

CURSO DE ESPECIALIZACIÓN “NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN Y ORGANIZACIÓN CRIMINAL”

 **Módulo 1 : Contratación Pública
con el Estado**

Ricardo Kanashiro Romero.

Noviembre -2023





1

Reglas para el análisis

Tener en cuenta

1. La primera impresión no cuenta
2. De vez en vez: alejarse para tomar perspectiva
3. Las contrataciones no siempre son tema legal: intervienen especialidades
4. En algunos casos hay una desviación... en otros hay varias

5. Ranking: preparación

Procuraduría
Extraneus
Intraneus-PJ-MP
...
Auditores
Prensa

incentivos

Intraneus
Extraneus
Procuraduría-PJ-MP
...
Prensa
...
Auditores

recursos

Auditores
Intraneus
Prensa
Procuraduría
Extraneus
PJ-MP

Tener en cuenta

6. Cuidado con el “Efecto cajero”
7. Distinguir la desviación “principal” de los hechos “satélite”
8. Si hay humanos: siempre surgirán formas nuevas

Contratación directa

Tipos

Aprobación previa

No se justifica competencia

- Con otra entidad
- Compras secretas
- Proveedor único (exclusividad o personalísimo)

Publicidad

- Investigación
- Inmuebles existentes (compra/alquiler)
- Defensas

Regularización

Urgencia en contar con recursos

- Emergencia

- Continuidad
- Desabastecimiento

Contrataciones directas

Sólo lo estrictamente necesario

Requieren informes + aprobación del titular

La contratación debe ser oportuna... el abastecimiento no tanto:
depende de las condiciones

Directas: chanchullos podrían estar en...

- Necesidad creada
- Tráfico de información privilegiada
- Reducción de condiciones
- Invitados anómalos
- Invitados sin experiencia
- Sin control de precios

Cuidado con:

- Condiciones de mercado
- Invitados anómalos
- Precio sobrevaluado

Controversias

Apelación

- No existe el derecho a la doble instancia administrativa (es facultativo del regulador).
- Pero en sistema eficiente:
 - Los postores afectados pueden expresar sus agravios para los correctivos.
 - Es más eficiente revisar los casos en esta oportunidad que interesarse en control posterior.
- Es un procedimiento especial (en éste caso trilateral):
 - El apelante contra el Comité de Selección
 - Terceros interesados coadyuvan (apoyan) la decisión del Comité

Controversias que se pueden ventilar

- Ley de Contrataciones: <<discrepancias entre la Entidad y los participantes o postores...>>
- Reglamento: Excepciones <<actos de mero trámite>> y los que debieron ser objeto de la etapa de saneamiento (consultas y observaciones).

La controversia se plantea luego de terminado el proceso de selección en oportunidad única y con acumulación objetiva (todas las pretensiones y subjetiva (todos los interesados)).

Motivos para apelar (1)

- Inadmisibilidad de la propuesta (documental o técnica)
- No se otorgó la oportunidad de subsanar.
- Rechazo de la oferta (precio anómalo).
- Declaración de desierto
- Evaluación deficiente (incorrecciones en el puntaje, errores).
- Defectos en la propuesta de otros postores (para su descalificación)
- Actuación irregular del Comité (defecto del quórum, intervención de terceros)

OJO: sólo cuando afecten el resultado del proceso

Motivos para apelar (2)

- Cancelación del proceso.
- Nulidad de oficio del proceso.

OJO: sólo cuando afecten el resultado del proceso

Casuística

- Documentos de presentación obligatoria (Res 060-2016)
- Actuación de pruebas durante la apelación (entidad vs. Tribunal)
- Error en el sistema de Contrataciones.
- Error en la integración de bases
- Medios de prueba de la calidad técnica.

- Conservación del acto administrativo.

Algunos chanchullos posibles

- Apelación ante la entidad
- Descalificación de intermedios



- Favorecer
- Declaración de reconocimiento de legalidad
- Cambio de argumentos
- Subsanações inoportunas

Al margen de si hay chanchullo o no:

- Las apelaciones demoran el calendario de abastecimiento (retraso y reprocesos)
- Son un indicador de desaprobación al proceso,

Contrato

Contrato

Acuerdo de voluntades + Contenido

- Documento llamado “Contrato” u “Orden compra/servicio” o Comunicación
- Bases definitivas
- Oferta ganadora
- Otros documentos que contengan

Existen dos formas de redacción

- Transcripción: incorpora en el texto del documento todos los documentos anteriores. Referenciada: sólo menciona los documentos “extra”.

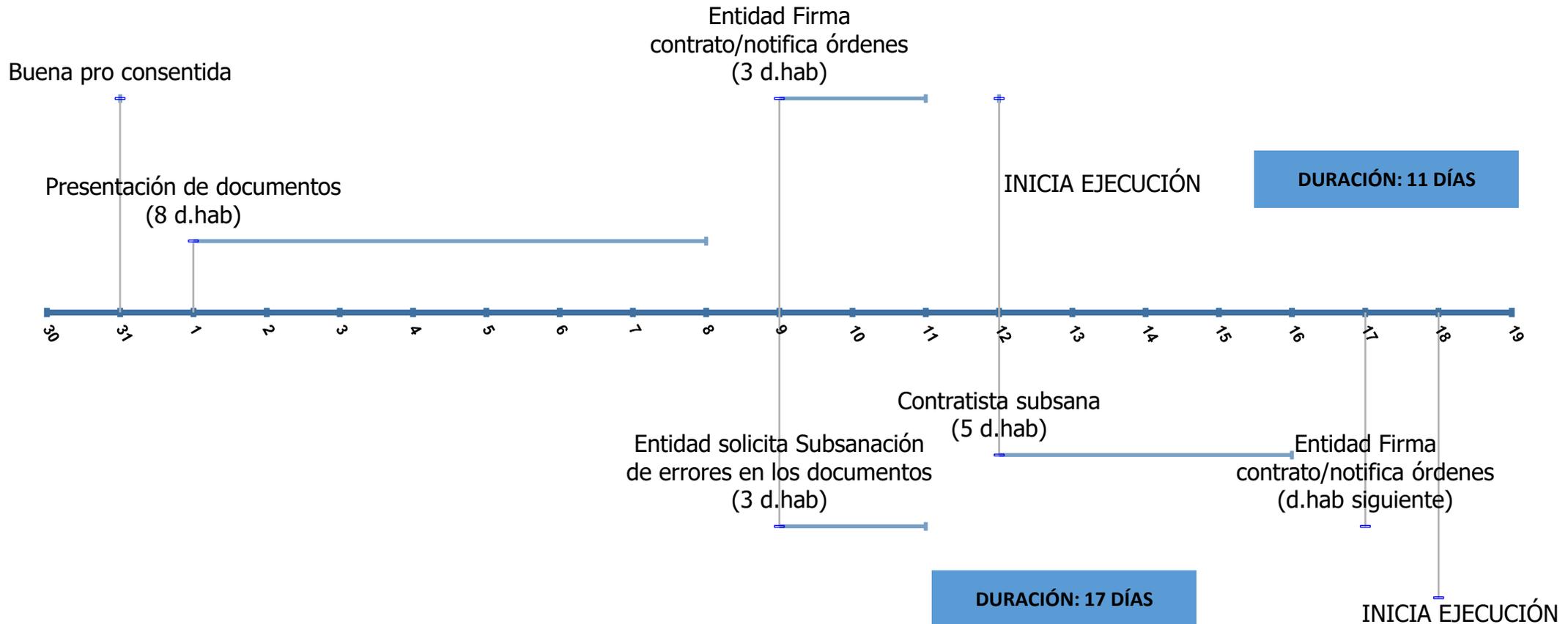
Contrato: Bases

- Contienen reglas del proceso + condiciones contractuales
- Dada la naturaleza de actuación administrativa: las Bases no están exentas del control de legalidad.
- La primera línea de ese control está a cargo de los interesados porque tienen:
 - Conocimiento de primera mano del mercado.
 - Interés propio en que las contrataciones se realicen de manera debida.
- Nunca procede a instancias de la misma entidad.
- No pueden ajustarse fuera de la oportunidad... pero pueden anularse

Contrato: perfeccionamiento

- No es automático
- No basta con ganar la buena pro para tener una relación contractual:
 - El contratista debe presentar documentación adicional.
 - Deben constituirse garantías.
 - Se puede apelar la buena pro.
 - La entidad puede “echarse para atrás” (*)

Procedimiento de Perfeccionamiento



Posibles chanchullos:

- Perfeccionamiento irregular
- Bloqueo del perfeccionamiento

Contrato: Contenido

- **Regla:** El contenido del contrato se define a partir de su contenido expreso, no puede exigirse nada fuera del contrato.
- **Excepción:** Obligaciones implícitas (usos y costumbres y razón)

Contrato: penalidades

Mora:

- Retrasos en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato.
- No incluye informes (a menos que el objeto haya sido ese).
- Es legal: las partes no pueden pactar sobre ella.
- El OSCE distingue entre entrega tardía, parcial y defectuosa (*)

Otras penalidades:

- Otros incumplimientos distintos del objeto del contrato (p.e. presentación de reportes, calidad, seguridad, etc.)
- No pueden referirse al plazo
- Proporcionadas
- Objetivas (criterio claro y procedimi)
- No puede haber varias para un mismo evento
- Deben ser liquidadas

Reglas sobre penalidades (1)

- Cada una se computa de manera separada.
- Cada una de ellas puede ser hasta por el 10% del monto del contrato.
- Nunca pueden ser superiores o iguales al monto a pagar (draconianas):
 - Tribunal constitucional: [Exp. 05311-2007-PA/TC](#)
 - Teoría del incumplimiento eficiente (contratista).
 - Estimulo perverso para la entidad.

Reglas sobre penalidades (2)

- La norma de contrataciones no lo dice, pero:
 - En todos los casos debe estar sustentada (Ley 27444).
 - Deben informarse al contratista (solución de controversias).
 - Debe dar lugar a la presentación de notas de crédito (efecto tributario).

Contratos: chanchullos podrían estar en...

- Sistema de contratación
- Aceptación irregular
- Incumplimiento de condiciones de ejecución
- Liberación de Penalidades
- Incumplimiento de factores de evaluación
- Adicionales
- Modificaciones contractuales
- otros
- Secuestro del contrato

Ampliaciones de plazo

Ampliaciones de plazo

- Se piden dentro de los 7 días hábiles siguientes a:
 - La aprobación de adicionales.
 - Finalizado el hecho generador del retraso o paralización (*)
- La entidad tiene 10 días hábiles para pronunciarse (silencio positivo).
- Claves: desastre natural, deshonestidad, huelga.

Recepción y conformidad

Recepción y Conformidad

- A cargo del área usuaria. Puede pedirse la colaboración de expertos técnicos, pero la competencia es del usuario
- En el caso de bienes la conformidad la da el área usuaria pero los bienes siempre deben entrar por el almacén (ver [Resolución Jefatural N.º 335-90-INAP/DNA](#)).
- El plazo para emitir la conformidad es de 10 días calendarios.
- Al término se debe otorgar la conformidad o formular observaciones.

Observaciones a la prestación

- La entidad puede formular observaciones cuando exista disconformidad entre lo requerido y lo recibido.
- Las observaciones deben ser comunicadas (prohibido el secreto).
- Deben ser claramente expuestas
- Debe otorgarse un plazo para subsanar de 2-10 días (5-20 días en caso de consultorías).
- Las penalidades por mora comienzan a computar desde el vencimiento del plazo para subsanar (nuevo *).

Resolución del contrato

Causales

Por causa del Contratista

- Contratista incumpla injustificadamente con las obligaciones a su cargo (previo requerimiento).
- Paralizar injustificadamente la ejecución (previo requerimiento).
- Acumulación del máximo de penalidades.

Por causa de la Entidad

- Incumplimiento injustificado del pago (caso Muni La Victoria).
- Incumplimiento injustificado de otras obligaciones (p.e. entrega de terrenos, accesos, demora en aprobaciones, etc).

Sin causas (*)

- Caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del contrato (*).

Efectos de la resolución del contrato

- Distinguir si la causa afecta a todo el contrato o sólo es parcial.
- La parte responsable (*) debe indemnizar a la otra.
- Si la resolución es por causa del contratista: se debe iniciar procedimiento sancionador.
- Y si es por causa de la entidad (¿?) La norma no dice nada.

- OJO:
- La resolución del contrato es una prerrogativa de la parte afectada, no una obligación.
- Las entidades deben evaluar la conveniencia (costo/beneficio) de resolver el contrato frente a la continuación del mismo.
- claves: incumplimiento eficiente, criterio de oportunidad, eficacia, art. 1° de la Ley. intervención económica de obra.

Solución de controversias contractuales

Conciliación o arbitraje

- En cualquier caso: se requiere primero el informe costo/beneficio de someter el tema a controversias
- La ausencia del informe no vicia el procedimiento, pero genera responsabilidad del titular y del procurador

- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT vs CONSORCIO CONTINENTAL SUDAMERICANO SAC - VICTOR A. WONG VELA
- [Ver](#)
 - Debido proceso para la declaración de nulidad
 - Oportunidad para formular observaciones.

- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADUANAS Y DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA – SUNAT vs X SOFT SAC
- [Ver](#)
 - Consentimiento de la penalidad: por caducidad y aceptación del contratista.
 - Ejecución parcial de las garantías: sólo hasta el monto de las penalidades generadas.

- SUNAT vs CIME

- [Ver](#)

- Momento en que se perfecciona el contrato y cómputo de plazo de ejecución
- Efecto de adicionales solicitados después del perfeccionamiento del contrato.

- VII DIRECCIÓN TERRITORIAL DE LA PNP vs GLOBAL ESTRATEGIC SUPPLIER CORP
- Ver
 - Ampliación de plazo contractual por causa no imputable al contratista.
 - Resolución indebida del contrato.

- SUNAT vs CONSORCIO LEAFAR

- [Ver](#)

- Si la entidad otorga sucesivos plazos para subsanar las prestaciones defectuosas, éstas no consideran para el cálculo de penalidad por mora.

- Nota: este laudo contradice expresamente otros y el mismo texto de la Ley y el Reglamento vigentes.

- SUNAT vs CONSORCIO ECHENIQUE SANTIAGO Y ASOCIADOS SRL Y MAYSEPI EIRL
- [Ver](#)
 - Límites a la aplicación de penalidades en contratos compuestos por múltiples prestaciones parciales.
 - Contenido de la comunicación de observaciones.

- SUNAT vs INTERSEVICE SRL
- [Ver](#)
 - Prohibición de doble penalidad por mismo hecho (o es mora o son otras penalidades, nunca ambas)
 - Intereses automáticos desde el vencimiento del plazo para el pago.

- SUNAT vs Creatividad Textil

- [Ver](#)

- No pueden alegarse nuevos criterios para observar las prestaciones
- Contrato sólo se puede modificar de acuerdo con el procedimiento legal
- La modificación del contrato sólo puede hacerla la misma autoridad que lo suscribe
- Si todas las observaciones son inválidas, correspondía otorgar automáticamente la conformidad.

- MINEDU vs Grupo Leafar
- [Ver](#)
 - No pueden alegarse nuevos criterios para observar las prestaciones
 - Pero existen obligaciones “implícitas”: no deben ser declaradas, pero son vinculantes.

- Pago al proveedor por servicios brindados sin contar con el expediente de contratación ni orden de compra que lo sustente
 - Opinión N° 013-2011/DTN.- si la entidad de ha beneficiado con prestaciones de terceros debe pagarlas.
 - El pago no es un “precio” sino una “indemnización” por el gasto económico de ejecutar.
 - La entidad puede reconocerlo directamente o puede esperar hasta una sentencia está obligada a sustentar el costo beneficio de esta decisión).

Nulidad

Causales de nulidad del contrato

- a) Contratar con sujetos impedidos (*)
- b) Documentación/declaración falsa (*)
- c) Contratar con apelación en trámite
- d) Contratación directa (exoneración) irregular
- e) Contratación sin cumplir la Ley y Reglamento (**)
- f) Sin procedimiento de selección (**)



El OSCE aun no establece la diferencia entre estos dos casos



¿Preguntas?



PGE

Procuraduría General del
Estado

MUCHAS GRACIAS
