

Ejecución Presupuestal Anticrisis, las Licitaciones Restringidas y la Figura del Mediador en las Obras Públicas



MARIO LINARES JARA

Abogado por la Universidad de Lima.
Especialista en Derecho Administrativo y
Contratación Pública.

Magister en Administración, Derecho y Economía de los
Servicios Públicos por las Universidades Carlos III de Madrid
y Paris X Nanterre en convenio con EPOCA, Buenos Aires.

Profesor de Postgrado en la Universidad de Lima
y en el Diplomado de Contratación Pública de la
Universidad San Ignacio de Loyola.

Miembro del Comité de Contratación Pública de la
Cámara de Comercio de Lima.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Regulación de los principios de igualdad y transparencia en nuestro ordenamiento regular de contrataciones del Estado.
- III. Excepciones al principio de igualdad en el derecho comparado y en nuestra normativa. Políticas de fomento y discriminación positiva: régimen del compra nacional, MYPES, promoción de personas discapacitadas, objetivos medioambientales.
- IV. Principio de transparencia. Interacción con el principio de igualdad.
- V. Igualdad, transparencia y eficiencia en la ejecución de políticas presupuestales anticrisis:
 1. Las licitaciones privadas o restringidas.
 2. La figura del mediador en la ejecución contractual. El saneamiento administrativo.
 3. El principio de transparencia y el control social. Excepcionalidad y restrictividad de las licitaciones privadas y del mediador.



I. INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad en la contratación pública puede ser entendido básicamente en dos planos, el primero de ellos ubicado en las fases de preparación del expediente de contratación, en la selección del contratista y durante la ejecución contractual y referido al trato del Estado o de la Entidad contratante hacia todos los postores potenciales y formales y en su caso al contratista, no debiendo existir ningún privilegio en cuanto al acceso de información - cuestión que es determinante en la selección del contratista para la ejecución de contratos de consultoría o de ejecución de obras públicas - ; en cuanto a la aplicación de la normativa durante el procedimiento de selección donde el trato debe ser homogéneo, objetivo y por lo tanto imparcial y, durante la ejecución contractual, en donde no pueden ser cambiadas las condiciones contractuales sin causa justificada pues se estaría discriminando a los postores que participaron en el procedimiento de selección en función a las condiciones primigenias. El segundo plano es el de la relación de igualdad que debe existir entre las partes contratantes pero con sujeción a los privilegios que otorga la ley al Estado.

Regularmente, el principio de igualdad tiene excepciones o restricciones e incluso extensiones, fundándose las primeras en las políticas de fomento de la micro y pequeña empresa, las cuales pueden ser favorecidas por trato preferencial o cuotas de reserva y; por el fomento de las empresas que realicen sus operaciones productivas dentro del territorio nacional o "régimen del compra nacional". En cuanto a la extensión del principio, ello se verifica por la aplicación de la cláusula de no discriminación o trato nacional, para las empresas nacionales de otros países cuando ello corresponda virtud de acuerdos de integración o tratados de libre comercio que contengan disposiciones al respecto.

Pues bien, por condiciones anormales, como el cumplimiento de un plazo improrrogable (por ejemplo contar con todas las obras necesarias para un evento deportivo de talla mundial), por alta especialización o dificultad del objeto contractual o como en la actual coyuntura de

ejecución presupuestal inmediata para contrarrestar los efectos de la crisis económica global y aún también, creemos nosotros, para ejecutar obras estratégicas en la lucha contra la pobreza en zonas de emergencia social; el principio de igualdad debe experimentar cambios en más y en menos que permitan la eficiencia en la ejecución presupuestal.

Esta transformación en la aplicación del principio de igualdad se centra, adelantamos, en la preselección de un número limitado de contratos estratégicos como ya se dijera y en una convocatoria limitada de postores que torne celeré y eficiente el procedimiento de selección, pero sin descuidar el principio de transparencia que hará efectivo un control social paralelo y el ejercicio de la función pública de control, con posterioridad.

Los principios de Transparencia y de Igualdad no deben limitarse solo a la fase de selección del contratista, por lo que y adaptando experiencias foráneas, puede introducirse para un número limitado de contratos, una especie de mediador para resolver las diferencias que se susciten en la ejecución contractual; un experto contratado directamente por las partes para procurar eficiencia, que tenga capacidad para mediar proponiendo soluciones razonables de costo beneficio entre la Entidad contratante y el contratista, debiendo dar cuenta de todo con posterioridad. Este funcionario inclusive, podría recomendar medidas reglamentarias y legislativas al OSCE a fin de superar impases.

La figura del mediador en los contratos públicos, no es tratada sino excepcionalmente por la doctrina. La mediación propuesta no pretende situarse dentro de los conceptos y/o diferencias formales y de alcance general entre mediación y conciliación, existiendo de hecho, cuestiones muy singulares. La mediación propuesta tiene un rol activo entre las partes con propuestas de solución contractual basados en su especialización y neutralidad, labor que será facilitada por un saneamiento administrativo en donde existirá exención de responsabilidad administrativa por el mérito de una decisión oportuna y, recalamos, eficiente. La mediación propuesta se aleja pues de la formal conciliación que

ningún resultado ha tenido por estar a cargo de personas especializadas solo en el aspecto adjetivo, más no en contratación y gestión pública, sistema que no ha enervado el temor del funcionario público de arribar a soluciones.

La figura del mediador en los contratos del Estado, obviamente no escapa a dificultades y por cierto a críticas, pero nos parece saludable intentar salidas para la celeridad en la ejecución presupuestal y/o en la ejecución de infraestructura pública distintas a la simple eliminación de garantías básicas como el derecho de impugnación de las Bases o de la adjudicación del contrato, colocándose obstáculos insalvables como el de triplicar el monto de la garantía por impugnación o eliminar el desistimiento, el sencillo recorte de plazos o establecer sistemas inmanejables como el de canje de obras públicas por impuestos, intentos que en nada han conmovido a la pesada maquinaria estatal, que en la mayoría de casos no se inmuta ante el peligro de luego ser lapidados por un sistema de control que no incide en resultados de gestión o cumplimiento de metas mediante decisiones innovativas o que arrojen un saldo final favorable a pesar del pasivo de infracciones de pasos, formalidades, incisos, numerales o artículos muchas veces vanos, contradictorios y carentes de soporte teleológico. Es propósito del presente trabajo, esbozar una solución y fomentar la discusión en la actual coyuntura de recesión global. Va entonces aquí nuestra reflexión o propuesta, que pasa primero por una revisión de los principios básicos de Igualdad y Transparencia, su movilidad o excepciones y sus transformaciones en función del interés público.

II. REGULACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y TRANSPARENCIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO REGULAR DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El Decreto Legislativo No. 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, positiviza una serie de principios aplicables a los procedimientos de contratación.

A nuestros fines, es pertinente indicar que el literal k) del artículo 4 del cuerpo normativo

indicado, define al principio de igualdad, bajo la denominación de *Trato Justo e Igualitario*, como aquel en virtud del cual todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Por su parte, el literal h) del mismo artículo define al principio de transparencia como aquella por la cual toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. A lo anterior, la norma agrega que los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en el Decreto Legislativo No. 1017 y su Reglamento.

III. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL DERECHO COMPARADO Y EN NUESTRA NORMATIVA. POLÍTICAS DE FOMENTO Y DISCRIMINACIÓN POSITIVA: RÉGIMEN DEL COMPRE NACIONAL, MYPES, PROMOCIÓN DE PERSONAS DISCAPACITADAS, OBJETOS MEDIOAMBIENTALES.

Las normativas nacionales de contratación pública, en más o en menos, son vehículos tanto de control del cumplimiento de obligaciones con el Estado así como de fomento de determinadas actividades privadas cuyo desarrollo es de interés del Estado.

La actividad de fomento es diversa, estando entre estas la del desarrollo de actividades de producción de bienes y servicios dentro del territorio nacional, más conocido como el régimen de "Compre Nacional"; el fomento del empleo y de la actividad formal mediante el desarrollo de las micro y pequeñas empresas; el cumplimiento de metas sociales favoreciendo por ejemplo a la mano de obra local o a determinados colectivos sociales marginados o excluidos como el caso de los trabajadores jóvenes y las personas con discapacidad y; por último, el logro de metas en cuanto a políticas ambientales, actividad toda que rompe el trato igualitario a los postores, puesto que se brindará beneficios exclusivos

y excluyentes a quienes desarrollen las actividades indicadas o se encuentren dentro de determinado grupo social.

Una de las excepciones más extendidas al Principio de Igualdad¹, se encuentra constituida por favorecer al empresariado nacional respecto de la competencia de las empresas extranjeras mediante la prohibición de la participación de empresas extranjeras (Licitaciones Nacionales) o la restricción para la evaluación de las propuestas de solo la experiencia alcanzada dentro del territorio nacional o la entrega de una bonificación en el puntaje final a las empresas de origen nacional o a las que desarrollen actividades de producción de bienes o prestación de servicios dentro del territorio nacional, todo esto en la idea de que estas empresas contribuyen a la creación de puestos de trabajo y que ello se vería mermaado si es que se abre el mercado de los contratos públicos para las empresas extranjeras.

Ahora bien, actualmente y obviando la discusión ideológica, práctica y hasta de cuestionamiento de su legalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas ha eliminado el fomento de las empresas que desarrollan actividades dentro del territorio nacional y que consistía en otorgar una bonificación final en el puntaje equivalente al 20% del puntaje total, decisión concordante con la misma Ley de Contrataciones del Estado que ya había eliminado dicho beneficio para el caso de las subastas inversas.²

Para el caso de las micro y pequeñas empresas MYPE, están han venido siendo favorecidas mediante disposiciones que señalan que debe preferirse en caso de empate en el puntaje final alcanzado³ y mediante la reserva posible de cuotas exclusivas en determinados procedimientos de selección.⁴ También se les ha otorgado un régimen especial preferencial en cuanto a la presentación de garantías de ejecución contractual, habiendo dispuesto nuestro ordenamiento que pueden acogerse al sistema de constitución de un fondo de garantía mediante la retención del 10% del monto total del contrato.⁵

En cuanto a la excepción al Principio de Igualdad por políticas de discriminación positiva y por protección del medio ambiente, es ilustrativo citar las Directivas de la Unión Europea de 2004, números 17CE y 18CE, mediante las cuales se permite la inclusión de condiciones contractuales así como criterios de selección relativos a lo social y a lo medioambiental. Es más, mediante la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 2001 que versa sobre la temática en cuestión, se permitió que la Administración Pública requiera a los particulares, por ejemplo, la obligación de dar trabajo a los desempleados, que se organicen actividades de formación para los jóvenes, la aplicación de medidas que promuevan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica, la obligación de contratar a un número

- 1 Entendido en sentido amplio e incluyendo, por tanto, al principio de Libre Concurrencia.
- 2 Mediante comunicado del 4 de mayo de 2009, el OSCE informa que mediante el Informe No. 662-2009-EF/60.01 del MEF, no se encuentra vigente la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo, siendo por tanto inaplicable la bonificación del 20% para las empresas que presten servicios o elaboren bienes dentro del territorio nacional.
- 3 Artículo 73 del Reglamento de la ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo No. 184-2008-EF.
- 4 El artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto legislativo No. 1017, dispone: "Y... El Ministerio de Economía y Finanzas, previa opinión favorable de los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Producción, establecerá mediante Decreto Supremo las secciones que son materia de interés del Estado para promover la participación de la micro y pequeña empresa".
- 5 De acuerdo con el artículo 21 del Decreto Supremo No. 007-2008-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, y el artículo 155 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

de personas discapacitadas por sobre la exigido legalmente, etc. Reflejo de lo antes dicho es el artículo 134 de la Ley de Contratos del Sector Público de España, cuyo texto dispone la inclusión dentro de los criterios de valoración de las ofertas, a características vinculadas *"con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar"*.

En el Perú, en el marco específico de las contrataciones del Estado, existen mecanismos que reflejan la aplicación de políticas de discriminación positiva. Es el caso de las personas con discapacidad, a quienes en el marco de concursos públicos de méritos para cubrir plazas en la Administración Pública, se les concede una bonificación del quince por ciento (15%) sobre el puntaje final obtenido⁶ siempre que cumplan con los requisitos para el cargo y hayan obtenido puntaje aprobatorio en su evaluación.

También podemos citar el beneficio otorgado a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad en el caso específico de empate en el puntaje final en el marco de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía.⁷

A lo anterior debe agregarse que la aplicación del beneficio comentado no es pacífica cuando nos referimos a procesos de selección para la

ejecución de obras, siendo que válidamente, más de una Entidad ha entendido que sí corresponde otorgarlo en dichos casos al interpretarse que dentro de los servicios que refiere la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, se encuentra la locación de obra.⁸

Por otro lado, al igual que en el caso de la discriminación positiva, la normativa comunitaria europea es el principal referente en lo que atañe al fomento medioambiental en la contratación pública. Muestra de ello es que la Directiva 2004/18/CE posibilita que las Entidades Públicas europeas puedan contribuir a la protección del medioambiente y al desarrollo sostenible.

La Ley española de Contratos Públicos en cumplimiento de la Directiva referida, en el artículo 134, contiene como criterio para determinar la oferta más ventajosa, a las características medioambientales. El mismo artículo incluye además, cuando se refiere a la aplicación en determinados contratos de criterios cuantificables o tasados junto a los que son utilizados mediante un juicio de valor; a los contratos *"cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medioambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos"*.

6 De conformidad con el artículo 36 de la Ley 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, modificado por el artículo 1 de la Ley 28164.

7 Según se desprende de los numerales 1 y 2 del artículo 73 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y del Estado.

8 Nos referimos a los artículos 38 y 39 de la Ley 27050, que a la letra señalan lo siguiente:

Artículo 38.- Preferencia a productos y servicios de empresas promotoras

Las empresas e instituciones del sector público darán preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministrar, calidad y precio para su compra o contratación.

Artículo 39.- Definición de Empresa Promotora

Se considera Empresa Promotora para Personas con Discapacidad a la constituida como persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial y que desarrolle cualquier tipo de actividad de producción o de comercialización de bienes o prestación de servicios y que ocupen un mínimo del 30 (treinta) por ciento de sus trabajadores con personas con discapacidad".

En el Perú, la Ley de Contrataciones del Estado, incluye dentro de los principios rectores el de Sostenibilidad Ambiental: "En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia";⁹

IV. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA. INTERACCIÓN CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El Principio de Transparencia si bien no es privativo de los procedimientos de selección de contratistas, alcanza particular importancia en las licitaciones públicas. Es más, su papel no solo se circunscribe al procedimiento administrativo de selección, sino que abarca todo el proceso de contratación, debiendo demandarse también su aplicación por tanto en la fase administrativa interna y posteriormente en la ejecución del contrato, fase en donde es aplicable de forma conjunta con el principio de igualdad.¹⁰

El principio bajo comentario se encuentra reconocido en la Convención Interamericana contra

la corrupción y ha sido previsto en la Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI, en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, en el Derecho comunitario europeo, en los Capítulos de Contratación Pública de los Tratados de Libre Comercio y en toda normativa nacional de contratación pública. La base fundamental del principio estriba en que si tanto la información como las actuaciones de las autoridades y de los particulares intervinientes es pública, la supervisión y el control se encuentran garantizados, sirviendo ello de freno para desviaciones de los fines de todo el proceso de contratación y el consiguiente cumplimiento de los restantes principios licitatorios y de la eficiencia en el gasto público.

El principio de transparencia involucra no solo potenciar a las Entidades encargadas de las funciones de control y de supervisión, involucra también la organización o mejora de los canales de interacción con el control ciudadano. Dromi, indica al respecto:

"La solución no pasa por agrandar el funcionariado burocrático; antes bien, es

9 No queremos dejar de mencionar, la utilización inapropiada de certificaciones internacionales tales como el ISO 14001, referidos a "elementos supuestamente contaminantes de las computadoras" en las especificaciones técnicas o factores de evaluación de los procedimientos de selección de algunas Entidades.

En efecto, y ampliando el criterio para otros estándares exigidos tales como el FCC, RoHS y Energy Star, entre otros, siendo que tales certificaciones internacionales son emitidas por la autoridad competente de otros países, no son exigibles en nuestro ordenamiento jurídico y, por tanto, no pueden ser contempladas por las Entidades como "Requerimientos Técnicos Mínimos" (RTM) en sus procesos de selección, lo que ha sido recogido en reiterados Pronunciamientos del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCCODE) hoy Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) tales como el Pronunciamiento No. 261-2008/DOP, Pronunciamiento No. 262-2008/DOP, Pronunciamiento No. 266-2008/DOP, y Pronunciamiento No. 384-2008/DOP.

Asimismo, tampoco puede exigirse la presentación de dichas Certificaciones Internacionales como "Factores de Evaluación" dado que el numeral 6.3 de la Directiva No. 007-2008/CONSUCCODE/PRE, "Disposiciones sobre la documentación, obligaciones y/o requerimientos que las entidades del Estado deben evitar al elaborar las bases de los procesos de selección" ha establecido que "(...) en concordancia con el principio de libre competencia, no puede exigirse que la acreditación de los citados estándares se efectúe únicamente mediante la presentación de certificados expedidos por países en los que resulta obligatorio contar con dichas certificaciones para comercializar los bienes objeto de la convocatoria. Tampoco puede requerirse la presentación de certificaciones que no pueden ser emitidas en el Perú." (Pronunciamientos No. 368-2005/GTN y 026-2006/GTN).

10 De ahí que se pueda considerar que el principio de igualdad está inicialmente destinado a proteger a quienes pretenden contratar con la administración, de normas discriminatorias contenidas en los pliegos de bases y condiciones distintas a favorecer a unos en desmedro de otros. La supervivencia durante la ejecución del contrato administrativo opera como un elemento residual habilitante para el ejercicio del control del obrar administrativo sobre el ejercicio de la potestad variandi. BELTRÁN GAMBIER, *El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos*. En: *Revista de Derecho Administrativo*, No. 19-20, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

preciso dinamizar el espacio y el tiempo de la participación administrativa de los interesados”.

“(…) Corresponde a los poderes del Estado (en tanto responsables políticos) a la Administración y a los particulares, en la medida de sus responsabilidades, controlar al control, velando por el adecuado desempeño de los órganos estatales de control externo e interno.”¹¹

Ahora bien, el Principio de Transparencia alcanza, también, a los actos de administración interna. Su aplicación en dicho contexto determina que deban estar sustentadas de forma clara y razonable, entre otras, la decisión misma de contratar, la determinación del valor referencial, la elección de las especificaciones técnicas o términos de referencia, los criterios o factores de selección y/o los de adjudicación del contrato, en suma, todos los actos internos relacionados con el proceso de contratación y que luego se plasmarán en las Bases o Pliegos particulares y que deberán ser de conocimiento público y, en particular, de aquellos que requieran consultar o impugnar dichos actos.

Las consultas y el derecho de impugnar constituyen, igualmente, manifestaciones del Principio de Transparencia, debiendo garantizarse el derecho al pleno ejercicio de dichos mecanismos. La impugnación de las Bases sin efecto suspensivo o ante la misma Entidad licitante, no garantiza la vigencia del Principio de Transparencia, no siendo pocas las críticas a dicha opción legislativa, básicamente sustentadas en

el hecho que termina siendo la propia Entidad, juez y parte en la resolución de la impugnación sometida a su competencia.

En general, el derecho a recurrir las decisiones de la Administración en el marco de un procedimiento administrativo de selección, claro está, incluida la adjudicación del contrato, es también manifestación del Principio de Transparencia. En virtud de este, debe considerarse a los recursos administrativos, no como un entorpecimiento a los fines de la Administración, sino como la colaboración de los particulares que, en la procura de sus intereses, coadyuvan al cumplimiento del Principio de Legalidad y la consiguiente protección de las arcas y fines públicos. En un régimen regular de los contratos públicos, dichos recursos administrativos deberían ser resueltos (exceptuando los de menor cuantía), por el Tribunal del OSCE.

Además de la sustentación de los actos de administración interna y de los actos administrativos, así como del derecho de recurrir tanto las Bases como los actos administrativos que se emitan en el procedimiento de selección, existen otras manifestaciones del Principio de Transparencia relativas a la publicidad y el acceso a la información y documentos contenidos en el expediente, con la única excepción de aquello que constituya propiedad intelectual, secretos técnicos, comerciales o industriales.¹²

En función de lo anterior, los particulares deben tener garantizado el derecho de revisar el expediente de forma inmediata sin que sean afectados plazos de impugnación, pudiendo

11 DROMI, Roberta, *Modernización del control público*, Hispania Libros, Madrid – México, 2005, pp. 18 y 20.

12 Moreno Molina ha denominado a esta reserva del principio de de transparencia como principio de confidencialidad, cita sustentando su correcta apreciación, el artículo 6 de la Directiva 2004/18/CE (Directiva comunitaria europea sobre contratos del sector público) “sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidos en el apartado 4 del artículo 35 y en el artículo 41, y de conformidad con la legislación nacional por la que se rija el poder adjudicador, este no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”. MORENO MOLINA, José Antonio, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAR, Bellido Ediciones, Lima, 2007.

obtener copias simples o fedatizadas en cualquier instancia del procedimiento y desde la convocatoria, incluyéndose los documentos sustentatorios de lo plasmado en las Bases.

Con relación a la "publicidad", entendida, en principio, como la difusión oportuna de los procedimientos de selección vía portales electrónicos o, en defecto de ello, mediante avisos de cualquier índole, debe tomarse en cuenta que esta se constituye en soporte al cumplimiento del Principio de Igualdad, manifestada en el derecho a la libre concurrencia y competencia.

La publicidad debe manifestarse también en el carácter público del acto de recepción y verificación del contenido mínimo de los sobres que contienen las propuestas de los postores, así como en las audiencias que se lleven a cabo en el marco de una impugnación. Constituye igualmente manifestación del Principio de Transparencia la existencia de sistemas de registros de proveedores por los cuales la información contenida en ellos, es pública.

V. IGUALDAD, TRANSPARENCIA Y EFICIENCIA EN LA EJECUCIÓN DE POLÍTICAS PRESUPUESTALES ANTICRISIS.

La aplicación de los principios que hemos venido desarrollando no puede darse de manera aislada, más aún, si tomamos en cuenta que todos tienen como finalidad el lograr la eficiencia en el cumplimiento de finalidades públicas, haciéndose evidente su contenido axiológico y teleológico.

Así pues, en circunstancias en las que la ejecución del gasto público incide en toda la economía del país por tratarse de una medida antirecesiva, los principios de igualdad en el trato a los potenciales proveedores deben adaptarse, acentuándose en unos casos y morigerándose en otros, teniendo como contrapartida la potenciación del Principio de Transparencia mediante la actuación comprometida de la colectividad a través de sus instituciones más representativas.

7. Las licitaciones privadas o restringidas

En un contexto de emergencia no puede subsistir ninguna medida que ponga en riesgo la ejecución de contratos estratégicos por el monto de la inversión o por su incidencia social. Es contradictorio utilizar principios que pueden desnaturalizarse en cuanto al fin último que persiguen, esto es la eficiencia; ello en cuanto que el interés público se centra en las actuales circunstancias, en una ejecución presupuestal célere en lo posible.

Lo anterior determina que no pueda continuarse con el fomento a las MYPES, empresas que por su inexperiencia o escaso respaldo económico-financiero pueden comprometer la ejecución contractual (ejemplos sobran). Más aún, la restricción en la convocatoria no solo puede darse respecto de lo indicado, es decir, proscribiendo en el caso específico la participación de MYPES, sino también, siendo más exigentes en cuanto a la experiencia y el respaldo económico mediante garantías más altas o midiendo con mayores estándares la fortaleza de los postores a través de su capacidad de contratación.

Las licitaciones restringidas, en cuanto a su convocatoria limitada, encuentran como principales antecedentes al Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y la Ley Modelo de Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil - CNUDMI.

Así, el primer Instrumento citado indica:

**(...) Artículo XV: Licitación restringida.*

1. En las circunstancias que se exponen a continuación, no será necesario aplicar las disposiciones de los artículos VI a XIV, que regulan las licitaciones públicas y selectivas, siempre que no se recurra a la licitación restringida con miras a evitar que la competencia sea la máxima posible, o de modo que constituya un medio de discriminación entre proveedores de las demás Partes o de protección a los productores nacionales de bienes o a los proveedores nacionales de servicios (...).

- c) en la medida en que sea estrictamente necesario, cuando, por razones de extrema urgencia debidas a acontecimientos que la entidad no pueda prever, no sea posible obtener los productos o servicios a tiempo mediante licitaciones públicas o selectivas; (...).²

De otro lado, la Ley Modelo de la CNUDMI, establece:

"Artículo 20. Condiciones para el procedimiento de licitación restringida:

La entidad adjudicadora podrá (con la aprobación de (...) (el Estado promulgante designará el órgano competente)), cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el artículo 47, cuando:

- Los bienes, las obras o los servicios, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas; o*
- El tiempo y los gastos que requeriría el examen y la evaluación de un gran número de ofertas sería desproporcionado con respecto al valor de los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar.³*

De otro lado la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, indica:

"Un poder adjudicador podrá limitar el número de candidatos en los procedimientos restringidos y negociados con publicación de un anuncio de licitación; también podrá hacerlo en el diálogo competitivo. Esta reducción del número de candidatos debe efectuarse en función de criterios objetivos indicados en el anuncio de licitación. Dichos criterios objetivos no supondrán

necesariamente una ponderación. Para los criterios relativos a la situación personal de los operadores económicos, podrá bastar una referencia general en el anuncio de licitación a los supuestos indicados en el artículo 45⁴.

De similar modo en España la Ley 30/2007, Ley de Contratos del Sector Público, dispone:

"Sección 3.ª Procedimiento restringido.

Artículo 146. Caracterización.

En el procedimiento restringido solo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En este procedimiento estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

Artículo 147. Criterios para la selección de candidatos.

- 1. Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 64 a 68, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitadas a presentar proposiciones.*
- 2. El órgano de contratación señalará el número mínimo de empresarios a los que invitará a participar en el procedimiento, que no podrá ser inferior a cinco. Si así lo estima procedente, el órgano de contratación podrá igualmente fijar el número máximo de candidatos a los que se invitará a presentar oferta.*

En cualquier caso, el número de candidatos invitadas debe ser suficiente para garantizar una competencia efectiva.

- 3. Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, así como el*

número mínimo y, en su caso, el número máximo de aquellos a los que se invitará a presentar proposiciones se indicarán en el anuncio de licitación”.

Como se aprecia de las disposiciones citadas, la restricción de una convocatoria amplia, en las actuales circunstancias, es justificada.

Ahora bien, la contraparte de un sistema restrictivo en cuanto a la convocatoria es la transparencia en la preselección, acto administrativo que deberá encontrarse sustentado en base al record de las empresas en cuanto a sus experiencias previas, experiencia que puede valorarse inclusive con las desarrolladas en la zona donde se ejecute el contrato o en localidades similares. En la actual coyuntura local de logros macroeconómicos pero de subsistencia de la exclusión social, el fomento social dentro del campo de la contratación pública, resulta un mecanismo idóneo. Los colectivos sociales sobre los que podrían recaer técnicas de discriminación positiva¹³, son de fácil ubicación. Personas con dificultad para acceder al mercado laboral, por ejemplo, jóvenes marginados por carecer de experiencia laboral, personas con todas sus facultades para trabajar satisfactoriamente pero que el mercado ha discriminado por llegar a determinada edad, mujeres, personas que sufren discapacidades, etc. Igualmente podría exigirse programas de formación de mano de obra local, todo ello, claro está, dentro de lo razonable y sin generar sobrecostos que distorsionen los valores referenciales de los contratos.

Otro tema a destacar es que la pre-selección, de 3 empresas o de acuerdo a lo que se defina legalmente, deberá tener la calidad de “decisión discrecional”, tal como acontece en una menor cuantía y deberá estar justificada solo en su razonabilidad y proporcionalidad, utilizándose

para ello los criterios sugeridos. La decisión no podrá ser materia de impugnación, mas si de control posterior.

2. La figura del mediador en la ejecución contractual. El saneamiento administrativo

A pesar del filtro que implica una licitación restringida para prevenir controversias contractuales que puedan tener su origen en la inexperiencia o fragilidad económica financiera de los contratistas, es imposible garantizar la ausencia de diferencias entre las partes, diferencias que de acuerdo a nuestra normativa deben terminar mediante un laudo de derecho.

Sin negar las ventajas de especialidad y celeridad que el arbitraje conlleva en relación con el Poder Judicial, un proceso arbitral por lo regular demora más de un año y puede comprometer la ejecución del contrato. Es necesario por tanto explorar soluciones alternativas que brinden aún mayor celeridad que el arbitraje, sobre todo teniendo en cuenta la gran cantidad de controversias que se originan tan solo en el temor de los funcionarios públicos de tomar decisiones que serán luego cuestionadas por el Órgano de Control Interno y aún por la propia Contraloría o la opinión pública. La figura del mediador puede ser una alternativa para el problema expuesto regulando su intervención obligatoria e incluyendo una cláusula contractual de saneamiento administrativo y/o exención de responsabilidad administrativa.

Queremos aquí incidir nuevamente en lo dicho en la parte introductoria de este trabajo. La mediación en los contratos del Estado que incluye el saneamiento o exención de responsabilidad administrativa, escapa a moldes teóricos rígidos. Se presenta como una figura que responde de forma pragmática al fracaso de la conciliación en

13 Se conoce como discriminación positiva a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto de otro grupo social. LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Contratación pública y discriminación positiva*. En: www.dialnet.unirioja.es/servlet/fichera?articulo/codigo=141957&orleng=25627.

los contratos del Estado por la ausencia de especialización material o sustantiva de sus agentes y por el temor de los funcionarios públicos en aceptar soluciones que impliquen el reconocimiento de errores anteriores con la consiguiente responsabilidad administrativa o el solo hecho de ser cuestionados por haber arribado a una solución de común acuerdo.

Ahora bien, la figura del mediador puede ser vista desde dos ángulos, la que se equipara al Ombudsman o Defensor del Pueblo, persuasor o mediador ante las autoridades públicas¹⁴ y la relativa a la intervención especializada e imparcial que tienda a la solución de una controversia contractual entre una entidad pública y un particular. Aquí queremos acercarnos a lo segundo, siendo útil para ello, marcar distancias entre conceptos o figuras que puedan parecer similares.

Así pues debemos referirnos al *Médiateur de la République*, en Francia o al Mediador de la República, cargo que se instituye en 1973, siendo *"[...] un tercero que propone soluciones equitativas a las partes de una controversia donde están involucrados la Administración"*.¹⁵

Sin embargo, esta mediación se equipara más a las labores del Defensor del Pueblo, teniendo como función principal *"la de recoger las quejas, las reclamaciones de los ciudadanos, y tratar de mejorar las conductas de las Administraciones en relación con aquellos aspectos administrativos de los cuales se denuncia su ilegitimidad"*

o *incorrección*¹⁶, encontrándose el Mediador de la República marcadamente del lado del ciudadano.¹⁷

La experiencia francesa respecto de la mediación en los *marchés publics* o contratos públicos se centra en los procedimientos de mediación-conciliación (se confunden o asimilan ambos medios de solución de disputas), desarrollados por los *Comités consultatif de règlement de l'amiable des litiges relatif aux marchés publics*. Este colegiado se divide en realidad en uno de alcance nacional y otro regional, constituyéndose en ambos casos por magistrados administrativos, funcionarios de la Administración y expertos en contratación pública. El procedimiento se realiza mediante las reglas del contencioso administrativo conforme el principio de contradicción. Los Comités formulan al final del procedimiento un dictamen, el mismo que puede ser tomado o no por las partes.¹⁸

Como es de verse y tal como comenta Masuci, la solución al conflicto en la mediación francesa en materia de contratos públicos no deja de ser impuesta desde arriba, careciendo las partes de un nivel protagónico. Tienden más a una solución basada en la mediación propiamente dicha, tanto el sistema de mediación alemán como el inglés, aunque ambos y al igual que el modelo francés, tienen reservas –cada vez menos– respecto de materias en donde se ejerciten potestades públicas, siendo más flexible el sistema alemán¹⁹.

14 GORDILLO, Agustín. En: www.goedillo.com/Pdf/1-8/1-8V.pdf. - Derecho Administrativo Parte General. V.2

15 SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración: estudio del derecho comparado francés y colombiano*. Universidad del Rosario Editorial, Colección Textos de Jurisprudencia, Bogotá, 2006.

16 Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, 2001, 89, citado por MASUCI, Alfonso, *El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo*. En: *Revista de Administración Pública*, ISSN: 0034-7639, No. 178, Madrid, enero-abril, 2008, p. 17.

17 MASUCI Alfonso, *Op. Cit.*, p. 18.

18 MASUCI Alfonso, *Op. Cit.*, p. 21.

19 *"En Francia se excluye la utilización de la "mediation" cuando se trata de litigios que afecten al ejercicio de potestades administrativas, regladas o discrecionales. Tal medio es sin embargo, admitido cuando el litigio se refiere a un contrato administrativo o a la responsabilidad de la Administración Pública. En los últimos tiempos comienza a definirse en el Conseil d'Etat una orientación que no excluye el "Contentieux de l'exercé de pouvoir" de la utilización de la mediación,*

En los modelos alemán e inglés, el papel de las partes es preponderante tanto para las reglas del procedimiento que se conserva informal en su esencia, como para la solución del litigio, siendo destacable en el modelo inglés, la cláusula *"without prejudice"*, consistente en la prohibición de utilizar en sede jurisdiccional las informaciones y comunicaciones obtenidas en el procedimiento.²⁰

Debe dejarse sentado que el eje de la intervención del Mediador es que las partes lleguen a un acuerdo, debiendo este proponer soluciones en un procedimiento informal acordado también por las mismas partes en cuanto a sus reglas básicas. Acorde con nuestra intrincada regulación contractual pública, la mediación en obras complejas podría llevarse a cabo mediante dos especialistas, uno legal y otro técnico, para el caso de controversias en objetos contractuales simples bastará la intervención de un abogado especialista en contratación pública. La especialidad en ambos casos es condición ineludible en cuanto a que la labor del mediador se confunde con la de la consultoría, debiendo contar con experiencia tanto desde lado público como del privado, cuestión que hará posible que pueda comprender a ambas partes y en su caso, a los beneficiarios directos de las obras públicas, proponiendo soluciones claras y motivadas y que tenga como norte esquemas de costo beneficio, el respeto a los derechos del contratista, el principio de eficiencia y la satisfacción de los intereses públicos.²¹

Los mediadores, además de la especialidad deben contar como cualidad inherente, la de neutralidad o imparcialidad, razón por la que deben de aplicárseles el régimen de inhabilidades de los árbitros. Obviamente el cargo debe ser remunerado, más aún si sus labores van más allá que en un arbitraje y que, como indican Gómez, Sánchez y Durand, *"la función del mediador se comprende a menudo con dificultad y se liga en la conciencia popular a la toma de beneficios indebidos por los vendedores intermediarios"*.²²

En cuanto a la cláusula de saneamiento administrativo o de exención de responsabilidades administrativas, creemos que ello sería un instrumento necesario que favorecería la toma de decisiones de parte de la Administración, aceptando las propuestas del mediador.²³ En efecto, puede regularse que luego de decidir aceptar la recomendación de la solución propuesta por el mediador, la responsabilidad administrativa que se pueda determinar respecto de actuaciones anteriores solo dará lugar a recomendaciones. Podría citarse como precedente el principio de oportunidad regulado por el artículo 2 del Código Procesal Penal, más creemos que se acerca más a lo propuesto, el artículo 305 del Código Penal Español que indica:

"[...]4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este antes de que se le haya notificado por la

Se admite que son posibles *"Amalgements avec la légalité"*. Se admite que entre varias soluciones igualmente posibles conforme al *primo de la legitimidad*, la Administración pueda ser instada, sin perjuicio de la *legalidad*, para modificar una "elección" que ya había realizado en una dirección más adecuada a la oportunidad. En Alemania, el empleo de la mediación (*Die Mediation*) se excluye cuando el conflicto afecta al ejercicio de potestades públicas reguladas, y se admite cuando se trata de una potestad discrecional". MASUCI, Alfonso, *Op. Cit.*, p. 19.

20 MASUCI Alfonso, *Op. Cit.*, pp. 26 y 33.

21 GÓMEZ-FRÍAS, Víctor; SÁNCHEZ-CHAPARRO, Teresa; DURÁN HERAS, Alonso, *Instrumentos de apoyo a la evaluación de ofertas en la contratación pública*, X Congreso de Ingeniería de Organización, Valencia, 7 y 8 de septiembre de 2006, http://www.us.es/cio2006/docs/000205_final.pdf.

22 GÓMEZ-FRÍAS y otros, *Op. Cit.*

23 BARRIO, indica al respecto: "El acuerdo, en términos amplios, connotaba la interpretación tradicional de los principios constitucionales de igualdad de igualdad y a la parte de capacidad económica". En: www.marcaonline.es/articulo/.../procedimientos-tributarios-consensuados.htm.

Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendientes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, ó cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria."

Es de concluirse que la experiencia de la mediación en los contratos del Estado no es algo generalizado, se ha pasado de una etapa todavía no consolidada de mediación en controversias entre la Administración Pública y los particulares,²⁴ a las experiencias descritas en donde se encuentran de por medio contratos públicos, en cuyo caso existe como limitante, el mismo escollo que en los procesos arbitrales, esto es, las materias indisponibles constituidas por las potestades públicas y/o actos administrativos, elementos que sin embargo no obstaculizarían la Mediación en el Perú, dado el régimen local de arbitraje en las contrataciones del Estado, regulación

que no señala materias indisponibles sino todo lo contrario, siendo abierta a toda controversia salvo discusiones académicas que no enervan lo dispuesto por la ley.²⁵

3. El principio de transparencia y el control social. Excepcionalidad y restrictividad de las licitaciones privadas y del mediador

La transparencia involucra acceso a la información lo que dificulta que se puedan alterar precios referenciales, dirigir especificaciones técnicas, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación de contratos así como establecer condiciones contractuales irrazonables o que no guarden relación con el objeto contractual. Siendo esta información de carácter público, se encuentra a disposición no solo de los organismos estatales de control o de supervisión, sino también de veedurías y de la opinión pública en general. El ejercicio del principio de transparencia incide pues sobre las prácticas ilícitas y redundaría en el manejo eficiente de los recursos públicos por lo que los contratos públicos en todas sus fases deben estar sujetos regularmente a dicho principio, más aún en circunstancias en donde por razones de interés público se ha restringido la convocatoria.

Debido a la congestión de nuestro sistema de control, el control social debería estar garantizado, no solo a través de los medios de comunicación, sino mediante la intervención activa de los Colegios Profesionales, Universidades, Cámaras de Comercio, etc., debiendo regularse adecuadamente su intervención y resultando indispensable el establecimiento de parámetros para el ejercicio del control, entre otros, el de eficiencia, verificándose si los resultados obtenidos

24 Actualmente se aprecian en otras realidades las ventajas que trae el desarrollo de esta figura en las controversias entre privados y la Administración Pública, utilizándose dicho mecanismo a fin de evitar costos legales tanto a los privados como a los entes públicos, permitiendo además que los administrados, corporaciones privadas y asociaciones encuentren soluciones conjuntamente con una Entidad Pública en un clima de transparencia, apoyados en el carácter participativo que la mediación garantiza a las partes. BOYRON, Sophie, *Mediation in Administrative Law: The Search for experimental comparative law*. En: *The Transformation of Administrative Law in Europe*, European Law Publishers, 2007, p. 286 y 287.

25 LINARES JARA, Mario, *Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la integración*, Grijley, Linares Consultores, Lima, 2008, p. 61 y ss.

responden al beneficio social esperado y son proporcionales a la inversión y si todo ello fue ejecutado oportunamente²⁶, pudiendo incidirse en este aspecto tan descuidado en la actualidad en donde en vez de cuestionar por que no se examinaron probables soluciones conciliadas o no se optó por una fórmula razonable que tienda a la oportunidad, a la eficiencia, a la satisfacción del interés público, el énfasis se centra en cuestionar porque no agotaron todos los medios de defensa, todas las instancias posibles en un escenario de litis pura, llegándose al extremo de comprometer en responsabilidades administrativas a aquellos funcionarios que y por mas que no existiese fundamento para ello, no optaron por

un proceso arbitral o no judicializaron uno en curso mediante el respectivo recurso de nulidad.

Terminando el punto, cabe finalmente incidir en la excepcionalidad de las licitaciones privadas o restringidas y en el uso de la mediación con el saneamiento administrativo. Lo propuesto encuentra habilitación debido a la urgencia de ejecución presupuestal. No puede ser regular un sistema en donde el principio de igualdad en su acepción de una convocatoria amplia, se vea afectado y en donde el principio de legalidad y la responsabilidad administrativa se replanteen.²⁷ Solo las circunstancias excepcionales habilitan el sistema propuesto.

26. DROME, Roberto, *Op. Cit.*, pp. 96, 112 y 113.

27. BARRIO, indica respecto de la exención de responsabilidades en el marco del uso de la mediación en aspectos tributarios: "El acuerdo, en términos amplios, connotona la interpretación tradicional de los principios constitucionales de legalidad, de igualdad, y, a lo postre, de capacidad económica".

En: www.marilacarinaobarrío.com/.../procedimientotributarioconsensuado.htm.





www.revistaadvocatus.com