lo que en buena cuenta es la eficiencia económica, dado que los oferentes participan de manera directa y dinámica, en la cual no sólo el precio es uno de los factores para seleccionar al respectivo contratista. Siendo oportuno mencionar que, los participantes que no logren ganar el proceso de selección pueden utilizar la experiencia obtenida en inversiones alternativas o en otros procesos de selección.

Consiguientemente con dicho proceso de selección se hará que la contratación estatal sea un mecanismo verdaderamente impulsador de los fines Estatales y de la economía nacional, teniendo en cuenta la importancia del mercado que se genera en las compras del Estado, en el cual debe incentivarse una verdadera competencia que incremente la producción, la innovación y el mejoramiento de la tecnología, y la generación de ingresos como motor básico del tráfico económico.

Por tanto, el costo de la modificación planteada es insignificante en relación con los beneficios esperados, estimándose que el desarrollo del país está condicionado, entre otros factores, a la ejecución urgente de un proceso de ordenamiento legislativo, del que forma parte la presente iniciativa.

4. FÓRMULA LEGAL:

El Congreso de la República

Ha dado la Resolución Legislativa siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO.

**RESPECTO A LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO
APROBADA**

**POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017, MODIFICADA MEDIANTE LEY N°
29873.-**

Artículo 1º.- Modifíquese el Artículo 31° en su Primer Párrafo, **agregando lo siguiente:**

a. Art. 31° (Primer Párrafo):

Artículo antes de la Modificación	Artículo Modificado
<p>Artículo 31º.- Presentación de Propuestas y Otorgamiento de la Buena Pro.</p> <p>El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento debe objetivamente permitir una selección de calidad y tecnología requeridas, dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total. (...)</p>	<p>Artículo 31º.- <i>Presentación de Propuestas y Otorgamiento de la Buena Pro.</i></p> <p><i>El método de evaluación y calificación de propuestas que será establecido en el Reglamento debe objetivamente permitir una selección de calidad y tecnología requeridas de acuerdo al principio de eficiencia y dentro de los plazos más convenientes y al mejor costo total.</i> (...)</p>

**RESPECTO AL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y
ADQUISICIONES DEL ESTADO APROBADO POR DECRETO SUPREMO 184-2008-
EF, MODIFICADO POR EL DECRETO SUPREMO 138-2012-EF.-**

b. Art. 64° (Primer Párrafo):

Artículo antes de la Modificación	Artículo Modificado
<p>Artículo 64º.- Acto de Presentación de Propuestas</p> <p>El acto de presentación de propuestas será público cuando el proceso sea Licitación, Pública, Concurso Público y Adjudicación Directa Pública, y podrá ser privado cuando se trate de una adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía. En los procesos de menor cuantía derivada, el acto de presentación de propuestas se realiza bajo la formalidad que corresponde al proceso principal. (...)</p>	<p>Artículo 64º.- <i>Acto de Presentación de Propuestas</i></p> <p><i>El acto de presentación de propuestas será público en todos los procesos de selección.</i> (...)</p>

c. Art. 67° (Primer Párrafo):

Artículo antes de la Modificación	Artículo Modificado
Artículo 67°.- Acto de Presentación de Propuestas. Tratándose de acto privado, los participantes presentarán sus propuestas, con cargo y en sobre cerrado, en la dirección, en el día y horario señalados en las Bases, bajo responsabilidad del Comité Especial. (...)	Artículo 67°.- Acto de Presentación de Propuestas. <i>Los participantes presentarán sus propuestas, con cargo y en sobre cerrado, en la dirección, en el día y horario señalados en las Bases, bajo responsabilidad del Comité Especial. (...)</i>

d. Art. 70° (Primer Párrafo):

Artículo antes de la Modificación	Artículo Modificado
Artículo 70°.- Procedimiento de Calificación y Evaluación de Propuestas. La calificación y evaluación de las propuestas es integral, realizándose en (2) etapas. La primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la propuesta técnica, y la segunda es la económica, cuyo objeto es calificar y evaluar el monto de la propuesta. (...)	Artículo 70°.- Procedimiento de Calificación y Evaluación de Propuestas. <i>Luego de haberse recibido y admitido las propuestas, el Comité Especial llamará a todos los participantes en el orden que se hubieren inscrito, con la finalidad de invitarlos a mejorar sus propuestas, a través de lances verbales, luego de lo cual se procederá a la calificación y evaluación; la calificación y evaluación de las propuestas es integral, realizándose en (2) etapas. La primera es la técnica, cuya finalidad es calificar y evaluar la propuesta técnica, y la segunda es la económica, cuyo objeto es calificar y evaluar el monto de la propuesta.</i> (...)

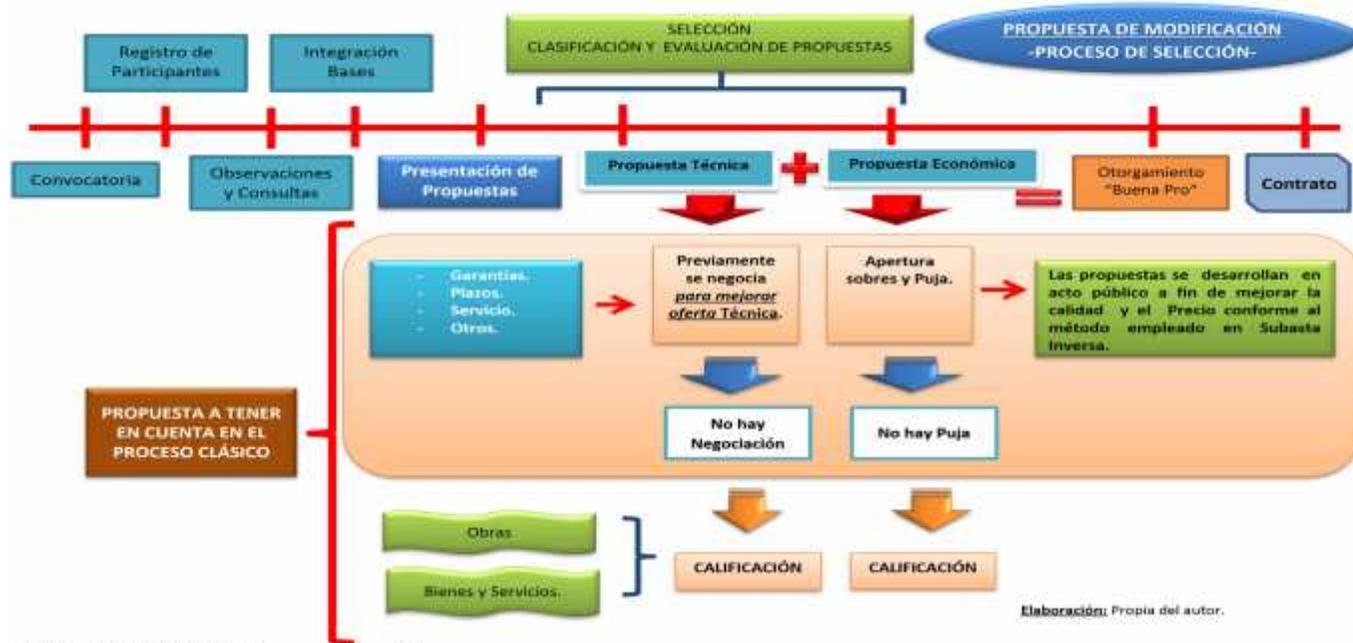
e. Art. 72° (Primer Párrafo):

Artículo antes de la Modificación	Artículo Modificado
Artículo 72°.- Otorgamiento de la Buena Pro. El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección. Sin embargo, tratándose de Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el otorgamiento de la buena pro podrá ser realizado en acto privado. (...)	Artículo 72°.- Otorgamiento de la Buena Pro. <i>El otorgamiento de la Buena Pro se realizará en acto público para todos los procesos de selección.</i> (...)

Lima, XXX de XXXXXXXXXXXX de 2013.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Congresista de la República.



Elaboración: Propia del autor.

LISTA DE REFERENCIA

LIBROS

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA EN EL TEMA DE INVESTIGACIÓN:

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. SOMARRIVA U., Manuel y VODANOVIC H., Antonio. 1998. *“Tratado de Derecho Civil Partes Preliminar y General”*. Tomo I. Santiago de Chile. Editora Jurídica de Chile.
2. ÁLVAREZ PEDROZA, Alejandro. 2005. *“Normas Aplicables en las Contrataciones y Adquisiciones del Estado”*. Lima, Perú. Tomos I y II. Escuela de Gerencia Gubernamental.
3. _____ . 2006. *“Comentarios a la nueva Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”*. Lima, Perú. Tomos I y II. Marketing Consultores.
4. ANDÍA VALENCIA, Walter. 2005. *“Pautas para la Aplicación de los Sistemas Administrativos. Gestión Pública”*. Lima, Perú. Editorial El Saber Perú - Centro de Investigación y Capacitación Empresarial.
5. ARAGÓN CASTILLO, Jorge y CHAPI CHOQUE, Pedro Pablo. 2006. *“Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Texto Único Ordenado y su Reglamento”*. Lima, Perú. Editorial FECAT.
6. _____ . 2009. *“Nuevo Marco Normativo de las Contrataciones del Estado”*. Lima, Perú. Editorial FECAT.
7. ARIAS SCHREIBER, Max. 2001. *“Exegesis del Código Civil Peruano de 1984”*. Lima, Perú. Tomo I. Gaceta Jurídica.
8. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. 1968. *“Teoría del Equivalente Económico en los Contratos Administrativos”*. Madrid, España. Editorial del Instituto de Estudios Administrativos.
9. ARTEAGA ZEGARRA, Mario. 2007. *“La Contratación Pública en el Marco del TLC Perú – EE.UU.”*. Lima, Perú. Revista de Derecho: Derecho y Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú.
10. ATIENZA, Manuel. 2006. *“Las Razones del Derecho”*. Teorías de Argumentación Jurídica. Lima Perú. Palestra Editores.
11. AYALA ESPINO, José. 1999. *“Instituciones y Economía: Una Introducción al Neoinstitucionalismo Económico”*. 1ra. Edición. Textos de Economía. México DF. Fondo de Cultura Económica.
12. BARTRA CAVERO, José. 1999. *“Licitaciones y Concursos Públicos”*. Lima, Perú. Editorial Huallaga.
13. BEJARANO, Jesús Antonio. 1999. *“El Análisis Económico del Derecho: Comentarios sobre Textos Básicos”*. Bogotá, Colombia. Revista de Economía Institucional. Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.
14. BENAVIDES RUSSI, José Luis. 2009. *“La reforma de la ley 80 de 1993: Mucho ruido y pocas nueces”*. Bogotá, Colombia. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. Edit. Gaceta del Congreso.
15. BASADRE, Jorge. 1983. *“Historia de la República del Perú”*. Séptima Edición. Tomo I. Lima, Perú. Editorial Universitaria.

16. BERNALES BALLESTEROS, Enrique. 1997. *"La Constitución de 1993. Análisis Comparado"*. Lima, Perú. ICS Editores.
17. BERNAL PULIDO, Carlos. 2008. *"Normatividad y Argumentación Jurídica"*. Bogotá, Colombia. En: Libro en Memoria del Prof. Dr. Luis Villar Borda. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
18. BERCAITZ, Miguel Ángel. 1980. *"Teoría General de los Contratos Administrativos"*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
19. BECKER, Gary S. 1993. *"Nobel Lecture: The Economic Way of Looking at Behavior"*. Chicago, United States of America. The Journal of Political Economy is currently published by The University of Chicago Press. Vol. 101. N° 3.
20. BREWER CARIAS, Allan. 1981. *"La Evolución del Concepto de Contrato Administrativo"*. Caracas, Venezuela. Libro homenaje al Profesor Antonio Morales C. Editorial de la Universidad Central de Venezuela.
21. BORDA, Guillermo Antonio. 1999. *"Tratado de Derecho Civil. Contratos"*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Abeledo – Perrot.
22. BULLARD GONZÁLES, Alfredo. 2003. *"Derecho y Economía. El Análisis Económico de las Instituciones Legales"*. Lima, Perú. Palestra Editores.
23. CABANELLAS, Guillermo. 1996. *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"*. Buenos Aires Argentina. Editorial Heliasta. 24va. Edición revisada, actualizada y ampliada.
24. CARNELUTTI, Francesco. 2008. *"Cómo Nace el Derecho"*. Bogotá, Colombia. Colección Monografías Jurídicas. 4ta Edición. Traducido por: Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Redín, Marino. Editorial Temis S.A.
25. CARPIZO, Jorge y CARBONELL, Miguel. 2008. *"Derecho Constitucional"*. México D.F. Universidad Nacional Autónoma de México. Editorial Porrúa.
26. CASSAGNE, Juan Carlos. 1981. *"El Acto Administrativo"*. Buenos Aires, Argentina. Segunda Edición. Editorial Abeledo-Perrot.
27. _____. 1995. *"Estudios de Derecho Público"*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
28. _____. 1999. *"El contrato administrativo"*. Buenos Aires - Argentina. Editorial Abeledo-Perrot.
29. CASSINA RÍOS, Emilio. 2003. *Contrataciones y Licitaciones Públicas. Estudio doctrinario y textos legales*. Lima, Perú. Imprenta del Ejército Peruano.
30. CASTRO CUENCA, Carlos G, GARCÍA LÓPEZ, Fernanda y MARTÍNEZ VARGAS, Juan R. 2010. *"La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva Comparada y Regulación Internacional"*. Bogotá, Colombia. Editorial de la Universidad del Rosario.
31. CERVANTES ANAYA, Dante A. 2010. *"Manual de Derecho Administrativo"*. 6ta Edición. Lima, Perú. Editora Rodhas.
32. COASE, Ronald. H. 1992. *"La Estructura Institucional de Producción"*. Medellín, Colombia. Revista de la Universidad EAFIT.

33. COOTER ROBERT D. 2002. *"Derecho y Economía. Una revisión de la Literatura"*. Fundamentos Axiológicos del Análisis Económico del Derecho. México D.F. Instituto Tecnológico Autónomo de México. Fondo de Cultura Económica.
34. CORDOVA SCHEFFER, Jesús. 2009. *"La Nueva Ley de Contrataciones del Estado"*. Lima, Perú. Estudio Sistemático. Ediciones Caballero Bustamante.
35. DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2007. *"El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú"*. Lima, Perú. Revista de Derecho Administrativo Contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Palestra Editores.
36. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. 1991. *"El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil"*. Lima, Perú. Fondo Editorial de la PUCP.
37. DIEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. 1985. *"Sistema del Derecho Civil"*. Madrid, España. Vol. II. Editorial Tecnos.
38. DIEZ, Manuel María. 1965. *"Derecho Administrativo"*. Buenos Aires, Argentina. Tomo II. Editorial Bibliográfica Omeba.
39. DUGUIT, León. 1975. *"Las Transformaciones del Derecho Público y Privado"*. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
40. DROMI, Roberto. 1996. *"El procedimiento Administrativo"*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Ciudad Argentina.
41. _____ . (1997). *"Derecho Administrativo"*. Buenos Aires, Argentina. Segunda Ed. Ediciones Ciudad Argentina.
42. EL DERECHO. 1898 - 1899. *"Revista de Jurisprudencia y Legislación"*. Lima, Perú. Órgano del Colegio de Abogados de Lima- I.C.A.L. Tomo VII. Librería e Imprenta Gil.
43. EPSTEIN RICHARD A. 2005. *"Reglas simples para un mundo complejo"*. Lima Perú. Ius et Veritas. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
44. ESCOLA, Héctor Jorge. 1979. *"Tratado Integral de los Contratos Administrativos"*, Buenos Aires, Argentina. Volumen I. Ediciones Depalma.
45. _____ . (1989). *"El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
46. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. (2005). *"Los Principios Contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano"*. Lima, Perú. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
47. FERNÁNDEZ DE VELAZCO, Recaredo. (1927). *"Los contratos administrativos"*. Madrid, España. Librería General de Victoriano Suárez.
48. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. 2001. *"Curso de Derecho Administrativo"*. Volumen I. Madrid, España. Reimpresión de la décima edición. Editorial Civitas.
49. GARCÍA TOMA, Víctor. 2010. *"Teoría del Estado y Derecho Constitucional"*. Lima, Perú. 3ra. Edición. Editorial ADRUS.

50. GARRIDO - CORDOBERA, Lidia M. 2008. *"Las desigualdades negócias y la trascendencia del poder en la negociación contractual"*. México D.F. Revista Universitas. Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
51. GARRIDO FALLA, Fernando. 2002. *"Tratado de Derecho Administrativo"*. Volumen II. Madrid, España. Editorial Tecnos.
52. GONZÁLES - VARAS IBÁÑEZ, Santiago. 2005. *"El Derecho Administrativo Iberoamericano. Estudios y Comentarios"*. Granada, España. Imprenta Comercial Motril. Instituto de Investigación Urbana y Territorial.
53. GUZMÁN NAPURI, Christian. 2009. *"La Nueva Regulación de la Ejecución Contractual en materia de Contratación Administrativa"*. Lima Perú. Revista Jurídica del Perú. Tomo 97.
54. HENRÍQUEZ FRANCO, Humberto. 2006. *"Derecho Constitucional"*. Lima, Perú. Editora FECAT.
55. HERNANDO NIETO, Eduardo. 2002. *"Deconstruyendo la Legalidad"*. Lima, Perú. Ensayos de Teoría Legal y Teoría Política. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP.
56. HIERRO, Liborio L. 2002. *"Justicia, Igualdad y Eficiencia"*. Madrid, España. Fondo Editorial Mixto - CE CONSTIT.
57. HUERGO LORA, Alejandro. 1998. *"Los Contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas"*. Madrid, España. Ediciones Gráficas Rogar S.A., Nalvacarnero – Universidad de Oviedo.
58. HUTCHINSON, Tomás. 1988. *"El Derecho Administrativo. Concepto y Naturaleza"*. Lima, Perú. Editorial Thémis.
59. KALMANOVITZ, Salomón. 2003. *"El Neoinstitucionalismo como Escuela"*. Bogotá, Colombia. Revista de Económica Institucional. Fondo de la Universidad Externado de Colombia.
60. KRESALJA Baldo; OCHOA César. 2009. *"Derecho Constitucional Económico"*. Lima Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
61. KELLEY, ST., 1995. *"The Promise and Limitations of Rational Choice Theory"*. New Jersey, United States. Economic Models of Politics Considered, Friedman, F. (ed.), Yale University Press.
62. LAUBADERE, André. 1984. *"Manual de Derecho Administrativo"*. Bogotá, Colombia. Onceava Edición. Editorial Temis.
63. LINARES JARA, Mario. 2002. *"El contrato Estatal"*. Lima, Perú. Edit. Grijley - Linares Consultores.
64. _____. 2008. *"Contratación Pública. Derecho Local, Internacional y de la Integración"*. Lima, Perú. Grijley - Linares Consultores.
65. MESSINEO, Francesco. 1952. *"Doctrina General del Contrato"*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa - América.
66. _____. 1954. *"Doctrina General del Contrato"*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa - América.
67. MORENO MOLINA, José Antonio. 2008. *"Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley de Contratos del Sector Público"*. Gobierno de Navarra, España. Revista Jurídica de Navarra. Edit. Fundación Dialnet.

68. NIETO, Juan Crisóstomo. 1852. *“Colección de leyes, decretos y órdenes de la República del Perú”*. Lima, Perú. Tomo 8. Imprenta de Colección.
69. NORTH, D. 1993. *“Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico”*. (Primera edición en español de la segunda reimpression en inglés ed.). México D.F. (A. Bárcena, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
70. OGUS, I. Anthorry. 2004. *“Legal Form And Economic Theory”*. Oxford, United States of América. Hart Publishig. By Oxford University Press.
71. ORTIZ DE URBINA, Íñigo. 2003. *“Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales. El Análisis Económico de la Política Criminal”*. México D.F. Libro en Homenaje a Claus Roxin, Tomo I. Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
72. PARADA, Ramón. 1994. *“Derecho Administrativo”*. Sexta Edición. Madrid, España. Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
73. PERALTA ANDIA, Javier Rolando. 2005. *“Fuentes de las Obligaciones”*. Lima, Perú. Editorial Idemsa.
74. PARRA GUTIERREZ, William René. 1993. *“Los Contratos Estatales”*. Bogotá, Colombia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
75. PINILLA CISNEROS, Antonio. 1999. *“Los contratos en la Ley y en la Legislación Peruana”*. Lima, Perú. Fondo Editorial de la Universidad de Lima.
76. PINZÓN, Mario A. 2010. *“Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho”*. Bogotá, Colombia. Editorial de la Universidad Externado de Colombia.
77. POLINSKY, Mitchell. 1989. *“An Introduction to Law and Economics”*. Boston, United States. The Journal of Legal Studies. Editorial Little, Brown and Company.
78. POSNER, Richard A. 1998. *“Economic Analysis of Law”*. 5th ed. Chicago, United States of America. Aspen Law & Business. University of Chicago Press.
79. _____. 2011. *“Economic Analysis of Law”*. 8th ed. Chicago, United States of America. Aspen Publishers. Author of the preface in the Chinese edition. University of Chicago Press.
80. PLANIOL, Marcel et RIPERT, George. 1945. *“Tratado Práctico de Derecho Civil Francés”*. La Habana, Cuba. Editorial Cultural S.A. Habana.
81. ORTIZ DE URBINA, I. 2006. *“El Análisis Económico del Derecho: ¿Método útil o Ideología nefasta?”*, Madrid. Trotta, ed. Courtis.
82. RETAMOZO LINARES, Alberto. 2005. *“Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control”*. Lima, Perú. Jurista Editores.
83. RIVERO ORTEGA, R. 1998. *“Administraciones Públicas y Derecho Privado”*. Madrid, España. Editorial Marcial Pons.
84. ROEMER, Andrés. 1998. *“Introducción al Análisis Económico del Derecho”*. (Tercera reimpression de la primera edición ed.). México D.F. Fondo de Cultura Económica.
85. ROWLEY, Charles K. 1981. *“International Review of Law and Economics”*. United States of America. Oxford Journal of Legal Studies. Oxford University Press.

86. RUIZ ELDREDGE, Alberto. 1990. "Manual de Derecho Administrativo. Temática Esencial". Lima, Perú. Fondo Cultural Cuzco.
87. RUBIO, Mauricio; ARJONA, Ana María. 2007. "Economía Jurídica Introducción al Análisis Económico del Derecho Iberoamericano". (Primera edición ed.). Bogotá, Colombia. Editorial de la Universidad de Externado de Colombia.
88. SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. 2007. "*El concepto y los factores de los contratos de la Administración Pública como referentes necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú*". Lima, Perú. Revista de Derecho: Derecho y Sociedad. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP.
89. SALAZAR, Diego F. 2006. "*Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual*". Bogotá, Colombia. Revista Derecho Privado. Edit. Universidad de Los Andes.
90. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. 2008. "*El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*". Bogotá, Colombia. Revista Derecho Privado. Edit. Universidad de Los Andes.
91. SCHÄFER, H.B.; OTT, C. 1991. "*Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*". Madrid, España. (Primera edición en español ed.). (M. Von Carstenn - Lichterfelde, Trad.). Editorial Tecnos.
92. SPOTA, Alberto G. 1975. "*Instituciones del Derecho Civil Contrato*". Vol. I. Buenos Aires, Argentina. Editorial Depalma.
93. TEJADA ARANA, Arístides. 2010. "*Manual de Contrataciones del Estado para la Gestión Pública*". Lima, Perú. Editorial del Instituto de Gobierno de la Universidad Privada de San Martín de Porres.
94. TORRES MANRIQUE, Fernando. 2006. "*Análisis Económico del Derecho. Reflexiones sobre los incentivos y desincentivos*". Lima, Perú. Publicado en el suplemento mensual "Hechos y Derechos". Editora Normas Legales.
95. WILLIAMSON, Oliver E. 1989. "*Las Instituciones Económicas del Capitalismo*". México D.F., (Primera edición en español.). (E. L. Suárez, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
96. WOLFF, J. y HAUBRICH, D. 2006. "*Economism and its Limits*", en *The Oxford Handbook of Public Policy*, Moran/Rein/Goodin (Eds.), Oxford University Press, Oxford/New York, p. 747.

BIBLIOGRAFÍA ESPECIALIZADA EN METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN:

1. BARAHONA, Hnos. Abel y Francisco. 1894. "Metodología de los Trabajos Científicos". Bogotá, Colombia. Editorial IPLER.
2. CRISÓLOGO ARCE, Aurelio. 1997. "Concepto Métodos y Modelos de la Investigación Científica". Lima, Perú. Editorial Abedul.
3. CARRILLO, Francisco. 1995, "Cómo hacer la tesis y el trabajo de investigación universitario". Lima, Perú; décima edición.
4. DEZA RIVASPLATA, Jaime; MUÑOZ LEDESMA, Sabino. 2010. "Metodología de la Investigación Científica". Lima, Perú. Talleres gráficos UAP.
5. GOMERO, Guillermo; MORENO José. 1997. "Proceso de la Investigación Científica". Lima, Perú. Editorial Fakir.
6. HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLAO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. 2006. "Metodología de la Investigación". 4ª Edición. México. Editorial McGraw-Hill Interamericana.
7. PINO GOTUZZO, Raúl. 2006. "Metodología de la Investigación". Lima, Perú. Editorial San Marcos.
8. PISCOYA HERMOZA, Luis. 1995. "Investigación Científica y Educativa". Lima, Perú. Editorial Amaru.
9. RODRÍGUEZ SOSA, Miguel Ángel. 1994. "Investigación Científica, Teórica y Método". Lima, Perú. Pacífico Editores.
10. TAMAYO y TAMAYO, Mario. 1990. "Diccionario de la Investigación Científica". México D.F. Editorial Limusa S.A.

FUENTES ELECTRÓNICAS CONSULTADAS:

1. Cámara Peruana de Comercio Electrónico (CAPECE). Realiza sus actividades desde el 2006 y otorga servicios de asesoramiento en comercio electrónico y comercio exterior, que ayuden a lograr la interacción y el intercambio comercial a nivel nacional e internacional y servicio de verificación empresarial por medios electrónicos y a través de acceso a redes informáticas de comunicación mundial (Internet) respectivamente. Siendo su página Web es la siguiente: <http://www.capece.org.pe> . (Consultado el 14 de septiembre de 2011).
2. Ciudadanos al Día. Boletines CAD. <http://www.ciudadanosaldia.org/boletines/default.htm> . (Consultado el 18 de septiembre de 2011).
3. Ciudadanos al Día. Calificaron 130 experiencias como buenas prácticas en gestión administrativa. <http://www.ciudadanosaldia.org/premiobpg/> (Consultado el 18 de septiembre de 2011).
4. Ciudadanos al Día. Publicaciones. <http://www.ciudadanosaldia.org/pubs/default.htm> (Consultado el 24 de octubre de 2011).

5. Ciudadanos al Día. Es una entidad privada sin fines de lucro, creada en el 2002, que busca ser una palanca para la reforma del Estado, a través de la promoción de un Estado más transparente, eficiente e inclusivo, y una ciudadanía más informada y participativa.
6. http://www.ciudadanosaldia.org/repositorio/avance_investiga_1_contrataciones_estado.pdf.
(Consultado el 11 de noviembre de 2011).
7. Consejo Nacional para la Ética. Fue reconocida como el Capítulo Peruano de Transparency International, la más grande red de la sociedad civil global de lucha contra la corrupción. <http://www.proetica.org.pe>.
(Consultado el 15 de diciembre de 2011).
8. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia N° 713/09.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-713-09.htm>. (Consultado el 24 de enero de 2012).
9. Eguren Neuenschwander, Juan Carlos. Ranking de Ejecución de Inversiones del Sector Público del Perú:

Año	Fiscal	2011
-----	--------	------

http://www.congreso.gob.pe/congresista/2011/jceguren/boletin/ranking_ejecucion_presupuestal.2011.pdf. (Consultado el 24 de enero de 2011).
10. Grupo de Expertos en Contrataciones Gubernamentales de la APEC. Principios no Obligatorios sobre Contrataciones Gubernamentales 1999 disponible en el sitio de la Asia-Pacific Economic Cooperation. <http://www.apecsec.org>. (Consultado el 7 de febrero de 2012).
11. Información Estadística de los Planes Anuales para el año 2009, 2010, 2011 y el primer trimestre del año 2012. <http://www.osce.gob.pe>. (Consultado el 7 de febrero de 2012).
12. Información Estadística de los Planes Anuales para los años 2007 y 2008 del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Entidad encargada de velar por el cumplimiento de las normas en las adquisiciones públicas del Estado peruano. Tiene competencia en el ámbito nacional, y supervisa los procesos de contratación de bienes, servicios y obras que realizan las entidades estatales. Además es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personalidad jurídica de derecho público, con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. El personal del OSCE está sujeto al régimen laboral de actividad privada. <http://www.consucode.gob.pe>. (Consultado el 18 de marzo de 2012).
13. Ministerio de Economía y Finanzas. Eficiencia del gasto en el Perú. http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/eficiencia_del_gasto_en_el_peru.pdf
(Consultado el 18 de marzo de 2012).
14. OSCE. Preguntas Frecuentes sobre Procedimiento Administrativo Sancionador. <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=9&ido=30> (Consultado el 18 de marzo de 2012).
15. Perú Obras. Está conformado por un equipo de profesionales dedicados a difundir los conocimientos y herramientas necesarias en el rubro de contrataciones Estatales; para tal efecto brindan servicios de orientación, capacitación, asesoría, entre otros. <http://www.peruobras.com.pe>. (Consultado el 28 de abril de 2012).

16. Portal del Ministerio de Economía y Finanzas. <http://www.mef.gob.pe/>, a través de la cual se publica el presupuesto público perteneciente al Estado; así el presupuesto público es una herramienta de política y gestión pública, mediante el cual se asignan recursos y se determinan gastos, que permita cumplir las funciones del Estado y cubrir los objetivos trazados en los planes de política económica y social, de mediano y largo plazo. (Consultado el 12 de abril de 2012).
17. Portal del Congreso de la República. <http://www.congreso.gob.pe>, se ha publicado el ranking o rango de la ejecución presupuestal, específicamente del año fiscal 2011, tal publicación ha sido realizada por el congresista Juan Carlos Eguren Nevenshwander, en el mes de Enero del 2012. (Consultado el 8 de febrero de 2012).
18. Portal del Ministerio de la Producción del Perú. Oportunidades de negocios para las empresas peruanas. <http://www.produce.gob.pe>. (Consultado el 17 de agosto de 2012).
19. Portal del Ministerio de la Producción. Oportunidades de negocios para las empresas peruanas. http://www.prompyme.gob.pe/compras_estatales. (Consultado el 17 de agosto de 2012).
20. Transparency Internacional. Organización Internacional en donde se publican los índices de Percepción de Corrupción de distintos Estados. <http://www.Transparency.org>. (Consultado el 29 de septiembre de 2012).

DIARIOS CONSULTADOS:

1. Diario: “El Comercio” – Semanario “Portafolio Económico”, perteneciente al 28 de Octubre del 2012.
P 4.

ANEXOS

SINOPSIS COMPARATIVA ENTRE EL PROCESO DE SELECCIÓN Y LAS TRES MODALIDADES PREVISTAS EN EL SISTEMA DE CONTRATACIONES.

	PROCESO DE SELECCIÓN.				MODALIDADES.		
	LICTACIÓN PÚBLICA.	CONCURSO PÚBLICO.	ADJUDICACIÓN DIRECTA.	ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA.	SUBASTA INVERSA.	CONVENIO MARCO.	COMPRAS CORPORATIVAS.
D E F I N I C I Ó N	Procedimiento administrativo de preparación de 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, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará las más convenientes.	Constituye un procedimiento de selección del contratista por el que se pretende elegir de entre los presentes o intervinientes al que reúna de la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística.	-A.D. Publica Es el proceso de selección que se convoca cuando el monto de la contratación es mayor al 50% del límite máximo establecido para las Adjudicaciones Directas.	Se convoca para la contratación de bienes, servicios y obras; contratación de expertos independientes para que integren los Comités Especiales o cuando una licitación pública, concurso público o adjudicación directa en su primera convocatoria se haya declarado desierta.	Modalidad de selección ejecutada para elegir un proveedor de un determinado bien o servicio objeto de la convocatoria, únicamente por el menor precio ofertado, más no por sus características técnicas, por estar pre determinadas.	Es la modalidad por la cual se selecciona a aquellos proveedores con los que las Entidades deberán contratar los bienes y servicios que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico de Convenios Marco.	Mecanismo de contratación que pueden utilizar las Entidades para que en forma conjunta puedan adquirir bienes o contratar servicios, en las mejores y más ventajosas condiciones para el Estado.
			-A.D. Selectiva Es el proceso de selección que se convoca cuando el monto de la contratación es menor o igual al 50% del límite máximo establecido para las Adjudicaciones Directas.				Compras Obligatorias Cuando se establezcan por Decreto Supremo emitido por el MEF, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.
			Compras Facultativas Para lo cual las Entidades celebrarán un Convenio Interinstitucional.				
C A R A C T E R Í S T I C A S	Puede ser convocada para tres tipos de objetos: - OBRAS. - BIENES. - SUMINISTROS.	Se convoca para la <i>contratación de servicios de toda naturaleza.</i>	Se aplica tanto para <i>bienes y servicios, como para ejecución de obras.</i>	Se aplica para los requerimientos de <i>bienes o servicios.</i>	Se aplica para los <i>bienes y servicios comunes.</i>	Se aplica para <i>contratar los bienes y servicios</i> que requieran y que son ofertados a través del Catálogo Electrónico.	Se aplica para las contrataciones de <i>bienes y servicios</i> en forma conjunta.
	- La Licitación Pública, Concurso Público, Adjudicación Directa y Adjudicación de Menor Cuantía se podrán realizar <i>«de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco».</i>				- Se busca agilizar las contrataciones del Estado, reduciendo costos y obtener los mejores precios del Mercado	- Cuenta con el Catálogo Electrónico, el cual contiene las fichas con las características de los bienes y servicios en las que son ofertados bajo la modalidad de Convenio Marco de Precios.	- Las compras corporativas tienen como objetivo unir a diferentes entidades para poder adquirir un determinado bien en el mercado y obtener un ahorro significativo.

Elaboración: Propia del autor, según la Ley de Contrataciones.