

# Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana

## Tools for integrity in Peruvian public procurement

**Christian Chocano Davis**

Máster en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente del curso Empresa y Contratación con el Estado en la maestría en Derecho de la Empresa de la PUCP y del curso Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Supervisor de mejora de procesos y estandarización de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Ha realizado diversas publicaciones y capacitaciones sobre temas de contrataciones del Estado, obras públicas, arbitraje e integridad. Este artículo no refleja una opinión institucional ([christian.chocano@gmail.com](mailto:christian.chocano@gmail.com)).

### RESUMEN

La contratación pública ha estado en el foco del escrutinio público por ser una actividad con múltiples riesgos de corrupción. Este artículo analiza la forma en que la normativa ha sido usada para promover integridad en la contratación pública y propone oportunidades de mejora. Este análisis comprende la inclusión de principios generales y herramientas específicas como los impedimentos para contratar con el Estado, la cláusula anticorrupción o los factores de evaluación vinculados a integridad. Las mejoras realizadas al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado son analizadas, así como el impacto de la normativa sobre nepotismo y gestión de intereses en la contratación pública. Este análisis incluye oportunidades de mejora para un mejor uso de dichas herramientas.

### PALABRAS CLAVE

Integridad | Contratación Pública | Impedimentos para contratar con el Estado | Sistema de gestión anticorrupción | Cláusula anticorrupción | Transparencia | Nepotismo | Gestión de intereses

### ABSTRACT

Public procurement has been in the limelight as it is a major risk area for corruption. This article presents ways in which rules have been used to promote integrity in public procurement and proposed areas of improvement. The analysis involves the inclusion of general principles and specific tools such as the impediments for being a contractor, the anti-corruption clause or the evaluation criteria linked to integrity. Improvements made to the e-procurement system are reviewed, as well as the impact of nepotism and lobbying regulations on public procurement. This analysis includes areas of improvements for a better use of these tools.

### KEY WORDS

Integrity | Public procurement | E-procurement | Impediments for being a contractor | Anti-bribery management system | Anti-corruption clause | Transparency | Nepotism | Lobby

## SOBRE EL ARTÍCULO

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 16 de noviembre de 2019 y aprobado para su publicación el 29 de junio de 2020.

### SUMARIO

1. Introducción; 2. Principio de integridad y mandato de gestionar conflictos de intereses; 3. Impedimentos para ser participante, postor, contratista y subcontratista, 3.1. Prohibiciones para funcionarios, sus parientes, empresas y organizaciones en las que participan, 3.1.1. Restricciones de carácter nacional, 3.1.2. Restricciones en el ámbito del sector, 3.1.3. Restricciones en el ámbito de la competencia territorial, 3.1.4. Restricciones en la Entidad específica, 3.2. Prohibiciones por intervenir en un proceso de contratación, 3.3. Prohibiciones a personas sancionadas, condenadas o no elegibles, 3.4. Prohibiciones a empresas vinculadas y aquellas que son continuación de otra sancionada, 3.5. Prohibiciones por pertenecer a un mismo grupo económico; 3.6. Prohibiciones por realizar aportes a partidos políticos; 4. Factor de evaluación referido a la implementación de un sistema de gestión antisoborno; 5. La transparencia a través del sistema electrónico de contrataciones; 6. Las cláusulas anticorrupción en todos los contratos públicos, 6.1. Contenido mínimo de la cláusula, 6.1.1. La declaración de no haber cometido actos de corrupción, 6.1.2. La obligación de no cometer actos de corrupción y otros actos ilegales, 6.1.3. El compromiso de denunciar, 6.1.4. El compromiso de gestionar riesgos de corrupción, 6.2. Consecuencias por no incluir la cláusula, 6.3. Consecuencias ante el incumplimiento de la cláusula, 6.3.1. Resolución del contrato, 6.3.2. Nulidad del contrato, 6.4. Una vía adicional: la nulidad por infracción al deber de veracidad en la declaración jurada del postor; 7. Nepotismo y contratación pública, 7.1. Sobre los sujetos que pueden incurrir en actos de nepotismo, 7.2. Sobre la prohibición de nombrar o contratar a personal, 7.3. Sobre la prohibición de contratar locación de servicios, consultorías y otros; 8. Gestión de intereses y contratación pública; 9. Conclusiones; 10. Referencias

### 1. INTRODUCCIÓN

Las prácticas corruptas en el Perú tienen larga data. No aparecieron el día que una empresa transnacional reconoció ante autoridades fiscales haber cometido actos de corrupción para adjudicarse contratos públicos en Perú, ni terminaron cuando una empresa nacional hizo lo mismo para acogerse a medidas de colaboración eficaz. De acuerdo con el índice de percepción de la corrupción publicado por Transparencia Internacional, el país se ubica en el puesto 101 de 198 países, con una puntuación de 36 sobre 100 puntos, por debajo de la media (2019). Este puntaje no evidencia mejora respecto de la evaluación practicada en años previos, que se mantiene entre 35 y 37 puntos en los últimos cinco años. Del mismo modo, el pilar de control de corrupción de los indicadores de gobernanza del Banco Mundial no muestra una mejora (Kaufmann y Kraay, 2018).

La ciudadanía tiene esa misma percepción respecto de las contrataciones públicas. Se afirma que éstas son corruptas. Según Datum, 78% cree que en la ejecución de obras públicas siempre hay corrupción (2015). Precisamente, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), la contratación pública es una de las actividades gubernamentales con más riesgo de corrupción, debido al tamaño, volumen y regularidad de las transacciones, las estrechas relaciones entre los sectores público y privado así como la complejidad de los procedimientos (2017a).<sup>1</sup> Así también se ha identificado que la

1 Según información actualizada al 8 de junio del 2020, en el Perú, el monto adjudicado en los

construcción de obras públicas es el sector más vulnerable a corrupción (Deborah Hardoon & Finn Heinrich Bribe, 2011).

Hacer frente a un problema de tal magnitud requiere de una estrategia integral a mediano plazo, que incida en la construcción de una ciudadanía basada en valores. La corrupción en la contratación pública no es ajena al contexto social nacional en que se desenvuelve. Pero también es indispensable adoptar reformas institucionales y medidas de corto plazo que eviten que quienes buscan encontrar una ventaja personal en las compras públicas, tengan esa oportunidad. Así, por ejemplo, se deben evaluar medidas como eliminar la atomización de las decisiones de compra, asignar presupuesto en función de indicadores de competencia, transparencia e integridad, seleccionar gestores de compra en función de criterios de integridad, entre otras medidas.

En esa estrategia, la normativa de contratación pública cumple también una función. Las herramientas jurídicas de las que dispone una autoridad deben permitirle desarrollar los procesos de contratación con integridad. El objetivo de este artículo es revisar las disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, Ley de Contrataciones), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el Reglamento) y disposiciones complementarias incluidas en las Directivas que aprueba OSCE, principalmente, la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD “Bases y solicitud de expresión de interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225”.

En ese sentido, en primer lugar, se describe el principio de integridad recientemente incorporado en la normativa, así como el mandato general de gestionar conflictos de intereses. Luego, se analizan los impedimentos para contratar con el Estado, esto es, las situaciones que el legislador ha considerado pertinente prohibir debido al alto riesgo de integridad.

En tercer lugar, se analiza el factor de evaluación incorporado en las Bases Estándar aprobadas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), para asignar puntaje en la evaluación de las ofertas de empresas que han implementado un sistema de gestión antisoborno. En cuarto lugar, se revisan las mejoras incorporadas al sistema electrónico de contrataciones del Estado (en adelante, SEACE) para que las etapas del procedimiento de selección se realicen de manera electrónica, evitando el contacto personal entre funcionarios y proveedores. Además, se precisa el contenido y consecuencias de la cláusula anticorrupción que debe incorporarse en todos los contratos del Estado, así como de la declaración jurada de no haber incurrido en actos de corrupción que debe presentar un empresario en toda oferta. Finalmente, mención aparte se realiza a dos temas orientados a una mayor integridad en la función pública que tienen un impacto en la contratación pública: el nepotismo y la gestión de intereses.

## **2. PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y MANDATO DE GESTIONAR CONFLICTOS DE INTERESES**

La Ley de Contrataciones establece diez principios que rigen las contrataciones públicas. De acuerdo con lo señalado por el artículo segundo de dicha Ley, los principios

---

últimos tres años ha sido de S/ 41 414.9 millones en 2017; S/ 46 725.5 millones en 2018 y S/ 39 202.7 millones en 2019. Información disponible en el portal Conosce, sección estadísticas generales de contrataciones públicas (<https://portal.osce.gob.pe/osce/conosce/indicadores-del-mercado-estatal.html>).

sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la normativa, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones.

Uno de esos principios, de reciente incorporación, es el principio de integridad, que debe servir de referencia y criterio de interpretación tan igual como los principios de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, así como equidad.

La modificación a la Ley de Contrataciones dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1341, que entró en vigencia el 03 de abril del 2017, incorporó el principio de integridad. De acuerdo con el literal j) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones, la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

De acuerdo con la exposición de motivos de dicho Decreto Legislativo, “con la incorporación del principio de integridad en la Ley se quiere subrayar la importancia de la actuación honesta y veraz en el proceso de contratación, como una forma de prevenir y combatir las prácticas inmorales. Se busca, así, destacar que, en las contratación del Estado, la honestidad y la veracidad constituyen reglas de conducta orientadoras de la buena administración y de la buena gestión para asegurar el correcto uso de los recursos públicos”.<sup>2 3</sup>

Este principio de integridad tiene dos contenidos generales: la obligación de todo aquél que participa en la contratación pública de evitar toda práctica indebida y orientar su conducta hacia la honestidad y veracidad; y, de otro lado, la obligación de comunicar oportunamente a las autoridades competentes cualquier práctica indebida que conozca.

Es valiosa la incorporación del principio bajo comentario en la Ley de Contrataciones, pues permite adoptar decisiones orientadas a la integridad en caso de vacíos normativos y sirve de parámetro orientador para la toma de decisiones. No obstante, para que este principio tenga una mayor aplicación práctica resulta también necesario que se adopten las medidas para que quienes intervienen en la contratación pública conozcan a qué autoridades deben comunicar una práctica indebida y sobre todo qué incentivos y medidas de protección cuentan para hacerlo. Caso contrario, esta obligación quedaría en un plano meramente aspiracional.

Un segundo mandato general de carácter orientador está previsto en el numeral 9.2 del artículo 9 de la Ley de Contrataciones, que establece la responsabilidad de la Entidad de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación pública. En esta línea, el numeral 46.5 del artículo 46 del Reglamento precisa que los integrantes del comité de selección se deben informar oportunamente sobre la existencia de cualquier conflicto de intereses y de comunicar a la autoridad competente sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el

2 Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1341. Recuperado a partir del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

3 La incorporación de este principio está en línea también con el Decreto Supremo N° 042-2018-PCM, que establece medidas para fortalecer la integridad pública y lucha contra la corrupción, así como el Decreto Supremo N° 044-2018-PCM, que aprueba el plan nacional de integridad y lucha contra la corrupción 2018-2021.

desempeño de su encargo, bajo responsabilidad.

Estas disposiciones generales reconocen la importancia de administrar correctamente los conflictos de intereses en el ámbito de las contrataciones públicas. Así, corresponde a cada Entidad adoptar protocolos claros y con ejemplos concretos para que los funcionarios que tienen a su cargo la conducción del procedimiento de selección sepan identificar situaciones de conflictos de intereses y conozcan cómo actuar internamente para resolver tales conflictos. Esta es una buena práctica que las Entidades deben promover para dotar de contenido y aplicación práctica a los mandatos generales que sobre conflicto de intereses se plantean en la normativa de contratación pública.

Así pues, las Entidades tienen dos mandatos generales en virtud de los cuales pueden tomar acciones para promover la ética en la contratación pública: el principio de integridad y la prevención y gestión de conflictos de intereses.

### **3. IMPEDIMENTOS PARA SER PARTICIPANTE, POSTOR, CONTRATISTA Y SUBCONTRATISTA**

El artículo 11 de la Ley de Contrataciones contiene un listado taxativo de situaciones que impiden a una persona natural o jurídica contratar con el Estado, debido al riesgo de integridad que representarían según el legislador. Al ser una norma que restringe el derecho a concurrir libremente en el mercado, no cabe aplicar por analogía los supuestos prohibidos por la norma, criterio que ha sido recogido de manera reiterada por el OSCE en opiniones.

Patrick Burgos considera que la reserva de ley establecida por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú no sólo comprende al régimen general de la normativa de contratación pública y sus excepciones, sino también a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista. Por tanto, éstos deben ser establecidos mediante norma con rango de ley (2017).

Los impedimentos de la Ley de Contrataciones aplican para quien tiene la calidad de participante, postor, contratista o subcontratista, esto es, suponen una prohibición de registrarse como participante en un procedimiento de selección, presentar oferta, contratar y subcontratar con el Estado. No obstante, a fin de simplificar la lectura del presente artículo, en adelante, tales impedimentos serán referidos de manera general como impedimentos para contratar.

Burgos propone una completa clasificación de los impedimentos para contratar, conforme a la cual, éstos pueden ser agrupados según sean directos o indirectos; nacionales o sub nacionales; totales o parciales y acotados o extendidos (2017).

Para fines del presente artículo, se realiza un análisis de los impedimentos para contratar, agrupándolos según las prohibiciones se refieran a funcionarios públicos; a quienes intervienen en un proceso de contratación; a personas sancionadas, condenadas o no elegibles; a empresas vinculadas o que son continuación de otra sancionada; a quienes pertenecen a un mismo grupo económico; o a quienes realizan aportes a partidos políticos. Los dos primeros grupos de impedimentos además se extienden a algunos parientes y personas jurídicas, tal y como se detalla a continuación.

#### **3.1. Prohibiciones para funcionarios, sus parientes, empresas y organizaciones en las que participan**

Un primer grupo de restricciones está dirigida al funcionario público, esto es, a aquél que ejerce función pública en virtud de un vínculo contractual con el Estado. Estas prohibiciones no se limitan al funcionario sino que se extienden también, aunque con diverso alcance:

- Al cónyuge, conviviente y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, esto es, a los padres, hijos, abuelos, nietos, hermanos, suegros, yernos, nueras, padrastros, madrastras, hijastros, cuñados, hermanastros, entre otros. A fin de facilitar la lectura del presente artículo, en adelante, se hará referencia a tales personas de manera general como parientes del funcionario.
- A las personas jurídicas en las que el funcionario o sus parientes tengan una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección.
- A las personas jurídicas sin fines de lucro en las que el funcionario o sus parientes participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección.
- A las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean el funcionario o sus parientes y, asimismo, a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a tales personas.

A fin de facilitar la lectura del presente artículo, en adelante, se hará referencia a las personas jurídicas mencionadas en los tres puntos precedentes, de manera general, como personas jurídicas en las que el funcionario o sus parientes participan.

El alcance de estas prohibiciones varía según el grado de influencia y poder que ostenta el funcionario público. Las prohibiciones pueden ser absolutas que alcanzan a todo el territorio nacional, o restringidas al ámbito de la competencia territorial o de la Entidad específica en la que el funcionario pertenece o presta servicios.

### **3.1.1. Restricciones de carácter nacional**

Las restricciones más severas recaen en los funcionarios de mayor investidura en el plano ejecutivo, legislativo y jurisdiccional. Se trata de la prohibición de contratar en todo el territorio nacional. No pueden contratar con ninguna Entidad pública en el Perú, durante el ejercicio del cargo, el presidente, vicepresidentes, congresistas, jueces supremos, titulares y miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos, ministros y viceministros de Estado, gobernadores, vicegobernadores, jueces de las cortes superiores, alcaldes, titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, gerentes de las empresas del Estado, funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos con poder de dirección o decisión.

Esta prohibición se extiende hasta por doce (12) meses después de haber dejado el cargo únicamente para el presidente, vicepresidentes, congresistas, jueces supremos, titulares y miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionales autónomos. Asimismo, alcanza a las personas jurídicas en las que tales funcionarios o sus parientes hayan participado. Así, se pueden presentar los siguientes casos hipotéticos:

- El cuñado de un miembro del Pleno del Jurado Nacional de Elecciones es abogado y ejerce su profesión de manera independiente. Su principal cliente es una compañía de seguros. Es uno de los veinticuatro apoderados con los que cuenta la empresa para la defensa de sus intereses ante los juzgados. Tal compañía de seguros no puede contratar con ninguna Entidad pública hasta doce meses después de culminado el mandato del miembro del Pleno.
- El hermano de un congresista es un reconocido abogado independiente y catedrático que ejerce su profesión como consultor. No puede contratar con ninguna Entidad pública mientras dure el mandato congresal de su hermano hasta doce meses después de culminado el mismo.
- Uno de los seis hermanos de un juez supremo vive en Puno hace veinticinco años. Es titular gerente de una empresa individual de responsabilidad limitada que presta servicios de catering. Tal empresa no puede contratar con ninguna Entidad pública en el país hasta doce meses después de la culminación de las funciones del juez supremo.

### 3.1.2. Restricciones en el ámbito del sector

Esta restricción opera únicamente en un supuesto, cuando los ministros y viceministros de Estado han dejado el cargo. En tal caso, están impedidos de contratar con el Estado sólo en el ámbito del sector en el que desempeñaron el cargo hasta doce meses después de concluidas las funciones. Por tanto, resulta importante verificar cuáles son las Entidades adscritas a determinado sector pues a ellas les alcanza el impedimento.

Esta prohibición alcanza también a los parientes de tales funcionarios así como a las personas jurídicas en las que los funcionarios o sus parientes hayan participado. Así, se pueden presentar los siguientes casos hipotéticos:

- El hermano de uno de los dos viceministros del Ministerio de Salud forma parte del Consejo Directivo de una Asociación sin fines de lucro orientada a promover el liderazgo en los jóvenes, en calidad de tesorero. Su cargo no es remunerado. Tal Asociación no puede contratar con ninguna Entidad pública mientras el viceministro permanezca en el cargo. Luego que éste deje el cargo y durante los doce meses posteriores, la asociación no podrá contratar con el propio Ministerio, el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, el Instituto de Gestión de Servicios de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, el Programa de Apoyo a la Reforma del Sector Salud, los hospitales, centros médicos y demás Entidades adscritas al Ministerio de Salud.
- El hermano del Ministro del Ambiente es miembro del Consejo Directivo de una empresa constructora desde hace veinte años. Una vez asumido el cargo de Ministro, tal empresa no puede contratar con ninguna Entidad pública mientras el Ministro permanezca en el cargo. Luego que éste deje el cargo y durante los doce meses posteriores, tal empresa no puede contratar con el propio Ministerio, el Instituto Geofísico del Perú, el Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología, el Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado, el Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles y demás Entidades adscritas al Ministerio del Ambiente.

### 3.1.3. Restricciones en el ámbito de la competencia territorial

Un tercer nivel de restricciones está relacionado con el ámbito de competencia territorial del funcionario. Durante el ejercicio del cargo y hasta doce meses posteriores de dejarlo, los consejeros de los gobiernos regionales y regidores no pueden contratar con alguna Entidad pública en el ámbito de su competencia territorial. Esta restricción también aplica para los parientes de tales funcionarios así como para las personas jurídicas en las que tales funcionarios o sus parientes hayan participado.

De otro lado, un grupo de funcionarios tienen un impedimento aplicable a toda contratación a nivel nacional durante el ejercicio del cargo, no obstante, una vez dejado el mismo y hasta doce meses posteriores, la restricción sólo alcanza al ámbito de la competencia territorial. Este es el caso de los gobernadores, vicegobernadores, jueces de las cortes superiores de justicia y alcaldes. Los parientes de tales funcionarios y las empresas en las que dichos parientes participan, están impedidas de contratar en el ámbito de la competencia territorial mientras el funcionario ejerce el cargo y hasta doce meses después de concluido. En cambio, tratándose de las personas jurídicas en las que el funcionario participa, la restricción es por el mismo ámbito que la del propio funcionario; es decir, a nivel nacional mientras ejercen el cargo y, posteriormente, sólo en el ámbito de la competencia territorial. Así, se pueden presentar los siguientes casos hipotéticos:

- El hermano de un regidor de la Municipalidad Provincial de Ferreñafe es accionista mayoritario de una empresa de servicios de limpieza. Tal empresa no puede contratar con ninguna Entidad pública que ejerza jurisdicción en la provincia de Ferreñafe tales como las Municipalidades Distritales de Pueblo Nuevo, Pítipo, Mesones Muro, Inkawasi y Kañaris.
- El suegro del gobernador regional de Puno es accionista mayoritario de una empresa comercializadora de maquinaria pesada. Tal empresa no puede contratar con la Universidad Nacional de Altiplano mientras el gobernador regional ejerza funciones y hasta doce meses después de culminado su mandato.

### 3.1.4. Restricciones en la Entidad específica

Las restricciones más acotadas relativas a funcionarios públicos son aquellas que prohíben contratar con el Estado únicamente con la Entidad a la que pertenecen o prestan servicios. Mientras ejerzan su función y hasta doce meses posteriores de dejado el cargo, este impedimento aplica para los directores de las empresas del Estado y miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo. Asimismo, aplica para los parientes de tales funcionarios así como para las personas jurídicas en las que tales funcionarios o sus parientes hayan participado.

De otro lado, en el caso de los servidores públicos y trabajadores de las empresas del Estado que no cuenta con poder de dirección o decisión están impedidos de contratar con la Entidad a la que pertenecen mientras ejerzan función. No obstante, una vez dejado el cargo y hasta doce meses posteriores, mantendrán el impedimento sólo si por la función desempeñada hayan tenido influencia, poder de decisión, información privilegiada referida al proceso de contratación o conflicto de intereses. Esta restricción aplica con el mismo alcance para los parientes de tales funcionarios así como para las personas jurídicas en las que tales funcionarios o sus parientes hayan participado.



Por último, un grupo de funcionarios tienen un impedimento aplicable a toda contratación a nivel nacional durante el ejercicio del cargo, no obstante, una vez dejado el mismo y hasta doce meses posteriores, la restricción sólo alcanza al ámbito de la Entidad a la que pertenecen o prestan servicios. Este es el caso de los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión y gerentes de las empresas del Estado. Los parientes de tales funcionarios y las empresas en las que dichos parientes participan, están impedidas de contratar en el ámbito de la Entidad mientras el funcionario ejerce el cargo y hasta doce meses después de concluido. En cambio, tratándose de las personas jurídicas en las que el funcionario participa, la restricción es por el mismo ámbito que la del propio funcionario; es decir, a nivel nacional mientras ejercen el cargo y, posteriormente, sólo en la Entidad respectiva. Así, se pueden presentar los siguientes casos hipotéticos:

- El hermano del Secretario General de un Organismo Regulador es accionista mayoritario de una empresa de comercialización de computadoras y equipos informáticos. Tal empresa no puede contratar con ese organismo regulador mientras el Secretario General ejerza funciones y hasta doce meses después de dejado el cargo.
- El cuñado del asistente legal de la unidad de logística de una Municipalidad Distrital es titular gerente de una empresa individual de responsabilidad limitada que presta servicios de fotocopiado e impresiones. Tal empresa no puede contratar con dicha Municipalidad, mientras el asistente ejerza funciones en la Municipalidad y hasta doce meses después que deje el cargo.

### 3.2. Prohibiciones por intervenir en un proceso de contratación

Las personas naturales o jurídicas que han participado en determinadas actuaciones de un proceso de contratación (la determinación de características técnicas, la definición del valor referencial o estimado; la elaboración de Bases del procedimiento; la calificación y evaluación de ofertas o la conformidad de contratos), están impedidas de participar en el proceso de contratación correspondiente. Esta restricción procura evitar el conflicto de intereses en que podrían incurrir quienes tienen a su cargo las mencionadas actuaciones de una contratación y las orientan hacia su propio interés personal.

Esta restricción aplica también para los parientes de quienes han intervenido en alguna de las actuaciones indicadas, así como para las personas jurídicas en las que tales personas o sus parientes hayan participado. Así, se pueden presentar los siguientes casos hipotéticos:

- Una empresa es contratada por la Municipalidad Distrital de Independencia para elaborar el expediente técnico de una obra de mejoramiento de pistas y veredas. Tal empresa no puede participar en la licitación pública que se convoque para la ejecución de dicha obra.
- Una empresa es contratada por el Ministerio de Energía y Minas para elaborar el estudio de pre inversión de una obra de electrificación rural. Tal empresa no puede participar en el concurso público que se convoque para la elaboración del expediente técnico de la obra. Ello en atención a la Opinión N° 029-2013/DTN del 10 de abril del 2013, mediante la cual el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado concluyó lo siguiente: “En la medida que el estudio de factibilidad constituye la base o fundamento para determinar las características técnicas del expediente técnico, aquel consultor que elaboró el estudio de factibilidad se encuentra impedido de ser

participante, postor y/o contratista en el proceso de selección que se convoque para contratar la elaboración del expediente técnico”.

### 3.3. Prohibiciones a personas sancionadas, condenadas o no elegibles

Un grupo de restricciones a la libre participación de proveedores guarda relación con el reproche a una conducta irregular en que ha incurrido una persona natural o jurídica. Este juicio de reproche se basa en la irregularidad de una conducta que puede ser de diversa índole. Así, la conducta irregular no necesariamente está relacionada con la intervención en un proceso de contratación pública, tal y como se evidencia en las siguientes situaciones prohibidas:

- Están impedidas en todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas inhabilitadas o suspendidas para contratar con el Estado.

Este supuesto abarca la sanción de inhabilitación temporal o definitiva dispuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, la suspensión del derecho de participar en procedimientos de selección dispuesta por dicho Tribunal en tanto que el infractor no pague la multa impuesta, así como la pena de inhabilitación que disponga un juez como consecuencia de un proceso penal.

- Están impedidas en todo proceso de contratación, las personas condenadas mediante sentencia consentida o ejecutoriada, en el país o el extranjero por delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos hayan sido cometidos en otros países. También aplica el impedimento si se hubiese reconocido la comisión de algunos de esos delitos ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

Este impedimento se extiende a las personas jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas hubiesen sido condenadas por tales delitos o hubiesen reconocido su comisión ante alguna autoridad nacional o extranjera competente.

La norma no refiere expresamente al delito de colusión que suele ser denunciado en el ámbito de las contrataciones públicas. No obstante, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha interpretado que tal delito también está comprendido en los impedimentos, toda vez que se encuentra regulado dentro de la sección “concusión” del Código Penal, como subdivisión de tal delito.<sup>4</sup>

- Están impedidas en todo proceso de contratación, las personas inscritas en los siguientes registros:
  - El Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional, que contiene las sanciones establecidas contra los abogados por incumplir las reglas de ética profesional. Estas sanciones pueden haber sido remitidas por los colegios profesionales, juzgados, cortes y diversas Entidades públicas como por ejemplo el Tribunal Constitucional.

4 Por ejemplo, dicho criterio ha sido recogido en la Resolución N° 0947-2019-TCE-S3 del 30 de abril del 2019.

- El Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido, sustituido por el Registro Nacional de Sanciones contra Servidores Civiles, que contiene las sanciones administrativas disciplinarias y funcionales impuestas contra los servidores.
- El Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (REDERECI), en el que se inscribe información actualizada de las personas que incumplan con cancelar el íntegro de las acreencias por concepto de reparaciones civiles a favor de personas y del Estado establecidas en sentencias con calidad de cosa juzgada, conforme al artículo 1 de la Ley N° 30353.
- Otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado, como por ejemplo el Registro de Deudores Alimentarios Morosos (REDAM), que registra a quienes adeudan tres cuotas de obligaciones alimentarias. De acuerdo con el artículo 5 del Decreto Legislativo 1377, que modifica la Ley que crea dicho Registro, el deudor alimentario puede contratar con el Estado, siempre que previo a la suscripción del contrato, acredite la cancelación de la deuda o autorice el descuento por planilla del monto de la pensión mensual fijada. Ergo, si el contratista no acepta ninguna de esas dos condiciones, no puede contratar con el Estado.
- Están impedidas en todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en las Listas de Organismos Multilaterales de personas y empresas no elegibles para ser contratadas. De este modo, el Estado peruano reconoce las sanciones que adoptan diversos organismos multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial.

La literalidad de la norma hace referencia a la no elegibilidad. No obstante, la elegibilidad en algunos organismos multilaterales es un concepto más amplio para delimitar la contratación a aquellos que son nacionales de los países miembros. La causal de impedimento no debe entenderse referida a tal criterio de elegibilidad sino más bien al listado de empresas y personas sancionadas o excluidas de la posibilidad de contratar con tales organismos.<sup>5</sup>

### 3.4. Prohibiciones a empresas vinculadas y aquellas que son continuación de otra sancionada

Un grupo de restricciones a la libre participación de proveedores buscan evitar que se utilice a una persona natural o jurídica para eludir una inhabilitación o un impedimento para contratar con el Estado. Estas restricciones recaen en empresas distintas de aquellas que se encuentran impedidas de contratar o sancionadas, pero que guardan con éstas un nivel de vinculación que el legislador ha considerado relevante:

- Están impedidas en todo proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que son continuación, derivación, sucesión o testamento de otra persona impedida

5 En el caso del Banco Interamericano de Desarrollo dicho listado puede ser revisado en el siguiente enlace: <https://www.iadb.org/es/temas/transparencia/integridad-en-el-grupo-bid/empresas-y-personas-sancionadas%2C1293.html>, (consultado el 03 de noviembre del 2019).

En el caso del Banco Mundial, puede revisarse el siguiente enlace: <https://www.worldbank.org/en/projects-operations/procurement/debarred-firms>, (consultado el 03 de noviembre del 2019).

o inhabilitada. Asimismo, el impedimento se extiende a la persona que ha sido utilizada para eludir la inhabilitación o impedimento, respecto de la cual la persona inhabilitada o impedida posee control efectivo, independientemente de la forma jurídica empleada.

Por ejemplo, mediante Resolución Ministerial N° 227-2019-MINAM del 01 de agosto del 2019, el Ministerio del Ambiente declaró la nulidad del otorgamiento de la buena pro del Concurso Público N° 002-2019-MINAM-OGA, convocado para la contratación de la consultoría para la elaboración de un estudio de pre inversión a nivel de perfil para el sector ambiental. Según se menciona en la resolución, la empresa adjudicada con la buena pro fusionó por absorción a una empresa que estaba siendo objeto de un procedimiento sancionador. El titular gerente en ambas empresas era la misma persona y, una vez que se impuso la sanción, transfirió la propiedad de una de sus empresas a su hija. Además se precisa que ambas empresas tenían el mismo domicilio fiscal y rubro comercial, por lo que el Ministerio consideró que la empresa creada estaba impedida de contratar con el Estado por causal de continuidad.

- Están impedidas en todo proceso de contratación y siempre que cuenten con el mismo objeto social, las personas jurídicas cuyos representantes legales, integrantes de los órganos de administración, socios, accionistas, participacionistas o titulares formen o hayan formado parte en la fecha en que se cometió la infracción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente. En el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, el impedimento es aplicable siempre que su participación individual o conjunta sea superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente. También aplica el impedimento a la persona jurídica cuyos integrantes se encuentren sancionados con inhabilitación temporal o permanente. Así pues, este impedimento comprende dos restricciones, una que recae en las personas jurídicas que comparten representantes legales u otros miembros con una persona jurídica inhabilitada, y otro que recae en la persona jurídica que tiene integrantes inhabilitados.

Este impedimento tiene como antecedente el inciso k) del artículo 11 de la versión original de la Ley de Contrataciones del Estado que entró en vigencia el 09 de enero del 2016, así como el literal k) del artículo 10 de la ley precedente, Decreto Legislativo N° 1017. No obstante, este impedimento fue suprimido mediante el Decreto Legislativo N° 1341 y se volvió a incorporar con algunas modificaciones en el Decreto Legislativo N° 1444. En ese sentido, el impedimento bajo comentario no estuvo vigente desde el 03 de abril del 2017 hasta el 30 de enero del 2019.

Conforme al Acuerdo de Sala Plena N° 1-2016/TCE del Tribunal de Contrataciones del Estado, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de septiembre del 2016, este impedimento “persigue impedir que el proveedor que ha sido sancionado con inhabilitación temporal o permanente para contratar con el Estado, lo haga a través de una persona jurídica diferente, ya sea porque quienes lo integran, representan o dirigen (...) tienen en ésta un porcentaje de participación –o son titulares de sus acciones–, la representan o porque participan de su dirección”.

No obstante, este impedimento ha sido criticado bajo el argumento de que extender las consecuencias de la inhabilitación a terceras personas es contrario al principio de culpabilidad y no supera el test de razonabilidad para evaluar la legitimidad de una

interferencia del legislador en los derechos constitucionales.<sup>6</sup>

Cabe advertir para profundizar esta discrepancia que, por un lado, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene la aspiración de ser una norma con un contenido mínimo común a toda la Administración Pública, declarando que las normas especiales no pueden regular condiciones menos favorables a los administrados, y establece, por ejemplo, el principio de culpabilidad en el régimen sancionador. No obstante lo cual, la Ley de Contrataciones ha señalado en su primera disposición complementaria final que prevalece sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Inclusive señala que esta prevalencia también es aplicable a la regulación de los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado. En virtud de tales disposiciones, la Ley de Contrataciones en el numeral 50.1 del artículo 50 señala qué infracciones se evalúan bajo una responsabilidad objetiva y en qué tipos infractores se admite la posibilidad de justificar la conducta.

### 3.5. Prohibiciones por pertenecer a un mismo grupo económico

La normativa de contratación pública busca que las empresas que participan en un procedimiento de selección sean independientes entre sí, es decir, que no pertenezcan a un mismo grupo económico. De acuerdo con el anexo de definiciones del Reglamento, un grupo económico es el conjunto de personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, conformadas por al menos dos de ellas, donde alguna ejerce el control sobre la o las demás o cuando el control corresponde a una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.

Existiendo unidad de decisión o control, las empresas que forman parte de un grupo económico no compiten entre sí en un procedimiento de selección, antes bien, tienen una conducta coordinada prohibida por la normativa de contratación pública.

Mediante Resolución N° 1013-2019-TCE-S2 del 06 de mayo del 2019, el Tribunal de Contrataciones del Estado declaró fundado el recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro en un procedimiento de selección convocado por el Seguro Social de Salud (Essalud) para la adquisición de productos farmacéuticos. El Tribunal consideró acreditado que el ganador de la buena pro conformaba un mismo grupo económico con otra empresa que también había presentado oferta en el mismo ítem. Las evidencias en las que se basó el Tribunal incluían que ambas empresas declararon en la oferta la misma dirección, teléfonos y correo electrónico, así como la propia información consignada en la página web del grupo económico y un video institucional en el que ambas empresas se presentaban como parte del mismo conglomerado.

### 3.6. Prohibiciones por realizar aportes a partidos políticos

6 Respecto de la aplicación del test de razonabilidad puede revisarse el artículo de Silvana Armas Diéguez. “El impedimento para la contratación estatal de la persona jurídica vinculada”. En: Derecho y Sociedad N° 44, 2015, pp. 139-144. Respecto del principio de culpabilidad, puede revisarse el artículo de Eduardo Ortega. “Adiós al principio de culpabilidad, en especial a la personalidad de las penas”. En: ius360, producto de ius et veritas, 4 de julio del 2014, <http://ius360.com/publico/administrativo/adios-al-principio-de-culpabilidad-en-especial-a-la-personalidad-de-las-penas/>, (consultado el 03 de noviembre del 2019).

A fin de evitar el clientelismo político, esto es, el apoyo empresarial durante las campañas electorales a cambio de la adjudicación de contratos públicos, la norma prohíbe a las personas jurídicas contratar con el Estado si es que hubieran realizado aportes a la organización política ganadora durante la campaña electoral. El alcance de este impedimento depende de la circunscripción electoral en la cual la organización política obtuvo el triunfo.

Este impedimento fue incluido en la Ley de Contrataciones, mediante la Ley N° 30689, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de noviembre del 2017, que modificó además la Ley de Organizaciones Políticas. Dicha norma modificatoria también estableció que las organizaciones políticas no podían recibir aportes de personas jurídicas, por lo que el impedimento bajo comentario únicamente sería aplicable en caso que se produzca el incumplimiento de la normativa que rige las organizaciones políticas.

Melany Guzmán propone modificar este impedimento para incluir a las personas naturales y delimitar su alcance interpretando el término circunscripción no de una manera territorial, sino sobre la base del alcance del poder de decisión e iniciativa de gasto del nivel de gobierno respectivo (2018).

Ahora bien, la técnica legislativa utilizada para definir los impedimentos para contratar requiere de un replanteamiento. En algunos casos, los impedimentos resultan desproporcionados como cuando un empresario debe declarar que no tiene impedimento, pero resulta que sí lo tiene porque un hermano, a quien no conoce y con quien nunca tuvo contacto, ejerce determinado cargo público que lo inhabilita.

En otros casos, resultan insuficientes como cuando se contrata a la empresa de la pareja sentimental de un funcionario, la cual si estaría impedida si fuese su cónyuge o conviviente; o si se contrata a una empresa que sí estaría impedida si el porcentaje de acciones de un socio mayoritario no fuera 30 sino 31 por ciento. Del mismo modo, cuando por la naturaleza de la prestación, la Entidad requiere contratar un servicio para testear un sistema informático desarrollado por una consultora, y se requiere que la empresa ganadora no tenga ningún tipo de vinculación con la empresa consultora a fin de garantizar la independencia de la evaluación.

En ocasiones, los impedimentos son cuestionables porque tornan excesivamente gravosa una sanción que ha sido emitida por otro órgano sancionador. Por ejemplo, en el registro nacional de abogados sancionados por mala práctica profesional se incluyen multas impuestas por jueces a abogados que no justifican su inasistencia a una audiencia en un proceso penal. Es razonable que tal abogado poco diligente reciba una multa, pero resulta desproporcionado que además se le impida contratar con el Estado.

En suma, los impedimentos para contratar requieren modificaciones por exceso y por defecto, lo que hace necesario replantear la técnica normativa para abordar las situaciones de conflictos de intereses en la contratación pública.

#### **4. FACTOR DE EVALUACIÓN REFERIDO A LA IMPLEMENTACIÓN DE UN SISTEMA DE GESTIÓN ANTISOBORNO**

La Directiva N° 001-2019-OSCE/CD incluye las Bases Estándar que todas las Entidades deben usar para elaborar las Bases de los procedimientos de selección. Las Bases Estándar tienen tres secciones. Una sección general, que contiene las reglas aplicables al procedimiento de selección que se convoca, incluyendo normas complementarias a las establecidas en la Ley

y el Reglamento.

La sección específica comprende la información aplicable al procedimiento de selección que se convoca. La Entidad debe completar esta información siguiendo las instrucciones detalladas en las Bases Estándar. Finalmente, los Anexos son los documentos estándar que deben presentar los postores al momento de presentar su oferta.

La sección específica de las Bases Estándar incluye los factores de evaluación que las Entidades pueden utilizar en los procedimientos de selección, según el objeto del procedimiento. El siguiente cuadro resume todos los factores de evaluación que pueden ser utilizados por las Entidades en los procedimientos de licitación pública, concurso público y adjudicación simplificada.

**Cuadro N° 1.**

v		Bienes		Servicios		Consultoría en general		Consultoría de obras			Obras	
		LP	AS	CP	AS	CP	AS	CP	AS	CPA	LP	AS
1	Precio	50 a 100		50 a 100		100		100			83 a 100	85 a 100
2	Plazo de prestación	máx 50		máx 50		No		No			No	
3	Garantía comercial	máx 50		máx 50		No		No			No	
4	Capacitación al personal de la Entidad	máx 50		máx 50		No		No			máx 10**	
5	Mejoras	máx 10		máx 10		No		No			No	
6	Disponibilidad de servicios y repuestos	máx 50		No		No		No			No	
7	Sistema de gestión de Calidad ISO 9001:2015	No		máx 5		No		No			No	

8	Sostenibilidad ambiental / social	máx 3		máx 3		máx 3		máx 3		máx 3	máx 3	
	OHSAS 18001:2007 / ISO 45001:2018	No		Si		Si		Si		Si	Si	
	SA 8000:2014	Si	No*	Si	No*	Si	No*	Si	No*	Si	Si	No*
	ISO 14001:2015	No		Si		Si		Si		Si	Si	
	Certificado Azul - ANA	Si		Si		Si		Si		Si	Si	
	ISO 50001:2014 / ISO 50001:2008	No		Si		Si		Si		Si	Si	
9	Protección social y Desarrollo Humano	máx 2		máx 2		máx 2		máx 2		máx 2		
	Empresa Segura - MIMP	Si		Si		Si		Si		Si		Si
	Empresa Promocional Discapacidad - Mintra	Si		Si		Si		Si		No		
10	Integridad: ISO 37001:2016	máx 2	No*	máx 2	No*	máx 2	No*	máx 2	No*	máx 2	máx 2	No*
11	Experiencia del postor	No		No		máx 100		máx 100		30 a 45		No
12	Metodología propuesta	No		No		máx 100		máx 100		30 a 45		No
13	Conocimiento del Proyecto	No		No		máx 100		máx 100		30 a 45		No
14	Formación personal clave	No		No		máx 100		No		No		No



15	Capacitación personal clave	No	No	máx 100	No	No
16	Experiencia personal clave	No	No	máx 100	No	No
17	Propuesta Arquitectónica	No	No	No	No	55 a 65

Elaboración propia.

\* Puede incluirse en las adjudicaciones simplificadas provenientes de licitaciones públicas y concursos públicos declarados desiertos.

\*\* Sólo en el caso de obras bajo modalidad llave en mano.

Como se puede advertir, las Bases Estándar aprobadas por OSCE prevén que se pueda otorgar hasta dos (2) puntos en licitaciones públicas y concursos públicos a los postores que acrediten haber implementado un sistema de gestión antisoborno acorde con la norma ISO 37001:2016 o con la Norma Técnica Peruana equivalente (NTP-ISO 37001:2017). Asimismo, el factor puede usarse en las adjudicaciones simplificadas que provienen de licitaciones y concursos públicos declarados desiertos.

El certificado que acredita este factor de evaluación debe reunir tres condiciones para que el Comité de Selección pueda asignar el puntaje correspondiente:

- Debe haber sido emitido por un organismo de certificación acreditado para dicho sistema de gestión, ya sea ante el Instituto Nacional de Calidad (INACAL) u otro organismo acreditador que cuente con reconocimiento internacional, esto es, que sea signatario del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo del International Accreditation Forum-IAF, el InterAmerican Accreditation Cooperation-IAAC, el European cooperation for Accreditation-EA o el Pacific Accreditation Cooperation-PAC.
- Debe corresponder a la sede, filial u oficina a cargo de la prestación.
- Debe encontrarse vigente a la fecha de presentación de ofertas.

La inclusión de este factor de evaluación en las Bases Estándar busca promover que las empresas que participan en los procedimientos de selección implementen un sistema de gestión antisoborno que suponga una evaluación de las medidas adoptadas por la organización para gestionar los riesgos de incurrir en una práctica de soborno. Esto resulta valioso a la luz de las estadísticas de percepción de corrupción referidas al iniciar el presente artículo, y es una medida proporcional en la medida que se trata de un factor opcional, y que únicamente las Entidades podrían asignar hasta dos puntos, sobre cien posibles.

Cierto es que, en la práctica, debido a la normativa vigente, dos puntos podrían eventualmente ser determinantes para obtener una obra pública. En un trabajo previo he advertido la importancia que el precio, siendo un elemento esencial de la libre competencia,

no sea reglado, como ocurre en las consultorías de obras y ejecución de obras, sin perjuicio que las Entidades puedan rechazar precios temerarios, bajo determinadas condiciones (Chocano, 2020). Caso contrario, podrían incrementarse situaciones como las que se presentan hoy en día, donde aspectos no vinculados al contrato, como un sorteo o la condición de pequeña o micro empresa terminan siendo determinantes para obtener la buena pro.

## 5. LA TRANSPARENCIA A TRAVÉS DEL SISTEMA ELECTRÓNICO DE CONTRATACIONES

La transparencia en el proceso de contratación pública es una condición que contribuye a que ésta se desarrolle de manera íntegra. Los funcionarios estarán menos proclives a actuar de manera indebida si saben que sus decisiones pueden ser objeto de escrutinio público.

El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) es la plataforma que agrupa toda la información de los procesos de contratación que se rigen al amparo de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de otros regímenes creados por ley que disponen la obligatoriedad de registrar información de las contrataciones en el SEACE tales como los regímenes de la reconstrucción con cambios o el aplicable a la empresa Petróleos del Perú – PETROPERÚ.

En los últimos años, en el SEACE se han implementado nuevas funcionalidades que permiten realizar de manera electrónica los siguientes actos que antes se realizaban presencialmente:

- Registro de participantes. Mediante Comunicado N° 003-2015-OSCE/PRE, OSCE dispuso que el registro de participantes se realiza de manera electrónica en los procedimientos de selección que se convoquen a partir del 20 de octubre del 2015.
- Presentación de consultas, observaciones y su absolución. Mediante Resolución N° 064-2018-OSCE/PRE, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 09 de agosto del 2018, se dispuso la modificación de las Bases Estándar aprobadas por OSCE, en las cuales se precisó que la presentación de consultas y observaciones, así como su absolución, se realizarían a través del SEACE en los procedimientos de selección que se convoquen a partir del 27 de agosto del 2018.
- Presentación de ofertas. La presentación electrónica de ofertas se implementó de manera progresiva. Mediante Resolución N° 297-2017-OSCE/PRE, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07 de octubre del 2017, se aprobó la Directiva N° 015-2017-OSCE/CD que dispuso la implementación de la presentación de ofertas electrónica para los procedimientos de selección de Adjudicación Simplificada para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general. No obstante, de acuerdo con dicho marco normativo, para que sea obligatorio, la Entidad debía estar incluida en un listado que se iba actualizando progresivamente, incorporando un número mayor de Entidades.

Con la entrada en vigencia el 30 de enero del 2019 de las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, dispuesta mediante Decreto Legislativo N° 1444, así como de su Reglamento, la obligación de presentar la oferta de manera electrónica se extendió a todos los procedimientos para la contratación de bienes, servicios en general y consultorías en general.

Luego, mediante Comunicado N° 003-2019-OSCE, se puso en conocimiento que en los procedimientos que se convoquen a partir del 15 de abril del 2019 sería obligatorio realizar la presentación de ofertas de forma electrónica en la Adjudicación Simplificada para la contratación de consultoría de obras y ejecución de obras, así como la presentación de expresiones de interés de modo electrónico en la Selección de Consultores Individuales.

Finalmente, mediante Comunicado N° 005-2019-OSCE, se puso en conocimiento que la presentación de ofertas debe realizarse de manera electrónica a través del SEACE en las licitaciones públicas y concursos públicos que se convoquen a partir del jueves 27 de junio del 2019. De este modo, hoy las ofertas se presentan a través del SEACE en todos los procedimientos de selección que cuentan con una convocatoria abierta.

- Subsanación de ofertas. Durante la admisión, calificación y evaluación de ofertas, la Entidad puede solicitar a los postores que subsanen alguna omisión o error material en la documentación presentada siempre que no altere el contenido esencial de la oferta. A la fecha, la subsanación se solicita a través del SEACE y, asimismo, el postor debe presentar la subsanación de manera electrónica. En este caso, la implementación de la subsanación electrónica se realizó de manera progresiva, en las mismas fechas de lo señalado en el acápite previo referido a la presentación de ofertas electrónica.
- Sorteo en caso de empate. Con la modificación de las Bases Estándar realizadas mediante Resolución N° 111-2019-OSCE/PRE, que entró en vigencia el 27 de junio del 2019, se estableció que el desempate se realiza de manera electrónica a través del SEACE, eliminándose la disposición de las Bases que obligaba a realizarlo de manera presencial.

La realización de estos actos del procedimiento de selección de manera electrónica contribuye a reducir los riesgos de corrupción en la medida que existe un menor contacto entre los proveedores y los funcionarios públicos. Estos importantes avances en los procedimientos de selección deben complementarse con la implementación de un módulo de ejecución contractual que permita la notificación electrónica de los actos vinculados con la ejecución de los contratos públicos.

En esta misma línea, es importante que la Directiva N° 007-2017-OSCE/CD sobre los catálogos electrónicos de acuerdos marco, aprobada mediante Resolución N° 007-2017-OSCE/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de abril del 2017, establezca en el numeral 8.5 que, en las contrataciones cuyo monto sea igual o superior a cien mil soles (S/ 100,000.00), las Entidades utilizan obligatoriamente el procedimiento de grandes compras. En este procedimiento, el sistema realiza una invitación automática a todos los proveedores que cuenten con ofertas para la ficha producto requerida por la Entidad, para que puedan mejorar sus precios en atención a la demanda específica formulada por la Entidad. Luego del plazo establecido, el propio aplicativo selecciona al ganador, sin que participe en esa elección los funcionarios de la Entidad, eliminándose no solo el contacto entre proveedores y funcionarios para elegir la oferta ganadora, sino estableciéndose una adjudicación automática de la buena pro.

## **6. LAS CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN EN TODOS LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

La modificación efectuada a la Ley de Contrataciones mediante Decreto Legislativo

N° 1341, que entró en vigencia el 03 de abril del 2017, dispuso la inclusión obligatoria de cláusulas anticorrupción en todos los contratos del Estado.<sup>7</sup>

Desde que se cuenta con una normativa general aplicable a las contrataciones del Estado, esto es desde que entró en vigencia la Ley N° 26850, se preveía la inclusión obligatoria de tres (3) cláusulas en todo contrato público: las cláusulas referidas a las garantías, solución de controversias y resolución del contrato por incumplimiento. Después de casi 20 años se incluyó una nueva cláusula obligatoria: la cláusula anticorrupción.

El Reglamento ha desarrollado el contenido mínimo de la cláusula anticorrupción, así como las consecuencias ante su no inclusión e incumplimiento.

## **6.1. Contenido mínimo de la cláusula**

El Reglamento ha establecido cuál debe ser el contenido mínimo de la cláusula anticorrupción en el numeral 138.4 del artículo 138. No obstante, la cláusula admite modificaciones en atención a los riesgos de corrupción específicamente aplicables a determinado contrato. Pueden incorporarse contenidos adicionales que no desnaturalicen el contenido mínimo obligatorio. La delimitación definitiva de la cláusula en las Bases representa así una potestad discrecional que la Entidad puede ejercer para garantizar la integridad en el proceso de contratación.

La cláusula anticorrupción establece que el contratista debe declarar que no ha cometido actos de corrupción para adjudicarse el contrato y asumir tres compromisos para garantizar la integridad durante su ejecución: (i) garantizar que nadie en la empresa ni terceros vinculados incurrirá en actos de corrupción y otras conductas ilegales; (ii) denunciar ante las autoridades si conoce de alguna práctica ilícita; y (iii) adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan prácticas indebidas en la organización.

La cláusula anticorrupción está orientada a regular la conducta del contratista, no establece obligaciones bilaterales para las partes. Tal y como señala Juan Carlos Morón, “(...) En vez de promover a las partes la confianza en la conducta proba, parece sustentarse en la desconfianza hacia el contratista. La carga hacia el contratista de los deberes no solo muestra un desequilibrio en su concepción, pues aun, cuando se trate de situaciones fuera de su control, se le hace recaer la consecuencia. Es así, que la entidad no solo no se ha comprometido a que controlará a su personal para que realice propuestas indebidas al contratista, sino que cuando esto suceda, será el contratista el llamado a cumplir su deber de denuncia, bajo amenaza de poder cancelar el contrato” (2018, p. 918).

### **6.1.1. La declaración de no haber cometido actos de corrupción**

Al momento de la suscripción del contrato, el contratista debe declarar que no ha ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato. Tiene que declarar que no lo ha hecho él ni indirectamente a través de un tercero.

En el caso de una persona jurídica, esta declaración abarca la conducta de los socios,

---

7 Esta incorporación está en línea con los objetivos propuestos por diversos instrumentos internacionales de los que el Perú es parte, tal como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas. Se entiende por persona vinculada a:

- Cualquier persona jurídica que sea propietaria directa de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital o tenedora de participaciones sociales en dicho porcentaje en la propiedad de esta.
- Cualquier persona natural o jurídica que ejerce un control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control.

De este modo, quien tiene las facultades de suscribir el contrato en representación del contratista debe realizar una labor de verificación exhaustiva y adoptar las medidas de prevención necesarias para garantizar que todas las personas dentro de la organización que representa (representantes legales, miembros del Directorio, accionistas, apoderados, funcionarios, asesores) y fuera de ella (personas jurídicas que ejerzan control), no han cometido un acto prohibido por la cláusula anticorrupción. Desde este punto de vista, esta declaración no sólo tiene un status de declaración jurada sino que su trasgresión podría suponer el inicio de una investigación penal.

### **6.1.2. La obligación de no cometer actos de corrupción y otros actos ilegales**

La cláusula anticorrupción supone el compromiso del contratista de actuar con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción durante la ejecución del contrato.

Este compromiso incluye aspectos adicionales al soborno. Comprende también la obligación de cumplir con los valores de honestidad, probidad y veracidad, así como de no incurrir en una conducta ilegal. La norma no vincula el cumplimiento de tales valores al contrato, lo que podría llevar a pensar que podría exigirse su cumplimiento en aspectos tan diversos como incumplir la obligación de pagar impuestos, el despido arbitrario de un trabajador, pasarse la luz roja, etcétera. Es necesario que el Reglamento acote en este extremo el contenido de la cláusula anticorrupción para evitar que se realicen interpretaciones poco razonables.

Además, el contenido mínimo de este compromiso anticorrupción es bastante amplio, ya que al igual que la declaración que realiza el contratista al momento de suscribir el contrato, abarca la conducta de socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas. El contratista asume un compromiso no sólo respecto de su propio accionar sino también por la conducta de terceros.

### **6.1.3. El compromiso de denunciar**

La cláusula anticorrupción contiene el compromiso del contratista de denunciar ante las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento. Tratándose de actos de corrupción, cualquier persona tiene la facultad de denunciar tales hechos delictivos ante la fiscalía.

El artículo 326 del Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, establece la obligación de formular denuncia a quienes estén obligados a hacerlo por expreso mandato de la Ley, en especial los profesionales de la salud por los delitos que conozcan en el

desempeño de su actividad, así como los educadores por los delitos que hubieren tenido lugar en el centro educativo. También rige esta obligación para los funcionarios que en el ejercicio de sus atribuciones, o por razón del cargo, tomen conocimiento de la realización de algún hecho punible. Así pues, la cláusula anticorrupción convierte esta potestad de denunciar un acto de corrupción en una obligación ante la fiscalía respectiva.

Este deber se extiende a actos que vayan en contra de ley, respecto de lo cual, el contratista debe evaluar las vías procedimentales específicas habilitadas para denunciar tal tipo de irregularidades.

#### 6.1.4. El compromiso de gestionar riesgos de corrupción

La cláusula anticorrupción incluye el compromiso del contratista de adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar actos ilícitos o corruptos. El contratista debe adoptar medidas para gestionar el riesgo de incurrir en tales prácticas durante la ejecución del contrato.

Una manera de evidenciarlo es a través de la implementación de la metodología de la Guía del PMBOK® del Project Management Institute para la gestión de riesgos, que comprende los procesos de identificación de riesgos, análisis de los mismos, planificación de respuesta, monitoreo y control de riesgos (2008).

Asimismo, en el proceso de identificación de los riesgos de corrupción que pueden afectar la ejecución del contrato, puede revisarse el listado de riesgos de corrupción más recurrentes durante la fase de ejecución contractual, según lo identificado por la OCDE

<b>Riesgos en la frase posterior a la adjudicación</b>	Gestión de contratos y rendimiento	<p>Abusos perpetrados por proveedores en la implementación del contrato, específicamente en lo referente a calidad, precio y duración:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• cambio significativo en las condiciones contractuales, con el propósito de justificar un lapso mayor de tiempo o precios más altos</li> <li>• sustitución de productos, trabajo que no cumple con el estándar o servicio que no cumple con las especificaciones del contrato</li> <li>• robo de activos nuevos antes de ser entregados al usuario final o ser registrados</li> <li>• supervisión deficiente de servidores públicos o colusión entre adjudicatarios y funcionarios encargados de la supervisión</li> <li>• subcontratistas y socios seleccionados de manera no transparente o que no rinden cuentas</li> </ul>
--	------------------------------------	---

Pedidos y pagos	<p>División deficiente de obligaciones financieras y/o falta de supervisión de servidores públicos, resultando en:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• falsa contabilidad y asignación inadecuada de costos o migración de costos entre contratos</li> <li>• pago de facturas fuera de tiempo</li> <li>• facturación falsa o duplicada de bienes y servicios no proporcionados y pagos anticipados de derechos adquiridos</li> </ul>
-----------------	---

Fuente: OCDE (2017), La Contratación Pública en el Perú: Reforzando capacidad y coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, Paris.  
<https://dx.doi.org/10.1787/9789264281356-es>

## 6.2. Consecuencias por no incluir la cláusula

La cláusula anticorrupción es de carácter imperativo o indisponible para las partes. De acuerdo con el numeral 40.6 del artículo 40 de la Ley de Contrataciones, en todos los casos, los contratos incluyen una cláusula de no participación en prácticas corruptas, bajo sanción de nulidad.

Claro está que si una Entidad omite por negligencia incluir la cláusula anticorrupción en un contrato, debe evaluarse la conveniencia de gestionar la nulidad del contrato o, más bien, suscribir una adenda con el contratista para incluir tal cláusula, lo que puede resultar más eficiente considerando la necesidad de interés público que se busca atender con la ejecución del contrato.

## 6.3. Consecuencias ante el incumplimiento de la cláusula

La cláusula anticorrupción no es meramente declarativa. ¿De qué serviría una declaración de no cometer actos de corrupción y otros actos ilegales si el Estado no puede hacer nada en caso éstos se produzcan? El incumplimiento de esta cláusula genera consecuencias en el contrato. La normativa ha establecido dos consecuencias, la nulidad y la resolución del contrato, según cuál sea el contenido de la cláusula cuyo incumplimiento se verifica.

En ambos casos, no obstante, corresponde que la Entidad evalúe la conveniencia de resolver o declarar la nulidad del contrato en atención a las necesidades públicas que buscan ser satisfechas con la ejecución del contrato. La nulidad y la resolución no son en estos casos consecuencias necesarias, sino una potestad de la Entidad. Estamos pues ante un ámbito de discrecionalidad intermedia definida por el Tribunal Constitucional como “aquella en donde el margen de arbitrio se encuentra condicionado a su consistencia lógica y a la coherencia con un concepto jurídico indeterminado de contenido y extensión”<sup>8</sup>.

8 Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia del 5 de julio del 2004, recaída en el expediente N.º 0090-2004-AA/TC.

### 6.3.1. Resolución del contrato

El incumplimiento de la cláusula anticorrupción durante la ejecución contractual es sancionado por la normativa con un efecto grave: la posibilidad de la Entidad de resolver unilateral y automáticamente el contrato, de acuerdo con el numeral 138.4 del artículo 138 del Reglamento. Se trata del incumplimiento de las obligaciones establecidas en los contenidos mínimos antes mencionados en los numerales 5.1.2 y 5.1.3 antes mencionados.

Por regla general, el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a cargo del contratista, da el derecho a la Entidad de resolver el contrato, pero previo requerimiento de cumplimiento. De acuerdo con el numeral 165.1 del artículo 165 del Reglamento, al verificarse tal incumplimiento, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que se ejecuten las obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato. La Entidad debe otorgar para tal efecto un plazo no mayor a cinco (5) días, el cual puede extenderse hasta por quince (15) días cuando la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación lo amerite. En el caso de obras, dicho plazo es de quince (15) días necesariamente.

Sólo si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la Entidad puede resolver el contrato, comunicando mediante una segunda carta notarial tal decisión.<sup>9</sup>

Sin embargo, el incumplimiento de la cláusula anticorrupción durante la ejecución del contrato puede dar lugar a la resolución automática, sin requerimiento previo. Dos aspectos clave en la regulación evidencian que la Entidad tiene una gran responsabilidad al decidir resolver el contrato por el incumplimiento de la cláusula anticorrupción. En primer lugar, el hecho que la cláusula se pueda alegar por motivos adicionales a un acto de soborno tan diversos y de amplia interpretación como las faltas a la honestidad, probidad y veracidad, así como por haber incurrido en una conducta ilegal.

En segundo lugar, el hecho que no se requiera la declaratoria de un tercero que evidencie tales prácticas. No se requiere que exista una condena penal por un acto de corrupción, que el contratista haya reconocido tal práctica ante la fiscalía, que exista una investigación en curso, un hallazgo del órgano de control interno, ni siquiera una denuncia presentada por un ciudadano. La decisión de la Entidad puede basarse exclusivamente en su propio análisis e interpretación de lo que considera un acto de corrupción, una falta a la honestidad, probidad y veracidad, o una conducta ilegal.

Si bien la norma no exige realizar notificación alguna al contratista previo a la resolución del contrato por incumplimiento de la cláusula anticorrupción, sería una buena práctica que la Entidad otorgue previamente la oportunidad de presentar los descargos respectivos, a fin de no incurrir en interpretaciones equivocadas de los hechos que acreditan el incumplimiento de la cláusula.

### 6.3.2. Nulidad del contrato

Al momento de suscribir el contrato, el contratista declara que no ha ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal

9 En el caso de las contrataciones realizadas a través de los Catálogo Electrónico de Acuerdos Marco, toda notificación en el marco del procedimiento de resolución del contrato se realiza a través del módulo de catálogo electrónico respectivo, según el numeral 165.5 del artículo 165 del Reglamento.



para obtener el contrato, de acuerdo con el contenido mínimo de la cláusula anticorrupción mencionado en el numeral 5.1.1 precedente.

No obstante, si se demuestra que esa declaración no era veraz, la Entidad puede declarar la nulidad del contrato, ya sea haciendo uso del literal b) o el literal e) del numeral 44.2 del artículo 44 de la Ley de Contrataciones.

De acuerdo con el literal b), la Entidad puede declarar la nulidad cuando verifique el principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato. Por ende, si la declaración de no haber cometido actos de corrupción realizada al momento del perfeccionamiento del contrato, no es veraz, puede declararse la nulidad del contrato, previo descargo.

Asimismo, conforme al literal e), la nulidad puede ser declarada cuando por sentencia consentida ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esto es, si se cometieron actos de corrupción durante el procedimiento de selección o el perfeccionamiento del contrato y así lo declara una autoridad o el contratista lo reconoce ante la autoridad.

#### **6.4. Una vía adicional: la nulidad por infracción al deber de veracidad en la declaración jurada del postor**

El literal b) del artículo 52 del Reglamento ha establecido que todo postor en un procedimiento de selección debe presentar en su oferta una declaración jurada indicando que no ha incurrido y se obliga a no incurrir en actos de corrupción, así como a respetar el principio de integridad. Esta es una declaración adicional y previa a la suscripción de la cláusula anticorrupción.

Asimismo, el Anexo N° 1 del Reglamento “Definiciones” define el acto de corrupción, que es esencial para determinar el contenido de dicha declaración jurada. Se establece que el acto de corrupción es “el requerimiento o aceptación por, o el ofrecimiento u otorgamiento a, ya sea directa o indirectamente, un servidor público o persona que ejerce funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas”.

Entonces, si al presentar su oferta una empresa afirma que no incurrió en un acto de corrupción, cuando en realidad éste sí se produjo, se estaría ante una infracción al principio de presunción de veracidad que podría significar la descalificación del postor previa declaratoria de nulidad del procedimiento de selección, según el estado del mismo; o, de haberse suscrito el contrato, la nulidad del contrato conforme al literal b) del numeral 44.2 del artículo 44 del Reglamento.

No obstante, a diferencia de la infracción al principio de presunción de veracidad en la cláusula anticorrupción, la infracción que se produce en la declaración jurada del postor presenta sólo puede referirse a la conducta del contratista. No abarca a las personas vinculadas que ejercen control a las que se refiere la cláusula anticorrupción.

Por otro lado, la declaración exigida por el artículo 52 del Reglamento tiene el mismo carácter general y brinda un amplio margen de interpretación al funcionario que aquél ya comentado sobre la cláusula anticorrupción. Así, por ejemplo, si una persona pagó una coima a un policía hace 35 años y firma la declaración jurada señalando “no haber incurrido en actos de corrupción”, estaría presentando información inexacta y podría ser sujeto a sanción por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Es necesario acotar en el Reglamento el contenido de esta declaración.

## **7. Nepotismo y contratación pública**

La integridad pública demanda que la incorporación a la función pública se base en el mérito. Los funcionarios no deben influir en el proceso de selección de personal para favorecer a sus parientes.

Así, el nepotismo es una práctica contraria a la integridad pública porque supone la prevalencia de un interés personal para favorecer a un pariente afectando la igualdad de oportunidades. Es una situación que mella directamente a la integridad pública que la OCDE define precisamente como el conjunto de valores éticos, principios y normas destinadas a proteger, mantener y priorizar el interés público sobre los intereses privados (2017b).

La Ley N° 26771, modificada por Ley N° 30294, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 021-2000-PCM, conforman la normativa nacional contra los actos de nepotismo. Corresponde realizar tres comentarios a dicha normativa.

### **7.1. Sobre los sujetos que pueden incurrir en actos de nepotismo**

La Ley 26771 y su Reglamento difieren en la definición de quiénes pueden incurrir en la prohibición de nepotismo.

De un lado, el artículo 1 de la Ley comprende a todo aquél que goce de la facultad de nombramiento y contratación de personal en el sector público, o tenga injerencia directa o indirecta en un proceso de selección de personal. Dicho artículo menciona a “los funcionarios, directivos y servidores públicos, y/o personal de confianza de las entidades y reparticiones públicas conformantes del Sector Público Nacional”, es decir a todo funcionario.

En cambio, el artículo 2 del Reglamento de dicha Ley establece que sólo pueden incurrir en un acto de nepotismo los “funcionarios de dirección” y el “personal de confianza de la Entidad”, excluyéndose a cualquier otro funcionario o servidor público de la Entidad. A diferencia de lo establecido en la Ley, el Reglamento no comprende a un funcionario que, sin tener un cargo de dirección, influye para que se contrate a un pariente en la Entidad.

En aplicación del principio de jerarquía normativa, debe prevalecer lo dispuesto en la Ley N° 26771, ya que conforme al artículo 51 de la Constitución Política del Perú, “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”, interpretación que es coherente con el objetivo de la normativa que prohíbe el nepotismo consistente en la incorporación de funcionarios con base al mérito. Asimismo, es coherente con el artículo 83 de la Ley del Servicio Civil, Ley N° 30057, denominado “Nepotismo”, que señala que todos los servidores están prohibidos de incurrir en actos de nepotismo, sin hacer una distinción entre ellos.

## 7.2. Sobre la prohibición de nombrar o contratar a personal

La normativa nacional contra el nepotismo establece que el funcionario público no puede nombrar, contratar o ejercer influencia para que se contrate o nombre en la Entidad a un pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, por razón de matrimonio, unión de hecho o convivencia.

Nótese que la prohibición se extiende a más parientes de aquellos comprendidos por los impedimentos para contratar establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, incluyendo también por ejemplo a los tíos (hermanos de los padres), sobrinos (hijos de los hermanos), primos hermanos. Y todo ello no sólo por razón de matrimonio, sino también por unión de hecho y convivencia.

Pero esto no significa que es posible nombrar o contratar al cónyuge del cuñado, al hijo del primo hermano o a cualquier otro pariente que no esté comprendido dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Si bien dichas personas no están afectadas por la prohibición de nepotismo, existen otro tipo de prohibiciones en el Código de Ética de la Función Pública que brinda un panorama más amplio del conflicto de intereses que debe evitarse.

La Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, establece el deber de neutralidad (artículo 7, numeral 1), así como las prohibiciones de mantener intereses en conflicto (artículo 8, numeral 1) y de obtener ventajas indebidas (artículo 8, numeral 2). Por el deber de neutralidad se exige al funcionario el desempeño de funciones con independencia de sus vinculaciones con personas, mientras que en virtud de tales prohibiciones el funcionario no debe procurar beneficios para otros mediante el uso de su cargo o influencia, ni mantener relaciones que puedan estar en conflicto con sus funciones.

Así pues, la Ley de Código de Ética tiene restricciones más amplias que la normativa que prohíbe el nepotismo y pueden aplicar a situaciones que, sin estar expresamente comprendidas en la normativa de nepotismo, están prohibidas por suponer un conflicto de intereses. Por ejemplo, en noviembre del 2016, el entonces Ministro de Defensa renunció a su cargo debido a la denuncia que realizó un medio periodístico por haber dispuesto la contratación de su pareja sentimental como asesora del despacho ministerial. Tal situación no vulnera la normativa contra el nepotismo, que únicamente comprende al cónyuge y al concubino, pero no a la pareja sentimental. No obstante, sí es contraria a las mencionadas prohibiciones del Código de Ética de la Función Pública.

## 7.3. Sobre la prohibición de contratar locación de servicios, consultorías y otros

De otro lado, el artículo 1 de la Ley N° 26771 extiende la prohibición de nepotismo a la suscripción de contratos de locación de servicios, consultorías y otros de naturaleza similar, con el objetivo de evitar que se incumpla la prohibición de una manera indirecta, es decir, no mediante la incorporación a la función pública sino a través de la contratación de servicios o consultorías que no cuentan con un elemento de subordinación.

Esta regulación responde a la realidad de la informalidad laboral en el sector público nacional, donde es frecuente la contratación de personal mediante orden de servicios que en teoría se prestan de manera independiente, pero que en la práctica suponen un trabajo subordinado.

No obstante, considerando que la Ley de Contrataciones es una normativa especial, debe atenderse a los impedimentos allí establecidos, por lo que debería derogarse las disposiciones referida a los contratos públicos en la Ley sobre nepotismo.

## 8. GESTIÓN DE INTERESES Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

En los negocios, un vendedor informa activamente a sus potenciales clientes sobre las ventajas de sus servicios. Busca cerrar un contrato y hace todo lo posible para destacar sus servicios e influir en el comprador. Éste, a su vez, necesita estar adecuadamente informado, contacta distintos proveedores para tener suficiente información sobre lo que ofrece el mercado. La comunicación fluida entre comprador y vendedor es esencial en los negocios.

En la contratación pública esta comunicación también es indispensable, pero puede ser considerada como un indicio de corrupción o colusión. Es fundamental que, al definir el requerimiento, las Entidades gestionen adecuadamente la comunicación entre sus funcionarios y los potenciales contratistas y eviten los riesgos de corrupción que se pudieran presentar en ese momento.

La Ley N° 28024, Ley que regula la gestión de intereses en la administración pública, incluye a la celebración de convenios y contratos como una actividad sujeta a las reglas de gestión de intereses. De este modo, quien esté interesados en celebrar convenios o contratos con una Entidad debe brindarle información suficiente para completar el registro de visitas en línea, incluyendo el nombre de la(s) persona(s) que realiza(n) la visita, su identificación, persona natural o jurídica a la que pertenece o representa, funcionario o servidor público a quien visita, cargo que este ocupa dentro de la entidad, motivo de la reunión, y hora de ingreso y salida (Ley N° 28024, artículo 16). Asimismo, los funcionarios que detecten una acción de gestión de intereses por parte de una persona que no ha consignado dicho asunto en el registro de visitas, tienen el deber de registrar dicha omisión.

Las normas de gestión de intereses o lobby en el Perú no se cumplen. Tampoco se verifica este cumplimiento cuando la comunicación está orientada a la celebración de un contrato público. En ese sentido, resulta fundamental que las Entidades refuercen el cumplimiento de la normativa de gestión de intereses y establezcan protocolos para que las obligaciones allí establecidas se verifiquen en la práctica.

## 9. CONCLUSIONES

La falta de integridad en la contratación pública es un problema de larga data que demanda un abordaje integral con una mirada de mediano plazo para construir una ciudadanía basada en valores. No obstante, urge adoptar reformas institucionales y medidas concretas de corto plazo para evitar que quienes buscan encontrar en las compras públicas una ventaja personal, tengan esa oportunidad. Para esos fines es indispensable evaluar medidas como eliminar la atomización de las decisiones de compra, asignar presupuesto en función de indicadores de competencia, transparencia e integridad, seleccionar gestores de compra en función de criterios de integridad, entre otras medidas.

En este artículo hemos revisado las distintas herramientas previstas en la Ley de Contrataciones, su Reglamento y normas complementarias que buscan promover una mayor integridad en la contratación pública, habiendo realizado la siguiente evaluación:

- El principio de integridad en la Ley de Contrataciones incluye la obligación de

denunciar prácticas indebidas. Para que tenga utilidad esta disposición y no sea meramente aspiracional, es necesario que quienes participan en la contratación pública conozcan a qué autoridades deben comunicar tal práctica indebida y sobre todo qué incentivos y medidas de protección cuentan para hacerlo.

- La incorporación de un mandato general para evitar conflictos de intereses en la Ley de Contrataciones requiere ser complementada por las Entidades mediante la aprobación de protocolos claros y con ejemplos concretos para que los funcionarios que tienen a su cargo la conducción del procedimiento de selección sepan identificar situaciones de conflictos de intereses y conozcan cómo actuar para resolver tales conflictos.
- La técnica legislativa utilizada para definir los impedimentos para contratar con el Estado requiere de un replanteamiento por exceso y por defecto. Existen prohibiciones desproporcionadas y otras insuficientes que ameritan replantear la manera de regular los conflictos de intereses en los procesos de contratación pública.
- Es valiosa la implementación de factores de evaluación relativos a integridad en las Bases Estándar. No obstante, resulta necesario modificar el Reglamento para eliminar las restricciones que tienen las empresas para definir el precio a ofertar en los procedimientos de selección para la ejecución de obras y consultoría de obras. Caso contrario, podrían incrementarse situaciones como las que se presentan hoy en día, donde aspectos no vinculados al contrato, como un sorteo o la condición de pequeña o micro empresa terminan siendo determinantes para obtener la buena pro.
- Es indispensable complementar las nuevas funcionalidades incorporadas en el SEACE con la implementación de un módulo de ejecución contractual que permita la notificación electrónica de los actos vinculados con la ejecución de los contratos públicos.
- Es necesario acotar en el Reglamento el contenido de la declaración jurada del postor y de la cláusula anticorrupción que, al ser demasiado generales, otorgan un margen de interpretación demasiado amplio para el funcionario público.
- La normativa sobre nepotismo abarca un supuesto referido a la suscripción de contratos públicos. Esta regulación es contradictoria con la extensión de los impedimentos para contratar previstos en la Ley de Contrataciones, que debe prevalecer por razones de especialidad.
- Las normas de gestión de intereses o lobby para la celebración de contratos públicos no se cumplen en el Perú. Es prioritario que las Entidades refuercen el cumplimiento de la normativa de gestión de intereses y establezcan protocolos para que las obligaciones allí establecidas se verifiquen en la práctica.

En suma, el marco normativo vigente requiere replanteamientos y ajustes. No obstante, las autoridades que desean actuar con integridad en sus procesos de contratación pública disponen de los mecanismos para hacerlo; que este ensayo sea una invitación a marcar esa diferencia.

## 10. REFERENCIAS

- Armas Diéguez, Silvana (2015). “El impedimento para la contratación estatal de la persona jurídica vinculada”. En: Derecho y Sociedad N° 44, 2015, pp. 139-144.
- Burgos Bardales, Patrick (2017). La calidad de impedido del secretario general de la PCM en el marco de la ley de contrataciones del estado. En: Administración Pública & Control N° 43, julio del 2017, pp. 47-53.
- Chocano Davis, Christian (2020). “La regla del redondeo del centésimo del IGV con el que se gana una licitación de obras públicas”. IUS 360, portal jurídico de IUS ET VERITAS, asociación integrada por estudiantes y egresados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 23 de junio del 2020, <https://ius360.com/notas/la-regla-del-redondeo-del-centesimo-del-igv-con-el-que-se-gana-una-licitacion-de-obras-publicas-christian-chocano-davis/> (consultado el 27 de junio del 2020).
- Datum Internacional (2015). Estudio de opinión sobre infraestructura en la región, abril del 2018, <http://www.datum.com.pe/estudios>, (consultado el 11 de noviembre del 2019).
- Guzmán Amayo, Melany Beatriz (2018). Los aportes a organizaciones políticas como impedimento para contratar con el Estado. Tesis para optar por el Título Profesional de Abogado, Universidad San Ignacio de Loyola, [http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/3710/1/2018\\_Guzm%C3%A1n-Amayo.pdf](http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/3710/1/2018_Guzm%C3%A1n-Amayo.pdf), (consultado el 13 de noviembre del 2019).
- Hardoon Deborah & Heinrich Finn (2011). Bribe payers index. Transparencia Internacional, [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/bpi\\_2011](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/bpi_2011) (consultado el 13 de noviembre del 2019).
- Kaufmann, Daniel y Kraay, Aart (2018). Indicadores de gobernanza mundial, <https://info.worldbank.org/governance/wgi/> (consultado el 27 de junio del 2020).
- Morón Urbina, Juan Carlos (2018). “La cláusula anticorrupción en el derecho de las contrataciones estatales: una demanda de la sociedad”. En: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, Número 272, Septiembre - Diciembre 2018, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67584>, (consultado el 13 de octubre del 2019).
- OCDE (2017a). La Contratación Pública en el Perú: Reforzando capacidad y coordinación, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Éditions OCDE, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264281356-es>, (consultado el 13 de noviembre del 2019).
- OCDE (2017b). Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública, <http://www.oecd.org/gov/integridad/recomendacion-integridad-publica>, (consultado el 13 de noviembre del 2019).
- Ortega, Eduardo. “Adiós al principio de culpabilidad, en especial a la personalidad de las penas”. En: ius360, producto de ius et veritas, 4 de julio del 2014, <http://ius360.com/publico/administrativo/adios-al-principio-de-culpabilidad-en-especial-a-la-personalidad-de-las-penas/>, (consultado el 03 de noviembre del 2019).

Project Management Institute, 2008. Guía de los Fundamentos para la Dirección de Proyectos (Guía del PMBOK®), Cuarta edición.

Transparencia Internacional (2019). Índice de percepción de la corrupción, <https://www.transparency.org/cpi2019>, (consultado el 10 de junio del 2020).