

El rol fundamental que cumplen las áreas usuarias en el proceso de contratación pública y el rol preventivo de las entidades públicas

VERÓNICA NELSI DÍAZ MAURICIO

Procuradora Pública del Ministerio del Interior

En la defensa jurídica del Estado enfrentamos diversos procesos judiciales promovidos en virtud a los informes de control de los Órganos de Control Institucional (OCI) de las entidades públicas, o propiamente de la Contraloría General de la República, que durante sus acciones de control identifican daño económico a la entidad proveniente de la negligencia de los funcionarios y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones durante su actuación dentro del proceso de contratación pública, motivando el ejercicio de acciones judiciales por indemnización de daños y perjuicios.

En muchas dependencias del Estado el desconocimiento de la normatividad de contratación pública o su errónea aplicación provoca vicios en el proceso de contratación, acarreando muchas veces responsabilidad civil en los funcionarios y servidores por el perjuicio económico que se causa al Estado.

El Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) viene publicando a través de su portal web la normativa aplicable, charlas gratuitas presenciales, videos tutoriales, entre otros esfuerzos, además de entregar certificaciones a los profesionales del órgano encargado de las contrataciones (OEC) de acuerdo con su experiencia y nivel de conocimiento en la materia. Es importante también que las entidades públicas fortalezcan las capacidades de los servidores públicos que representan al "área usuaria" en sus diferentes dependencias, pues cumplen un rol fundamental dentro del proceso de contratación. Su conocimiento y la mejora de sus capacidades permitirán lograr la eficiencia y eficacia de las adquisiciones, cumpliendo uno de los principios rectores de la contratación pública: el principio de eficacia y eficiencia.

De esta manera, a través de una labor preventiva, el Estado lograría la eficacia y eficiencia en sus adquisiciones, evitando procesos judiciales e inclusive procesos de arbitraje por controversias derivadas de la ejecución contractual.

El principio de eficacia y eficiencia que indicamos se encuentra definido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, conforme al cual el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, las metas y los objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, y garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas y el interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

Tenemos tres actores dentro del proceso de contratación pública: el Titular de la Entidad, el Área usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones¹.

El Titular de la Entidad es la más alta autoridad ejecutiva. De conformidad con sus normas de organización, ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

El Órgano Encargado de las Contrataciones es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos. La entidad puede conformar comités de selección, que son órganos colegiados encargados de seleccionar al proveedor que brinde los bienes, los servicios y las obras requeridos por el área usuaria a través de determinada contratación. El reglamento establece su composición, funciones, responsabilidades, entre otros.

El Área Usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o que, dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad. En este caso, nos abocaremos a tratar el rol fundamental que cumple el área usuaria dentro del proceso de contratación pública.

I. ROL FUNDAMENTAL DEL ÁREA USUARIA EN EL PROCESO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El rol del área usuaria se sustenta legalmente en requerir los bienes, los servicios u las obras que necesita para el cumplimiento de los fines y funciones de la entidad, no para satisfacer intereses particulares, privados o personales.

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Opinión N° 025-20187DTN ha precisado lo siguiente al respecto: "(...) la normativa de contrataciones del Estado establece que el área usuaria, al plantear su requerimiento, debe indicar la finalidad pública de la contratación del bien, servicio u obra, esto es, pre-

¹ Artículo 8 del TUO de la LCE.

cisar qué interés público en particular se desea satisfacer con dicha contratación, finalidad pública que responderá a la naturaleza de las funciones de la entidad”.

Es decir, no se trata de adquirir cualquier bien, servicio u obra, sino que la adquisición de bienes, servicios y obras debe encontrarse orientada al cumplimiento de las funciones de la entidad, aspecto que el área usuaria debe cautelar antes de disponer las adquisiciones de bienes, servicios u obras que necesita.

Muchas veces el área usuaria se enfrenta a diversos requerimientos que no cumplen una finalidad pública. Por desconocimiento o inexperiencia se realizan las gestiones para cumplir con el requerimiento de la contratación de servicios o bienes que no están relacionados con la función que desempeña la entidad. Finalmente, al ser ello advertido por el Órgano de Control Institucional o la Contraloría General de la República o por la propia entidad, genera responsabilidades civiles, provocando el inicio de acciones legales por daños y perjuicios.

El rol del área usuaria no solo se limita a “pedir” o “requerir” la adquisición, sino que es responsable de formular las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, así como los requisitos de calificación. En otras palabras, es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación. De allí la importancia que las entidades públicas fortalezcan a los servidores que representan a las áreas usuarias de sus diversas dependencias a fin de que cumplan óptimamente con sus funciones.

Esta formulación de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo. Salvo las excepciones, previstas en el reglamento de la ley de contrataciones, en el requerimiento no se hace referencia a: una fabricación o una procedencia determinada; un procedimiento concreto que caracterice a los bienes o servicios ofrecidos por un proveedor determinado; marcas, patentes o tipos; un origen; o una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertos proveedores o ciertos productos, pues ello constituye vulneración al principio de libre concurrencia de los proveedores.

En suma, el término de referencia, la especificación técnica o el expediente técnico de obra son instrumentos sumamente importantes dentro del proceso de contratación pública. Su formulación es su responsabilidad. Sin embargo, muchas veces las debilidades que contienen estos instrumentos generan dificultades durante la ejecución contractual, y si estas no son resueltas a través de los mecanismos legales podrían provocar procesos de arbitraje con resultados adversos a la entidad, además de gastos arbitrales.

Por otro lado, existe un aspecto que muchas veces no es observado por las diversas entidades públicas y es que el área usuaria puede encontrarse constituida por aquella dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas, pero

también la constituyen aquellas dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias. Es decir, hay dos tipos de área usuaria:

- a. Dependencias cuyas necesidades pretenden ser atendidas.
- b. Dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias.

Debemos poner atención en este último tipo de área usuaria. Así, tenemos el caso del Acuerdo Marco. En efecto, a través de la Directiva N° 007-2017-OSCE/CD "Disposiciones aplicables a los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco" se establece que la oficina de informática o la que haga sus veces se constituye como área usuaria, responsable de formular el requerimiento a través de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, tratándose de computadoras, proyectores, escáneres, así como de impresoras, consumibles y accesorios.

Justamente, aquí aplicamos el concepto de área usuaria, como dependencia, que por las funciones y la especialidad canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, toda vez que la oficina de informática cuenta con las capacidades técnicas para la elaboración de las especificaciones técnicas de los equipos tecnológicos.

Ello también ocurre con las oficinas de infraestructura o con las oficinas de abastecimiento, que por su función y especialidad se convierten en "áreas usuarias". En el caso de las primeras, por ejemplo, tratándose de servicios de remodelación, adecuación de ambientes, entre otros, correspondería a dicha área la elaboración de los términos de referencia, así como brindar la conformidad de los servicios.

De esta manera, corresponde que estas dependencias cumplan con el rol de área usuaria que les compete, por la función y especialidad que desempeñan, aspectos que por desconocimiento no son encargados a las mismas, generándose defectos en la elaboración de los términos de referencia o las especificaciones técnicas que posteriormente podrían devenir en perjuicio económico a la entidad, imputando a los funcionarios y servidores públicos.

II. ROL PREVENTIVO DEL ESTADO

Entonces, conviene sumar esfuerzos a los que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) realiza, fortaleciendo las capacidades y los conocimientos de sus áreas usuarias, y no solamente de los órganos encargados de las contrataciones, dado el rol fundamental y la actuación principal en el proceso de contratación. De esta manera, el Estado logrará la eficiencia y eficacia en sus adquisiciones públicas y evitará perjuicios a la entidad.

III. CONCLUSIONES

Las áreas usuarias cumplen un rol fundamental, así como sus otros participantes, en el proceso de contratación pública, considerando que tienen la responsabilidad de elaborar los términos de referencia, las especificaciones técnicas o los expedientes técnicos, así como brindar conformidad de dichas adquisiciones. Las adquisiciones se realizan cumpliendo una finalidad pública.

Existen dos tipos de áreas usuarias: i) aquellas dependencias cuyas necesidades pretenden ser atendidas; y ii) aquellas dependencias que por las funciones de su cargo y su propia especialidad canalizan los requerimientos formulados por otras dependencias. Estas últimas se encuentran obligadas a cumplir sus competencias legales.

Corresponde a las entidades públicas cumplir un rol preventivo fortaleciendo el desempeño de sus áreas usuarias, lo cual permitirá cumplir con uno de los principios rectores de la contratación pública: la eficiencia y la eficacia.