



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“OCTOGÉSIMA CUARTA DISPOSICIÓN
COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY N° 29951
Y SU AFECTACIÓN A LA POTESTAD
SANCIONADORA DEL ESTADO A PROPÓSITO
DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN
ESCOLAR QALI WARMA”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autor:

Claudia María Rodríguez Namoc

Asesor:

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga

Trujillo – Perú

2016

APROBACIÓN DE LA TESIS

La asesora y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por la Bachiller **Claudia María Rodríguez Namoc**, denominada:

**“OCTOGÉSIMA CUARTA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL DE LA LEY N°
29951 Y SU AFECTACIÓN A LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO A
PROPÓSITO DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR QALI
WARMA”**

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga
ASESORA

Dr. Luis Cabos Yepes
**JURADO
PRESIDENTE**

Dr. Carlos Aguilar Enríquez
JURADO

Dr. Miguel Rodríguez Albán
JURADO

DEDICATORIA

A mi madre por su incondicional amor y apoyo.

A mi pequeño Rodrigo, aquel ángel que llegó a iluminar mis días.

A mi Isho, quien a sus 93 años no olvida los pequeños grandes detalles.

AGRADECIMIENTO

Al dador de la vida por bendecir cada uno de mis días y otorgarme la fortaleza necesaria.

A mis padres y hermanos por su cariño y apoyo, demostrando que sobre todas las cosas la familia es lo más importante.

A la familia que he conformado, al bello niño de mis ojos y a Carlos, el hombre que he escogido para tomar su mano y caminar juntos el resto de nuestras vidas, a ellos quienes me motivan a alcanzar mis metas.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN	9
1.1. Realidad problemática	9
1.2. Formulación del problema.....	14
1.3. Justificación	14
1.4. Limitaciones.....	16
1.5. Objetivos.....	16
1.5.1. <i>Objetivo General</i>	16
1.5.2. <i>Objetivos Específicos</i>	16
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO	17
2.1. Antecedentes.....	17
2.2. Bases Teóricas.....	17
CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS.....	115
3.1. Formulación de la hipótesis	115
3.2. Operacionalización de variables	115
CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS.....	119
4.1. Tipo de diseño de investigación.....	119
4.2. Material de estudio.....	119
4.2.1. <i>Unidad de estudio</i>	119
4.2.2. <i>Población</i>	119
4.2.3. <i>Muestra</i>	119
4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	121
4.3.1. <i>Para recolectar datos</i>	121
4.3.2. <i>Para analizar información</i>	123

CAPÍTULO 5. RESULTADOS	124
CAPÍTULO 6. DISCUSIONES	149
CONCLUSIONES	167
RECOMENDACIONES.....	169

RESUMEN

El presente trabajo de investigación aborda el análisis del proceso de Compra regulado para el Programa de Alimentación Escolar Qali Warma a fin de determinar su correcto funcionamiento y las mejoras que se pueden incluir específicamente en el tema de las sanciones administrativas que no se vienen aplicando a aquellos proveedores que incumplen con sus cláusulas contractuales, analizándose la pertinencia de la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, recientemente modificadas. Se precisa que la investigación incluye datos y análisis durante los primeros tres años del programa, desde su implementación en el 2013 hasta el 2015.

En el primer capítulo se analizará la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, objetivo, alcances y específicamente la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final. En el Segundo Capítulo se desarrolla el Proceso de Compra de Qali Warma, dentro de ella el marco normativo, ámbito de aplicación y beneficiarios del programa, productos y raciones que se brindan a través de él, estructura y organización del mismo. En el Tercer Capítulo se analizará las disposiciones que contiene el Manual de Compra, los procesos que están regulados en él con cada una de sus etapas, las penalidades y resoluciones de contrato que se aplican en estos procesos de compra, así como la lista de proveedores sancionados durante los dos primeros años del programa. En el Cuarto Capítulo se desarrollará la noción general de la potestad sancionadora, los fundamentos y la clasificación de las sanciones administrativas, la regulación peruana al respecto y los principios que la regulan. En el Capítulo Quinto se desarrollará el tema Contrataciones Públicas, definición, generalidades, sanciones administrativas en las contrataciones del Estado y el órgano rector OSCE.

Es así que, el investigador, tras analizar el comportamiento de los proveedores sancionados por Qali Warma durante los dos primeros años de funcionamiento del Programa, concluye que se requiere aplicar supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento a fin de apreciar la potestad sancionadora del Estado respecto a sus proveedores que incumplen con sus cláusulas.

ABSTRACT

This research deals with the analysis of the buying process regulated for Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma to determine its proper functioning and improvements that can be included specifically in the subject of administrative sanctions that have not been applied to those suppliers who fail to comply with their contractual terms, analyzing the relevance of the supplementary application of the Government Procurement Act and its regulations recently amended. It specifies that the research includes data and analysis during the first three years of the program since its inception in 2013 until 2015.

In the first chapter Law No. 29951- Law Public Sector Budget for Fiscal Year 2013, objective, scope and specifically the Eighty Fourth Supplementary Provision Final will be analyzed. In the second chapter Process Purchase Qali Warma within it the regulatory framework, scope and program beneficiaries, products and rations provided through it, structure and organization of it develops. In the Third Chapter the provisions contained in the Manual Purchase be analyzed, processes that are regulated in it with each of its stages, penalties and contract terminations that apply in these purchasing process as well as the list of suppliers sanctioned during the first two years of the program. In the fourth chapter the general notion of sanctioning power, fundamentals and classification of administrative penalties, the Peruvian regulation in this regard and principles that regulate it will develop. In Chapter Five theme Public Procurement, definition, general, administrative sanctions on state contracts and the OSCE governing body will develop.

It is so, the researcher, after analyzing the behavior of suppliers sanctioned by Qali Warma during the first two years of the program concludes that require supplementary implementing the Law on Government Procurement and its Regulations in order to assess the sanctioning power State their suppliers who fail to comply with its provisions.

CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La contratación pública alrededor del mundo ha tomado cada vez más importancia en la provisión de bienes y servicios que realiza el Estado para la sociedad y la generación de beneficios económicos, garantizando así la creación de políticas, procesos y herramientas de gestión que permitan utilizar sus recursos de la manera más eficiente, reconociendo e implementado para ello normativas que regulen el proceso y la creación de órganos rectores para el fortalecimiento de los sistemas de contrataciones públicas, que finalmente permitan que este proceso se realice de manera eficiente, transparente y libre de corrupción (OSCE, 2009).

En ese sentido el Perú ingresando en el marco de las contrataciones públicas, el 04 de Junio del 2008 publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N.º 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y crea el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, entrando en vigencia el 01 de Febrero del 2009 a propósito de la publicación de su Reglamento a través del Decreto Supremo N.º 184-2008-EF el 01 de Enero del 2009. Dichas normas modificadas recientemente mediante la Ley N.º 30225 – Nueva Ley de Contrataciones del Estado publicada el 11 de julio de 2014 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, publicada el 10 de diciembre de 2015, el cual entró en vigencia en enero de 2016.

Así mismo con el fin de que los gobiernos regionales y locales se incluyan en la contratación pública y considerando a ello como uno de sus objetivos principales en la descentralización política y administrativa, se ha creado el Modelo de Cogestión considerándola como aquella gestión en la que se involucra la participación directa del Estado y la comunidad organizada, con la finalidad de hacer co-responsables a los propios actores locales en el cumplimiento de objetivos específicos.

Dentro de este marco y considerando lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que determina como objetivo de la comunidad y del Estado otorgar protección a los grupos sociales especialmente vulnerables, en especial a los niños y niñas, y dentro de los alcances del Gobierno de la República Federativa

del Brasil a través del Fondo Nacional del Desarrollo de la Educación del Ministerio de la Educación (FNDE/MEC) y la FAO en América Latina y el Caribe, que han sumado esfuerzos para la realización de actividades en once países, dentro de ellos el Perú, con la finalidad de apoyar la formulación e implementación de Programas de Alimentación Escolar (PAE) sostenibles, estimulando las compras de alimentos directamente de proveedores locales como estrategia de seguridad alimentaria y nutricional.

En el Perú, el 31 de Mayo del 2012 se creó el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a través del Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS (Social, 2013), el cual tiene como objetivo general garantizar el servicio alimentario para niños y niñas de instituciones educativas públicas en el nivel de educación inicial a partir de los 3 (tres) años de edad y en el nivel de educación primaria hasta los ocho (8) años de edad (Artículo 2° Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS), señalando como modalidades de gestión: 1) Comités de Alimentación Escolar constituidos por integrantes de la comunidad educativa, 2) Participación de entidades de la sociedad civil, sector privado y organizaciones no gubernamentales, 3) Intervenciones articuladas de oficinas desconcentradas del Programa y, 4) Otras que se aprueben.

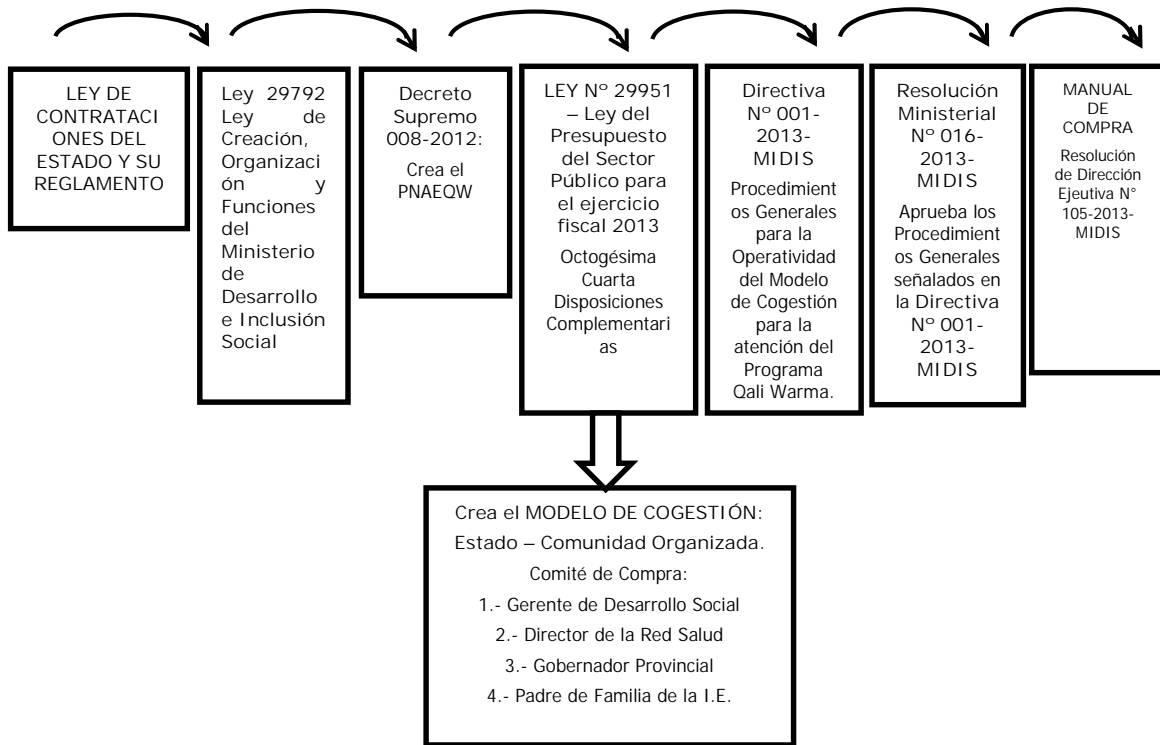
Siendo esto así, la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 establece expresamente: *“Autorícese, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante Decreto Supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran*

necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado. La presente disposición entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley”,

Así la Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS de fecha 21 de Enero del 2013 aprueba la Directiva N° 001-2013-MIDIS, que establece los Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, reconociendo la conformación de los comités y organizaciones que intervienen, así como los procedimientos de compra, transferencia de recursos y rendición de cuentas para la atención de dicho programa.

El siguiente paso para la regulación del procedimiento de compra de Qali Warma fue aprobar al Manual de Compra del modelo de cogestión para la atención del servicio alimentario mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 105-2013-MIDIS/PNAEQW, el 23 de Enero del 2013, considerándolo como su instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma; todo esto derivado de la ya mencionada Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013 y el Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS.

Resumiendo entonces el proceso mediante el cual se crea el instrumento normativo de Qali Warma que rige todo el proceso de contratación con sus proveedores, denominado “Proceso de Compra”; se tiene el siguiente cuadro:



De dicho cuadro se observa entonces que la Ley madre que regula en nuestro país las contrataciones que el Estado mantiene con particulares a quienes denominamos contratistas o proveedores, se encuentran regulada por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, recientemente modificada; sin embargo, para el desarrollo y proceso de compra del Programa Qali Warma, se la ha exceptuado de su aplicación, conforme lo ha dispuesto tácitamente la parte in fine de la octogésima cuarta disposición complementaria de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, al señalar expresamente que *“los comités u organizaciones serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Cuna Más y Qali Warma, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado”*.

Esta disposición es corroborada en el Manual de Compra, al recalcar en sus Disposiciones Generales que las contrataciones para la prestación del servicio alimentario a los usuarios de Qali Warma no se encuentran sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, consagrada en el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sus

modificatorias y normas complementarias. Agregando que el proceso de compra no admite observaciones ni apelaciones.

En ese sentido y teniendo la premisa que el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma no regula su proceso de compra, entiéndase a ella como su proceso de contratación con sus proveedores, por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (sus modificatorias y normas complementarias) ni siquiera de manera supletoria, ha generado que temas como las sanciones administrativas de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores que incumplan con obligaciones contractuales, no se vean reguladas dentro de su Manual de Compra (instrumento normativo del Programa), regulando únicamente la figura de las penalidades y las causales de resolución del contrato, ocasionando con ello que proveedores como Niisa Corporation y Consorcio Soluciones Alimentarias, ambos denunciados por brindar en el 2013 desayunos escolares con coliformes fecales, según la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa); en el 2014 nuevamente fueron seleccionados como proveedores aptos en Qali Warma por contratos que asciende a 18 y 13 millones de soles.

Dichas situaciones originaron fuertes crítica al programa por lo que en un esfuerzo por reducir la presencia de casos similares, el Manual de Compra del 2014 incorporó el “puntaje negativo” en un máximo de 40 puntos para los proveedores que hayan presentados ciertas penalidades y causales de contrato en el 2013, lo que aparentemente impedía una contratación posterior; sin embargo, 32 proveedores de Qali Warma con estas características, fueron contratados nuevamente en el 2014. (Comercio, 2014).

Esta situación nos lleva nuevamente a analizar la carencia de potestad sancionadora del Estado respecto a estos casos, pues se entiende por ella aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo, en particular por ley, que habilita a su titular a imponer conductas a terceros, con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas. Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción respecto a la entidad en cuestión. En el caso específico, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera

uniforme a todos los administrados en un ámbito determinado, ya que esta tiene como finalidad hacer posible que la Administración haga efectiva sanciones contra los administrados ante la comisión de infracciones, las mismas que son calificadas como conductas ilícitas por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar. La intención de la sanción administrativa, entonces, se enfoca a la necesidad de desincentivar conductas consideradas socialmente indeseables, pero que no se consideran de suficiente gravedad como para tipificarlas penalmente (Napurí, 2013).

Toda ello nos lleva entonces a cuestionar el origen de esta exclusión de aplicación supletoria de la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento que en su artículo 50.2° (Ley) regula las sanciones administrativas de Inhabilitación Temporal, Inhabilitación Definitiva, y la recientemente incorporada sanción de multa, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que corresponda por la misma infracción. La inhabilitación temporal priva por un periodo determinado de 03 a 36 meses (de acuerdo al tipo de infracción), el derecho del proveedor de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; mientras que la inhabilitación definitiva priva permanentemente la participación del proveedor en cualquier contratación estatal, garantizando de esa manera el bienestar de los niños beneficiarios del Programa quienes en su condición, son los más vulnerables de sufrir los daños y consecuencias que ocasionaría volver a contratar con estos proveedores.

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 aplicada en el Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma afecta la potestad sancionadora del Estado?

1.3. Justificación

La octogésima cuarta disposición complementaria final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, autoriza al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar

transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el MIDIS, mediante Decreto Supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Señala que dichos comités u organizaciones serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el MIDIS, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado; surgiendo a partir de ella la exclusión tácita de la aplicación supletoria de Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el desarrollo del Proceso de Compra que Qali Warma tendrá con sus proveedores.

Considerando ello, la presente investigación busca conocer las distintas situaciones que originaron la aplicación de penalidades a diversos proveedores de Qali Warma por incumplimientos de contratos por causales graves, y aun atravesando dicha condición en el 2014 fueron nuevamente contratados. De esa manera se conocerá el nivel de afectación y vulneración de la potestad sancionadora del estado y el interés público de todos los beneficiarios del programa.

Se analizarán conceptos fundamentales, teorías y principios que rigen la potestad sancionadora del Estado en nuestro ordenamiento jurídico, se conocerá de manera detallada el proceso de compra que regula el Programa de Alimentación Escolar Qali Warma reconociendo las sanciones que aplican a sus proveedores que incumplen cláusulas contractuales y se determinará las consecuencias que estas originan dentro dicho proceso.

La presente investigación es importante para la sociedad pues permitirá conocer las circunstancias en las que la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 aplicada en el Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, afecta la potestad sancionadora del Estado, así como conocer las consecuencias que originan la exclusión de la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento e identificar cuáles serían las posibles

recomendaciones ante determinadas situaciones que no regule el Manual de Compra (instrumento normativo del Programa).

1.4. Limitaciones

Respecto de las limitaciones de la presente investigación se puede considerar la falta de acceso a la información relevante para el desarrollo de la misma ya que no toda se puede obtener de libros o páginas web, así mismo, diferentes obstáculos que puedan impedir las entrevistas con algunos de los funcionarios públicos o árbitros que conozcan el tema.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 aplicada en el Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma afecta la potestad sancionadora del Estado.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Analizar los motivos que determinaron la aprobación de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013.
- Identificar la naturaleza jurídica del contrato que celebra Qali Warma a través del proceso de compra.
- Identificar las sanciones que regula el Manual de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a los proveedores que incumplen cláusulas contractuales.
- Analizar la potestad sancionadora del Estado en el proceso de compra de Qali Warma.
- Explicar cuáles son las sanciones administrativas dentro de la legislación peruana respecto a contrataciones públicas a propósito de las recientes modificatorias.

- Analizar casos de proveedores sancionados por incumplimiento de obligaciones contractuales en el 2013 que fueron nuevamente contratados por Qali Warma en el 2014.
- Determinar la necesidad de aplicar sanciones administrativas dentro del proceso de compra de Qali Warma.

CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Después de una búsqueda en las distintas universidades del país se determinó que no existen antecedentes de investigaciones con relevancia a la presente investigación.

2.2. Bases Teóricas

CAPITULO I: Ley N° 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013

1.1. Objeto

El objeto de la Ley N° 29951 es dar a conocer el presupuesto anual aprobado y designado para los gastos del año fiscal 2013, el cual fue de S/.108,419,909, 550.00, que comprenden los créditos presupuestarios máximos correspondientes a los pliegos presupuestarios del Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, agrupados en Gobierno Central e instancias descentralizadas, conforme a la Constitución Política del Perú.

1.2. Alcances

Las disposiciones contenidas en dicha norma son de obligatorio cumplimiento por las entidades integrantes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial; Ministerio Público; Jurado Nacional de Elecciones; Oficina Nacional de Procesos Electorales; Registro Nacional de Identificación y Estado Civil; Contraloría General de la República; Consejo Nacional de la Magistratura; Defensoría del Pueblo;

Tribunal Constitucional; universidades públicas; y demás entidades y organismos que cuenten con un crédito presupuestario aprobado en la presente ley. Asimismo, son de obligatorio cumplimiento por los gobiernos regionales y los gobiernos locales y sus respectivos organismos públicos.

1.3. Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final

La Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, señala expresamente: *“Autorícese, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante decreto supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado. La presente disposición entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley”.*

De ella tal y como se puede apreciar se tiene la autorización de parte del ejecutivo para la creación de los comités de compra y su reconocimiento como directores del proceso de compra en Qali Warma, rigiendo dicho proceso y el cumplimiento de sus objetivos, por las normas complementarias del MIDIS y supletoriamente las de derecho privado.

1.4. Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2014, 2015 y 2016

1.4.1. Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2014

Al revisar el contenido total de la Ley N° 30114-Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2014 no se ha encontrado ninguna disposición respecto a Qali Warma, haciéndose referencia únicamente en su décima novena disposición complementaria final, a la suspensión de transferencia de recursos a los gobiernos locales respecto del servicio Wawa Wasi, encargándose al Programa Nacional Cuna Más, durante el año fiscal 2014.

1.4.2. Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2015

Al revisar el contenido total de la Ley N° 30281-Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2015 no se ha encontrado ninguna disposición respecto a Qali Warma, haciéndose referencia únicamente en su décima novena disposición complementaria final, a la suspensión de transferencia de recursos a los gobiernos locales respecto del servicio Wawa Wasi, encargándose al Programa Nacional Cuna Más, durante el año fiscal 2015.

1.4.3. Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2016

Al revisar el contenido total de la Ley N° 30372-Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2016 se hace referencia a Qali Warma en su Octogésima Séptima Disposición Complementaria Final, señalando que: "Autorízase, excepcionalmente, al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, adscrito al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a emitir una constancia de previsión de recursos previo a la aprobación de las bases de los procesos de compra en el Año Fiscal 2015, cuya prestación del servicio se lleve a cabo en el año 2016 y que cuente con el financiamiento previsto en el proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público correspondiente a dicho año fiscal, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República, conforme a lo establecido por el artículo 78 de la Constitución Política del Perú, de acuerdo a lo siguiente: a) Previo a la aprobación de las bases de los procesos de compras, que será conducida por el Comité de Compras, de

acuerdo al Modelo de Cogestión, la Oficina de Presupuesto del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, otorgará una constancia respecto a la previsión de recursos correspondientes al valor referencial de dicha convocatoria. La citada constancia debe señalar el monto de los recursos programados para tal efecto en el proyecto de Ley de Presupuesto del Sector Público correspondiente al Año Fiscal 2016, las metas previstas y la fuente de financiamiento con cargo a la cual se atenderá su financiamiento. b) Previo a la firma del contrato por parte del Comité de Compras, se debe contar con la certificación de crédito presupuestario emitida por la oficina de presupuesto de la entidad o la que haga sus veces, sobre la existencia de crédito presupuestario suficiente, orientado a la ejecución del gasto en el Año Fiscal 2016, bajo responsabilidad del titular del referido programa. La presente disposición entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley”.

De la revisión de cada una de las leyes de presupuesto público como instrumento normativo que señaló a Qali Warma como una contratación privada toda vez que precisa la aplicación normativa supletoria del derecho privado, a través de su Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, se advierte que ninguna de las leyes posteriores del mismo rango ha estipulado temas respecto a Qali Warma, excepto la del año fiscal 2016, quien hace referencia únicamente a una constancia de previsión de recursos previo a la aprobación de las bases de los procesos de compra 2016; pese a que el Manual de Compra (instrumento normativo de Qali Warma) de todos los años (2013, 2014, 2015 y 2016) ha estipulado en sus disposiciones generales que se excluye la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, exclusión que resultaría inconstitucional toda vez que ella se ha realizado a través de un simple manual, quien ni siquiera ostenta el rango de norma, contraviniendo de esa manera a lo estipulado en el su artículo 3° literal a) de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, la misma que establece: “Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad: a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos”.

Si bien Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 sí hace referencia tácitamente a esta exclusión de la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado, ésta es una ley de vigencia anual, encontrándonos de esa manera en un imposible jurídico al pretender que ella regule durante la vigencia de Qali Warma en los cuatro años de su desarrollo.

2. CAPITULO II: Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma

2.1. Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma Qali Warma

El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma es un Programa del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-MIDIS, creado por el Decreto Supremo Nº 008-2012-MIDIS, el cual tiene como objetivos los siguientes:

- ✓ Garantizar el servicio alimentario durante todos los días del año escolar a los usuarios del Programa de acuerdo a sus características y las zonas donde viven.
- ✓ Contribuir a mejorar la atención de los usuarios del Programa en clases, favoreciendo su asistencia y permanencia.
- ✓ Promover mejores hábitos de alimentación en los usuarios del Programa.

El Programa ha diseñado un modelo de gestión, en el cual busca la confluencia tanto del Estado como de la comunidad organizada, con la finalidad de hacer corresponsables a los propios actores locales del cumplimiento de los objetivos del Programa; este modelo ha sido denominado “Modelo de Cogestión”, formalizado a través de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

Este modelo prevé la constitución de dos instancias: el Comité de Compra-CC y el Comité de Alimentación Escolar-CAE, el primer comité es el responsable de seleccionar y contratar a los proveedores de alimentos y/o raciones para las instituciones educativas que se encuentran dentro del ámbito del Comité de

Compra respectivo; mientras que el segundo comité se encarga de gestionar la adecuada entrega de los alimentos y/o raciones a los estudiantes de las Instituciones Educativas que son atendidas por los proveedores.

Como se aprecia los proveedores son también partícipes activos y claves en la prestación del servicio de alimentación escolar, por lo que se requiere brindarles información más detallada para poder brindar el servicio dentro de los estándares esperados para los niños y niñas que son usuarios del Programa. (Warma, 2013)

2.2. Marco Normativo

2.2.1. Ley N° 29292 – Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social

Publicado en el Diario El Peruano el 20 de octubre de 2011, crea el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social y determina su ámbito, competencias, funciones y estructura orgánica básica. Asimismo, crea el Sistema Nacional de Desarrollo e Inclusión Social (Sinadis) como sistema funcional.

2.2.2. Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS

Publicado en el Diario El Peruano el 31 de mayo del 2012, crea al Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma como programa social del MIDIS, con el propósito de brindar un servicio de calidad, de acuerdo a los hábitos de consumo locales, congestionado con la comunidad, sostenible y saludable para niños y niñas del nivel de educación inicial a partir de los tres (03) años de edad y de nivel de educación primaria en la educación básica de instituciones educativas públicas. Así mismo, indica que el programa tendrá una duración de tres (03) años, luego de las cuales el MIDIS, previa evaluación de impacto, propondrá, de ser el caso su implementación como política pública.

2.2.3. Ley Nº 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013

Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final: En ella se autoriza al MIDIS a través de Qali Warma y Cuna Más a transferir recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, operando a través de los procedimientos de compras del MIDIS y supletoriamente por las normas del ámbito del sector privado.

2.2.4. Directiva Nº 001-2013-MIDIS

Regula los Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del Programa Qali Warma, estableciendo dentro de ella los procedimientos para la conformación y reconocimiento de los comités y organizaciones que intervienen en el modelo de cogestión, así como los procedimientos de compra, transferencia de recursos y rendición de cuentas para la atención del servicio alimentario.

2.2.5. Resolución Ministerial Nº 016-2013-MIDIS

Aprueba los Procedimientos Generales señalados en la Directiva Nº 001-2013-MIDIS.

2.2.6. Resolución Ministerial Nº 174-2013-MIDIS

Aprueba el Manual de Operaciones del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, cuyo texto es parte de dicha resolución.

2.2.7. Manual de Compras

Instrumento normativo del programa que contiene disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y Qali Warma, aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio.

2.3. Ámbito y Beneficiarios

El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma interviene en todo el territorio nacional a través de las instituciones educativas públicas, con especial énfasis en las zonas en situación de pobreza y pobreza extrema.

Son usuarios del servicio que brinda el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, conforme a sus lineamientos y directivas, las niñas y niños en el nivel de educación inicial a partir de los tres (03) años de edad y en el nivel de educación primaria de las instituciones educativas públicas. (Warma, 2013)

Actualmente Qali Warma atiende en más de 58 mil instituciones educativas, lo que viene a ser 3.1 millones de niños y niñas de inicial y primaria de las escuelas públicas de todo el país, y de secundaria de las comunidades nativas de los pueblos Amazónicos. (Warma P. N.)

2.4. Financiamiento

El artículo 08° del Decreto Supremo N° 008-2012/MIDIS señala que Qali Warma es financiado por el MIDIS con cargo a su presupuesto institucional y constituirá una Unidad Ejecutora del pliego del Ministerio, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley N° 28411-Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en el marco de las Normas sobre equilibrio del presupuesto del Sector Público. Así mismo podrá ser financiado con recursos provenientes de la cooperación reembolsable, nacional o internacional conforme a la normativa vigente, y otras fuentes de financiamiento.

Los gobiernos regionales y locales, la comunidad educativa, el sector privado y la cooperación internacional podrán colaborar en la implementación de Qali Warma, conforme con las directivas que se establezcan.

2.5. ¿Qué brinda?

Consiste en la provisión de recursos para el servicio alimentario de calidad, adecuado a los hábitos de consumo locales y con los contenidos nutricionales adecuados a los grupos de edad de la población objetivo del Programa y a las zonas donde residen.

En esa línea, el Programa entrega 2 raciones (desayuno y almuerzo) a alumnos que asisten a escuelas ubicadas en distritos de mayor pobreza y una ración (desayuno) a alumnos que asisten a escuelas ubicadas en distritos de menor pobreza.

2.5.1. Elaboración de las recetas:

Para la elaboración de las recetas se definió primero el aporte nutricional del programa para los grupos de edad comprendidos en su población objetivo teniendo en cuenta las recomendaciones del Centro Nacional de Alimentación y Nutrición (CENAN).

Posteriormente, atendiendo a una propuesta de Andrés Ugaz Cocina, Identidad y Territorio, integrante de la Asociación Peruana de Gastronomía (APEGA), se dividió al país en ocho regiones alimentarias. Las regiones alimentarias comparten elementos culturales, geográficos, ecológicos, económicos y sociales en común, que juntos conforman una identidad culinaria compartida.

Así se realizó una recopilación de recetas validadas de Cuna Más, La Mejor Receta y el recetario de quinua de CENAN, adaptando dichas recetas al aporte nutricional definido por el Programa según grupo de edades, disponibilidad de productos según estacionalidad, su fácil preparación y aceptabilidad.

A la fecha se cuenta con una propuesta de 10 recetas para desayunos y 10 recetas de almuerzos por cada región alimentaria, lo cual servirá de insumo para la compra tanto de productos como de raciones.

Los menús son publicados en cada IIEE para informar a los padres, docentes y comunidad en general de los alimentos que deben recibir los alumnos cada día. Los menús consideran productos de la zona y respetan los hábitos alimentarios de la localidad. (Warma P. N.)

2.5.2. Características de las recetas

Los desayunos y almuerzos tienen las siguientes características:

Desayunos:

1. Preparaciones como bebidas semi-espesas y mazamorras espesas (densidad calórica entre 0.6 Kcal/g y 0.8 Kcal/g respectivamente).
2. Están constituidos a base de leche, cereales o derivados como avena, quinua, kiwicha, trigo, maíz o sus harinas; y/o harinas de menestras.
3. En algunas regiones andinas, existe la costumbre de consumir, por las mañanas, preparaciones tipo chupes o sopas; las cuales pueden realizarse con el respectivo enriquecimiento calórico y la adición de leche y/o queso que permitan brindar un buen aporte de Calcio y proteínas.
4. También comprende algunos alimentos sólidos como panes o galletas con mantequilla, mermeladas, mousse, sándwiches, camote, yuquitas, mote de habas, cancha, etc.

Almuerzos:

1. Contiene, diariamente, cereales (arroz, ocasionalmente fideos, quinua, trigo).
2. Contiene tubérculos (papa, camote, yuca, oca, etc.) y son empleados como guarnición. Deben servirse en tamaños pequeños.
3. Contiene, de 2 a 3 veces a la semana: menestras (habas secas, lentejas, arvejas partidas, frijoles, etc.).
4. Contiene, diariamente, productos cárnicos además de fruta de la estación.
5. Los almuerzos llevan condimentos naturales tipo ajos, cebolla, pimentón.

2.6. Modelo de Cogestión

El Programa ha diseñado un modelo de gestión, en el cual se busca la confluencia tanto del Estado como de la comunidad organizada, con la finalidad de hacer corresponsables a los propios actores locales del cumplimiento de los objetivos del Programa; este modelo ha sido denominado "Modelo de

Cogestión”, formalizado a través de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013.

En la modalidad de cogestión para la atención del servicio alimentario del Programa Qali Warma participan los Comités de Compra (CC) y los Comités de Alimentación Escolar (CAE). (Warma P. N., 2013)

2.7. Comité de Compra

El Comité de Compra se constituye para la compra de raciones y productos destinados a la prestación del servicio alimentario. El ámbito de cobertura del Comité de Compra es definido por Qali Warma, agrupando determinado número de Instituciones Educativas Públicas, y será indicado en las Bases. (Warma P. N., Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, 2014)

El término comité de compra aparece por primera vez en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto Público 2013 en donde se señala expresamente: *“Autorícese, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante decreto supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado”*

2.7.1. Miembros

Los Comités de Compra están conformados por:

- a) El Gerente de Desarrollo Social, o quien haga sus veces, de la municipalidad provincial o distrital en el caso de Lima Metropolitana, que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra. El Gerente de Desarrollo Social, o quien haga sus veces, actuará en calidad de Presidente y podrá delegar su representación.
- b) El Director de la Red de Salud, o a quien éste delegue, de la provincia o distrito en el caso de Lima Metropolitana que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra.
- c) El Gobernador de la provincia o, en el caso de Lima Metropolitana, el Gobernador del distrito, que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra.
- d) Un (1) representante de los padres de familia del nivel primario de la Institución Educativa Pública en el ámbito de Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.
- e) Un (1) representante de los padres de familia del nivel inicial de la Institución Educativa Pública en el ámbito del Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Los cargos de Tesorero, Secretario y Vocales serán elegidos por votación simple.

Los actos, deliberaciones y acuerdos que adopte el Comité de Compra constan en actas. El quórum requerido para sesionar es de al menos tres (3) integrantes. Los acuerdos se adoptan con el voto favorable de tres

(3) de sus integrantes. Las decisiones del Comité de Compra son inapelables. (Warma P. N., Manual de Compras del Modelo de Gestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, 2014)

2.7.2. Funciones

2.7.2.1.1. Funciones del Comité de Compra

- ✓ Convocar al proceso de compra de raciones y productos.
- ✓ Conducir el proceso de compra, conforme a los lineamientos aprobados por Qali Warma.
- ✓ Seleccionar a los proveedores de raciones y productos de conformidad con las respectivas bases aprobadas por Qali Warma.
- ✓ Suscribir contratos con los proveedores seleccionados, de conformidad con lo establecido en las bases y el presente Manual de Compras, así como, de ser el caso, suscribir las adendas respectivas.
- ✓ Resolver contratos con los proveedores por las causales establecidas en el presente Manual.
- ✓ Realizar los pagos a los proveedores y rendir cuenta documentada de los recursos transferidos, a través del Presidente y Tesorero, con la asistencia técnica de la Unidad Territorial, de acuerdo con lo establecido en los procedimientos específicos de transferencia, desembolso y rendición de cuentas aprobados por Qali Warma.
- ✓ Implementar las acciones que, como resultado de la supervisión y asistencia realizada, disponga, con carácter vinculante, el Jefe de la Unidad Territorial
- ✓ Remitir a la Unidad Territorial las solicitudes de información, denuncias y/o requerimientos referidos a las contrataciones, para la atención correspondiente.

2.7.2.1.2. Funciones del Presidente del Comité de Compra

- ✓ Ejercer la representación legal del Comité de Compra.
- ✓ Suscribir el convenio de cooperación con Qali Warma en representación del Comité de Compra.
- ✓ Convocar y conducir las sesiones del Comité de Compra inherentes al proceso de Compra.
- ✓ Suscribir el contrato con los proveedores en representación del Comité de Compra y remitir copia a la Unidad Territorial de Qali Warma.
- ✓ Registrar su firma para la apertura de la cuenta bancaria del Comité de Compra Suscribir las órdenes de pago a favor de proveedores, conjuntamente con el Tesorero, de acuerdo con lo autorizado por Qali Warma.
- ✓ Remitir el balance de recursos transferidos mensualmente, de acuerdo con las disposiciones establecidas por Qali Warma.

2.7.2.2. Funciones del Secretario del Comité de Compra:

- ✓ Llevar el registro de los acuerdos del Comité de Compra, elaborando las actas correspondientes.
- ✓ Asumir en forma interina el cargo del Presidente del Comité de Compra en caso de ausencia, impedimento o remoción de dicho integrante.
- ✓ Custodiar el acervo documentario del Comité de Compra.
- ✓ Otras funciones establecidas por el Comité de Compra.

2.7.2.3. Funciones del Tesorero del Comité de Compra:

- ✓ Registrar su firma para la apertura de la cuenta bancaria del Comité de Compra.
- ✓ Suscribir las órdenes de pago a favor de proveedores, conjuntamente con el Presidente, según lo autorizado por Qali Warma.

- ✓ Elaborar el balance de recursos transferidos mensualmente, de acuerdo con las disposiciones establecidas por Qali Warma.
- ✓ Otras funciones establecidas por el Comité de Compra.

2.7.2.4. Funciones de los Vocales del Comité de Compra:

- ✓ Participar de las sesiones convocadas por el presidente y ejercer su derecho a voz y voto.
- ✓ Asumir en forma interina las funciones y responsabilidades inherentes al cargo de secretario y/o tesorero en caso de ausencia de dichos integrantes del Comité de Compra.
- ✓ Otras funciones establecidas por el Comité de Compra inherentes a la Fase de Compra. (Warma P. N., Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, 2014)

CAPITULO III: MANUAL DE COMPRA

3.1. Disposiciones Generales

El Manual de Compras es el instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma y son aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio alimentario a los usuarios del programa, en el marco del modelo de cogestión de Qali Warma.

Dicho Manual deriva de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, al Decreto Supremo N° 001-2013-MIDIS, que establece disposiciones para la transferencia de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de Qali Warma, y de lo establecido en la Directiva N° 001-2013-MIDIS, Procedimientos Generales para la Operatividad del Modelo de Cogestión para la atención del servicio alimentario de Qali Warma, aprobada por Resolución Ministerial N° 016-2013-MIDIS, y sus modificatorias.

Las contrataciones para la prestación del servicio alimentario a los usuarios de Qali Warma no se encuentran sujetas a la normativa de contrataciones del Estado, consagrada en la Ley N.º 30225 – Ley de Contrataciones del Estado ni de su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.º 350-2015-EF, dejándose en claro además que el proceso de compra no admite observaciones ni apelaciones.

El comité de compra se encuentra a cargo del proceso de compra y tiene por objeto la adquisición de raciones y productos para la prestación del servicio alimentario en sus modalidades: Servicio de raciones preparadas (Desayunos y almuerzos preparados, de consumo inmediato, elaborados con las recetas aprobadas por Qali Warma), o Provisión de productos (Alimentos no perecibles primarios, procesados o industrializados según especificaciones técnicas aprobadas por Qali Warma, que serán empleados por el Comité de Alimentación Escolar para la preparación de desayunos y almuerzos).

3.2. Etapas del proceso

El proceso de compra desde su inicio hasta la actualidad cuenta con las siguientes etapas: (i) Convocatoria y distribución de Bases, (ii) Formulación y absolución de consultas, (iii) Presentación de Propuestas, (iv) Evaluación y Selección de Propuestas y v) Firma de Contrato; sin embargo, el plazo otorgado para cada una de etapas ha ido variando de la siguiente manera:

En el 2013

Proceso con una duración total de 21 días hábiles. (Warma P. d., Programa de Alimentación Escolar Qali Warma, 2013)

CRONOGRAMA DEL PROCESO DE COMPRAS																					
ACTOS DEL PROCESO DE COMPRAS	DURACIÓN DEL PROCESO DE COMPRA (EN DÍAS)																				
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21
Convocatoria																					
Distribución y Publicación de Bases																					
Formulación de Consultas																					
Absolución de Consultas y Modificación de Bases																					
Presentación de Propuestas																					
Evaluación y Selección de Propuestas																					
Firma de Contrato																					

En el 2014

Proceso con una duración total de 25 días hábiles.

ACTOS DEL PROCESO DE COMPRA		CRONOGRAMA DEL TERCER PROCESO DE COMPRA																									
		DÍAS HÁBILES																									
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	
CONVOCATORIA Y DISTRIBUCIÓN DE BASES	CONVOCATORIA	■																									
	DISTRIBUCIÓN Y PUBLICACIÓN DE BASES		■	■	■	■	■	■	■	■	■																
FORMULACIÓN Y ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS	FORMULACIÓN DE CONSULTAS		■	■																							
	ABSOLUCIÓN DE CONSULTAS				■	■	■	■	■																		
	INTEGRACIÓN DE LAS BASES								■																		
PRESENTACIÓN DE PROPUESTAS											■	■	■	■													
EVALUACIÓN Y SELECCIÓN DE PROPUESTAS	REVISIÓN Y VERIFICACIÓN DE PROPUESTAS TÉCNICAS										■	■	■	■													
	EVALUACIÓN DE PROPUESTAS TÉCNICAS														■												
	EVALUACIÓN DE PROPUESTAS ECONÓMICAS																■										
	SELECCIÓN DE PROPUESTAS																	■									
NOTIFICACIÓN A POSTORES GANADORES																	■	■									
FIRMA DEL CONTRATO																					■	■	■	■	■	■	■

La prórroga de las etapas del proceso de compra procede en los siguientes casos:

Prórroga de las etapas de formulación y absolución de consultas, y de presentación de propuestas, con conocimiento del Comité de Compra, el Jefe de la Unidad Territorial respectiva según lo dispuesto por la Unidad de Prestaciones de Qali Warma, prorrogará estas etapas, cuando se advierta la necesidad de efectuar variaciones sustanciales al requerimiento de raciones y/o productos, a las bases o a sus anexos, o por razones técnicas o económicas debidamente sustentadas, o cuando se requiera promover mayor participación de postores en los procesos de compra.

Prórroga de las etapas de evaluación y selección de propuestas, y de firma de contrato. El Comité de Compra, previa conformidad del Jefe de la Unidad Territorial respectiva, podrá ampliar estas etapas, ante la complejidad de la evaluación, por razones de caso fortuito o fuerza mayor, entre otras razones excepcionales debidamente sustentadas vinculadas al proceso de toma de decisiones del comité.

La prórroga de las etapas del proceso de compra debe ser publicada en el portal institucional de Qali Warma a través del aplicativo informático.

Toda la información que presente el postor, en el marco del proceso de compra, tiene carácter de declaración jurada. De verificarse cualquier documentación o información falsa o inexacta, el Comité de Compra descalificará la propuesta en cualquiera de las etapas del proceso de compra, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y/o penales que correspondan. (Warma P. d., 2013)

En el 2015

Se contemplan diferentes cronogramas de procesos de compra:

- i) Cronograma de Proceso de Compra General: Proceso con una duración total de 30 días hábiles.

Etapas del proceso de Compra	Fases del Proceso de Compra	Cronograma del Proceso de Compra																															
		(Hasta 30 días Hábiles)																															
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30		
Convocatoria y distribución de Bases	Convocatoria y distribución de Bases	█	█	█	█	█	█	█	█	█	█																						
	Formulación de Consultas																																
Formulación y Absolución de Consultas	Formulación de Consultas																																
	Absolución de Consultas																																
Presentación de propuestas	Integración de Bases																																
	Conocimiento de las Bases integradas por parte de los postores																																
Evaluación y Selección de Propuestas	Presentación de propuestas																																
	Evaluación de propuestas técnicas y económicas																																
Firma de Contrato	Selección de Propuestas (postor con mayor puntaje técnico y económico)																																
	Supervisión Inicial de Plantas y/o Almacenes																																
	Notificación apostomos ganadores																																
	Firma de Contrato																																

- ii) Cronograma de Proceso de Compra Complementario: Proceso con una duración total de 22 días hábiles, utilizado en el caso de no haber realizado el proceso de compra general.

Etapas del proceso de Compra	Fases del Proceso de Compra	Cronograma del Proceso de Compra																					
		(Hasta 22 días Hábiles)																					
		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22
Convocatoria y distribución de Bases	Convocatoria y distribución de Bases	█	█	█																			
	Formulación de Consultas																						
Formulación y Absolución de Consultas	Formulación de Consultas																						
	Absolución de Consultas																						
Presentación de propuestas	Integración de Bases																						
	Conocimiento de las Bases integradas por parte de los postores																						
Evaluación y Selección de Propuestas	Presentación de propuestas																						
	Evaluación de propuestas técnicas y económicas																						
Firma de Contrato	Selección de Propuestas (postor con mayor puntaje técnico y económico)																						
	Supervisión Inicial de Plantas y/o Almacenes																						
	Notificación apostomos ganadores																						
	Firma de Contrato																						

iii) Cronograma de Proceso de Compra Sumarísimo: Proceso con una duración total de 09 días hábiles, utilizado en el caso de no haber realizado el proceso de compra complementario, en los casos de procesos nulos, declarados desiertos o cuyos contratos hayan sido resueltos.

Etapas del proceso de Compra	Fases del Proceso de Compra	Cronograma del Proceso de Compra								
		(En 9 días Hábiles)								
		1	2	3	4	5	6	7	8	9
Convocatoria y distribución de Bases	Convocatoria y distribución de Bases	■	■	■	■					
Formulación y Absolución de Consultas	Formulación de Consultas		■							
	Absolución de Consultas			■						
	Integración de Bases			■						
Presentación de propuestas	Conocimiento de las Bases Integradas por parte de los postores				■					
	Presentación de propuestas					■				
Evaluación y Selección de Propuestas	Evaluación de propuestas técnicas y económicas					■				
	Selección de Propuestas (postor con mayor puntaje técnico y económico)					■				
	Supervisión Inicial de Plantas y/o Almacenes						■			
	Notificación a postores ganadores							■	■	
Firma de Contrato	Firma de Contrato								■	■

3.3. Proceso de compra

El Comité de Compra aprueba el inicio del proceso de compra luego de recibidas las bases aprobadas por Qali Warma, los cuales se realizan entre del último trimestre del año y los dos primeros meses del año siguiente.

3.3.1. Convocatoria y Distribución de Bases

La convocatoria es la invitación que realiza el Comité de Compra a los proveedores de raciones y productos para la prestación del servicio alimentario y se realiza en un solo acto. Las bases, sus anexos y formatos son de acceso público a través del portal web de Qali Warma (www.qw.gob.pe).

Qali Warma puede disponer la publicación del aviso de convocatoria en otros medios de comunicación y/o coordinar y promover la publicidad de dicho aviso mediante la colaboración de otras entidades públicas en los tres niveles de gobierno, sociedad civil y organismos no gubernamentales, entre otros.

La convocatoria se realiza mediante publicación del Acta de Comité de Compra, bases, anexos y formatos en el portal web del PAEQW.

3.3.2. Formulación y Absolución de Consultas

Una vez convocado el proceso y publicadas las bases, anexos y formatos, los interesados pueden formular consultas sobre su contenido, en las fechas establecidas en el cronograma del proceso de compra. Las consultas se presentan en el lugar y la forma dispuesta en las bases.

Las consultas serán absueltas por el PNAEQW y publicadas en su portal web, último día de absolución de consultas, conforme a las fechas establecidas en el cronograma de proceso de compra. El plazo para absolver las consultas podrá prorrogarse a lo establecido en el presente Manual.

3.3.3. Integración de Bases

El PNAEQW integra las bases incorporando, de ser el caso, las modificaciones que resulten de la absolución de consultas formuladas. Las bases integradas son publicadas en el portal del PNAEQW, de acuerdo a al cronograma establecido en el proceso de compra.

Una vez publicadas las bases integradas no podrán ser modificadas posteriormente, siendo de observancia obligatoria por el Comité de Compra y los postores.

3.3.4. Presentación de Propuestas

La presentación de propuestas se realiza de acuerdo con el calendario del proceso de compra. Los interesados presentan en las oficinas fijadas en las bases, una propuesta técnica y una propuesta económica, conforme las descripciones que se indiquen.

Los interesados deben presentar en un sobre cerrado la propuesta técnica, indicando el o los ítems a los que se presenta. En caso se presente a más de un ítem, el interesado debe presentar, en sobre cerrado, una propuesta económica por cada firma ítem al que postula.

El Comité de Compra verificará que los sobres se encuentren cerrados, separados y claramente identificados conforme lo establecido en el Manual de Compras y las bases del proceso de compra. Culminada la presentación de propuestas, el comité de compra, en presencia de un notario o juez de paz, elaborará el Acta de cierre con el listado de la totalidad de propuestas presentadas, a fin de ser remitidas a la Unidad de

Prestación del PNAEQW para su publicación en la página web (www.qw.gob.pe).

Los documentos presentados deben ser en idioma castellano. De existir documentación en otro idioma, deberá acompañarse la correspondiente traducción simple. El postor será responsable, en su integridad, de la veracidad de los documentos.

La propuesta económica que oferte el postor debe realizarse por ítem al que postula y de acuerdo a los formatos establecidos en las bases de proceso de compra. La propuesta económica no supera el valor referencial de cada ítem al que postule, caso contrario el Comité de Compra desestimaré la propuesta.

El valor de la oferta debe contener los gastos de fletes, gastos administrativos y operativos e impuestos (salvo lo establecido en la Ley N° 27037 – Ley de Protección de la Inversión en la Amazonía).

A la propuesta económica se acompaña una garantía equivalente al 1% del valor referencial del ítem al que se postula, la cual constituirá un respaldo de seriedad de oferta mientras dure el proceso de compra. Esta garantía puede consistir en una Carta Fianza (original) a nombre de PNAEQW, con una vigencia no menor de treinta días posteriores al término del proceso de compra, o en un depósito (voucher), identificando el nombre o razón social y/o número de DNI o RUC del postor en la cuenta corriente que establezca el PNAEQW en las bases. La carta fianza presentada como garantía de seriedad de oferta tendrá las mismas características que las establecidas para la garantía de fiel cumplimiento conforme lo dispuesto en el manual de compra, la misma que será devuelta al postor luego de la firma del contrato por el postor ganador.

3.3.5. Evaluación de Propuestas

La evaluación de propuestas comprende la verificación de los documentos obligatorios y la calificación respectiva, la cual se realiza asignando puntajes de acuerdo con los factores establecidos en las bases del proceso de compra.

El Comité de Compra deberá revisar que la propuesta técnica contenga todos y cada uno de los documentos exigidos en las bases, caso contrario no se admite la propuesta.

Los puntajes máximos de evaluación para la propuesta técnica y económica son de 100 puntos para cada uno.

Para la evaluación técnica se considera los siguientes factores:

Proceso de compra para la provisión del servicio alimentario –
modalidad raciones:

Factores de evaluación		Puntaje máximo
a)	Experiencia del Postor.	30
b)	Cumplimiento de la prestación.	35
c)	Promesa de Consorcio con el distribuidor autorizado u operador logístico del producto industrializado bebible que conforma la ración.	10
d)	Promesa de Contratación de Integrante(s) de Organizaciones Sociales de Base.	15
e)	Promesa de compra de alimentos a productores locales.	10
Total		100

Proceso de compra para la provisión del servicio alimentario –
modalidad productos:

Factores de evaluación		Puntaje máximo
a)	Experiencia del Postor.	35
b)	Cumplimiento de la prestación.	35
c)	Promesa de Consorcio con el distribuidor autorizado u operador logístico de alimentos para el consumo humano.	20
d)	Promesa de compra de alimentos a productores locales.	10
Total		100

3.3.5.1.1. Puntaje Negativo

Se aplica el puntaje negativo en la evaluación técnica a los postores que se encuentren en los siguientes supuestos:

	SUPUESTO	PUNTAJE NEGATIVO
1	Postor al que un Comité de Compra del PNAEQW haya penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual.	- 05 puntos
2	Postor que habiendo sido adjudicado no suscribió contrato con un Comité de Compra del PNAEQW durante el año 2014.	- 10 puntos
3	Postor con contrato resuelto por un Comité de Compra del PNAEQW durante el año 2014 por mora o por razones distintas a temas de inocuidad.	- 20 puntos
4	Postor al que un Comité de Compra del PNAEQW, durante el 2013, haya resuelto Contrato por incumplimiento de condiciones de inocuidad, de acuerdo a las cláusulas 11.3 y 14.2 de los contratos suscritos en dicho año.	- 30 puntos
5	Postor al que un Comité de Compra del PNAEQW, durante el 2014, haya resuelto Contrato o cuyo Contrato haya sido suspendido por el PNAEQW por incumplimiento de condiciones de inocuidad, de acuerdo a las cláusulas 13.2, 13.4 y 16 de los contratos suscritos en dicho año.	- 30 puntos
6	Postor que durante la ejecución de un contrato suscrito con un Comité de Compra del PNAEQW haya presentado certificado no emitido por la autoridad sanitaria.	- 40 puntos
7	Postor que durante la ejecución de un contrato suscrito con un Comité de Compra del PNAEQW haya presentado documentos no emitidos por la autoridad oficial competente.	- 40 puntos
8	Postor al que un Comité de Compra del PNAEQW haya resuelto Contrato o cuyo Contrato haya sido suspendido por afectación a la salud de los usuarios del PNAEQW.	- 50 puntos

Este es un criterio que se realiza con posterioridad a la asignación del puntaje obtenido en la evaluación técnica, y es solo acumulativo entre los diferentes supuestos.

Tratándose de consorcios sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, el puntaje negativo es acumulable en caso que dos o más integrantes del consorcio se encuentren inmersos en un mismo supuesto.

El Comité de Compras se encuentra obligado a aplicar el puntaje negativo, en caso no lo haga y con esa acción se permita que se adjudique a dicho postor, el contrato es nulo y no genera obligación alguna de pago.

El PNAEQW publicará la relación de sus proveedores que se encuentren en alguno de los supuestos de asignación de puntaje negativo.

En la evaluación de la propuesta técnica, los postores deberán alcanzar un puntaje mínimo de sesenta (60) puntos para acceder a la apertura de propuestas económicas.

3.3.6. Notificación de Resultados

Concluida la etapa de selección de proveedores, las actas respectivas deberán ser remitidas a la Unidad de Prestaciones de Qali Warma para la publicación de los resultados en el portal institucional de Qali Warma: www.qw.gob.pe.

El Comité de Compra notificará vía carta notarial, los resultados del proceso de compra a los postores adjudicados en los ítems correspondientes, indicándoles la fecha y lugar para la firma del contrato.

3.3.7. Firma de Contrato

El contrato se perfecciona con la firma del documento que lo contiene y será suscrito (por triplicado) entre el Presidente del Comité de Compra y el postor ganador, a quien luego de la firma se le denominará proveedor.

El contrato tiene vigencia a partir del día siguiente de su firma hasta la liquidación del mismo.

Cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado para la firma del contrato o manifieste su decisión de no suscribirlo, el Comité de

Compra, en coordinación con Qali Warma, podrá adjudicar al siguiente postor de acuerdo al orden de prelación, obtenido del resultado final de la evaluación del mismo proceso y de acuerdo con las reglas establecidas en las bases, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan.

3.4. Ejecución Contractual

3.4.1. Obligaciones del Proveedor

El Proveedor se sujetará a las siguientes obligaciones:

- ✓ Cumplir con lo dispuesto en las Bases Integradas y los procedimientos operativos que les sea aplicable, aprobados por QALI WARMA.
- ✓ Entregar a las Instituciones Educativas Públicas las raciones o productos en las cantidades exactas, íntegras y oportunas, respetando estrictamente las condiciones contractuales.
- ✓ Brindar todas las facilidades necesarias para que EL COMITÉ y/o QALI WARMA, puedan ejercer su derecho a verificar el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones a cargo de EL PROVEEDOR, incluyendo aquellas obligaciones relativas a la calidad y cantidad de las raciones materia del presente contrato. En consecuencia, EL COMITÉ y/o QALI WARMA quedan autorizados a apersonarse a las instalaciones de EL PROVEEDOR, a través de representantes acreditados o de terceros contratados para dichos efectos, con la finalidad de verificar el estricto cumplimiento de lo pactado. El ejercicio de este derecho de verificación podrá ser ejecutado por EL COMITÉ y/o QALI WARMA, en presencia de un representante de EL PROVEEDOR, o ante un notario público o juez de paz, en ausencia del representante de EL PROVEEDOR.
- ✓ Está prohibido de: (i) ceder su posición contractual, o (ii) subcontratar total o parcialmente la prestación principal, cual sea el abastecimiento de raciones o provisión de productos.
- ✓ Es el único responsable administrativo, civil y penalmente del cumplimiento o incumplimiento de sus prestaciones.

3.4.2. Prestaciones Adicionales y Complementarias

Por disposición formal de la Unidad de Prestaciones de Qali Warma, el Comité de Compra comunicará al proveedor la necesidad de ejecutar prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto contratado. El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las condiciones y precios pactados en el contrato. Igualmente, la Unidad de Prestaciones podrá disponer la reducción de las prestaciones del contrato hasta por el mismo porcentaje. En caso de adicionales o reducciones, el proveedor aumentará o reducirá de forma proporcional las garantías que hubiere otorgado, respectivamente.

De manera excepcional y, previo informe de la Unidad Territorial y aprobación de la Unidad de Prestaciones, se podrá disponer la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones superiores al 25% del monto del contrato de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y autorización de la Unidad de Prestaciones de QALI WARMA.

Excepcionalmente, se podrá celebrar un contrato complementario, previa opinión favorable de las Unidades de Prestaciones, Transferencias y Rendición de Cuentas y Supervisión y Monitoreo de Qali Warma, en la que se evalúe el costo beneficio asociado a la continuidad de dicha contratación. El contrato será celebrado hasta por un periodo similar, manteniéndose las condiciones así como las formalidades previstas para la celebración del contrato primigenio y de acuerdo a su disponibilidad presupuestal.

3.4.3. Prohibición de Cesión de Posición Contractual y Restricciones a la Sub Contratación

No se permite la cesión de posición contractual, ni la subcontratación de la prestación principal.

El proveedor únicamente podrá subcontratar las prestaciones accesorias de transporte y recojo de desperdicios. En dicho supuesto EL PROVEEDOR deberá garantizar que las empresas subcontratadas cumplan con los requisitos y formalidades exigidas en las bases del proceso de compra, así como en la normativa complementaria que emita Qali Warma para dichos efectos.

Aun cuando el proveedor haya subcontratado, conforme a lo indicado precedentemente, es el único responsable de la ejecución total del contrato frente al Comité de Compra. Las obligaciones y responsabilidades derivadas de la subcontratación son ajenas al Comité de Compra.

3.4.4. Obligaciones del Proveedor

- ✓ Con la finalidad de cautelar el adecuado cumplimiento de las prestaciones a cargo de los proveedores contratados, Qali Warma se encuentra facultado para, directamente o a través de terceros contratados para tal fin, desarrollar acciones de supervisión en los establecimientos de preparación de raciones, almacenes o establecimientos en los que se realice el fraccionamiento de productos, las cuales se realizarán conforme a los lineamientos técnicos y protocolos de intervención aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo de Qali Warma.

- ✓ Qali Warma verificará que los establecimientos a cargo de los proveedores mantengan las condiciones higiénicas sanitarias, operativas y de producción que dieron lugar a que fueran contratados, así como el cumplimiento de los términos ofrecidos en las propuestas técnicas. Asimismo, Qali Warma verificará el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las raciones y productos contenidas en la Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas, la vigencia de las certificaciones presentadas en el proceso de compra y de la documentación sanitaria exigida al personal a cargo de la manipulación de alimentos, y demás declaraciones y compromisos asumidos por los proveedores. En caso de verificarse el incumplimiento de dichas condiciones, y/o la falsedad o inexactitud de documentos, se procederá a emitir los informes técnicos respectivos con la finalidad de aplicar las penalidades establecidas en el presente Manual de Compras y en el contrato respectivo, y/o resolver el contrato, según corresponda.

- ✓ La facultad de supervisión de Qali Warma, comprende la realización de muestreos e inspecciones inopinadas en cualquier etapa de la

cadena de abastecimiento. A tal efecto, Qali Warma podrá coordinar con las entidades públicas o privadas competentes en materia de salud y nutrición, con la finalidad de coadyuvar a la realización de las evaluaciones que correspondan

- ✓ Si como resultado de las acciones de supervisión, se detectaran situaciones que resulten susceptibles de poner en riesgo la salud de los usuarios, en atención a los lineamientos técnicos aprobados por la Unidad de Supervisión y Monitoreo, Qali Warma podrá suspender temporalmente la producción de las raciones (desayunos y/o almuerzos) y/o suspender la distribución de los productos o raciones, sin perjuicio de la aplicación de penalidades y/o resolución del contrato de pleno derecho, conforme a lo establecido en el presente Manual.

3.4.5. Conformidad de la Prestación

La entrega de las raciones y productos se realizará en las Instituciones Educativas Públicas, de acuerdo con lo establecido en el contrato.

En relación con la frecuencia de las entregas:

- a) Para productos, la frecuencia de entrega será mensual, la misma que podrá variar de acuerdo a lo establecido en las bases del proceso de compra, atendiendo a la complejidad de las vías de acceso respecto a las zonas alejadas u otros factores evaluados por el programa de manera previa a la convocatoria
- b) Para raciones, la frecuencia de entrega será diaria en los horarios establecidos en las bases y en el contrato correspondiente.

La conformidad de los productos y raciones será otorgada por el respectivo Comité de Alimentación Escolar (CAE), el cual deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad y cantidad de los mismos de acuerdo con la programación de raciones o los volúmenes de productos entregados por el proveedor a cada Institución Educativa. De existir observaciones se consignarán en el acta de entrega - recepción respectiva, indicándose claramente el sentido de aquéllas.

No se emitirá conformidad cuando la entrega de raciones o productos se realice en contravención de los plazos previstos en el contrato. Tratándose de raciones existirá un tiempo de tolerancia máximo de 20 minutos, luego de lo cual el proveedor será pasible de penalidad, y en caso el retraso sea superior a los 60 minutos, además de la penalidad, el Comité de Alimentación Escolar no deberá recibir las raciones y tampoco estas serán valorizadas ni pagadas. Tratándose de productos, el retraso en la entrega acarrea la imposición de la penalidad respectiva y el no reconocimiento del pago por los días de retraso.

Las actas de entrega – recepción suscritas por el Comité de Alimentación Escolar acreditan la conformidad de la entrega de las raciones y productos distribuidos en las Instituciones Educativas Publicas. Estas son indispensables para que la Unidad Territorial inicie el procedimiento del pago respectivo. Las actas de entrega – recepción presentadas por el proveedor para efectos del pago tienen carácter de declaración jurada.

3.5. Penalidades

Las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el presente manual y en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor. Las penalidades se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan.

No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma evaluará los argumentos descritos por el proveedor y, mediante informe técnico, se pronunciará sobre su procedencia de manera previa a la remisión del expediente de pago a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas de Qali Warma.

Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final.

Las penalidades se aplicarán de acuerdo con el siguiente detalle:

Modalidad: Servicio de Raciones Preparadas

Causales referidas a la entrega de raciones

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Entrega incompleta de raciones en las instituciones educativas: a) Entrega una cantidad menor de raciones a la establecida en el contrato. b) Entrega parcial: Sólido sin bebida o bebida sin sólido. c) Entrega de sólido sin acompañamiento o relleno. En los supuestos b) y c) se considerará como no ejecutada la prestación	0,5 % del monto total del contrato por día.
Retraso en la entrega de raciones en una o más instituciones educativas, que excedan el tiempo de tolerancia de 20 minutos en relación al horario establecido en el contrato.	0,1% del monto total del contrato por día
Incumplimiento en la entrega diaria de raciones en las instituciones educativas (no entrega raciones)	1 % del monto total del contrato por día

Causales referidas a la Calidad de las Raciones

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Raciones que no cumplen con lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos y Fichas Técnicas de Producción de Recetas (formulación, peso, requisitos de energía, proteína y hierro, y sensorial), siempre que no afecten la inocuidad.	0,5 % del monto total del contrato por día.
En caso que los envases de las raciones no cumplan con las especificaciones técnicas descritas en las bases, no se encuentren herméticamente cerrados o no presten sellado término, según corresponda.	0,5% del monto total del contrato por día

Otras causales de Incumplimiento Contractual

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento de entrega de los certificados en la oportunidad ofertada.	0,5% del monto total del contrato por día
Incumplimiento de entrega de programación de raciones en una o más	0,1% del monto

Instituciones Educativas.	total del contrato por día
Incumplimiento en el horario establecido para la preparación de las recetas.	0,5% del monto total del contrato por día
Incumplimiento de la programación de la preparación de las recetas.	0,1% del monto total del contrato por día
No contar con el certificado de saneamiento ambiental vigente del establecimiento.	0,1% del monto total del contrato por día
No contar con los documentos que acrediten la realización de controles médicos semestrales del personal manipulador de alimentos.	0,5% del monto total del contrato por día
No contar con Plan Haccp de cada uno de los establecimientos donde se elaboran raciones, desarrollado e implementado como un sistema de control bajo la responsabilidad de un profesional de control de calidad durante el periodo de atención.	1 % del monto total del contrato por día

Modalidad: Provisión de Productos

Causales referidas a la entrega de los productos

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento en la entrega de productos en la fecha establecida en el contrato.	0,5 % del monto total del contrato por día de incumplimiento.
Entrega incompleta de productos en las Instituciones Educativas: a) Entrega una cantidad menor de productos a la establecida en el contrato. b) Entrega de productos distintos a los indicados en el objeto de contratación. En el supuesto b), se considerará como no ejecutada la prestación.	0,5 % del monto total del contrato por día de incumplimiento.

Causales referidas la Calidad de los Productos

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Productos no cumplen con lo establecido en las fichas técnicas de alimentos, siempre que no afecten la inocuidad.	0,5 % del monto total del contrato por día.

Otras causales de Incumplimiento Contractual

Causales de Incumplimiento	Penalidad
Incumplimiento de entrega de los certificados en la oportunidad ofertada.	0,5% del monto total del contrato por día
Incumplimiento en la entrega de volúmenes de productos en una o más Instituciones Educativas.	0,1% del monto total del contrato por día
No contar con el Certificado de Saneamiento Ambiental vigente del	0,1% del monto

establecimiento.	total del contrato por día
No contar con los documentos que acrediten la realización de controles médicos semestrales del personal manipulador de alimentos.	0,5% del monto total del contrato por día
No contar con los Manuales de Buenas Prácticas de Almacenamiento, Buenas Prácticas de Manipulación y de Programa de Higiene y Saneamiento, de cada uno de los establecimientos donde se almacenan y/o fraccionan productos, desarrollando e implementando como un sistema de control bajo la responsabilidad de un profesional de control de calidad durante el periodo de la adquisición y distribución de los productos.	1% del monto total del contrato por día

3.6. Causales de Resolución Contractual

Son causales de resolución contractual:

- a) El Proveedor incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.
- b) El Proveedor no cuente con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios o estos no se encuentren vigentes hasta por un periodo superior a los tres (03) días hábiles de realizada la observación.
- c) El Proveedor acumule el 10% del monto total del contrato como resultado de la aplicación de penalidades.
- d) Se constate que los productos o raciones hayan generado problemas de salud a los usuarios y, éstos resulten imputables a EL PROVEEDOR, conforme a lo establecido en la regulación especial aprobada por Qali Warma.
- e) Si como resultado de las acciones de supervisión dispuestas por Qali Warma o, a través de informes emitidos por terceros acreditados o autorizados para dicho fin, las condiciones de los establecimientos de preparación de raciones o, establecimientos destinados al almacenamiento o fraccionamiento de productos de EL PROVEEDOR, no cumplen con los parámetros mínimos de idoneidad, en atención a la regulación especial que apruebe Qali Warma para dichos efectos.

- f) Los productos entregados o los insumos utilizados por EL PROVEEDOR para la preparación de raciones no cumplen con las características físico-químicas, microbiológicas y sensoriales, de acuerdo a lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos según corresponda siendo susceptibles de generar riesgos a la salud de los usuarios.

- g) EL PROVEEDOR utiliza envases elaborados de materiales que contengan arsénico, cobre, antimonio, mercurio, plomo, uranio, zinc, cadmio o cualquier otro metal pesado u otro elemento nocivo, que pudiera ser absorbido por los alimentos o que pudiera afectarlos de cualquier modo.

- h) El Proveedor entrega productos o utiliza insumos para la preparación de raciones que sean de mala calidad, no aptos para el consumo humano, en condiciones antihigiénicas o que no cuentan con fecha de vencimiento o cuenten con fecha expirada.

- i) El Proveedor no cumple con realizar la entrega de raciones en una o más instituciones educativas, en dos o más oportunidades continuas en el lapso de una semana, en cinco o más oportunidades en un periodo de quince días o, en 15 o más oportunidades en un periodo de un año.

- j) Los productos entregados o los insumos utilizados por EL PROVEEDOR para la preparación de raciones, no cuentan con el respectivo Registro Sanitario y/o no cuentan con Autorización Sanitaria de Establecimiento, según corresponda.

- K) El Proveedor realizar la entrega de raciones excediendo el tiempo de tolerancia establecido sin penalidad, en una o más instituciones educativas, en cinco o más oportunidades en un periodo de quince días o, en 15 o más oportunidades en un periodo de un año. (Warma P. N., Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, 2014)

3.7. Solución de controversias

Ante cualquier discrepancia contractual, las partes podrán recurrir a un arbitraje de derecho. El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un Tribunal Arbitral, de acuerdo con el monto contractual y a los términos establecidos en el contrato celebrado. En el caso del Tribunal Arbitral, cada una de las partes designará a un árbitro y éstos de común acuerdo designarán al tercero, quien será el Presidente del Tribunal Arbitral. En caso que las partes no se pongan de acuerdo en el nombramiento del Árbitro Único o en el Presidente del Tribunal Arbitral, éste será designado por el Centro de Arbitraje establecido en el contrato correspondiente. De ser necesario efectuar un proceso arbitral, éste se desarrollará en la ciudad de Lima. El laudo arbitral es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. El contrato establecerá los mecanismos de intervención que resulten necesarios para la defensa de los intereses de Qali Warma.

De manera excepcional y atendiendo a circunstancias sobrevinientes a la ejecución de las prestaciones, el Comité de Compra podrá declarar la nulidad del contrato celebrado, por razones debidamente justificadas, y previo informe legal de la Unidad Territorial. En dichos supuestos, la Unidad de Prestaciones emitirá informe favorable respecto de la procedencia de dicha solicitud; sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales que se deriven.

3.8. Proveedores sancionados por Qali Warma en el año 2013 y 2014

El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma establece como sanciones a los proveedores que han incumplido cláusulas contractuales: penalidades y causales de resolución de contrato.

Durante el año 2013, se detectaron 355 incumplimientos que acarrearón la aplicación de 251 penalidades y 104 resoluciones de contratos.

Por otro lado, en el año 2014 se tuvo 305 incumplimientos contractuales, los cuales originaron la anulación de 4 contratos, 146 penalidades, 154 resoluciones de contratos y la suspensión de 1 contrato.

De lo antes expuesto se tiene que durante los años 2013 y 2014 se han sancionado a 660 proveedores del Programa de Alimentación Escolar Qali Warma, originando con ello la resolución, suspensión y anulación de sus contratos, así como la aplicación de penalidades.

En el departamento de La Libertad en el 2013 se aplicó cinco penalidades a proveedores: dos a Consorcio Carranza, dos a consorcio ONDAC S.R.L. y una a consorcio de pequeños productores Chan Chan; mientras que se resolvió el contrato a dos proveedores: Agroindustrias Ancos S.A.C y consorcio conformado por: Asociación De Productores De Cereales De Otuzco, Asociación Agropecuaria El Olivo.

Por otro lado, en el departamento de La Libertad en el 2014 se aplicó cinco penalidades a los proveedores: Consorcio inversiones comerciales sudamericana SRL, Comercial Super Mix EIRL y Asociación de Productores Agropecuarios y derivados lácteos del Caserío San José de Porcon; Alimentos Funcionales Kaizen EIRL, Consorcio Emma y Consorcio Momentos María Castaña e Industria Natividad Foods EIRL. Resolviéndose el contrato de cinco proveedores: Alimentos Funcionales Kaizen EIRL, Consorcio Emma Zorayda Cayro Castillo - Inversiones Pucara SAC, Consorcio Momentos Maria Castaña e Importaciones, Exportaciones Coemar SAC e Industria natividad FOODS EIRL. (Warma Q. , Qali Warma

3.8.1. Causales de penalidades más comunes:

Las causales de penalidades aplicadas durante el 2013 y 2014 obedecen a causales como:

- ✓ Incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas.
- ✓ Incumplimiento en el cronograma de entrega.
- ✓ Retraso en entrega de productos.
- ✓ Entrega de productos incompletos.
- ✓ Entrego otro tipo de producto.
- ✓ Incumplimiento contractual.

- ✓ No inocuidad del producto, no apto para consumo humano (no cumplen con la calidad requerida).

Siendo las más comunes el incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas y el retraso en entrega de productos.

En La Libertad las penalidades aplicadas se debieron a las siguientes causales:

- ✓ Incumplimiento del cronograma de entrega de alimentos.
- ✓ No atención a todas las Instituciones Educativas del distrito durante tres días.
- ✓ Incumplimiento en la entrega de un (01) producto de la canasta.
- ✓ Retraso en la entrega de productos.

3.8.2. Causales de resolución de contrato:

Las causales de resolución de contrato durante el año 2013 y 2014 fueron las siguientes:

- ✓ Incumplimientos contractuales por causales como: incumplimiento con la entrega de raciones en dos o más oportunidades a un mismo centro educativo, productos sin registro sanitario (raciones generaron problemas a la salud), producto sin fecha de vencimiento, producto vencido, productos no aptos para el consumo humano.
- ✓ Desistimiento con el inicio de la atención.
- ✓ Renuncia irrevocable.
- ✓ Planta de producción de raciones no garantizadas.
- ✓ Superación del 10% de penalidades.
- ✓ Paralización de la prestación del servicio.

En La Libertad se resolvió el contrato a dos proveedores por superar el 10% en penalidades del monto total contratado, por paralizar la prestación del servicio y por moras o razones distintas al tema de inocuidad. (Warma Q. , 2014)

3.8.3. Causales de anulación de contrato

Durante el año 2014 la provincia de Huánuco tuvo cuatro casos de anulación de contratos a los proveedores: Consorcio de Alimentos Valle Del Pillco, Consorcio de Alimentos el Panatahua, Consorcio de Alimentos El Chinchaysuyo y Consorcio El Huamaliano, en virtud de la presentación de documentos no emitidos por la autoridad oficial competentes durante la postulación o ejecución de un contrato.

3.8.4. Causales de suspensión de contrato

Solo durante el año 2014 se suspendió el contrato al proveedor Consorcio Trigal Alimentos Eirl - Producciones E Inversiones Cecilia Eirl, miembro del Comité de Compra Lima 3, por condiciones de inocuidad de acuerdo a las cláusulas 13.2, 13.4 y 16 de los contratos suscritos durante el 2014.

3.9. Proveedores sancionados por Qali Warma en el año 2013, contratados en el 2014

Durante el año 2013 el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma detectó 355 incumplimientos contractuales que acarrearón la aplicación de 251 penalidades y 104 resoluciones de contratos, pese a ello, 32 de estos proveedores fueron contratados nuevamente en el 2014, sin ninguna limitación regulada, encontrándose dentro de ellas las siguientes causales:

- ✓ Incumplimiento contractual
- ✓ Incumplimiento en el cronograma de entrega
- ✓ Retraso en entrega de productos.
- ✓ Entrega extemporánea de productos
- ✓ Incumplimiento de características ofrecidas
- ✓ No entrega de productos.
- ✓ Entrega incompleta de productos
- ✓ Incumplimiento en la capacitación del Comité
- ✓ Entrega de productos que siendo inocuos y aptos para consumo humano, no se encuentran adecuadamente empacados e identificados.
- ✓ Entrega de productos sin autorización.

Estos proveedores pertenecen a la unidad territorial de Amazonas, Ancash, Apurímac, Ayacucho, Cusco, Huancavelica, Huanuco, Junín, Lambayeque, Lima Metropolitana, Lima Provincias, Loreto, Pasco y Tumbes, encontrando dentro de ellos solo a un proveedor en la provincia de La Libertad, Ondac S.R.L.

Así, los proveedores penalizados y sobre los cuales se resolvió su contrato en 2013 y que fueron contratados en el 2014 se presentan a continuación: (Comercio E.)

Situación	Unidad Territorial	Proveedor	Observación	Monto adjudicado el 2014 (en nuevos soles)
Penalizado	Amazonas	Comercializadora San Pedro del Oriente	Incumplimiento Contractual	4,349,314.04
Penalizado	Amazonas	Importaciones y Exportaciones Coemar	Incumplimiento Contractual	3,576,535.30
Penalizado	Ancash 1	Alimentos Andinos del Perú	Incumplimiento Contractual	4,886,085.05
Penalizado	Ancash 2	Empresa Social de Panificación, Alimentos y Servicios Varios	Incumplimiento en el Cronograma de Entrega	386,717.68
Penalizado	Ancash 2	Grupo Hasper	Incumplimiento en el Cronograma de Entrega	5,926,054.07
Penalizado	Apurímac	Contratistas Generales Congga	Retraso en entrega de productos	1,621,392.84
Resuelto	Ayacucho	Najarrostro Holanda	Incumplimiento Contractual	1,282,662.24
Penalizado	Cusco	Cooperativa Servicios Especiales de las Comunidades Campesinas de Chumbivilcas	Retraso en la entrega de productos, entrega incompleta de productos.	9,834,520'97
Penalizado	Cusco	Canahuire Diaz Paulina Urbana	Incumplió con cronograma de entrega	837,102.58
Penalizado	Cusco	Nutrafoods Perú	Incumplió con cronograma de entrega	1,999.053.00
Penalizado	Huancavelica	Señor del Prendimiento	Incumplimiento contractual	2,772,181.03
Penalizado	Huancavelica	Procesadora de Alimentos Falcani	Incumplimiento contractual	9,782,569.80

Penalizado	Huancavelica	Procesadora de Alimentos Las Delicias	Incumplimiento contractual	6,624,107.74
Penalizado	Huánuco	Consortio Punta de Lanza	Incumplimiento contractual	9,233,827.84
Penalizado	Junín	Arellano Gonzales María de los Angeles	Entrega extemporánea de productos	281,181.85
Penalizado	Junín	Vilcahuaman Portada Raul Enzo	Incumplimiento de características ofrecidas	1,274,464.36
Penalizado	Junín	Corporación Virgen del Rosario	Entrega incompleta en la I.E.	722,845.29
Penalizado	Junín	Laureano Mateo Sara Noemí	Penalidad por no cumplimiento de características	394,468.35
Penalizado	Junín	Buendía Eulate Rufina Estela	Incumplimiento de capacitación CAE	687,012.00
Penalizado	La Libertad	Ondac SRL	Incumplimiento en la entrega de un producto de la canasta	12,157,343.16
Penalizado	Lambayeque	Cubas Llatas Amalia Cristel	Incumplimiento de las características ofrecidas en el producto	911,283.00
Penalizado	Lambayeque	Vergara Cuqui Salomon	Entrega de productos que siendo inocuos y aptos para consumo humano no se encuentran adecuadamente empacados e identificados de acuerdo con el artículo 117 del D.S. 007-98 S.A.	3,277,233.28
Penalizado	Lima Metropolitana	Holesund Food	No entrega, retrasos en la entrega, Incumplimiento de características ofrecidas	3,551,549.20
Penalizado	Lima Metropolitana	Jonathan Chiri Boga Bravo	No entrega, retrasos en la entrega, Incumplimiento	955,301.58

			de características ofrecidas	
Penalizado	Lima Metropolitana	Diaz Flores Cristina Marlene	No entrega, retrasos en la entrega, Incumplimiento de características ofrecidas	228,501.00
Penalizado	Lima Metropolitana	Comercial Asvel	No entrega, retrasos en la entrega, Incumplimiento de características ofrecidas	1,296,807.50
Penalizado	Lima Provincias	Panificadora Maritza	Demora en la entrega del producto.	2,211,672.80
Penalizado	Loreto	Comercializadora y Distribuidora Cesuki	Entrega incompleta en las Instituciones Educativas	6,302,059.89
Penalizado	Loreto	García Vargas Jamer Arturo	Entrega Incompleta de productos en las Instituciones Educativas	2,350,485.92
Penalizado	Loreto	García Vargas Jamer Arturo	Entrega incompleta en las Instituciones Educativas	2,350,485.92
Penalizado	Loreto	Inversiones Generales Rosas	En caso se entreguen productos sin autorización, que cumplan con las características requeridas en las Fichas Técnicas de los productos.	3,363,362.78
Penalizado	Pasco	Negociaciones Reayla	Incumplimiento contractual	2,768,393.97
Penalizado	Tumbes	Castro Alvarez Genny	Retraso y no cumplimiento de las condiciones en la entrega de raciones	1,133,822.52
TOTAL				106,981,813.63

Así mismo se ha logrado verificar que de los 32 proveedores que fueron contratados en el 2014, 19 fueron sancionados nuevamente en el 2014, algunos

de ellos en consorcio con otras empresas y otros bajo la misma empresa. Determinándose con ello su reincidencia bajo los mismo supuestos de incumplimientos contractuales.

Situación	Unidad Territorial	Proveedor	Observación
Penalizado	Amazonas	Comercializadora San Pedro del Oriente	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
PENALIZADO	ANCASH 1	CONSORCIO CONFORMADO POR: DORILA MONTOYA CALLIRGOS, ALIMENTOS ANDINOS SAC, ASHTU CANTARO BERNARDO CRISOLO	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
PENALIZADO	ANCASH 2	CONSORCIO HASPER: CONFORMADO POR GRUPO HASPER Y ASOCIACION DRAGON VERDE	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
RESUELTO	ANCASH 2	CONSORCIO SEÑOR DE LUREN, CONFORMADO POR: EMPRESA SOCIAL DE PANIFICACION, ALIMENTOS Y SERVICIOS VARIOS SAC ROSENDO FRANCISCO ALBORNOZ CERNA.	Contrato resuelto durante el año 2014 por mora o por razones distintas a temas de inocuidad
PENALIZADO	AREQUIPA	CONSORCIO LISETH MAMANI AROSQUIPA SHIRLEY Y PAULINA URBANA CANAHUIRE DIAZ	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
RESUELTO	AYACUCHO	HOLANDA NAJARRO CASTRO	Contrato resuelto durante el año 2014

			por mora o por razones distintas a temas de inocuidad
RESUELTO	CUSCO	NUTRAFOODS PERU EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA	Contrato resuelto durante el año 2014 por mora o por razones distintas a temas de inocuidad
PENALIZADO	HUANCAVELICA	CONSORCIO SEÑOR DE PRENDIMIENTO: DOMINGO PAUCAR CONDORI, WILFORD DOMINGO PAUCAR CALDERON.	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
PENALIZADO	HUANUCO	CONSORCIO PUNTA DE LANZA CONFORMADO POR: TRUJILLO JARA MARCOS, FORTUNATO MARCOS TRUJILLO ROJAS	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
RESUELTO	JUNIN	RAUL ENZO VILCAHUAMAN PORTADA	Resuelto contrato o cuyo Contrato ha sido suspendido por el PNAEQW por incumplimiento de condiciones de inocuidad, de acuerdo a las cláusulas 13.2, 13.4 y 16 de los contratos suscritos durante el 2014
RESUELTO	JUNIN	CONSORCIO CONFORMADO POR CORPORACION VIRGEN DEL ROSARIO S.R.L, WIENER ILDEFONSO QUISPE	Contrato resuelto durante el año 2014 por mora o por razones distintas a temas de inocuidad
RESUELTO	JUNIN	CONSORCIO SARA NOEMI LAUREANO MATEO (SARA NOEMI LAUREANO MATEO, INSUMOS PARA LA INDUSTRIA ALIMENTARIA DEL CENTRO EIRL,	Durante la ejecución contractual a presentado certificado no emitido por la autoridad sanitaria

		CARLOS IVAN PAITAN HUAYLINOS)	
RESUELTO	JUNIN	CONSORCIO ASVEL: COMERCIAL ASVEL EIRL, RUGEL SATAN DAMARIS, CESAR VIVANCO OJEDA	Contrato resuelto durante el año 2014 por mora o por razones distintas a temas de inocuidad
PENALIZADO	LAMBAYEQUE	AMALIA CRISTEL CUBAS LLATAS, MARÍA MARCELINA LLATAS SÁNCHEZ	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
RESUELTO	LAMBAYEQUE	CONSORCIO CONFORMADO POR: FERNANDO CARLOS FERNANDEZ JARA, SALOMON VERGARA CULQUI, JULIA KARINA HERNANDEZ DAVILA, CARLA MARIA SAENZ DIAZ	Durante la ejecución contractual a presentado certificado no emitido por la autoridad sanitaria
PENALIZADO	LIMA METROPOLITANA	CONSORCIO HOLESUND (HOLESUND FOOD EIRL, MERCEDES VALLEJOS VEGA, PROCESOS JHIRE EIRL)	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
PENALIZADO	LIMA METROPOLITANA	CHIRIBOGA BRAVO MICHAEL JONATHAN	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual
RESUELTO	LORETO	JAMER ARTURO GARCIA VARGAS	Resuelto contrato o cuyo Contrato ha sido suspendido por el PNAEQW por incumplimiento de condiciones de inocuidad, de acuerdo a las clausulas 13.2, 13.4 y 16 de los contratos suscritos durante el 2014
PENALIZADO	TUMBES	CASTRO ALVAREZ GENNY	Penalizado durante el año 2014 sin generar resolución contractual

4. CAPITULO IV: POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO

4.1. Noción genérica de potestad

La doctrina italiana se ha preocupado más a fondo del aislamiento de este concepto. Una potestad ha de consistir en un poder jurídico y no de ninguna otra clase. Aunque parezca una tautología es bueno comenzar el análisis en este punto, porque en el seno de toda comunidad han de coexistir distintos poderes y no todos ellos son precisamente jurídicos. Como acertadamente señala Giannini “es posible inducir a una persona a vacunarse por muchos medios, por ejemplo, haciéndole ver los peligros de la enfermedad o pagándole para que acceda a una inoculación experimental; pero tan solo se ejercerá una potestad de policía sanitaria cuando el ordenamiento permita a una autoridad pública acudir a la vacunación obligatoria. El edicto en que así se establezca es, desde luego, un pedazo de papel, pero tiene consecuencias jurídicas porque es la manifestación de una potestad”. (Lovatón, 2007)

Con la llegada del Estado absoluto, el *lus Puniendi* devino en reflejo del poder arbitrario de los gobernantes, donde el castigo era utilizado como instrumento de perpetuo sometimiento de sus súbditos y como medio para el logro de una ilimitada prevención general.

Con el Estado Liberal, otra sería la dirección hacia la cual se dirigiría desde entonces, el *lus Puniendi*, no ya a la prevención general sin límites, sino a la reducción de los amplios marcos en los que se encerraba inicialmente el poder punitivo estatal. Es por ello que a partir de ese momento, desde la perspectiva del Derecho Penal, se acude a la necesaria retribución entre mal y delito cometido, presupuesto para el posterior aseguramiento de las garantías individuales de cada ciudadano.

No es sino con la llegada del Estado Social y Democrático de Derecho, que el criterio de restringir el poder sancionador del Estado cobra mayor grado de materialización, por consiguiente, otros serían sus elementos caracterizadores; pues teniendo en cuenta que el “Estado de Derecho supone la limitación del poder del Estado por el Derecho, la regulación y control por ley de los poderes y actividades estatales” , todo poder y actuar del mismo, incluido el poder de castigar, quedaría por tanto, sometido a él .

La potestad es poder político y, por lo tanto, una vocación organizadora de un conjunto social, que forma parte de la soberanía, estando más allá del Derecho cuando esta es potencial, y que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en la Constitución, para ser distribuida por esta en los órganos depositarios de la soberanía (...).”(...) la potestad sería una esfera cualquiera del poder soberano del Estado, que por su carácter ordenador de la sociedad se le impone al individuo con mayor o menor intensidad, dentro o fuera del marco del Derecho, el cual, a su vez, es producto de la soberanía, el caso del constitucional, o de una potestad soberana constitucionalmente expresada, en los demás niveles normativos. (Lima, 2013)

Siendo así, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso indicar que por primera vez se establece en la Ley una regulación expresa de potestad sancionatoria, aplicándosele incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del Derecho Penal.

En consecuencia, el ordenamiento debe establecer la posibilidad de la aplicación de sanciones administrativas que funcionen también como mecanismo de control social, pero de una manera relativamente más benigna. Las sanciones administrativas no incluyen, por ejemplo, la posibilidad de establecer privación de la libertad de los administrados, facultad que sí se encuentra presente en las sanciones penales.

En ese sentido, se entiende como potestad a aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo, en particular, por la ley, que habilita a su titular para imponer conducta a terceros, con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas. Dicho sujeto pasivo posee entonces una relación de sujeción respecto a la entidad en cuestión. En el caso específico de la potestad sancionadora, las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados dentro de un ámbito determinado. (Guzmán Napurí, 2011)

4.2. Fundamentos de la potestad sancionadora

La potestad sancionadora es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, entendida la sanción administrativa como aquel mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad. Este poder de sancionar venía siendo entendido contrario al principio de separación de poderes, ya que la Administración no sólo sanciona sino que, además, ejecuta las sanciones que en su caso pueda imponer. (Lima, 2013)

Si consideramos que la potestad sancionadora es una manifestación de un poder único: el poder administrativo que el ordenamiento confiere a la Administración; es pertinente reafirmar el estudio de Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez con respecto a las potestades que se hallan dentro del Derecho Sancionador. El mismo que a manera de resumen trataremos de exponer para fundamentar de manera adecuada su posición:

- Fundamento Filosófico: Según esta corriente, el fundamento de la potestad de sancionar reside en el Derecho positivo, por cuanto la facultad de reprimir o sancionar es una manifestación del poder que se deriva del derecho de legislar. Pero también, el fundamento reside en el Derecho natural, porque el castigo no puede basarse en el interés público únicamente, sino en la solidaridad humana y en la conciencia social.
- Fundamento Institucional: El fundamento de la potestad sancionadora radica en la auto tutela administrativa, toda vez que la Administración tiene como fin mantener el orden de su institución y reprimir coactivamente las conductas contrarias a la misma.
- Fundamento Jurídico: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que al momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento.

- Fundamento Histórico y Social: El fundamento radica en el avance y reconocimiento que la historia del Derecho le ha dado a la potestad sancionadora. Pero a la vez, existe un fundamento social que la fundamenta para su ejercicio, que el pueblo históricamente no entiende que quien gobierna no puede sancionar.
- Justificación Técnica: El fundamento está en el poder administrativo de supremacía que el ordenamiento le confiere. (Lovatón, 2007)

4.3. Sanciones administrativas

No obstante a no haber sido contemplada en las disposiciones previstas en la Ley N° 27444, las sanciones administrativas pueden ser definidas como toda aquella imposición de una situación gravosa o perjudicial en el ámbito de la esfera de un administrado, como consecuencia de una contravención al ordenamiento jurídico, producida en el curso de un procedimiento administrativo y con una finalidad principalmente de carácter represor.

Desde este punto de vista, las sanciones administrativas se diferencian de otras manifestaciones de facultad de reacción de la administración pública ante las contravenciones del ordenamiento, que constituyen principalmente medidas que tienen por objeto exigir el cumplimiento del ordenamiento o restaurar la situación correspondiente al mismo (medidas correctivas, medidas preventivas, multas coercitivas). (Danós, y otros, 2003)

4.4. Clasificación

De acuerdo a lo previsto por la doctrina especializada en la materia, una clasificación tentativa respecto a las sanciones administrativas, se orientaría en principio a lo siguiente:

4.4.1. Por su finalidad

4.4.1.1. Sanciones de autoprotección

Producto de la actividad de la Administración Pública dirigida a la tutela de su organización y orden interno. Solo afecta a quienes están en directa relación con la organización administrativa: sanciones aplicables a funcionarios públicos,

sanciones rescisorias de actos administrativos favorables, sanciones para la defensa de la integridad de los bienes públicos, sanciones tributarias.

4.4.1.1.2. Sanciones de protección del orden general

Persiguen control de orden social general: multa o clausura de establecimiento por ruidos nocivos o por infraestructura adecuada.

4.4.2. Por el contenido de la sanción

4.4.2.1.1. Sanciones personales

Consisten en la suspensión o restricción de un derecho o la autorización para su ejercicio (clausura de establecimiento, suspensión de patente) o en actos de reproche (amonestación oral o escrita, apercibimiento). Tienen su origen en derecho disciplinario de los funcionarios, debiendo fundarse en causa de interés público afectado por el ejercicio del derecho que se pretende suspender.

4.4.2.1.2. Sanciones reales

Se traducen en la imposición del pago de una suma de dinero (sanción pecuniaria o multa), o en la sustracción de una cosa (confiscación, comiso). La sanción de mayor empleo y que constituye casi el arquetipo de la sanción administrativa es la multa, por lo general aplicable en tablas estratificadas de acuerdo a la gravedad de la sanción, o en atención a porcentajes predeterminados, en atención a la mayor restricción en la esfera de libertad de los administrados que comporta la imposición de sanciones personales.

4.4.3. De acuerdo al ordenamiento administrativo

4.4.3.1. Sanciones principales

Pueden traducirse en la multa o restricción de derechos. Constituyen sanciones en sentido estricto.

4.4.3.2. Sanciones accesorias

Refuerzan la eficacia represiva y disuasoria de las sanciones principales: comiso, inhabilitaciones (cuando la conducta atiende a características especiales del infractor), deber de reposición y resarcimiento. En nuestro ordenamiento, esta categoría queda por lo general subsumida dentro del concepto de medidas correctivas o de restitución de la vigencia del ordenamiento, lo que a su vez ha sido confirmado por lo previsto en los artículos 196°, 198° y 232°, numeral 232.1 de la Ley N° 27444. (Danós, y otros, 2003)

4.5. Visión normativa de las sanciones administrativas

La regulación de la potestad sancionadora, y por ende, del procedimiento sancionador, resultaba ser una novedad en el ordenamiento peruano, caracterizado por la inexistencia, hasta la emisión de la Ley de Procedimiento Administrativo General, de una norma o conjunto de normas que regularan los principios y regulaciones aplicables al procedimiento sancionador en una órbita genérica.

Ahora bien, el Decreto Legislativo N° 1029, ha modificado sustancialmente diversos aspectos del procedimiento sancionador. En primer lugar, la norma modifica el artículo 229° de la Ley N° 27444, estableciendo que las disposiciones de la misma en materia de procedimiento administrativo sancionador se aplican supletoriamente a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las mismas que deberán observar los principios de potestad sancionadora establecidos en la Ley, así como la estructura y las garantías previstas para el referido procedimiento.

El Decreto Legislativo establece en consecuencia que dichos procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las que se establecen en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Los procedimientos administrativos sancionadores establecidos en leyes especiales entonces deben guardar coherencia con lo preceptuado por la Ley N° 27444 a fin no solo de que exista uniformidad en el tratamiento de los referidos procedimientos, sino además de que el procedimiento sancionador revista las garantías necesarias para que su resultado sea justo, considerando que el mismo constituye actos de gravamen respecto al administrado. (Guzmán Napurí, 2011)

4.6. Reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración pública en el sistema jurídico peruano

Resulta indudable el hecho que en nuestro ordenamiento siempre se ha aceptado o presupuesto la facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones en casi todos los sectores de la vida social reguladas por el derecho administrativo, no obstante que, desde una perspectiva dogmática, se puede advertir que en un sistema constitucional caracterizado por una rígida división de poderes, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial sin posibilidad de ser ejercido por la Administración Pública. Sin embargo, tal aceptación no se ha visto traducida en una reconocimiento expreso a nivel Constitucional, situación que se mantiene hasta la actualidad.

No obstante lo indicado con anterioridad, tal situación no implica necesariamente un desconocimiento o rechazo de la potestad sancionadora de la Administración Pública en nuestro ordenamiento. En efecto, los siguientes constituyen argumentos tendientes a sostener, partiendo de una interpretación general de los preceptos contenidos en la Constitución Política, el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública:

4.6.1. Fundamentos de Índole Práctico: Poder Natural o Corolario de las Competencias de la Administración Pública

- En ausencia de un reconocimiento constitucional expreso, la potestad sancionadora de la Administración Pública puede considerarse reconocida por la Constitución en forma indirecta o implícita, como un poder natural o

corolario de las competencias otorgadas a ésta en diversas materias, principalmente en las referidas a la ordenación y regulación de las actividades en la sociedad. En tal sentido, es posible sostener que, a efectos de garantizar la eficacia de todo sistema normativo, resulta necesario que la Administración Pública ostente suficiente facultades coercitivas para garantizar su cumplimiento, lo que se traduce en que si la Administración tiene la potestad de ordenar, mandar o prohibir, también ha de ostentar la potestad de sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquellas ante el eventual incumplimiento por parte de los administrados.

- Dentro de la concepción general detallada con anterioridad, consideramos que resulta pertinente efectuar una somera mención a los siguientes argumentos en virtud de los cuales la potestad sancionadora se presenta como concurrente o complementaria de otras potestades públicas:

- a) El intervencionismo del Estado o Poder de Policía: la intervención del Estado en determinadas esferas de la sociedad, consagrada en disposiciones constitucionales, precisa estar aparejada de la potestad sancionadora como necesario complemento, ya que en caso contrario la vigilancia y supervisión propias de la misma se tornarían inocuas.
- b) El ejercicio de la Función Pública o Competencia de Gestión: Toda la actividad de la administración pública se desenvuelve dentro del criterio de función pública, en forma tal que ella es la que irradia el ejercicio de los poderes públicos. En tal sentido, el órgano de la administración facultado normativamente para imponer un mandato o reglar una conducta, se encuentra a su vez facultado (en tanto que potestad inherente a la de mando) para garantizar o restituir el orden público mediante la imposición de castigos correspondientes en calidad de represión de las conducta infractoras.

En la misma línea se deben señalar los fundamentos del orden práctico enunciados por el Tribunal Constitucional Español en la Sentencia del 3 de Octubre, para efectos de establecer el fundamento de la potestad sancionadora de la Administración Pública:

- a) La conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la administración de justicia (Poder Judicial) con la atención de ilícitos de gravedad menor, correspondiendo por tanto al derecho administrativo sancionador el rol del instrumento de control social alternativo al derecho penal y complementario de la administración de justicia.
- b) La conveniencia de dotar de mayor eficacia al aparato represivo respecto de los ilícitos menores.
- c) La conveniencia de una mayor intermediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. (Danós, y otros, 2003)

Los principios del Derecho Sancionador Administrativo, y por tanto, de la potestad sancionadora, son sustancialmente iguales a los del Derecho Penal, y emanan de la Convención Europea de Derechos Humanos. – Art. 44º de la Constitución: “Es deber del Estado la protección de los derechos fundamentales, la seguridad de la población, el bienestar general. A través de la potestad sancionadora, la Administración, puede cumplir sus fines constitucionales. (Lima, 2013)

4.7. Compatibilidad de la sanción administrativa con otras consideraciones reparatoras - Las medidas correctivas

Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, siendo que estos últimos serán determinados en el proceso judicial.

En primer lugar, la medida correctiva pretende corregir la situación generadas como resultado de la infracción administrativa, reponiéndola a su estado anterior. Cuando un administrado abre un local comercial sin licencia de funcionamiento el cierre del local ordenando por la autoridad municipal constituye una medida correctiva, mientras que la multa constituye la sanción administrativa de la infracción.

De hecho, varios ordenamientos sancionadores no han cumplido un papel efectivo en el incentivo negativo de comportamiento lesivos en tanto no han tenido en cuenta esta distinción, tratando medidas correctivas como si fueran sanciones administrativas, evitando la aplicación de una de ellas a fin de evitar la vulneración al principio non bis in ídem.

Ello ha ocurrido en especial en el ámbito municipal en ciertos ámbitos sectoriales, como por ejemplo el caso de los casinos de juego y máquinas tragamonedas. En este último caso, la redacción actual de la norma, a diferencia de la redacción original, distingue con claridad las sanciones a imponer de las medidas correctivas aplicables lo cual evidentemente permite ejercer la actividad sancionadora con una mayor eficiencia. Fundamentalmente es preciso distinguir entre el cierre de un local y la multa administrativa. En general, por su naturaleza, un cierre temporal o una clausura del establecimiento configuran medidas correctivas y no sanciones.

Asimismo, debemos precisar que los mecanismos de ejecución forzosa no poseen naturaleza sancionatoria sino más bien coercitiva, como podrían ser las multas coercitivas o la ejecución coactiva. Los mismos pretenden entonces corregir la situación de hecho existente, a fin de reponer las cosas al estado anterior al de la comisión de la infracción, en el caso de la medida correctiva, a procurar el cumplimiento de la sanción administrativa.

Finalmente, debemos dejar en claro que la indemnización a favor de la entidad administrativa tiene naturaleza resarcitoria o reparadora, mas no punitiva ni sancionadora. En este caso, entonces, el principio de non bis in ídem no resulta ser un obstáculo para la aplicación de los mecanismos resarcitorios a los que hacemos referencia. Sin embargo, la Administración Pública no podrá determinar de manera unilateral los daños y perjuicios irrogados, así como la indemnización que corresponde, a misma que debe ser determinada por un juez. (Guzmán Napurí, 2011)

4.8. La cuestión de las sanciones disciplinarias y rescisorias

4.8.1. Sanciones Disciplinarias

La potestad disciplinaria es la que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización. Aun en los países que mantienen con mayor rigor el monopolio sancionatorio de los jueces, la Administración, para mantener la disciplina interna de su organización, ha dispuesto siempre de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones atañentes normalmente al régimen funcional de los sancionados. La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos.

Sin embargo, la evolución general en todos los derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales.

4.8.2. Sanciones Resarcitorias

La administración deja sin efecto, temporal o definitivamente, un acto administrativo favorable al sancionado como consecuencia de una conducta ilegal de éste realizada desde la titularidad de dicho acto. Pero aquí hay que ofrecer también algunas precisiones: La primera, que la medida aflictiva ha de ser respuesta precisamente a una conducta ilegal previa. La segunda es que en todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de las de empleo público la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma responsabilidad contractual, sin perjuicio de su posible alcance general pro futuro y no del poder sancionatorio general. Estas sanciones, lo mismo que las disciplinarias, no están afectadas por la

prohibición de acumulación con las penales según el principio non bis in ídem; aunque con toda frecuencia la retirada de los actos administrativos en qué consisten se define como accesoria de la pena judicial (retirada del permiso de conducir, etc), cuando no es así la Administración tiene la posibilidad de partir de la infracción pena constatada para rescindir o limitar el acto administrativo base, cuyo tenor u obligaciones derivadas han podido ser violado por dicha infracción. (García de Enterría & Ramón Fernández, 2006)

4.9. Principios que regulan la potestad sancionadora de la administración

El artículo 230° de la Ley N° 27444 contiene una exposición detallada de los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa, tanto desde el aspecto correspondiente a la determinación de las conductas constitutivas de infracción administrativa y las consecuencias aplicables en disposiciones de carácter normativo, como en aquello vinculado a la aplicación de las mismas en cada caso concreto. No obstante tratarse de principios aplicables exclusivamente al ejercicio de la potestad sancionadora, se entiende que ello no obsta, en el trámite del procedimiento administrativo sancionador, a la aplicabilidad de aquellos principios que rigen el procedimiento administrativo con carácter general, y cuya consagración positiva se encuentra plasmada en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

De modo similar a lo expuesto en las secciones anteriores, el somero análisis que se expone a continuación respecto de los principios que rigen la potestad sancionadora partirá de una breve exposición del modo en el cual éstos se encuentran recogidos en el sistema jurídico de ámbito constitucional fundamentalmente, para concluir en la consagración positiva de los mismos, determinada con carácter general a partir de la entrega en vigencia de la Ley N° 27444. (Danós, y otros, 2003)

4.9.1. Principio de Legalidad

Dentro de la ideología de un Estado Democrático de Derecho, el principio de legalidad constituye uno de sus fundamentos y, para el caso de la Administración, supone que esta se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho. Para nuestra jurisprudencia el

principio de la legalidad implica que la acción administrativa debe necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito, o sea a lo que solemos llamar bloque de legalidad del sistema normativo escrito o no escrito, es decir, el bloque de legalidad. En todo momento requiere de una habilitación normativa que a un propio tiempo justifique y autorice la conducta desplegada para que esta pueda considerarse lícita, y más que lícita, no prohibida. El principio de legalidad está contenido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la LGPA. De igual forma, el artículo 49 de la constitucional busca garantizar la legalidad de la función administrativa; sin embargo, dicho precepto debe ser analizado con detalle, toda vez en que este tiene un régimen de control revisor, al cual un sector doctrinal ha denominado como mixto, donde además de contemplar el aspecto objetivo de verificación de legalidad de la conducta administrativa – activa o inactiva-, se orienta a garantizar los derechos subjetivos e interés legítimos de la persona, todo lo cual permite proteger tanto al individuo como a la legalidad. Para el profesor GONZALES CAMACHO, se trata de un nuevo modelo a seguir en lo contencioso-administrativo, lo cual resulta de total aplicación cuando de procedimientos administrativos se habla, toda vez que permite observar ya no solo la potestad sancionadora que tiene el ente estatal, sino que además se pueden visualizar las actuaciones que dentro de la misma se generen, bajo una óptica garantista, donde el procedimiento administrativo sancionador se constituya en una verdadera garantía a favor de la persona, evitando actuaciones arbitrarias y la consecuente imposición de sanciones cuyo único fin sea mostrar el poder estatal. Como manifestaciones del principio en estudio, encontramos la reserva legal y la tipicidad, la primera en el orden formal, mientras que la segunda está referida a un plano material.

4.9.1.1. Reserva Legal

Esta es vista desde dos ámbitos, por una parte, solo por Ley se regula toda la materia a ella reservada por el legislador – reserva de

Ley-; y, por otro lado en materia reglamentaria, donde se desarrolla y complementa la Ley. Respecto a este punto, NIETO GARCIA considera que la reserva legal podría articularse dentro del Derecho punitivo del Estado a lo ancho de círculos concéntricos en los que se iría diluyendo el rigor de su exigencia desde el interior a la periferia. El círculo central sería el Derecho penal, luego vendría del Derecho Administrativo Sancionador de protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. A los que aún podría añadirse un cuarto círculo para el Derecho disciplinario.

4.9.1.2. Tipicidad

Por su parte, la tipicidad se refiere a la exigencia hecha a la administración para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondiente sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora.

Para la Sala Constitucional, “en el derecho disciplinario, en razón del fin que persigue, cual es la protección del orden general, y de la materia que regula, --la disciplina-, la determinación de la infracción disciplinaria es menos exigente que la sanción penal, ya que comprende hechos que pueden ser calificados como violación de los deberes del funcionamiento, que en algunas legislaciones no están especificados, y, en otras, sí. De manera que, el ejercicio de este poder es discrecional, de allí que proceda aplicar sanciones por cualquier falta a los deberes funcionales, sin necesidad de que estén detalladas concretamente como hecho sancionatorio, por lo cual, la enumeración que de los hechos punibles se haga vía reglamentaria no tiene carácter limitativo”.

4.9.1.3. Principio de Culpabilidad

Este principio, importado del Derecho Penal, es aplicado en el ámbito de Derecho Administrativo, con matices propios. A nivel penal, el principio de culpabilidad se entiende bajo el precepto “no hay pena si

la conducta no le es reprochable al autor” y se fundamenta en la necesaria aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse.

El artículo 199 de la LGPA establece como requisito para tribuir responsabilidad a un funcionario público ante terceros, que este haya con dolo o culpa grave en el cumplimiento de sus funciones. En este punto, es necesario recordar que tanto el dolo – actuar intencional- como la culpa –falta al deber de cuidado- constituyen elementos esenciales de la culpabilidad, sin los cuales no cabe atribución de responsabilidad alguna para el funcionario que haya cometido una falta.

Según NIETO GARCÍA, “la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal y a los juristas corresponde determinar cuáles son sus peculiaridades”, por lo que la solución a dicha cuestión debe buscarse en dos ideas fundamentales: la diligencia exigible y la buena fe. Respecto de la primera, la responsabilidad del sujeto le será exigida no por los conocimientos reales que tenga, sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida, la cual puede variar de acuerdo al entorno en que se desarrolla la persona. Como complemento de esto, se encuentra la buena fe, que es de gran relevancia para el Derecho Administrativo Sancionador; está referida a las relaciones entre el autor y la Administración. Como excluyente de culpabilidad deberá probarse la buena fe con que ha actuado el infractor al momento de cometer la falta.

4.9.1.4. Principio de Oficiosidad

Se refiere a la facultad dada a la Administración para ordenar y efectuar actos dentro de un procedimiento, aunque estos no hayan sido expresamente solicitados por alguna de las partes. Para DROMI, por medio del principio en comentario “incumbe a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada. El principio de oficialidad es el que domina el

procedimiento administrativo”. El artículo 222.1 de la LGPA, viene a establecer dicho principio cuando indica: el “impulso del procedimiento administrativo se realizará de oficio, sin perjuicio del que puedan darle las partes”.

En relación con el inicio del procedimiento, nuestro ordenamiento jurídico establece que el mismo podrá darse de oficio (art. 284 LGPA) y, en el caso específico de las actuaciones que competen al Órgano Director, se tiene que este deberá diligenciar el procedimiento administrativo con la clara intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, evitando cualquier retardo grave e injustificado que pueda eventualmente derechos e intereses del administrado (art. 225.2 LGPA)

4.9.1.5. Principio de imparcialidad

Con este principio se procura garantizar que en la búsqueda de la verdad real, la Administración actuará con objetividad en la toma de decisiones y con absoluto respeto hacia los derechos subjetivos e interés legítimos de los administrados. No obstante, es conocido que este precepto resulta cuestionable cuando es la propia Administración la que, en la resolución de un determinado asunto, actúa como juez y parte.

Como muestra de lo anterior, encontramos que en muchas ocasiones los integrantes del órgano Director encargado de realizar la fase de instrucción dentro de un determinado procedimiento disciplinario, se encuentran supeditados al jerarca de la misma institución donde laboran, lo cual podría afectar la forma en que estos ejecuten la función asignada, al no existir una verdadera independencia respecto a tarea encomendada. En tal sentido, resulta obvio suponer que el superior podría ejercer algún tipo de influencia sobre las personas encargadas de realizar la investigación, lo cual lesionaría el principio en estudio.

No cabe duda de que, si bien es cierto el órgano Director puede en determinado momento puede sentirse intimidado por alguna actuación que provenga de su superior jerárquico, en definitiva, la forma en que desarrolle su función dependerá en gran medida de la

posición objetiva e imparcial que sus integrantes asuman, para lo cual es necesario que sean conscientes de la delicada labor que les ha sido encomendada y de la necesaria observancia de todos los principios que enmarcan su actuar. A ese efecto deben recordar que, el procedimiento lo que debe buscar es la verdad real de los hechos, con absoluto respecto a los derechos del sujeto, lo cual convierte al procedimiento en una garantía a favor del investigado y no sólo en un mecanismo puesto a disposición de la Administración para ejercer la potestad sancionadora.

Con el fin de garantizar la imparcialidad con la que debe actuar la Administración, surgen las figuras jurídicas de la recusación y abstención, reguladas a partir del artículo 232 de la LGAP, junto con los numerales 49 y 53 del Código Procesal Civil.

4.9.1.6. Principio de Informalismo

El informalismo protege la idea “pro-accione” por el fondo, según la cual se deben eliminar los obstáculos puestos innecesariamente en el desarrollo de un procedimiento propio de la Administración, a fin de que éste se realice de forma ágil, procurando que el asunto sea definido con la mayor celeridad. En consecuencia, el procedimiento administrativo debe orientarse a evitar lo complicado y excesivamente burocrático, prefiriendo un moderado formalismo, sencillez y flexibilidad.

El principio en cuestión se establece en nuestro jurídico positivo a través del artículo 224 de la LGPA. Sin embargo, el mismo no debe constituir en excusa por parte de la Administración para dejar de cumplir los requisitos básicos que la ley demanda. En tal sentido, según los manifestado por el profesor OSCAR GONZALES lo que se debe combatir es el informalismo riguroso. En consecuencia, debe entenderse que el informalismo que se evidencie durante la tramitación de un procedimiento administrativo de tipo sancionador, deberá necesariamente ser interpretado a favor del sujeto investigado.

4.9.1.7. Principio del Debido Proceso

En el caso de nuestro país, ha sido la jurisprudencia constitucional la encargada de definir y desarrollar los elementos o sus principios que integran el debido proceso, además de señalar sus alcances.

En el ya conocido Voto N° 1739-92, la Sala Constitucional, en forma amplia, se refirió a este principio e indicó que el mismo abarca no solo cuestiones penales si no también otras más allá de sus límites. A través del debido proceso se generan una serie de requisitos que deben seguirse en todo proceso o procedimiento que tenga por finalidad la imposición de algún tipo de potestades de imperio para ejercer el derecho sancionatorio. (Lopez, 2005)

Bien, sabemos que desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el debido proceso es un derecho complejo formado a su vez por otros derechos que forman parte de su contenido como el derecho de defensa del administrado, derecho de motivación de las decisiones administrativas, el derecho a otorgar pruebas en el procedimiento, etc. (Vásquez K. V., 2013)

4.9.1.8. Principio de inocencia

Este también se desprende del artículo 39 de la Constitución, en cuanto a que se requiere la necesaria demostración de culpabilidad para sancionar al funcionario. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable en tanto no exista e su contra una resolución en firme, dicta en un proceso regular y legal que lo declare como tal. Es así como a la persona se le presumirá inocente mientras la autoridad respectiva no demuestre su culpabilidad y sin que exista duda alguna sobre ella.

4.9.1.9. Principio de “In dubio pro homine”

Implica que el convencimiento del órgano decisor respecto de la culpabilidad de la persona investigada, debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor, de lo cual se tiene que en caso de duda sobre la comisión de

un hecho, se debe favorecer a la persona a quien se le viene atribuyendo el mismo.

4.9.1.10. Principio de non bis in ídem

Este principio general del Derecho se refiere a la prohibición de condenar dos veces por el mismo hecho. Se encuentra consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política. La infracción a una norma administrativa será objeto de la respectiva sanción administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, cuando ambas sean compatibles. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, el principio non bis in ídem no es aplicable cuando se están frente a ámbitos diferentes de responsabilidad, ya sea administrativo o penal, por ejemplo, esto como resultado de la declarada independencia del Derecho Administrativo en materia sancionadora.

Al respecto la Sala Constitucional ha indicado: “ya esta Sala ha establecido (...) que el patrono no puede quedar sujeto, para sancionar disciplinariamente, al resultado previo de una causa penal, pues estamos ante dos tipos de consecuencias distintas, para el acto de un trabajador. En el mismo sentido, ha indicado que un mismo hecho puede encuadrar en normas de distintas ramas de derecho y puede causar efectos diferentes e independientes en diversas vías, toda vez que como ocurriría en la especie se trata de sanciones correspondientes a dos esferas de responsabilidad totalmente diferentes e independientes en diversas vías, toda vez que como ocurría en la especie se trata de sanciones correspondientes a dos esferas de responsabilidad totalmente diferentes e independientes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, la administrativa y la penal. En todo caso, advierte la Sala que lo resuelto por las autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, habida cuenta de los resultados del proceso penal respecto al cuadro fáctico que se interesa, podría verse afectado con las consecuencias que ello implica, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala acerca de la controversia que se puede producir cuando dos órganos del Estado, uno jurisdiccional y otro administrativo, conocen de iguales hechos, puesto que si recae

una absolutoria en vía penal, podría imponérsele a la amparada una sanción administrativa por esa misma situación fáctica. Si en vía penal se determina que el hecho no se cometió o no lo fue por persona a la que se le atribuye, no podría ser sancionado administrativamente por los mismos hechos. Si en vía penal se determina que el hecho irregular existió, pero no constituye delito, por ejemplo, por no haber sido cometido en forma dolosa, el asunto sí podría ser examinado en vía administrativa. Se debe aclarar, sin embargo, que lo contrario no es inconstitucional. Es decir, es posible imponer una sanción disciplinaria cuando el hecho sí fue penalizado en la jurisdicción común.

4.9.1.11. Principio de verdad real o material

Significa que debe establecerse de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. La verdad real consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron esos hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada. La verificación de esta verdad real debe ser el fundamento sobre el cual se imponga una sanción administrativa. Por ello, el Órgano director que lleve a cabo una investigación disciplinaria, no debe preestablecer ninguna situación fáctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados.

El artículo 214.2. de la LGAP regula dicho principio y se complementa con el artículo 221 del mismo cuerpo normativo. Para el profesor MILANO SANCHEZ el procedimiento administrativo surge como “el medio técnico jurídico más adecuado para determinar la verdad real de los hechos que servirá de motivo al acto final”.

Para la Sala Constitucional “el principio del Debido Proceso marca motivos, las condiciones y las circunstancias en que un proceso, aun en materia de investigación administrativa, debe empezar e ir hasta la resolución final para obtener la verdad real. (Lopez, 2005)

4.10. Procedimiento Administrativo Sancionador

4.10.1. Características del procedimiento sancionador

Existen dos fases diferenciadas: instructora y resolutoria, las cuales serán conducidas por dos autoridades distintas, cuando la organización de la entidad lo permita: Existen procedimientos que pueden ser ordenados en estas dos fases a cargo de órganos diferentes, a fin de mantener la imparcialidad de los órganos que intervienen en ambas etapas y realizar una apreciación más objetiva de los hechos.

Los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en los procedimientos sancionadores (subordinación de la administración sancionadora a la jurisdicción). En efecto, a través de este carácter del procedimiento sancionador se regula la subordinación de la Administración Pública al Poder Judicial, debido a que las investigaciones realizadas en instancia jurisdiccional obligan a la instancia administrativa.

Notificación preventiva de cargos: a fin de que el administrado se informe de los hechos imputados y ejerciten su derecho de defensa. El administrado debe tomar conocimiento preliminarmente que su conducta resulta ser lesiva al orden administrativo y constitutiva de infracción, la misma que podría ameritar una sanción específica, por lo que la entidad deberá notificarlo preventivamente a fin de que este pueda ejercitar su derecho de defensa.

Otorgar al administrado el plazo de 05 días hábiles para formular sus alegaciones y utilizar medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico: Un elemento fundamental y una garantía del proceso sancionador es el ejercicio de defensa por parte del administrado, quien luego de tomar conocimiento de la infracción, puede participar aportando las pruebas necesarias para sustentar su defensa y evitar la imposición de sanciones.

Conforme al Art. 236-A incorporada a la LPAG por D.L. 1029, son atenuantes de la responsabilidad por comisión de infracción administrativa, las siguientes:

La subsanación voluntaria del administrado, antes de la notificación de la imputación de cargos.

Error inducido por la Administración, por un acto o disposición administrativa confusa e ilegal. (Vásquez, 2013)

CAPITULO V: CONTRATACIONES PÚBLICAS

5.1. Generalidades

Las contrataciones públicas son el principal instrumento que tiene el Gobierno para el cumplimiento de sus objetivos y para ello requiere de un sistema *de contrataciones del sector público* (que en adelante llamaremos simplemente *sistema de contrataciones*) que convierta eficientemente el presupuesto aportado por todos los ciudadanos en bienes, obras y servicios para la comunidad. (OSCE, 2009).

5.2. Los primeros pasos de la reforma de las contrataciones en el Perú

Se han dado inicialmente pasos importantes, incluyendo las reformas sustanciales a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la transformación del CONSUCODE en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) asignado al Ministerio de Economía y Finanzas, el fortalecimiento del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) y la creación de la Central de Compras Públicas (Perú Compras). Con estas medidas, el Gobierno pasó a consolidar el proceso de reforma mediante este Plan Estratégico. La experiencia internacional muestra que las reformas institucionales y legislativas son sólo el principio del trabajo a realizar. Este Plan Estratégico traza una nueva fase para el desarrollo de la contratación pública en el Perú, que redundará en significativos beneficios económicos para la comunidad y en una administración pública en la que los ciudadanos puedan tener plena confianza.

5.3. Órgano rector

Un importante aporte en el ámbito internacional han sido las reformas institucionales que han promovido y dado lugar a la creación de órganos rectores

centrales, con funciones que requieren de altísimo nivel técnico para el fortalecimiento de los sistemas de contrataciones públicas, la integración de los procesos y el mejor uso de las tecnologías de punta en la gestión pública.

El establecimiento de dichos órganos rectores con las funciones descritas ha permitido superar las debilidades que se presentan cuando las únicas funciones centralizadas de contrataciones se reducen a establecer y supervisar el marco legal o asignar recursos presupuestales. En estos casos, es común que cada organismo desarrolle sus propios procedimientos, a menudo con diversas interpretaciones de la legislación, con documentación específica, con términos y condiciones de contratos propios y con sus particulares modos de reportar e informar. Esta diversidad reduce la calidad de la planificación estratégica y presupuestal, limita la capacidad del sector privado para entender los procesos gubernamentales, extingue la capacidad de negociación integrada del sector público y mengua la transparencia y la eficiencia de todo el proceso de contrataciones. Además, el exceso y la diversidad de trámites favorecen la corrupción. Ante la ineficiencia y el incremento del malestar ciudadano con el sistema de contrataciones, suele presentarse la tendencia realizar nuevas reformas legales y definir nuevos requisitos presupuestales para aumentar los controles, creando así un círculo vicioso.

Para superar las restricciones y anomalías descritas, los entes rectores de contrataciones tienen la potestad de establecer la unidad de acción, mediante un conjunto de estándares de procedimiento, junto con una mayor eficacia de la gestión orientada a resultados.

El Gobierno ha reconocido la necesidad de este rol especializado y ha creado el OSCE para guiar la introducción de las mejores prácticas de contrataciones dentro de la administración pública peruana. Y por ello, en este Plan Estratégico el OSCE tiene el rol principal en la coordinación, establecimiento de procedimientos estándares, y la administración y supervisión de las demás iniciativas que se exponen más adelante. (OSCE, 2009)

5.4. Teorías de la contratación pública

Existen dos teorías sobre Contratos Públicos que pretenden explicar las características de éstos y su régimen aplicable. Una de ellas ha sido la que ha prevalecido históricamente en nuestro medio. Sin embargo, últimamente está

teniendo mayor aceptación la segunda, por cuanto resuelve temas que la primera tiene dificultad en fundamentar.

La primera teoría parte de considerar que el Estado tiene dos personalidades, una Personalidad Pública en virtud de la cual es Poder y una Personalidad Privada en virtud de la cual no es Poder. Según dicha teoría, cuando el Estado ejerce su personalidad pública celebra contratos denominados Contratos Administrativos, caracterizados porque en ellos el Estado siempre tiene prerrogativas especiales a su favor; como las de poder resolver o modificar unilateralmente el contrato, sin responsabilidad por ello para el Estado y sin que la otra parte pueda oponerse a ello exigiendo el cumplimiento de lo pactado. Y – continúa esta teoría – cuando el Estado ejerce su personalidad privada celebra contratos que se denominan Contratos Privados del Estado, caracterizados porque en ellos nunca el Estado tiene prerrogativas especiales a su favor, de modo que si no hubiera acuerdo de voluntades para resolver o modificar el contrato, el Estado está absolutamente obligado como cualquier otro particular al cumplimiento del contrato.

Esta primera teoría, sin embargo, presenta dos aspectos críticos. El primero de ellos – de carácter conceptual – consiste en su dificultad para explicar en qué circunstancia el Estado no es Poder, de modo que se le pueda atribuir existencia privada, es decir, personalidad privada. Y el segundo es de orden práctico, manifestado en la dificultad para calificar un contrato cuando éste, por ejemplo, surge como contrato privado del Estado, modificándose luego a contrato administrativo y luego, conservando parcialmente cláusulas propias de un contrato administrativo y otras de contrato privado del Estado.

La segunda teoría parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad y que ésta es siempre pública: Si el origen del Poder es el conjunto de cuotas de libertad renunciadas por los miembros que se integran a la Sociedad, dicho Poder es uno solo, el mismo que una vez organizado da origen al Estado y, al cual, al asignársele existencia es también uno solo. En otras palabras, tiene una sola personalidad siempre pública, pues el Estado siempre es Poder.

Conforme a esta segunda teoría, el Estado decide a nivel normativo los principios y normas a que somete los vínculos contractuales en los que es parte

la Administración Pública. En tal sentido, para determinados contratos prevé que la Administración Pública tiene prerrogativas especiales a su favor (como la resolución o modificación unilateral del contrato, sin responsabilidad); para otros, dispone que la Administración Pública no tendrá prerrogativa alguna a su favor, y finalmente, para otros casos establecerá una fórmula mixta conforme a la cual la Administración Pública tendrá prerrogativas especiales a su favor en determinados supuestos o por tiempo determinado o determinable u otra fórmula sobre este aspecto.

En consecuencia, sobre la base de la segunda teoría, la denominación que corresponde es Contrato de la Administración Pública; porque el elemento determinante para distinguir a este tipo de contratos no es de que la entidad administrativa que contrata tenga prerrogativas especiales a su favor (pues puede tenerlas, no tenerla o condicionar tal posibilidad), sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública que, como es lógico, actúa ejerciendo función administrativa.

Nuestra opción es por la segunda de las teorías señaladas. En nuestra opinión, la segunda teoría es más coherente con las nociones derivadas del origen y naturaleza del Poder, así como de la potestad que tiene la Sociedad, a través del Estado, para decidir el contenido y alcance de las reglas de la contratación en que por lo menos una de las partes de la relación es la Administración Pública. Consideramos acertado el concepto de la unidad del Poder y creemos en la pertinencia de fijar una sola denominación – Contrato de la Administración Pública – para abarcar a todas las modalidades de contratación pública.

5.5. Conceptualización de contratación pública

De lo señalado precedentemente se sugiere adoptar el siguiente concepto de Contrato de la Administración Pública: “Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública”.

De la definición señalada se infiere que el concepto de Contrato de la Administración Pública comprende como elemento subyacente la noción genérica de Contrato, pero incorpora como especificidad y componente distintivo el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública, es decir, una entidad que, ejerciendo función administrativa en una de las modalidades de ésta función (acción de contratar administrativamente) establece un vínculo contractual con una o más personas privadas y/o con una o más entidades de la Administración Pública.

Cabe precisar que, conforme a esta definición, queda claro que el elemento distintivo del Contrato de la Administración Pública no es el hecho de que la entidad administrativa que celebra el contrato tenga prerrogativas especiales a su favor – pues, como se señaló, puede tenerla o no, e incluso condicionar tal prerrogativa a determinadas circunstancias – sino que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública. (OSCE, Introducción a la Contratación Estatal)

5.6. Carácter instrumental del Contrato de la Administración Pública

La Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales, que ejercen la Función Administrativa del Poder, tiene la necesidad de valerse de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos.

Entre los posibles instrumentos o medios que utiliza mencionamos los siguientes:

- La regulación normativa mediante la emisión de reglamentos.
- La participación directa en las actividades económicas o sociales, como son los casos de creación de empresas del Estado o la asignación de subsidios directos.
- La ejecución de su presupuesto por medios propios, dentro de lo cual destaca el mecanismo denominado administración directa.
- La colaboración de terceros; medio que comprende modalidades de colaboración como la celebración de convenios para el aporte en paralelo sobre temas de interés común celebrados entre entidades públicas y

personas naturales o jurídicas privadas o entre entidades públicas; así como los Contratos de la Administración Pública de diverso objeto contractual celebrados entre entidades públicas y personas naturales o jurídicas privadas o entre entidades públicas.

Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental: es uno de los medios de que se vale la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines. Es decir, su existencia está justificada como medio para el cumplimiento de los objetivos de la Función Administrativa.

5.7. La relación subyacente en los Contratos de la Administración Pública

La noción de Contrato, como categoría jurídica general que se extiende en todo el orden jurídico, señala que aquél consiste en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Dicha noción general adquiere peculiaridades, según sea el ámbito del orden jurídico dentro de la cual se manifiesta, debido a que – en cada caso – la relación contractual involucra a actores que expresan intereses de distinta naturaleza y dentro del desarrollo de actividades de interacción respecto de las cuales el orden jurídico prevé la aplicación de principios y normas también diferenciados.

Considerando la división general de la realidad en los ámbitos Privado, Social y Público, el Derecho refleja dicha distribución constituyendo las ramas de Derecho Privado, Derecho Social y Derecho Público, en cada una de las cuales se han ido creando principios y normas que regulan las relaciones entre los miembros de la Sociedad.

Dentro de cada rama del Derecho, a su vez, existen un conjunto de asuntos objeto de regulación, uno de los cuales es la contratación. Y, como es lógico deducir, cada rama del Derecho elabora respuestas a los retos que le plantea el tema contractual, para que sean apropiadas a la naturaleza de la relación que subyace a los contratos que se celebran dentro de su ámbito.

En el ámbito del Derecho Privado, de modo general se puede señalar que la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, cada uno de los cuales ejerce su propia libertad y su propio interés, sin que ninguno de ellos pueda ser considerado en una situación que potencial o efectivamente haga prevalecer su posición respecto de su co-contratante. En tal sentido, es de esperar – y, en efecto ocurre – que el orden jurídico privado establezca un conjunto de principios y normas encaminados a mantener una posición de absoluta igualdad entre las partes que celebran el contrato privado.

En este ámbito, como la relación subyacente es de dos libertades que se vinculan en condiciones de igualdad, el Derecho Privado procurará lo que sea necesario para mantener tal situación desde la fase de formación, pasando por la de perfeccionamiento y durante la ejecución contractual. Lo señalado no excluye la necesidad de evaluar periódicamente casos especiales como los contratos de adhesión, pero lo que importa destacar en este punto es la tendencia central del Derecho al regular los contratos privados.

En el ámbito del Derecho Social, también de modo general se puede señalar que la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, cada uno de los cuales ejerce su libertad y su propio interés. Sin embargo, en atención a los sucesos de la realidad, el Derecho ha tomado en cuenta una situación fáctica manifestada en el hecho de que una de las partes que celebra dicho contrato está en una situación generalmente desventajosa, razón por la cual el Estado protege a la parte considerada débil. Es así como, en el ejercicio de su Poder impone determinadas condiciones o prestaciones obligatorias en dichos contratos. Como ejemplo se puede mencionar a los contratos laborales privados, respecto de los cuales se expresa el carácter tuitivo del Estado al imponer determinadas condiciones, límites y prestaciones que necesariamente incluyen dichos contratos.

Por lo tanto, la relación subyacente en los Contratos de Derecho Social, será la de dos libertades que se vinculan, con presencia del Poder para imponer contenidos específicos. Un caso especial lo constituyen los contratos laborales del Sector Público, en los cuales la relación es de una entidad que ejerce Poder con una persona que ejerce su Libertad, pero con la intervención auto limitativa del Poder para imponer condiciones y prestaciones protectoras a favor del trabajador.

En consecuencia, resulta lógico que el régimen jurídico del Derecho Social desarrolle el régimen contractual de su ámbito, sobre la base de dicha relación subyacente.

En el ámbito del Derecho Público, la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades: a) uno de ellos ejerce Poder (específicamente función administrativa del Poder) y el otro su Libertad, o b) uno de los sujetos ejerce Poder y el otro sujeto también ejerce Poder. En tal sentido, la relación subyacente a los Contratos de la Administración Pública es la de Poder con Libertad o la de Poder con Poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación; estableciendo los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derecho y obligaciones involucrados en tales relaciones.

Tomando en cuenta que el Poder, en su condición de fuerza ordenadora surgida sobre la base de las cuotas de libertad individual renunciadas por parte de los miembros de la Sociedad, tiene un conjunto de manifestaciones (que son las funciones del Poder legislativa, administrativa, jurisdiccional y especiales) que tienen como propósito conjunto coadyuvar a que la Sociedad logre hacer realidad valores y metas programáticas que justifican la existencia de la misma Sociedad, todo ello implica que quien ejerce Poder representar siempre al interés colectivo.

De allí que, si dentro de la Función Administrativa la contratación administrativa constituye una de las manifestaciones de ésta, cuando se celebra un contrato de la Administración Pública entre una entidad de la Administración Pública y un sujeto privado, sustantivamente se están vinculando el interés colectivo con un interés privado; y, cuando se celebra dicho tipo de contrato entre dos entidades de la Administración Pública, se vinculan dos manifestaciones de interés colectivo. Ello conlleva consecuencias trascendentes en el régimen jurídico que regula tales relaciones; pues, por ejemplo, ante una situación de exclusión insalvable entre el interés colectivo y el interés individual dentro de un contrato celebrado entre una entidad pública y una persona privada, nuestra cultura universal hace prevalecer al interés colectivo, sin perjuicio de mecanismos resarcitorios que puedan compensar a la persona privada.

5.7.1. La relación entre la categoría Contrato y el Contrato de la Administración Pública

Otra manera de abordar la Contratación Pública, en este caso con el propósito de delimitarla, está referida a la relación entre la categoría general del Contrato con la noción de Contrato de la Administración Pública. El Contrato en general es una categoría abstracta que se extiende en todo el orden jurídico y que consiste en el acuerdo de voluntades entre dos o más partes que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones con un efecto patrimonial.

De lo señalado en el acápite anterior se deriva que la relación entre la categoría Contrato y la de Contrato de la Administración Pública es una de género a especie; en virtud de la cual la figura Contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o más partes destinada a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de efectos patrimoniales, subyace a la noción de Contrato de la Administración Pública. Sin embargo, en este último concepto la nota característica es que por lo menos una de las partes que celebra el contrato es una entidad de la Administración Pública.

5.8. El sustento constitucional de los Contratos de la Administración Pública

La Constitución Política contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas básicas de la contratación en el Perú. Tales los casos de los artículos 2º, inciso 14 (Derecho de la Persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público); y 62º (sobre libertad de contratar).

Por otro lado, existen previsiones sobre Contratación Pública en la Constitución Política en diversos Títulos y Capítulos de ésta, sobre objetos contractuales diversos, entre lo que resaltan:

- El artículo 76º (bienes, servicios, obras, a favor del Estado, así como disposición de bienes del Estado);

- El Contrato-Ley (artículo 62°); Igualdad Jurídica de la inversión (artículo 63°).
- Las Concesiones sobre Recursos Naturales (artículo 66°).
- La Concesión de Bienes de Dominio Público (artículo 73°):
- Las Operaciones y Convenios de Créditos Especiales (artículo 85°).
- Los temas relacionados con los anteriores como la Solución de Controversias en Contratos celebrados por el Estado con Extranjeros Domiciliados u Otros (artículo 63°).
- La Propiedad de Nacionales y Extranjeros (artículo 71°); Restricciones contractuales por Seguridad Nacional (artículo 72°).

La lectura integral de los artículos lleva a concluir que el Constituyente optó por un régimen con tres tipos de normas en materia contractual unas aplicables a todo tipo de contratos, otras aplicables a contratos entre particulares y otras aplicables a los Contratos de la Administración Pública.

Específicamente en lo referido a los Contratos de la Administración Pública, en materia de bienes, servicios y obras a favor del Estado, así como de disposición de bienes del Estado, el artículo 76° de la Constitución Política expresa lo siguiente:

“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.”

“La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

Como puede apreciarse, la Constitución Política establece de manera clara que para la contratación que implique la utilización de fondos públicos – lo cual supone la aplicación de políticas públicas – deberá obligatoriamente seguirse procedimientos contractuales de naturaleza especial regidos por normas de orden público.

Asimismo, la utilización de términos como contrata, licitación pública, concurso público, ponen de manifiesto la clara opción del constituyente de que sea aplicable a este tipo de contratación los principios y normas propias del Derecho Administrativo, por cuanto tales términos han sido desarrollados históricamente dentro de la evolución de la contratación administrativa.

Sin embargo, una apreciación a detalle acerca el texto constitucional citado, nos permite señalar lo siguiente:

El artículo 76° de la Constitución Política, no obstante tener un título amplio como es “Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, únicamente se refiere a los siguientes objetos contractuales: prestación de servicios en la modalidad contrato de obra (el texto constitucional dice “obras”); suministro (el texto constitucional dice “adquisición de suministros”); compra venta de bienes a favor del Estado (el texto constitucional dice “adquisición de bienes”); transferencia de propiedad de bienes del Estado (el texto constitucional dice “enajenación de bienes”), aunque por los antecedentes está más referido a las modalidades de disposición de bienes del Estado, que comprende contratos de compra venta, arrendamiento y afectaciones en uso; prestación de servicios en la modalidad de locación de servicios (el texto constitucional dice “servicios”); y agrega otra modalidad que sustantivamente es también locación de servicios (el texto constitucional dice contratación de “proyectos”).

El lenguaje utilizado en el texto constitucional citado no está adaptado a la tendencia actual de los términos utilizados en la Contratación Pública en nuestro país y en el mundo. No obstante haberse producido modificaciones relevantes en las modalidades y medios de la Contratación Pública, los cuales exigen la utilización de términos nuevos, acordes a su naturaleza, el actual texto constitucional mantiene términos que corresponden a modalidades y medios clásicos de contratación pública que fueron preponderantes hace aproximadamente treinta años, pero que hoy muestran serias limitaciones para comprender tanto modalidades y medios clásicos, como aquellas modalidades y medios recientemente incorporados en nuestro ordenamiento. Entre estos últimos citamos a la Subasta Inversa, el Convenio Marco, la Compra Corporativa, la Contratación Electrónica, así como otras modalidades cuyo ingreso a nuestro

régimen jurídico contractual es posible, como los Procedimientos Negociados, los procedimientos de contratación conjunta entre países u otros.

En tal sentido, se hace necesario replantear el lenguaje utilizado por la Constitución Política, de modo que sea lo suficientemente comprensivo como para acoger las diferentes modalidades y medios de contratación Pública actualmente ya existentes, así como aquellos cuya incorporación es previsible, dada la tendencia de las regulaciones de la Contratación Pública en el país y en el mundo.

El artículo 62º de la Constitución Política, señala lo siguiente:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

Este artículo regula tres temas distintos, que bien podrían estar contenidos en tres artículos diferentes o integrados de modo diferente, para que de esa manera no se confundan las normas generales de las especiales.

En efecto, la primera parte establece la libertad de contratar como principio esencial aplicable a todo contrato, sea éste privado o público. En el caso de la contratación pública, ésta seguirá procedimientos especiales para la formación de la voluntad de la Administración Pública. Desde la perspectiva del cocontratante privado, si bien tiene libertad para establecer el vínculo contractual, deberá respetar determinados principios y normas considerados esenciales para garantizar que ésta sea legítima y conforme a nuestro sistema jurídico.

La inmodificabilidad de los términos contractuales a que se refiere el artículo es de fácil comprensión en el caso de los contratos entre privados, dado que vincula centros de interés privados; sin embargo, tratándose de contratos públicos, debe tenerse en cuenta que, si bien ninguna ley o disposición de cualquier clase los puede modificar, siempre está la posibilidad jurídica de que, previa modificación constitucional, sea factible tal modificación o conclusión, en casos de insalvable conflicto entre el centro de interés colectivo y el centro de interés particular.

El artículo regula también los medios de solución de controversias, previendo las modalidades arbitral o jurisdiccional, según lo que señale la legislación. En el caso de la Contratación Administrativa, la legislación actual prevé casos de solución de controversias en vía arbitral para la fase de ejecución contractual; sin perjuicio de que expresamente o en vía residual, lo pertinente sea la vía jurisdiccional.

Sin embargo, la Constitución Política no prevé el medio de solución de controversias cuando se desarrolla el procedimiento contractual. Ello es abordado expresamente por algunas legislaciones especiales que establecen una vía administrativa, con la posibilidad de impugnación en vía contencioso-administrativa. Es conveniente evaluar la pertinencia de incluir un texto a nivel constitucional sobre esta materia.

El artículo 63º de la Constitución Política establece lo siguiente:

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud

de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”

Este artículo regula cinco temas; pero en este caso todos ellos giran en torno al tema de la inversión nacional y extranjera.

Establece la igualdad de condiciones para la inversión nacional y la extranjera, así como la libertad en la producción de bienes y servicios y del comercio exterior; con lo cual establece principios esenciales derivados del modelo económico optado por nuestra sociedad y establecido a nivel constitucional.

Como medida de protección, establece la posibilidad del Estado de adoptar medidas análogas si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional. Esta posibilidad es muy razonable y equilibrada dentro de un mundo económico en creciente vinculación e interdependencia a nivel mundial.

Sin embargo, el artículo contiene disposiciones sobre solución de controversias en contratos de la Administración Pública; que son de aplicación general y que no están circunscritos sólo a contratos sobre inversiones, sino sobre todo tipo de objeto contractual. En efecto, señala el artículo que, en todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática; pudiendo ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

Finalmente, regula otro aspecto de la solución de controversias que debe tener un alcance a diversos objetos contractuales y no sólo a inversiones; según lo cual, el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

En tal sentido, sería conveniente un reordenamiento de los contenidos de este artículo; de modo que se agrupen los aspectos de disposiciones generales

aplicables a todo tipo de objetos contractuales, diferenciándolos de las regulaciones sobre temas específicos como las inversiones.

El artículo 66º de la Constitución Política señala lo siguiente:

Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.”

Este artículo establece de modo indubitable la esencia de patrimonio de la Nación que tienen los recursos naturales, tanto renovables como no renovables; fijando la soberanía del Estado en cuanto a su aprovechamiento.

Considerando la importancia de tales recursos (el Perú es un país muy rico en recursos naturales), así como la necesidad de protegerlos en su utilización, se ha agravado el requisito para la aprobación de normas que fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Así se establece que ello se hace por ley orgánica, la misma que, requiere mayoría calificada de votos del Congreso de la República.

Complementando la regulación, constitucionalmente se fija el contenido del derecho de concesión, indicándose que se otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Al igual que en otros casos mencionados, es necesario separar los aspectos de regulación general aplicables también a otros objetos contractuales, respecto de regulaciones sobre temas específicos de la concesión para el aprovechamiento de recursos naturales.

El artículo 73º de la Constitución Política señala lo siguiente:

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico”

Este artículo centra su atención en dos características esenciales de los bienes de dominio público, como son la inalienabilidad y la imprescriptibilidad; caracteres éstos cuyo propósito es proteger el interés colectivo comprometido en los bienes de dominio público.

Sin embargo, el artículo incorpora reglas contractuales administrativas en su segunda parte. Señala la posibilidad de celebrar contratos de concesión respecto de ellos con particulares para su aprovechamiento económico; pero sujetando tal vínculo a lo que señale la legislación (sin señalar la Constitución pauta alguna al respecto, como sí lo hace en otros casos); la cual, inferimos, debe respetar los caracteres de inalienabilidad e imprescriptibilidad arriba señalados.

También en el caso de este artículo es necesario articular sus disposiciones con las de carácter general que establecen los otros artículos constitucionales sobre la materia contractual administrativa.

El artículo 85º de la Constitución política señala lo siguiente:

El Banco (Banco Central de Reserva) puede efectuar operaciones y celebrar convenios de crédito para cubrir desequilibrios transitorios en la posición de las reservas internacionales.

Requiere autorización por ley cuando el monto de tales operaciones o convenios supera el límite señalado por el Presupuesto del Sector Público, con cargo de dar cuenta al Congreso.”

Este artículo establece supuestos dentro de los cuales el Banco Central de Reserva puede efectuar operaciones o celebrar contratos (que erróneamente denomina convenios) de crédito. Así, exige autorización por un medio agravado como es la ley, para los casos en que las operaciones o “convenios” superen el límite establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público, con cargo a dar cuenta al Congreso, es decir, justificando la acción realizada.

Cabe señalar que la Constitución no establece pauta alguna para la celebración de los tipos de contrato de la Administración Pública que menciona dicho artículo.

El artículo 71º de la Constitución Política establece lo siguiente:

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”

Este artículo establece la vocación igualitaria de la situación de nacionales y extranjeros respecto de la propiedad. Así, fija una restricción para los extranjeros que consiste en la imposibilidad de adquirir o poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Sin embargo, exceptúa el caso de necesidad pública, la misma que debe estar expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros, siguiendo las pautas que señale la ley.

Se puede apreciar que, respecto de los contratos de la Administración Pública, este artículo establece limitaciones por motivos de seguridad territorial; tema éste que, agrupado con otros de similar contenido, podrían estar agrupados.

Finalmente, el artículo 72º de la Constitución Política prevé lo siguiente:

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.”

Este artículo contiene una disposición de carácter general, aplicable tanto a contratos privados, como a contratos de la Administración Pública. En tal sentido, debería estar agrupado con otros artículos de carácter general.

De todo lo señalado en este acápite, se puede concluir que, en el caso peruano – y tal como sucede en prácticamente todos los países del mundo - nuestra tendencia constitucional se ha inclinado por mantener la distinción entre

Contratación Privada y Contratación de la Administración Pública. Tal distinción de regímenes no puede ser obviada al legislar sobre la materia.

El constituyente ha optado porque en el tema de los contratos públicos exista una regulación propia de lo que genéricamente se conoce como los procedimientos de contratación pública. En consecuencia, la regulación en materia contractual pública tiene que constituir una legislación especial. En el presente caso, el Constituyente nos transmite su decisión de que el legislador tiene la obligación de reflexionar desde el punto de vista de la Contratación Pública, optando por una de las teorías de la Contratación Pública, teniendo en cuenta la relación subyacente a este tipo de contratación.

En consecuencia, hay un mandato constitucional que obliga a asumir una perspectiva con una lógica propia de la Contratación Administrativa, siguiendo la doctrina que se ha ido desarrollando en el mundo. Ésa es la opción constitucional.

Se aprecia que la previsión constitucional sobre Contratación Pública presenta fortalezas; pero también áreas críticas que reclaman un tratamiento con el propósito de procurar que los conceptos utilizados en todos los casos respondan al principio de unidad sobre el contenido esencial de los contratos públicos, así como para armonizar el alcance y lenguaje de tales previsiones constitucionales sobre la materia.

5.9. Coincidencias y diferencias principales entre Contrato Privado y Contrato de la Administración Pública

Con el propósito de mostrar de modo más preciso las características peculiares del Contrato de la Administración Pública, es conveniente realizar una comparación general entre este tipo de contratos y los contratos privados regidos por el Código Civil. La utilidad adicional de esta comparación es que ello permitirá comprender definitivamente que la racionalidad que subyace a la contratación pública es distinta a aquella de la contratación privada, aun cuando tengan aspectos en los que se les aplican los mismos principios.

Desarrollamos a continuación una comparación tomando en cuenta los aspectos de concepto, perfeccionamiento del contrato, contenido del contrato, reglas y limitaciones al contenido de los contratos, obligatoriedad de las normas de contratación y contratos de estabilidad jurídica.

En cuanto al concepto de Contrato, el artículo 1351° del Código Civil establece el concepto de contrato, señalando que es el “acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”. Dicho concepto acoge al concepto de contrato privado y subyace también en la noción de Contrato de la Administración Pública, pero – como se señaló - en este caso el elemento distintivo que le da identidad es que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

Conforme al artículo 1352° del Código Civil, el consentimiento de las partes basta para el perfeccionamiento del contrato; es decir, tanto el procedimiento como la forma son libres para su celebración, salvo que la ley exija algo distinto, bajo expresa sanción de nulidad. En el caso de los Contratos de la Administración Pública, el artículo 76° de la Constitución Política consagra naturaleza de orden público de las normas que regulan la contratación administrativa; razón por la cual su incumplimiento acarrea en principio la invalidez de las actuaciones y, en su caso, del contrato celebrado.

En lo referido al contenido del contrato, el artículo 1354° del Código Civil señala que las partes pueden determinarlo libremente, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo. En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de los contratos es determinado fundamentalmente por la Administración Pública a través de parámetros dentro de los cuales se formará el contenido del contrato; normalmente ciñéndose a normas especiales y con un mínimo margen de negociación.

Respecto a la limitación del contenido de los contratos, conforme al artículo 1355° del Código Civil, la ley, por consideraciones de orden social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido del contrato. En la contratación administrativa es aplicable el mismo criterio.

En cuanto a la obligatoriedad de las normas de contratación, según el artículo 1356° del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos, son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas; confirmando con ello la prioridad otorgada a la libre voluntad de las partes en la contratación privada. En cambio, en los Contratos de la Administración Pública, el principio es el contrario; pues la casi totalidad de las normas contractuales administrativas tienen carácter imperativo y sólo por excepción la voluntad de las partes prevalece respecto de tales normas.

Finalmente, merece mención especial el caso de los contratos de estabilidad jurídica. En efecto, el artículo 1357° del Código Civil establece que “por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”. Esta figura corresponde a los denominados contratos de estabilidad jurídica, celebrados especialmente por la Administración Pública con inversionistas privados con el propósito de brindarles estabilidad y predictibilidad sobre las condiciones que justifican su decisión de invertir en el país.

Este tipo de contratos, dentro de la teoría de la doble personalidad del Estado, calificaron históricamente como contratos administrativos (es decir, en los que siempre el Estado tenía prerrogativas especiales a su favor); pero fue en virtud del Decreto Legislativo N° 757, norma sobre Fomento a la Inversión Privada, que, dentro de la misma primera teoría, se los calificó expresamente como contratos privados del Estado (es decir, sin prerrogativas especiales a favor del Estado), situación ésta que mantienen hoy, si nos acogiéramos a dicha primera teoría.

Sin embargo, dentro de la segunda teoría de la única personalidad pública del Estado, los mencionados contratos califican siempre como contratos de la Administración Pública, pues, por lo menos una de las partes que lo celebra es una entidad de la Administración Pública; sólo que el régimen legal varió, desde un primer período en el que la entidad administrativa tenía prerrogativas especiales a su favor, hacia otro en el que en vía normativa se ha establecido que la entidad administrativa dejó de tener tales prerrogativas especiales a su favor. En tal sentido, nuevamente podría cambiar la normativa, si así lo aconsejasen las

circunstancias, aun cuando para ello sea necesario modificar previamente la Constitución Política, pues, la Soberanía no se abdica.

Como puede apreciarse de todo lo señalado en esta breve comparación, entre contratación civil y contratación administrativa se pueden identificar determinados elementos comunes; sin embargo, tienen entre sí trascendentes diferencias que explican su tratamiento diferenciado; hecho éste que confirma el carácter especial del Contrato de la Administración Pública.

5.10. Objetos Contractuales más frecuentes de los contratos de la Administración Pública

Considerando que la Función Administrativa consiste en la concreción de los fines del Poder, resulta lógico que determinada actividad de concreción como es la Contratación Administrativa, implique la celebración de contratos sobre cuanto objeto contractual sea necesario para el cumplimiento de los fines de la Administración Pública, sin limitación alguna, pues múltiples son los propósitos específicos cuando ella ejerce la Función Administrativa.

No obstante la regla señalada, en la práctica la Administración Pública celebra contratos dentro de un conjunto de objetos contractuales que son los más frecuentes. Éstos son los siguientes:

- Adquisición de Bienes (sustantivamente es la compra – venta).
- Contratación de servicios generales (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades manuales).
- Contratación de servicios de Consultoría (sustantivamente es la locación de servicios en cuyas prestaciones prevalecen actividades intelectuales). Este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros objetos contractuales como la consultoría propiamente tal, la asesoría, la realización de estudios, el gerenciamiento, entre otros.
- Contratación para la ejecución de obras (sustantivamente es la locación de obra).
- Contrato de Disposición de Bienes del Estado. Este objeto contractual, a su vez, se desdobra en otros como la venta (sustantivamente es compra –

venta), arrendamiento, afectaciones en uso y otras modalidades afines, sobre disposición de bienes del Estado.

- Contrato de Endeudamiento Externo.
- Contrato de Endeudamiento Interno.
- Contrato de Concesión de Servicios Públicos.
- Contrato de Concesión de Infraestructura.
- Contratos de alianza Público – Privadas.
- Contratos de Estabilidad Jurídica.
- Contratos de Personal. Aunque en este caso, se ha planteado ya la propuesta de considerarlos dentro de los Contratos de Derecho Social, dada la notoria presencia de elementos de Derecho Laboral.

Cabe señalar que cada objeto contractual o grupos de objetos contractuales son regulados por distintos grupos de leyes y reglamentos, siendo tarea necesaria la integración progresiva de la normativa contractual de la Administración Pública, de modo que ella contemple principios generales, estructuras generales de procedimiento y normativa especial para casos especiales. (OSCE, Introducción a la Contratación Estatal)

5.11. Sanciones administrativas en contrataciones públicas

El Título VI de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 11 de julio de 2014, regula el Régimen de Infracciones y Sanciones, especificando en su artículo 50 que: “El Tribunal de Contrataciones del Estado sancionado a proveedores, participantes, postores y/o contratistas y en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurre en las siguientes infracciones descritas en el siguiente cuadro, comparando además las infracciones detalladas según el Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873 (Ley derogada) (OSCE, OSCE, 2016)

<p>establece el reglamento.</p> <p>k) Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el reglamento.</p> <p>m) Otras infracciones que se establezcan en el reglamento.</p>	<p>Para los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, solo son aplicables las infracciones previstas en los literales c) y j) del presente numeral.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

De acuerdo a la investigación realizada se determina que la causal que se podría alegar ante los incumplimientos contractuales en Qali Warma, encuadrarían en el inciso e) que se señala: “Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”, toda vez que el Manual de Compra sí regula causales de resolución de manera detallada. Este inciso a su vez permitiría que se aplique una inhabilitación temporal según lo establecido en los párrafos posteriores a los proveedores que se encuentren en dicha situación.

5.11.1. Sanciones reguladas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

El numeral 2 del artículo 50° de la LCE y el artículo 225, 226 y 227 del RLCE establecen las distintas sanciones que se aplican a los administrados en las contrataciones del Estado, y cuya imposición no constituye impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con Entidades, por lo que deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuvieran suscritos hasta la culminación de los mismos.

5.11.1.1. Multa

Obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor del quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la comisión de infracciones establecidas en los literales a), b), d) y j). La resolución que imponga la multa

establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdos marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva.

Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por las comisiones de cualquier de las infracciones previstas en el presente artículo.

5.11.1.2. Inhabilitación temporal

Consiste en la privación, por un periodo determinado de los derechos a participar en procesos de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), e), f), g), h) y k); en los casos de la infracción prevista en el literal i) esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.

5.11.1.3. Inhabilitación definitiva

Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de

inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal i), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.

La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.

El artículo 50.3° precisa que las infracciones son leves, graves y muy graves, precisando que el Reglamento establece las reglas del procedimiento sancionador, los mecanismos de cobro de la multa impuesta, las formas de aplicar sanciones a consorcios, la gradualidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias; sin embargo estas sanciones no son eternas pues el artículo 50.4° de la Ley señala que las infracciones para efectos de las sanciones prescriben a los tres (3) años conforme a lo señalado en el reglamento. Tratándose de documentación falsa la sanción prescribe a los siete (7) años de cometida. Estas sanciones son publicadas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), incluyendo información de los socios o titulares, y de los integrantes de los órganos de administración, de conformidad con el procedimiento previsto en el reglamento, según lo estipulado en el artículo 50.6° de la LCE.

5.11.2. Procedimiento sancionador y aplicación de sanciones

El artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece las reglas durante el procedimiento sancionador:

1. Interpuesta la denuncia o petición motivada o una vez abierto el expediente sancionador, e, el Tribunal tiene un plazo de diez (10) días hábiles para realizar la evaluación correspondiente. De

encontrar indicios suficientes de la comisión de la infracción, la Presidencia del Tribunal emite el decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador. En el mismo plazo, el Tribunal puede solicitar a la Entidad, información relevante adicional o un informe técnico legal complementario. Tratándose de procedimientos de oficio, por petición motivada o denuncia de tercero, se requiere a la Entidad que corresponda un informe técnico legal así como la información que lo sustente y demás información que pueda considerarse relevante.

2. Las Entidades están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el numeral precedente en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada, bajo responsabilidad y apercibimiento de comunicarse el incumplimiento a los órganos del Sistema Nacional de Control

3. Vencido el plazo otorgado, con contestación o sin ella y siempre que se determine que existen indicios suficientes de la comisión de infracción, la Presidencia del Tribunal dispone el inicio del procedimiento administrativo sancionador dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

4. Cuando la Presidencia del Tribunal advierta que no existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o la denuncia esté dirigida contra una persona natural o jurídica con inhabilitación definitiva, dispone el archivo del expediente, sin perjuicio de comunicar al Ministerio Público y/o a los órganos del Sistema Nacional de Control, cuando corresponda.

5. Iniciado el procedimiento sancionador, el Tribunal notifica al proveedor, para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación contenida en el expediente. En este acto, el emplazado puede solicitar el uso de la palabra en audiencia pública.

6. Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin este, el expediente se remite a la Sala correspondiente del Tribunal, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. La Sala puede realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información que sea relevante para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

7. La Sala correspondiente del Tribunal debe emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de recibido el expediente.

8. De no emitirse la resolución dentro del plazo establecido en el numeral precedente, la Sala mantiene la obligación de pronunciarse, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.

Asimismo, en caso de reorganización societaria, el Tribunal inicia o prosigue el procedimiento sancionador contra la persona jurídica que haya surgido como consecuencia de dicha reorganización.

Por otro lado, el artículo 225, 226 y 227 extienden los conceptos de las sanciones establecidas en el RLCE

El artículo 225 regula la sanción de multa, la cual es expresada en Nuevos Soles. La resolución que impone dicha sanción debe contener la medida cautelar prevista en el literal a) del artículo 50.2 de la Ley, estableciendo el periodo máximo en que queda suspendido el proveedor sancionado en tanto no se verifique el pago respectivo.

El registro de la condición de suspendido tiene como efecto impedir la emisión de las constancias de no estar inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado y de capacidad libre de contratación. Asimismo, el proveedor suspendido no podrá inscribirse ni renovar

su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, ni aumentar su capacidad máxima de contratación o ampliar su especialidad. El periodo de suspensión no se toma en cuenta para el cómputo de plazos de inhabilitación a que se refiere el literal c) del artículo 50.2 de la Ley.

El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y remitir al OSCE el comprobante respectivo, dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora; de lo contrario, la suspensión decretada como medida cautelar opera automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva.

La obligación de pagar la multa se extingue al día hábil siguiente de verificado el depósito respectivo al OSCE o al día hábil siguiente de transcurrido el periodo máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.

El procedimiento de pago de la multa es regulado en la Directiva que para tal efecto emita el OSCE.

El artículo 226° determina los criterios de gradualidad para la aplicación de la sanción de multa o de inhabilitación temporal, teniendo en cuenta:

- a) Naturaleza de la infracción.
- b) Intencionalidad del infractor.
- c) Daño causado.
- d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal.
- f) Conducta procesal.

Finalmente el artículo 227° brinda mayores detalles de la Inhabilitación definitiva, contemplada en el literal c) del artículo 50.2 de la Ley, especificando que se aplica: a) Al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2)

sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses. Para estos supuestos las sanciones pueden ser por distintos tipos de infracciones. b) Por la reincidencia en la infracción prevista en el literal i) del artículo 50.1 de la Ley, para cuyo caso se requiere que la nueva infracción se produzca cuando el proveedor haya sido previamente sancionado por el Tribunal con inhabilitación temporal.

5.11.3. Incumplimientos en la contratación pública

El capítulo III del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regula el actuar de la administración ante el incumplimiento de los contratos públicos, señalando dos figuras: penalidades y resolución de contrato.

5.11.3.1.1. Penalidades

El artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que: “El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título. Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento”.

Este artículo nos habla de penalidades por mora en la ejecución de la prestación y otras penalidades, las mismas que deben ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales, debiendo incluirse en su contrato la forma de aplicación y cálculo. Ninguna de estas deberá sobrepasar el 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió concretarse, las mismas que se deducen del pago o liquidación final, o de la garantía, siempre y cuando se encuentre así establecido en su contrato.

En el caso de Qali Warma las penalidades se aplican automáticamente cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el Manual de Compra y el contrato respectivo, haciendo hincapié que estas se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y las acciones legales que corresponda, especificando que cada penalidad tiene su cálculo independiente.

5.11.3.1.2. Causales de resolución

El artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que: “La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido

en el artículo 136. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato”.

Por otro lado el artículo 136° del mismo Reglamento establece como procedimiento de la resolución contractual ante el incumplimiento de sus obligaciones, el previo envío de una carta notarial exigiendo el cumplimiento de las mismas en el plazo de 05 a 15 días hábiles (dependiendo de la complejidad), bajo apercibimiento de resolver el contrato de forma total o parcial; esta regla tiene su excepción en el caso que la resolución del contrato obedezca a la acumulación de penalidades, siendo esta inmediata sin previo aviso.

En el caso de Qali Warma no se cuenta con esta regla del aviso previo toda vez que la resolución se produce automáticamente cuando el comité comunica al proveedor que ha decidido valerse de la causal resolutoria correspondiente, debiendo la unidad territorial emitir un informe técnico que sustente tal decisión.

5.11.4. Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE

El artículo 51 de la LCE define al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE como un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera. Cuenta con un órgano de defensa jurídica, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas que rigen el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

5.11.4.1. Funciones del OSCE

Según el artículo 52º de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, el OSCE tiene las siguientes funciones:

a) Velar y promover que las Entidades realicen contrataciones eficientes, bajo los parámetros de la Ley, su reglamento y normas complementarias, la maximización del valor de los fondos públicos y la gestión por resultados.

b) Efectuar acciones de supervisión de oficio, de forma aleatoria y/o selectiva, respecto de los métodos de contratación contemplados en la Ley, salvo las excepciones previstas en el reglamento. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

c) Efectuar acciones de supervisión a pedido de parte, de acuerdo a lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos y directivas vigentes. Esta facultad también alcanza a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión en lo que corresponde a la configuración del supuesto de exclusión.

d) Implementar actividades y mecanismos de desarrollo de capacidades y competencias en la gestión de las contrataciones del Estado, así como de difusión en materia de contrataciones del Estado.

e) Proponer las modificaciones normativas que considere necesarias en el marco de sus competencias.

f) Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia.

- g) Resolver los asuntos de su competencia en última instancia administrativa.
- h) Administrar y operar el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- i) Desarrollar, administrar y operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado (SEACE). Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.
- j) Administrar y operar el Registro Nacional de Árbitros y el Registro Nacional de Secretarios Arbitrales.
- k) Acreditar a las instituciones arbitrales que presten servicios de organización y administración de arbitrajes en materia de contrataciones del Estado y supervisarlas, de acuerdo a lo establecido en el reglamento.
- l) Organizar y administrar arbitrajes de acuerdo a lo previsto en el reglamento y de conformidad con la directiva que se apruebe para tal efecto.
- m) Designar árbitros y resolver las recusaciones sobre los mismos en arbitrajes que no se encuentren sometidos a una institución arbitral.
- n) Resolver solicitudes de devolución de honorarios de árbitros, conforme a lo señalado en el reglamento.
- o) Absolver consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas por las Entidades, así como por el sector privado y la sociedad civil. Las consultas que le efectúen las Entidades son gratuitas
- p) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, las trasgresiones

observadas en el ejercicio de sus funciones cuando existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o de comisión de infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

q) Suspender procedimientos de selección, en los que durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la Entidad continúe con el procedimiento.

r) Desconcentrar sus funciones en sus órganos de alcance regional o local de acuerdo a lo que establezca su Reglamento de Organización y Funciones.

s) Realizar estudios conducentes a evaluar el funcionamiento de los regímenes de contratación del Estado, analizar y proponer nuevos mecanismos idóneos de contratación según mercados, así como proponer estrategias destinadas al uso eficiente de los recursos públicos.

t) Las demás que le asigne la normativa.

5.11.4.2. Objetivos estratégicos generales

De acuerdo con lo establecido en su Plan Estratégico Institucional para el periodo 2012-2016, el OSCE ha trazado los siguientes objetivos estratégicos generales:

1. Fortalecer y posicionar el rol supervisor del OSCE en los procesos de contratación pública.
2. Contribuir al desarrollo de capacidades y a una mejor participación de los actores del proceso de contratación pública.
3. Optimizar el proceso de contratación pública mediante la mejora e innovación de los mecanismos de

- contrataciones públicas y el uso intensivo de las Tecnologías de la información y la comunicación-TIC.
4. Incrementar el impacto de las oficinas zonales del OSCE a nivel nacional.
 5. Optimizar la gestión de recursos y mejorar de forma continua los procesos internos del OSCE, para contribuir a la excelencia operativa. (OSCE, OSCE)

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS

3.1. Formulación de la hipótesis

La Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 como origen en la regulación del Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma afecta la potestad sancionadora del Estado al no permitir la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

3.2. Operacionalización de variables

Con respecto a este proceso, el cual se detalla a continuación, se trata de establecer un elemento capaz de ser directamente medible a través de un conjunto de operaciones secuenciales.

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIÓN	ITEMS
	Aquella situación de poder, atribuida por ley, al titular (Estado) para imponer sanciones contra los	Fundamentos de la Potestad Sancionadora	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué se entiende por potestad sancionadora? • ¿Qué principios regulan la potestad sancionadora? • ¿Cuándo se inicia la potestad sancionadora? • ¿Cuál es la base constitucional de la potestad sancionadora?

<p>Potestad Sancionadora del Estado</p>	<p>administrados ante la comisión de infracciones, las mismas que son calificadas como conductas ilícitas por el ordenamiento jurídico, excluyendo a aquellas de competencia de los órganos jurisdiccionales penales.</p>	<p>Sanción Administrativa</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿De qué manera la potestad sancionadora se ve reflejada en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013? • ¿Qué clases de sanciones administrativas existen? • ¿Dónde se encuentran reguladas las sanciones administrativas? • ¿Qué sanciones administrativas se aplican en contrataciones públicas? • ¿Qué consecuencias acarrear la aplicación de las sanciones administrativas en contrataciones públicas? • ¿El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma impone sanciones administrativas a sus proveedores y de ser el caso cuáles son? • ¿Qué sanciones administrativas que no están reguladas podrían incluirse dentro de Qali Warma? • ¿Cuáles serían los beneficios y/o consecuencias de la aplicación de las sanciones no reguladas? • ¿Las penalidades dentro de Qali Warma pueden considerarse sanciones administrativas? • ¿Las causales de resolución de contrato pueden considerarse como sanciones administrativas? • ¿Cuáles fueron los principales motivos de aplicación de penalidades a los proveedores en el 2013? • ¿Cuáles fueron las causales de resolución de contrato más comunes en el 2013? • ¿En el departamento de La Libertad, cual fue el índice en penalidades y resoluciones aplicadas a los proveedores? • ¿Por qué motivos fueron sancionados los proveedores del 2013 contratados en el 2014 por Qali Warma?
------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cuál ha sido el comportamiento de los proveedores sancionados en el 2013 durante su nueva contratación en el 2014? • ¿Existe razonabilidad entre los hechos cometidos por los proveedores de Qali Warma y las aparentes sanciones impuestas? • ¿Resulta eficiente la aplicación de estas penalidades a los proveedores que incumplieron cláusulas contractuales en Qali Warma? • ¿El proceso de compra del PAEQW es una contrata es una contratación pública tal y como se encuentra conceptualizada en la Ley de Contrataciones del Estado? O ¿Qué la diferencia? • ¿Cuál es la definición de contratación pública? • ¿Cuál es la diferencia entre contratación pública y la contratación privada? • ¿Cuál es el sustento constitucional de los Contratos de la Administración Pública? • ¿Debería permitirse la aplicación supletoria de Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el desarrollo del proceso de compra? • ¿Qué regulaciones en específico que se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento podrían incluirse dentro del proceso de compra de Qali Warma? • ¿Cuál sería la diferencia en los resultados obtenidos respecto a la sanción administrativa impuesta a los proveedores de Qali Warma por la Ley de Contrataciones y por el Manual de Compra? • ¿Cuáles serían los posibles resultados al otorgar un protagonismo al OSCE dentro del PAEQW para imponer sanciones administrativas a los proveedores infractores?
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 aplicada en el Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma</p>	<p>Esta disposición complementaria final autoriza al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS) a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el MIDIS, mediante decreto supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas.</p>	<p>Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué autoriza la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de dicha Ley? • ¿Cuál es la ratio legis de dicha disposición complementaria final? • ¿Qué normas permite aplicar supletoriamente? • ¿Por qué excluye la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento? • ¿Cuáles son las principales consecuencias de lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013?
		<p>Proceso de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué es Qali Warma? • ¿Quiénes son los beneficiarios de Qali Warma? • ¿Cuál es el origen y regulación de Qali Warma? • ¿Dónde se encuentra regulado el proceso de compra? • ¿Cómo se lleva a cabo el proceso de compra? • ¿Quién dirige el proceso de compra? • ¿Cuáles son las Etapas del proceso de compra? • ¿Cuáles son las causales de resolución de contrato?

CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS

4.1. Tipo de diseño de investigación.

La presente investigación según su propósito es Básica, pues a través de la información expuesta en el marco teórico y los resultados se descubrirá los fundamentos por los que debe aplicar supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el proceso de compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.

Asimismo, la presente investigación es de tipo Descriptivo y según el diseño de investigación Ex Post Facto de corte transeccional – correlacional

4.2. Material de estudio.

4.2.1. Unidad de estudio.

- a) Caso proveedor sancionado en el 2013 y 2014. Esta limitación del tiempo se ha realizado en base a la data con la que se cuenta correspondiente al primer y segundo año del programa.
- b) Especialista en temas relacionados con las variables de estudio.
- c) Fuente autorizada de información legal.

4.2.2. Población.

- a) 696 casos de proveedores sancionados durante el año 2013 y 2014 por el PAEQW ante incumplimiento de cláusulas contractuales.
- b) Población infinita de especialistas en materia de contrataciones públicas y el PAEQW en el Perú.
- c) Población infinita de fuentes autorizadas de información legal peruanas y extranjeras.

4.2.3. Muestra.

- a) 32 Casos de proveedores sancionados en el 2013 por el PAEQW ante incumplimiento de obligaciones contractuales, adjudicados

nuevamente como proveedores para el ejercicio 2014. Estos han sido determinados de acuerdo al siguiente criterio:

PROVEEDORES	CRITERIOS DE SELECCIÓN
355 proveedores sancionados en el 2013 por incumplimientos contractuales por el PAEQW.	Proveedores sancionados en el 2013 por incumplimientos contractuales, postulando en el proceso de compra 2014 que fueron nuevamente contratados para ese año.

b) 03 especialistas en materia de contrataciones públicas y el PAEQW seleccionados en base a los siguientes criterios:

ESPECIALISTA	CRITERIOS DE SELECCIÓN
Jefe Unidad Territorial de La Libertad – Qali Warma	<p><u>Descripción:</u> Máximo representante del PAEQW en la región La Libertad, amplio conocedor del desarrollo del proceso de compra y el desarrollo en general del programa.</p> <p><u>Relevancia de la Información brindada:</u> Aportará a la presente investigación el panorama general del desarrollo actual del Proceso de Compra en el PAEQW, las sanciones que se les viene aplicando a los proveedores que incumplen cláusulas contractuales, la eficiencia de estas y las mejoras que planteadas para el siguiente año 2015 dentro del proceso de compra.</p> <p><u>Accesibilidad:</u> Se considerará al Jefe Territorial de La Libertad por la facilidad para acceder a una entrevista.</p>
Funcionario OSCE	<p><u>Descripción:</u> Funcionario público que actualmente desempeñe labores en el OSCE, experto en el rubro de las contrataciones públicas, registro y sanción de proveedores (inhabilitaciones).</p> <p><u>Relevancia de la Información brindada:</u> El funcionario OSCE aportará a la presente investigación los alcances de la participación del OSCE en las contrataciones públicas, el proceso y aplicación de sanciones administrativas a los proveedores que incumplan</p>

	<p>cláusulas contractuales, su opinión respecto a la regulación de Qali Warma, su exclusión de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado al proceso de compra y los posibles resultados al otorgar un protagonismo al OSCE dentro del programa.</p> <p><u>Accesibilidad:</u> Se considerará un funcionario OSCE que desempeñe labores en la Sede Trujillo por la facilidad para acceder a una entrevista.</p>
<p>Procurador del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social</p>	<p><u>Descripción:</u> Procurador del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, representante del Estado en los procesos arbitrales entre Qali Warma y proveedores.</p> <p><u>Relevancia de la Información brindada:</u> El procurador del MIDIS, aportará en su calidad de representante del Estado su opinión desde el Programa, precisando la intensión del mismo, explicando las razones de la exclusión de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el proceso de compra Qali Warma y los procedimientos sancionadores dentro del programa.</p> <p><u>Accesibilidad:</u> Se considerará un representante del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, de la ciudad de Lima por ser el único lugar, con quien se tendrá contacto por teléfono y correos electrónicos.</p>

- c) Adicionalmente se considerará también como muestra: Fuentes autorizadas de información legal relacionadas a las variables de estudio.

4.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

4.3.1. Para recolectar datos.

Para la elaboración de la presente investigación se utilizó diferentes herramientas y/o instrumentos que me permitirán ampliar en la medida que sea necesario el campo de estudio de mi investigación, contrastando así los resultados con las conclusiones logradas.

Técnica: Revisión documental

Instrumento: Fichas textuales, paráfrasis, de resumen.

Procedimiento: Se recopiló información jurídica respecto a las variables. Esta información fue obtenida de las diversas Universidades de la ciudad de Trujillo y se hizo uso de internet para acopiar documentos.

Se consultarán un promedio de 15 autores, especialistas en las materias relevantes para el desarrollo de la presente investigación, específicamente sobre derecho administrativo, contrataciones del Estado y legislación concerniente al Programa de Alimentación Escolar Qali Warma y la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013

Técnica: Entrevista

Instrumento: Cuestionario de preguntas

Procedimiento: En el mes de noviembre el investigador se contactará personalmente y vía correo electrónico con especialistas en la materia, a quienes se les plantearán las interrogantes señaladas en el cuestionario, el cual constará de 6 o 7 preguntas referidas a la materia de especialidad del entrevistado. Posteriormente a la entrevista se procederá a la reproducción escrita de la misma.

Las entrevistas fueron dirigidas al Jefe Unidad Territorial de La Libertad – Qali Warma, Procurador del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Árbitro en contrataciones del Estado) y Funcionario del OSCE.

Técnica: Análisis de casos

Instrumento: Ficha de recolección de datos relevantes

Procedimiento: De los 696 proveedores sancionados durante el año 2013 y 2014, se analizará 32 casos de proveedores sancionados en el 2013 que fueron contratados por Qali Warma en el 2014, teniendo en cuenta la gravedad de sus infracciones y la proporcionalidad con sus sanciones

4.3.2. Para analizar información

Técnica: Análisis documental

Procedimiento: El investigador extraerá de la información recopilada los elementos más significativos que permitirán analizar el contenido de la octogésima cuarta disposición complementaria final de la Ley N° 29951 en el actual proceso de compra en Qali Warma y determinar si ella afecta la potestad sancionadora del Estado teniendo en cuenta el concepto de contratación pública y la naturaleza jurídica del contrato en Qali Warma a fin de conocer la implicancia de la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el proceso de compra.

Técnica: Síntesis

Procedimiento: El investigador, sobre la base de la información recolectada a través de libros, artículos, entrevistas y revisión de casos, logrará obtener una visión de la intención del legislador en la octogésima cuarta y su repercusión en el proceso de compra de Qali Warma a fin de determinar la afectación de la potestad sancionadora del estado. Adicionalmente, es pertinente señalar que se utilizarán herramientas informáticas de apoyo como procesador de textos Ms-Word 2010.

CAPÍTULO 5. RESULTADOS

Recolectada la información documental, efectuadas las entrevistas a los especialistas del tema y analizados los casos de proveedores sancionados por Qali Warma en el año 2013 y 2014 ante incumplimiento de cláusulas contractuales, se advierte lo siguiente:

RESULTADO Nº 01

<p>OBJETIVO Nº 01</p>	<p>Analizar los motivos que determinaron la aprobación de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013.</p>
<p>INDICADORES</p>	<p>¿Qué autoriza la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de dicha Ley? ¿Qué normas permite aplicar supletoriamente? ¿Por qué excluye la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento? ¿Cuáles son las principales consecuencias de lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013?</p>

De la revisión de la Ley Nº 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el ejercicio Fiscal 2013, se señala en su artículo 1º que el presupuesto anual para gastos para el año fiscal 2013 es de S/.108,419,909, 550.00 nuevos soles que comprenden los créditos presupuestarios máximos correspondientes a los pliegos presupuestarios del Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales, agrupados en Gobierno Central e instancias descentralizadas, conforme a la Constitución Política del Perú.

Siendo esto así su Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final señala expresamente lo siguiente: *“Autorícese, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin*

establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante Decreto Supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado. La presente disposición entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley”.

El desarrollo y procedimiento de compras del Programa Nacional Cuna Más y el Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma se rigen por los procedimientos del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social y supletoriamente por las normas de derecho privado. Al respecto, el Dr. Saul Cubas Alvarado (Cubas Alvarado, 2014), funcionario del OSCE especialista en Contrataciones del Estado, manifiesta que aun cuando dicha disposición complementaria final no hace mención expresa de la exclusión supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se puede entender tácitamente que esa ha sido la intención del legislador por cuando no lo ha regulado, considerando a ello un absurdo toda vez que la Ley de Contrataciones del Estado por su experiencia en la regulación y dirección de las contrataciones públicas resulta la más idónea para dirigir el proceso de compra de Qali Warma, agregando que las causas que determinaron lo dispuesto en la octogésima cuarta disposición complementaria de la Ley N° 29951 probablemente se deba a intereses políticos con la única intención de excluir la supervisión del OSCE del proceso de compra en Qali Warma, situación que trajo consigo un programa social con un proceso de compra bastante deficiente, con falta de regulación sobre temas importantes como las sanciones administrativas y un procedimiento administrativo sancionador que irían más allá de las penalidades meramente económicas que regula actualmente Qali Warma.

Por otro lado, el Dr. Luis Ames Peralta (Peralta, 2014), procurador adjunto del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social – MIDIS manifiesta que lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 es únicamente el ejercicio de una de las potestades del Estado de decidir la forma en cómo desea contratar para ver satisfecho los intereses y objetivos de un programa social, siendo que el Gobierno de turno ha decidido a través de Qali Warma contratar de manera rápida, tener grandes ingresos e ir tratando de mejorar en el camino sin aplicar la Ley de Contrataciones del Estado, sin dejar de lado además la teoría del riesgo al tener 5 mil raciones diarias y

existir la posibilidad de una deficiencia, agregándose a ello la consideración que se debe tener a los proveedores con intereses de seguir brindado el servicio en lo que queda del Gobierno.

De igual manera el Economista Rubén Castañeda (Castañeda, 2014), Jefe de la Unidad Territorial La Libertad Qali Warma, señala que teniendo en cuenta la experiencia de Pronaa, el actual gobierno decidió crear a Qali Warma una propia regulación la cual excluya la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento de su proceso de compra, de manera que el programa cuente con una regulación más simple, rápida y sencilla que permita contratar de manera más eficiente; motivo por el cual también ha exceptuado de someter las decisiones del Comité de Compra a apelaciones, el cual impediría que el proceso de compra sea rápido. En ese sentido, considera que la intensión de lo dispuesto en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 ha sido agilizar a Qali Warma teniendo en cuenta experiencias pasadas que al regularse supletoriamente por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento trajo consigo el fracaso de todo un programa social.

RESULTADO N° 02

OBJETIVO N° 02	Identificar la naturaleza jurídica del contrato que celebra Qali Warma a través del proceso de compra.
INDICADORES	<p>¿Qué es Qali Warma?</p> <p>¿Dónde se encuentra regulado el proceso de compra?</p> <p>¿Cómo se lleva a cabo el proceso de compra?</p> <p>¿Quién dirige el proceso de compra?</p> <p>¿Cuáles son las Etapas del proceso de compra?</p> <p>¿Cuál es la definición de contratación pública?</p> <p>¿Cuál es la diferencia entre contratación pública y la contratación privada?</p> <p>¿Cuál es el sustento constitucional de los Contratos de la Administración Pública?</p> <p>¿El proceso de compra del PAEQW es una contratación pública? O ¿Qué la diferencia?</p>

El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma es un Programa del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social-MIDIS, creado por Decreto Supremo Nº 008-2012-MIDIS, el cual tiene como objetivo garantizar el servicio alimentario durante todos los días del año escolar a los usuarios del Programa de acuerdo a sus características y las zonas donde viven, contribuir a mejorar la atención de los usuarios del Programa en clases, favoreciendo su asistencia y permanencia; y, promover mejores hábitos de alimentación en los usuarios del Programa.

El Programa ha diseñado un modelo de co-gestión, en el cual se busca la confluencia tanto del Estado como de la comunidad organizada, con la finalidad de hacer corresponsables a los propios actores locales del cumplimiento de los objetivos del Programa; este modelo ha sido denominado “Modelo de Cogestión”, el cual ha sido formalizado a través de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013. Este modelo prevé la constitución de dos instancias, el Comité de Compra-CC y el Comité de Alimentación Escolar-CAE, el primero es el responsable de seleccionar y contratar a los proveedores de alimentos y/o raciones para las instituciones educativas que se encuentran dentro del ámbito del Comité de Compra respectivo; mientras que el segundo se encarga de gestionar la adecuada entrega de los alimentos y/o raciones a los estudiantes de las Instituciones Educativas que son atendidas por los proveedores.

Así mismo, todo el proceso de compra se encuentra especificado en un Manual el cual se constituye como el instrumento normativo que contiene las disposiciones, lineamientos y procedimientos de observancia obligatoria por los Comités de Compra, proveedores y el Programa en general, estas disposiciones son aplicables a las contrataciones que se realicen para la atención del servicio alimentario a los usuarios del programa, en el marco del modelo de cogestión de Qali Warma.

Por su parte el Comité de Compra es aquel que se constituye para la compra de raciones y productos destinados a la prestación del servicio alimentario, el cual está conformado por el Gerente de Desarrollo Social, o quien haga sus veces, el Director de la Red de Salud, o a quien éste delegue, el Gobernador de la provincia o distrito, que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra, un (1) representante de los padres de familia del nivel primario de la Institución Educativa Pública en el ámbito de Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, un (1) representante de los padres de familia del nivel inicial de la Institución Educativa Pública

en el ámbito del Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma. Este Comité de Compra se encarga de llevar a cabo todo el proceso de compra, el cual cuenta con las siguientes etapas: (i) Convocatoria y distribución de Bases, (ii) Formulación y absolución de consultas, (iii) Presentación de Propuestas, (iv) Evaluación y Selección de Propuestas y v) Firma de Contrato. (Warma P. N., Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, 2014)

Entendiéndose en qué consiste el proceso de compra de Qali Warma, su regulación, dirección y desarrollo, es preciso tener en claro qué se entiende por Contrato de la Administración Pública, el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública”. Dicho concepto comprende como elemento subyacente la noción genérica de Contrato, pero incorpora como especificidad y componente distintivo el hecho de que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública, es decir, una entidad que, ejerciendo función administrativa en una de las modalidades de ésta función (acción de contratar administrativamente) establece un vínculo contractual con una o más personas privadas y/o con una o más entidades de la Administración Pública. Cabe precisar que, conforme a esta definición, por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública. (OSCE, Introducción a la Contratación Estatal) Por lo tanto, el Contrato de la Administración Pública tiene un carácter instrumental: es uno de los medios de que se vale la Administración Pública para el cumplimiento de sus fines; es decir, su existencia está justificada como medio para el cumplimiento de los objetivos de la Función Administrativa.

Ricardo Salazar Chávez señala que cuando se habla de la diferencia entre contrato público y contrato privado, se dirá que en el ámbito del Derecho Privado, la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, cada uno de los cuales ejerce su propia libertad y su propio interés, sin que ninguno de ellos pueda ser considerado en una situación que potencial o efectivamente haga prevalecer su posición respecto de su co-contratante. En tal sentido, es de esperar, y, en efecto ocurre, que el orden jurídico privado establezca un conjunto de principios y normas encaminados a mantener una posición de absoluta igualdad entre las partes que celebran el contrato privado. Por su lado, en el ámbito del Derecho Público, la relación contractual vincula a dos (o más) sujetos, aunque en este caso se presentan dos posibilidades: a) uno de ellos ejerce

Poder (específicamente función administrativa del Poder) y el otro su Libertad, o b) uno de los sujetos ejerce Poder y el otro sujeto también ejerce Poder. En tal sentido, la relación subyacente a los Contratos de la Administración Pública es la de Poder con Libertad o la de Poder con Poder; de lo cual se deriva que la construcción del régimen contractual público debe girar en torno a dichas posibilidades de vinculación; estableciendo los principios y normas que garanticen las facultades, deberes, derecho y obligaciones involucrados en tales relaciones. (Salazar)

La Constitución Política contiene artículos directamente destinados a establecer los principios y normas básicas de la contratación en el Perú. Tales son el caso de los artículos 2º, inciso 14 (Derecho de la Persona a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público); y 62º (sobre libertad de contratar). Así mismo, existen previsiones sobre Contratación Pública en la Constitución Política en diversos Títulos y Capítulos de ésta sobre objetos contractuales diversos, entre lo que resaltan: El artículo 76º (bienes, servicios, obras, a favor del Estado, así como disposición de bienes del Estado); el Contrato-Ley (artículo 62º); Igualdad Jurídica de la inversión (artículo 63º), las Concesiones sobre Recursos Naturales (artículo 66º), la Concesión de Bienes de Dominio Público (artículo 73º), las Operaciones y Convenios de Créditos Especiales (artículo 85º), los temas relacionados con los anteriores como la Solución de Controversias en Contratos celebrados por el Estado con Extranjeros Domiciliados u Otros (artículo 63º) y la Propiedad de Nacionales y Extranjeros (artículo 71º); Restricciones contractuales por Seguridad Nacional (artículo 72º). Se concluye de la lectura de dichos artículos que el Constituyente optó por un régimen con tres tipos de normas en materia contractual unas aplicables a todo tipo de contratos, otras aplicables a contratos entre particulares y otras aplicables a los Contratos de la Administración Pública. El constituyente ha optado porque en el tema de los contratos públicos exista una regulación propia de lo que genéricamente se conoce como los procedimientos de contratación pública. En consecuencia, la regulación en materia contractual pública tiene que constituir una legislación especial. En el presente caso, el Constituyente nos transmite su decisión de que el legislador tiene la obligación de reflexionar desde el punto de vista de la Contratación Pública, optando por una de las teorías de la Contratación Pública, teniendo en cuenta la relación subyacente a este tipo de contratación.

En consecuencia, hay un mandato constitucional que obliga a asumir una perspectiva con una lógica propia de la Contratación Administrativa, siguiendo la doctrina que se ha

ido desarrollando en el mundo. Ésa es la opción constitucional. (OSCE, Introducción a la Contratación Estatal)

Ahora, centrándose en el contrato que celebra Qali Warma a través de su Comité de Compra con sus proveedores, el Dr. Luis Ames Peralta (Peralta, 2014) precisa que debe diferenciar lo que se entiende por contratación pública y contratación con el Estado, determinando en primer lugar que Qali Warma es una contratación del Estado, sin embargo, no como lo regula la Ley de Contrataciones del Estado, pues hay fondos públicos pero quien celebra y pacta el contrato no es el Estado sino el Comité de Compra como representante de la sociedad civil, y el proveedor. Agrega que dentro de esas diversas formas en las que Estado puede contratar utilizando fondos públicos y no necesariamente estar regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, es el tema de minería, las APP (Asociaciones Público Privadas), las concesiones y las obras por impuestos, en las cuales se termina apreciando una intervención el Estado con fondos del estado pero no necesariamente son administrados, regulados o sancionados por el OSCE.

Los entrevistados comparten y discuten diversos puntos de vista respecto al tipo de contrato que celebra el Comité de Compra de Qali Warma y sus proveedores, al respecto el Economista Rubén Castañeda (Castañeda, 2014), coincidiendo con lo dicho por el Dr. Luis Ames, manifiesta que en estricto el contrato que se celebra en Qali Warma para la provisión de las raciones no es netamente una contratación pública ya que quien interviene no es el Estado sino un Comité de Compra conformado por miembros de la Sociedad Civil quienes firman y dirigen todo el proceso de compra con los proveedores, ello en virtud del modelo de cogestión que crea Qali Warma a partir de su creación.

Opinión contraria merece la del Dr. Saul Cubas Alvarado (Cubas Alvarado, 2014), quien manifiesta que el contrato celebrado en Qali Warma con los proveedores es a todas luces una contratación pública, donde Estado interviene a través de sus representantes quienes conforman el Comité de Compra (el gerente de desarrollo social de la municipalidad, el director de la red salud, el gobernador de la provincia) y los proveedores, más aun si se tiene en cuenta la utilización de fondos públicos, bajo el intereses de beneficiar a un gran número de niños a través de un programa social, creado y dirigido por el Estado a través de uno de sus Ministerios.

RESULTADO N° 03

<p>OBJETIVO N° 03</p>	<p>Identificar las sanciones que regula el Manual de Compra del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma a los proveedores que incumplen cláusulas contractuales.</p>
<p>INDICADORES</p>	<p>¿Cuáles son las sanciones administrativas que impone Qali Warma a sus proveedores?</p> <p>¿Las penalidades dentro de Qali Warma pueden considerarse sanciones administrativas?</p> <p>¿Las causales de resolución de contrato pueden considerarse como sanciones administrativas?</p> <p>¿Cuáles fueron los principales motivos de aplicación de penalidades a los proveedores en el 2013 Y 2014?</p> <p>¿Existe razonabilidad entre los hechos cometidos por los proveedores de Qali Warma y las aparentes sanciones impuestas?</p> <p>¿Resulta eficiente la aplicación de estas penalidades a los proveedores que incumplieron cláusulas contractuales en Qali Warma?</p>

De acuerdo a lo establecido en el Manual de Compra de Qali Warma las penalidades son aplicables automáticamente por la Unidad Territorial de Qali Warma cuando se configure una situación de incumplimiento prevista en el manual y en el contrato respectivo, y aquella responda a circunstancias imputables al proveedor, estas se aplican sin perjuicio de la potestad resolutoria del Comité de Compra y de las acciones legales que correspondan.

No se aplicarán penalidades cuando por caso fortuito o fuerza mayor el proveedor se encuentre imposibilitado de cumplir con la prestación del servicio en las condiciones pactadas. En este caso, el proveedor podrá solicitar por escrito, dentro de las 48 horas de ocurrido el incumplimiento, la inaplicación de penalidades. Deberá acompañar los elementos probatorios de su solicitud. El Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma evaluará los argumentos descritos por el proveedor y, mediante informe técnico, se pronunciará sobre su procedencia de manera previa a la remisión del expediente de pago a la Unidad de Transferencias y Rendición de Cuentas de Qali Warma.

Cada penalidad se calculará de forma independiente de las demás penalidades, las que serán deducidas por la Unidad Territorial de Qali Warma de los pagos parciales o del pago final.

Por otro lado, las causales de resolución de contrato que Qali Warma ha regulado son el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, que este no cuente con los certificados correspondientes a los requisitos obligatorios o estos no se encuentren vigentes, que proveedor acumule el 10% del monto total del contrato como resultado de la aplicación de penalidades; se constate que los productos o raciones hayan generado problemas de salud a los usuarios y, éstos resulten imputables a el proveedor; si los establecimientos destinados al almacenamiento o fraccionamiento de productos no cumplen con los parámetros mínimos de idoneidad; que los productos entregados o los insumos utilizados para la preparación de raciones no cumplen con las características físico-químicas, microbiológicas y sensoriales, de acuerdo a lo establecido en las Fichas Técnicas de Alimentos; la utilización de envases elaborados de materiales que contengan arsénico, cobre, antimonio, mercurio, plomo, uranio, zinc, cadmio o cualquier otro metal pesado u otro elemento nocivo, que pudiera ser absorbido por los alimentos o que pudiera afectarlos de cualquier modo; la utilización de insumos para la preparación de raciones que sean de mala calidad, no aptos para el consumo humano, en condiciones antihigiénicas o que no cuentan con fecha de vencimiento o cuenten con fecha expirada; el incumplimiento de la entrega de raciones en una o más instituciones educativas, en dos o más oportunidades continuas en el lapso de una semana, en cinco o más oportunidades en un periodo de quince días o, en 15 o más oportunidades en un periodo de un año; que los productos entregados o los insumos utilizados para la preparación de raciones, no cuentan con el respectivo Registro Sanitario y/o no cuentan con Autorización Sanitaria de Establecimiento, según corresponda; la entrega de raciones excediendo el tiempo de tolerancia establecido sin penalidad, en una o más instituciones educativas, en cinco o más oportunidades en un periodo de quince días o, en 15 o más oportunidades en un periodo de un año; y no permitir el ingreso al supervisor u otro personal acreditado por el programa a las instalaciones del establecimiento.

De lo antes expuesto se tiene que durante los años 2013 y 2014 se han sancionado a 660 proveedores del Programa de Alimentación Escolar Qali Warma, originando con ello la resolución, suspensión y anulación de sus contratos, así como la aplicación de penalidades, siendo las causales de penalidades más concurrentes durante el 2013 y 2014:

CAUSALES DE PENALIDADES MAS COMUNES APLICADAS– PROVEEDORES 2013 - 2014 PAEQW
Incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas
Incumplimiento en el cronograma de entrega
Retraso en entrega de productos
Entrega de productos incompletos
Entrega de otro tipo de producto al pactado
Incumplimiento contractual (otros temas)
No inocuidad del producto, no apto para consumo humano (no cumplen con la calidad requerida)

Por otro lado las causales de resolución de contrato durante el año 2013 y 2014 fueron:

CAUSALES DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO MAS COMUNES – PROVEEDORES 2013 - 2014 PAEQW
<p>Incumplimientos contractuales por causales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No entrega de raciones en dos o más oportunidades a un mismo centro educativo. - Productos sin registro sanitario (raciones generaron problemas a la salud). - Producto sin fecha de vencimiento. - Producto vencido. - Productos no aptos para el consumo humano.
Desistimiento con el inicio de la atención.
Renuncia irrevocable.
Planta de producción de raciones no garantizadas.
Superación del 10% de penalidades.
Paralización de la prestación del servicio.

Finalmente respecto al tema de sanciones administrativas en Qali Warma los entrevistados emiten diversas opiniones: el Dr. Luis Ames Peralta (Peralta, 2014) precisa

que no se puede hablar de sanciones administrativas cuando se tiene un contrato entre privados, ya que las partes son el Comité de Compra y el proveedor, no teniendo la presencia del Estado en el proceso de Compra más allá de su financiamiento al Comité, de manera tal que ante el incumplimiento de una cláusula contractual corresponderá la aplicación de penalidades si así se ha pactado en el contrato, la resolución del mismo o al generarse un daño, el otorgamiento de una indemnización.

Opinión compartida tiene el Economista Rubén Castañeda (Castañeda, 2014), quien indica claramente que Qali Warma no es una contratación pública, por consiguiente no se puede hablar de sanciones administrativas, por lo que reitera que la regulación de penalidades económicas y causales de resolución de contrato tienen como finalidad castigar al proveedor que incumple con su contrato.

El Dr. Saul Cubas Alvarado (Cubas Alvarado, 2014), por su parte, manifiesta que las penalidades son sanciones administrativas de carácter netamente económicas, muchas de las cuales traen como consecuencia la resolución de un contrato, sin embargo, Qali warma no regula sanciones que impidan la nueva contratación de proveedores que han incumplido en un determinado proceso con su contrato, por lo que se entendería que las sanciones que regula actualmente el programa no son del todo eficientes, ante la falta de razonabilidad que existe entre las infracciones de los proveedores y las sanciones que se les impone.

RESULTADO N° 04

OBJETIVO N° 04	Analizar la potestad sancionadora del Estado.
INDICADORES	<p>¿Qué se entiende por potestad sancionadora del Estado?</p> <p>¿Qué principios regulan la potestad sancionadora del Estado?</p> <p>¿Cuándo se inicia la potestad sancionadora del Estado?</p> <p>¿Cuál es la base constitucional de la potestad sancionadora del Estado?</p> <p>¿De qué manera la potestad sancionadora se ve reflejada en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013?</p>

Antes de definir qué es la potestad sancionadora del Estado, debemos iniciar hablando de la noción genérica de potestad. Al respecto se dice que con la llegada del Estado

absoluto, el *lus Puniendi* devino en reflejo del poder arbitrario de los gobernantes, donde el castigo era utilizado como instrumento de perpetuo sometimiento de sus súbditos y como medio para el logro de una ilimitada prevención general.

Con el Estado Liberal, otra sería la dirección hacia la cual se dirigiría desde entonces, el *lus Puniendi*, no ya a la prevención general sin límites, sino a la reducción de los amplios marcos en los que se encerraba inicialmente el poder punitivo estatal. Es por ello que a partir de ese momento, desde la perspectiva del Derecho Penal, se acude a la necesaria retribución entre mal y delito cometido, presupuesto para el posterior aseguramiento de las garantías individuales de cada ciudadano. No es sino con la llegada del Estado Social y Democrático de Derecho, que el criterio de restringir el poder sancionador del Estado cobra mayor grado de materialización, por consiguiente, otros serían sus elementos caracterizadores; pues teniendo en cuenta que el “Estado de Derecho supone la limitación del poder del Estado por el Derecho, la regulación y control por ley de los poderes y actividades estatales” , todo poder y actuar del mismo, incluido el poder de castigar, quedaría por tanto, sometido a él .

Por ello se dice que la potestad es poder político y, por lo tanto, una vocación organizadora de un conjunto social, que forma parte de la soberanía, estando más allá del Derecho cuando esta es potencial, y que entra en el mundo de lo jurídico al normalizarse el poder soberano en la Constitución, para ser distribuida por esta en los órganos depositarios de la soberanía (...).“(...) la potestad sería una esfera cualquiera del poder soberano del Estado, que por su carácter ordenador de la sociedad se le impone al individuo con mayor o menor intensidad, dentro o fuera del marco del Derecho, el cual, a su vez, es producto de la soberanía, el caso del constitucional, o de una potestad soberana constitucionalmente expresada, en los demás niveles normativos. (Lima, 2013)

Ahora bien, la potestad sancionadora del Estado es aquella situación de poder atribuida por el ordenamiento jurídico previo, en particular, por la ley, que habilita a su titular para imponer conducta a terceros, con la posibilidad de que el sujeto pasivo deba soportar las consecuencias de dicho poder, que podrían no ser ventajosas. Las consecuencias del poder son eminentemente gravosas y la relación de sujeción se aplica de manera uniforme a todos los administrados dentro de un ámbito determinado. (Guzmán Napurí, 2011)

Es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, entendida la sanción administrativa como aquel mal infligido

a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber, al estar vedada para la administración pública las sanciones consistentes en privación de libertad. Este poder de sancionar venía siendo entendido contrario al principio de separación de poderes, ya que la Administración no sólo sanciona sino que, además, ejecuta las sanciones que en su caso pueda imponer. (Lima, 2013)

Esta potestad sancionadora que el ordenamiento jurídico ha otorgado al Estado también contiene sus principios que la regularán, ellas se encuentran señaladas en el artículo 230° de la Ley N° 27444, tanto desde el aspecto correspondiente a la determinación de las conductas constitutivas de infracción administrativa y las consecuencias aplicables en disposiciones de carácter normativo, como en aquello vinculado a la aplicación de las mismas en cada caso concreto. No obstante tratarse de principios aplicables exclusivamente al ejercicio de la potestad sancionadora, se entiende que ello no obsta, en el trámite del procedimiento administrativo sancionador, a la aplicabilidad de aquellos principios que rigen el procedimiento administrativo con carácter general, y cuya consagración positiva se encuentra plasmada en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 (Danós, y otros, 2003). En ese sentido se tienen los siguientes principios:

- Principio de Legalidad: Constituye uno de sus fundamentos y, para el caso de la Administración, supone que esta se encuentra sometida plenamente a la Ley y al Derecho. Para nuestra jurisprudencia el principio de la legalidad implica que la acción administrativa debe necesariamente, adecuarse a la totalidad del sistema normativo escrito. El principio de legalidad está contenido en los artículos 11 de la Constitución Política y 11 de la LGPA. De igual forma, el artículo 49 de la constitucional busca garantizar la legalidad de la función administrativa
- Reserva Legal: Respecto a este punto, NIETO GARCIA considera que la reserva legal podría articularse dentro del Derecho punitivo del Estado a lo ancho de círculos concéntricos en los que se iría diluyendo el rigor de su exigencia desde el interior a la periferia. El círculo central sería el Derecho penal, luego vendría del Derecho Administrativo Sancionador de protección del orden general y un tercero para las relaciones especiales de sujeción. A los que aún podría añadirse un cuarto círculo para el Derecho disciplinario.
- Tipicidad: Se refiere a la exigencia hecha a la administración para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondiente sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, lo cual

viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora.

- Principio de Culpabilidad: Este principio, importado del Derecho Penal, es aplicado en el ámbito de Derecho Administrativo, con matices propios. A nivel penal, el principio de culpabilidad se entiende bajo el precepto “no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor” y se fundamenta en la necesaria aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse. En este punto, ese necesario recordar que tanto el dolo – actuar intencional- como la culpa –falta al deber de cuidado- constituyen elementos esenciales de la culpabilidad, sin los cuales no cabe atribución de responsabilidad alguna para el funcionario que haya cometido una falta. Según NIETO GARCÍA, “la culpabilidad es exigible en las infracciones administrativas, pero no en los mismos términos que en el Derecho Penal y a los juristas corresponde determinar cuáles son su peculiaridades”.
- Principio de Oficiosidad: Se refiere a la facultad dada a la Administración para ordenar y efectuar actos dentro de un procedimiento, aunque estos no hayan sido expresamente solicitados por alguna de las partes. Para DROMI, por medio del principio en comentario “incumbe a la autoridad administrativa dirigir el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto se conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada.
- Principio de imparcialidad: Con este principio se procura garantizar que en la búsqueda de la verdad real, la Administración actuará con objetividad en la toma de decisiones y con absoluto respeto hacia los derechos subjetivos e interés legítimos de los administrados. No obstante, es conocido que este precepto resulta cuestionable cuando es la propia Administración la que, en la resolución de un determinado asunto, actúa como juez y parte. No cabe duda de que, si bien es cierto el órgano Director puede en determinado momento sentirse intimidado por alguna actuación que provenga de su superior jerárquico, en definitiva, la forma en que desarrolle su función dependerá en gran medida de la posición objetiva e imparcial que sus integrantes asuman, para lo cual es necesario que sean conscientes de la delicada labor que les ha sido encomendada y de la necesaria observancia de todos los principios que enmarcan su actuar.
- Principio de Informalismo: El informalismo protege la idea “pro-accione” por el fondo, según la cual se deben eliminar los obstáculos puestos innecesariamente en el desarrollo de un procedimiento propio de la Administración, a fin de que éste

se realice de forma ágil, procurando que el asunto sea definido con la mayor celeridad. En consecuencia, el procedimiento administrativo debe orientarse a evitar lo complicado y excesivamente burocrático, prefiriendo un moderado formalismo, sencillez y flexibilidad.

- Principio del Debido Proceso: En el caso de nuestro país, ha sido la jurisprudencia constitucional la encargada de definir y desarrollar los elementos o sus principios que integran el debido proceso, además de señalar sus alcances. Bien, sabemos que desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el debido proceso es un derecho complejo formado a su vez por otros derechos que forman parte de su contenido como el derecho de defensa del administrado, derecho de motivación de las decisiones administrativas, el derecho a otorgar pruebas en el procedimiento, etc. (Vásquez K. V., 2013)
- Principio de inocencia: Este también se desprende del artículo 39 de la Constitución, en cuanto a que se requiere la necesaria demostración de culpabilidad para sancionar al funcionario. Ninguna persona puede ser considerada ni tratada como culpable en tanto no exista en su contra una resolución en firme, dicta en un proceso regular y legal que lo declare como tal. Es así como a la persona se le presumirá inocente mientras la autoridad respectiva no demuestre su culpabilidad y sin que exista duda alguna sobre ella.
- Principio de “In dubio pro homine”: Implica que el convencimiento del órgano decisor respecto de la culpabilidad de la persona investigada, debe superar cualquier duda razonable, de manera que cualquiera que exista obliga a fallar a su favor, de lo cual se tiene que en caso de duda sobre la comisión de un hecho, se debe favorecer a la persona a quien se le viene atribuyendo el mismo.
- Principio de non bis in ídem: Este principio general del Derecho se refiere a la prohibición de condenar dos veces por el mismo hecho. Se encuentra consagrado en el artículo 42 de la Constitución Política. La infracción a una norma administrativa será objeto de la respectiva sanción administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, cuando ambas sean compatibles. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Sala Constitucional, el principio non bis in ídem no es aplicable cuando se están frente a ámbitos diferentes de responsabilidad, ya sea administrativo o penal, por ejemplo, esto como resultado de la declarada independencia del Derecho Administrativo en materia sancionadora.

- Principio de verdad real o material: Significa que debe establecerse de forma certera la realidad histórica de los hechos investigados, siendo necesaria su reconstrucción por medio de la prueba recopilada. La verdad real consiste en determinar las verdaderas razones sobre las cuales se dieron esos hechos, es decir, cuál fue el cuadro fáctico que propició la actuación desplegada. La verificación de esta verdad real debe ser el fundamento sobre el cual se imponga una sanción administrativa. Por ello, el Órgano director que lleve a cabo una investigación disciplinaria, no debe preestablecer ninguna situación fáctica como cierta, hasta tanto no se tengan por demostrados los hechos investigados. (Lopez, 2005)

Los principios del Derecho Sancionador Administrativo, y por tanto, de la potestad sancionadora, son sustancialmente iguales a los del Derecho Penal, y emanan de la Convención Europea de Derechos Humanos. – Art. 44º de la Constitución: “Es deber del Estado la protección de los derechos fundamentales, la seguridad de la población, el bienestar general. A través de la potestad sancionadora, la Administración, puede cumplir sus fines constitucionales. (Lima, 2013)

Por otro lado, resulta indudable el hecho que en el ordenamiento jurídico peruano siempre se ha aceptado o presupuesto la facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones en casi todos los sectores de la vida social reguladas por el derecho administrativo. En efecto, los siguientes constituyen argumentos tendientes a sostener, partiendo de una interpretación general de los preceptos contenidos en la Constitución Política, el reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la Administración Pública: Fundamentos de Índole Práctico: Poder Natural o Corolario de las Competencias de la Administración Pública: En ausencia de un reconocimiento constitucional expreso, la potestad sancionadora de la Administración Pública puede considerarse reconocida por la Constitución en forma indirecta o implícita, como un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a ésta en diversas materias, principalmente en las referidas a la ordenación y regulación de las actividades en la sociedad. En tal sentido, es posible sostener que, a efectos de garantizar la eficacia de todo sistema normativo, resulta necesario que la Administración Pública ostente suficiente facultades coercitivas para garantizar su cumplimiento, lo que se traduce en que si la Administración tiene la potestad de ordenar, mandar o prohibir, también ha de ostentar la potestad de sancionar, pues sin ésta resultarían inoperativas aquellas ante el eventual incumplimiento por parte de los

administrados. Dentro de la concepción general detallada con anterioridad, consideramos que resulta pertinente efectuar una somera mención a los siguientes argumentos en virtud de los cuales la potestad sancionadora se presenta como concurrente o complementaria de otras potestades públicas: El intervencionismo del Estado o Poder de Policía: la intervención del Estado en determinadas esferas de la sociedad, consagrada en disposiciones constitucionales; El ejercicio de la Función Pública o Competencia de Gestión: Toda la actividad de la administración pública se desenvuelve dentro del criterio de función pública, en forma tal que ella es la que irradia el ejercicio de los poderes públicos. En tal sentido, el órgano de la administración facultado normativamente para imponer un mandato o reglar una conducta, se encuentra a su vez facultado (en tanto que potestad inherente a la de mando) para garantizar o restituir el orden público mediante la imposición de castigos correspondientes en calidad de represión de las conductas infractoras. (Danós, y otros, 2003)

Al hablar de potestad sancionadora del Estado y determinar la forma en que ésta se refleja en la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, la cual señala expresamente: *“Autorícese, a partir de la vigencia de la presente Ley, al Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, a realizar transferencias de recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas, de acuerdo con las disposiciones que para tal fin establezca el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (MIDIS), mediante decreto supremo, a fin de alcanzar los objetivos a cargo de los referidos programas. Los comités u organizaciones referidos en el párrafo precedente, serán reconocidos por el MIDIS a través del Programa Nacional Cuna Más y del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma, según corresponda, rigiéndose por los procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias que fueran necesarias, establecidos por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, por las normas del ámbito del sector privado. La presente disposición entra en vigencia al día siguiente de la publicación de la presente Ley”*, se aprecia que se tiene la autorización de parte del ejecutivo para la creación de los comités de compra y su reconocimiento como directores del proceso de compra en Qali Warma, rigiendo dicho proceso así como el cumplimiento de sus objetivos por las normas complementarias del MIDIS y

supletoriamente las de Derecho Privado, excluyendo en todo momento la intervención del Derecho Público, por lo que se entendería la exclusión de la potestad del Estado para crear, dirigir y ejecutar potestad sancionadora.

RESULTADO N° 05

<p>OBJETIVO N° 05</p>	<p>Explicar cuáles son las sanciones administrativas dentro de la legislación peruana respecto a contrataciones públicas</p>
<p>INDICADORES</p>	<p>¿Qué clases de sanciones administrativas existen?</p> <p>¿Dónde se encuentran reguladas las sanciones administrativas?</p> <p>¿Qué sanciones administrativas se aplican en contrataciones públicas?</p> <p>¿Qué consecuencias acarrear la aplicación de las sanciones administrativas en contrataciones públicas?</p>

Las sanciones administrativas pueden ser definidas como toda aquella imposición de una situación gravosa o perjudicial en el ámbito de la esfera de un administrado, como consecuencia de una contravención al ordenamiento jurídico, producida en el curso de un procedimiento administrativo y con una finalidad principalmente de carácter represor. Desde este punto de vista, las sanciones administrativas se diferencian de otras manifestaciones de facultad de reacción de la administración pública ante las contravenciones del ordenamiento, que constituyen principalmente medidas que tienen por objeto exigir el cumplimiento del ordenamiento o restaurar la situación correspondiente al mismo (medidas correctivas, medidas preventivas, multas coercitivas). (Danós, y otros, 2003)

De acuerdo a lo previsto por la doctrina especializada en la materia, una clasificación tentativa respecto a las sanciones administrativas, se orientaría en principio a lo siguiente: Por su finalidad (Sanciones de autoprotección y Sanciones de protección del orden general), Por el contenido de la sanción (Sanciones personales y Sanciones reales), De acuerdo al ordenamiento administrativo (Sanciones principales, Sanciones accesorias).

Ahora bien, respecto a sanciones administrativas en contrataciones públicas, el numeral 2 del artículo 50° de la LCE y el artículo 225, 226 y 227 del RLCE establecen las distintas sanciones que se aplican a los administrados en las contrataciones del Estado, y cuya imposición no constituye impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con Entidades, por lo que deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuvieron suscritos hasta la culminación de los mismos:

- Multa, Obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor del quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la comisión de infracciones establecidas en los literales a), b), d) y j). La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdos marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses.
- Inhabilitación temporal, como la privación por un periodo determinado de los derechos a participar en procesos de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), e), f), g), h) y k); en los casos de la infracción prevista en el literal i) esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.
- Inhabilitación definitiva, como la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal i), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.

Por otro lado, el artículo 132° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece las Penalidades ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, especificando dos tipos: penalidades por mora y otras penalidades; mientras que en el artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece las causales de resolución de contratos, especificando tres supuestos: 1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello. 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o 3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

Al respecto el Dr. Saúl Cubas Alvarado (Cubas Alvarado, 2014), funcionario del OSCE especialista en Contrataciones del Estado, nos precisa que el OSCE viene tratando de mejorar y perfeccionar el tema de las sanciones administrativas a los proveedores del Estado ante incumplimiento contractuales, generando y creando nuevas formas de perfeccionar sus obligaciones, apreciándose ello en las personas impedidas a contratar con el Estado las cuales en los últimos años han variado, pasando de ser los miembros de la persona jurídica que conforman como proveedor, a sus familiares y representantes legales en temas más personalísimos, lo que ha impedido que un proveedor que no regula sus actividades de acuerdo a ley o a su contrato vea impedido su derecho a contratar con el estado alcanzado dicha prohibición a sus miembros, socios, representantes legales, con el fin de no crear nuevas empresas u organizaciones y así burlar al Estado en su calidad de inhabilitados. Señala que la finalidad de todo ello no es restringir la participación del particular en las contrataciones del Estado, por el contrario es comprometer el correcto comportamiento sobre los bienes y fondos públicos.

RESULTADO N° 06

OBJETIVO N° 06	Analizar casos de proveedores sancionados por incumplimiento de obligaciones contractuales en el 2013 que fueron nuevamente contratados por Qali Warma en el 2014.
INDICADORES	<p>¿Cuáles fueron las penalidades aplicadas más comunes en el 2013?</p> <p>¿Cuáles fueron las causales de resolución de contrato más comunes en el 2013?</p> <p>¿En el departamento de La Libertad, cuál fue el índice en penalidades y resoluciones aplicadas a los proveedores?</p> <p>¿Por qué motivos fueron sancionados los proveedores del 2013 contratados en el 2014 por Qali Warma?</p> <p>¿Cuál ha sido el comportamiento de los proveedores sancionados en el 2013 durante su nueva contratación en el 2014?</p>

El Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma establece como sanciones a los proveedores que incumplen clausuras contractuales: penalidades y causales de resolución de contrato, las cuales se aplicaron durante el 2013 y 2014 de acuerdo al siguiente detalle:

Consecuencias incumplimientos contractuales	Años	
	2013	2014
Penalidades	251	146
Resolución de Contrato	104	154
Anulación de Contrato		4
Suspensión de Contrato		1
TOTAL	355	305

En el departamento de La Libertad en el 2013 se aplicó cinco penalidades a proveedores: dos a Consorcio Carranza, dos a consorcio ONDAC S.R.L. y una a consorcio de pequeños productores Chan Chan; mientras que se resolvió el contrato a dos proveedores: Agroindustrias Ancos S.A.C y consorcio conformado por: Asociación De Productores De Cereales De Otuzco, Asociación Agropecuaria El

Olivo. En el año 2014 se aplicó cinco penalidades a los proveedores: Consorcio inversiones comerciales sudamericana SRL, Comercial Super Mix EIRL y Asociación de Productores Agropecuarios y derivados lácteos del Caserío San José de Porcon; Alimentos Funcionales Kaizen EIRL, Consorcio Emma y Consorcio Momentos María Castaña e Industria Natividad Foods EIRL. Resolviéndose el contrato de cinco proveedores: Alimentos Funcionales Kaizen EIRL, Consorcio Emma Zorayda Cayro Castillo - Inversiones Pucara SAC, Consorcio Momentos Maria Castaña e Importaciones, Exportaciones Coemar SAC e Industria natividad FOODS EIRL. Estas penalidades se debieron a las siguientes causales como: Incumplimiento del cronograma de entrega de alimentos, no atención a todas las Instituciones Educativas del distrito durante tres días, incumplimiento en la entrega de un (01) producto de la canasta y retraso en la entrega de productos; mientras que se resolvió el contrato a dos proveedores por superar el 10% en penalidades del monto total contratado, por paralizar la prestación del servicio y por moras o razones distintas al tema de inocuidad.

Así mismo, las causales de penalidades aplicadas y resoluciones de contrato realizadas durante el 2013 y 2014 obedecen a causales como:

PROVEEDORES SANCIONES DURANTE LOS AÑOS 2013-2014 PAEQW	
CAUSALES DE APLICACIÓN DE PENALIDADES	CAUSALES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL
Incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas	Incumplimientos contractuales por causales como: No entrega de raciones en dos o más oportunidades a un mismo centro educativo; - Productos sin registro sanitario (raciones generaron problemas a la salud); Producto sin fecha de vencimiento; - Producto vencido; Productos no aptos para el consumo humano.
Incumplimiento en el cronograma de entrega	Desistimiento con el inicio de la atención.
Retraso en entrega de productos	Renuncia irrevocable.
Entrega de productos incompletos	Planta de producción de raciones no garantizadas.
Entrega de otro tipo de producto	Superación del 10% de penalidades.
incumplimiento contractual (Otros temas)	Paralización de la prestación del servicio.
No inocuidad del producto, no apto para consumo humano (no cumplen con la calidad requerida)	

Por otro lado, se ha logrado verificar que de los proveedores sancionados en el 2013 que fueron nuevamente contratados en el 2014, 19 de ellos fueron sancionados también durante dicho año:

PROVEEDORES SANCIONADOS EN EL 2013 - CONTRATADOS EN EL 2014*	
Comercializadora San Pedro del Oriente	Corporación Virgen del Rosario
Importaciones y Exportaciones Coemar	Laureano Mateo Sara Noemí
Alimentos Andinos del Perú	Buendía Eulate Rufina Estela
Empresa Social de Panificación, Alimentos y Servicios Varios	Ondac SRL
Grupo Hasper	Cubas Llatas Amalia Cristel
Contratistas Generales Congga	Holesund Food
Najarro Castro Holanda	Jonathan Chiri Boga Bravo
Cooperativa Servicios Especiales de las Comunidades Campesinas de Chumbivilcas	Díaz Flores Cristina Marlene
Canahuire Díaz Paulina Urbana	Comercial Asvel
Nutrafoods Perú	Panificadora Maritza
Señor del Prendimiento	Comercializadora y Distribuidora Cesuki
Procesadora de Alimentos Falcani	Inversiones Generales Rosas
Procesadora de Alimentos Las Delicias	Negociaciones Reayla
Consorcio Punta de Lanza	Castro Alvarez Genny
Arellano Gonzales María de los Angeles	Vergara Cuqui Salomon
Vilcahuaman Portada Raul Enzo	García Vargas Jamer Arturo

*Se resalta con rojo aquellos proveedores sancionados nuevamente en el 2014.

Finalmente se tiene que las causales que determinaran la aplicación de sanciones a estos 32 proveedores en el 2013 contratados en el 2014 obedecieron a causales como:

PROVEEDORES SANCIONADOS EN EL 2013 - CONTRATADOS EN EL 2014 (CAUSALES DE SANCIÓN)
Incumplimiento en el cronograma de entrega
Retraso en entrega de productos
Entrega extemporánea de productos
Incumplimiento de características ofrecidas
No entrega de productos

Entrega incompleta de productos
Incumplimiento en la capacitación del Comité
Entrega de productos que siendo inocuos y aptos para consumo humano no se encuentran adecuadamente empacados e identificados
Entrega de productos sin autorización

De ello se determina su reincidencia bajo los mismos supuestos de incumplimientos contractuales.

RESULTADO N° 07

OBJETIVO N° 07	Determinar la necesidad de aplicar sanciones administrativas dentro del proceso de compra de Qali Warma.
INDICADORES	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Debería permitirse la aplicación supletoria de Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el desarrollo del proceso de compra de Qali Warma? • ¿Qué regulaciones en específico que se encuentran en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento podrían incluirse dentro del proceso de compra de Qali Warma? • ¿Cuáles serían los beneficios y/o consecuencias de la aplicación de las sanciones no reguladas? • ¿Cuál sería la diferencia en los resultados obtenidos respecto a la sanción administrativa impuesta a los proveedores de Qali Warma por la Ley de Contrataciones y por las que actualmente tiene el Manual de Compra? • ¿Cuáles serían los posibles resultados al otorgar un protagonismo al OSCE dentro del PAEQW para imponer sanciones administrativas a los proveedores infractores?

Al respecto el Dr. Saúl Cubas Alvarado (Cubas Alvarado, 2014), reitera que la intervención de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es el cuerpo legal idóneo para regular cualquier proceso de contratación pública, salvo sus excepciones expresas , ya que así lo ha demostrado en el transcurso del tiempo.

Entonces, al ser Qali Warma una contratación entre un privado, el Estado y utilizando fondos públicos, es decir, una contratación pública, dicha ley debería aplicarse mínimamente de manera supletoria con el único fin de regular un proceso en todo su contexto, incluyendo la participación del OSCE como supervisor de dicho proceso de compra, ello coadyuvaría específicamente al tema de las sanciones administrativas que Qali Warma no ha previsto dentro de su proceso de compra y que la Ley si prevé de manera amplia y concreta.

Por su parte el Dr. Luis Ames, procurador del MIDIS y el economista Rubén Castañeda, Director Regional de Qali Warma en La Libertad, reiteran su posición en que Qali Warma no es una contratación pública por tanto no debería aplicarse ni supletoriamente la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento, siendo lo correcto el actual proceso de compra que desarrolla el programa de una manera más simple sin impedimentos para aquellos que deseen ser proveedor del Estado.

Dentro de este contexto y en referencia con el tema en mención la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 46 establece que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras, son responsables del cumplimiento de la norma y su Reglamento, señalando en su artículo 48 de la LCE que el contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento. El numeral 51.1 de la LCE regula las infracciones que son sancionables por el Estado, mientras que el numeral 51.2 del artículo 51° de la LCE y el numeral 2 del artículo 237 del RLCE establecen las distintas sanciones que se aplican a los administrados en las contrataciones del Estado, y cuya imposición no constituye impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con Entidades, por lo que deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuvieron suscritos hasta la culminación de los mismos. (Linares, 2009). Así se tiene la Inhabilitación temporal, la cual consiste en la privación, por un periodo determinado de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado (en ningún caso podrá ser menor de 6 meses ni mayor de 3 años); y la Inhabilitación definitiva, la cual consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un periodo de cuatro años a una persona natural o jurídica se le impongan 2 o más sanciones que en conjunto sumen 36 o más meses de inhabilitación

temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor participante, postor o contratista. Por otro lado se tienen las sanciones económicas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la prestación de recursos de apelación que son declarados infundados e improcedentes por la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, y las Multas, como sanción recientemente incorporada a través de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, estableciéndose que la sanción de multa no será menor a 5 % ni mayor al 15 % de la propuesta económica o contrato, según corresponda en favor del OSCE, y únicamente es aplicable a las infracciones

Teniendo en claro el tema de las sanciones administrativas en contrataciones públicas, reguladas por el numeral 51.2 del artículo 51° de la LCE y el numeral 2 del artículo 237 del RLCE, como la Inhabilitación temporal y la Inhabilitación definitiva.

CAPÍTULO 6. DISCUSIONES

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 01

1. A lo largo de los últimos gobiernos que ha tenido el Perú hemos observado como estos han creado programas sociales con el fin de atender las necesidades básicas de alimentación y nutrición de los grupos vulnerables identificados como niñas, niños, personas con tuberculosis, adultos mayores y personas con discapacidad, en situación de riesgo moral y abandono, así como víctimas de violencia familiar y política. Así se han creado el vaso de leche en el gobierno de Fernando Belaunde Terry, el Pronaa en el gobierno de Alberto Fujimori, y el más actual, Qali Warma, como el programa social estrella de Ollanta Humala, quien además enfocó sus proyectos en la creación de Cuna Mas, Juntos, Foncodes y Pensión 65, a quienes agrupó en su denominado Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social - MIDIS, tratando de atender en su conjunto a ese gran sector de peruanos de escasos recursos desde su nacimiento “Cuna Mas” hasta su adultez “Pensión 65”.

Desde su aparición Qali Warma se ha visto confundida con el Pronaa, sin embargo, se dejó en claro que la extinción del mismo se realizó en el 2012 antes de la aparición de Qali Warma, como un programa similar pero mejorado en diversos aspectos. El Pronaa fue un programa social dirigido por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - MIMDES, cuya naturaleza estaba ligada a la alimentación y nutrición de los menores de 12 años de edad, madres gestantes y

lactantes, principalmente en situación de pobreza y extrema pobreza; así como la atención inmediata de las familias y personas damnificadas por los efectos de los desastres naturales o casos fortuitos, creándose dentro de ellos otros sub programas institucionales: Programa Integral de Nutrición (PIN), Programas de complementación alimentaria, Comedores Populares, Hogares – Albergues, Convenios – Adulto en riesgo (MINEM, 2015)

Por su parte Qali Warma fue creado el 31 de mayo de 2012 a través del Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS como programa social del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, con el propósito de brindar un servicio de calidad de acuerdo a los hábitos de consumo local a niños y niñas del nivel de educación inicial y primaria de las instituciones educativas públicas, especificándose que el programa tendría una duración de tres años, luego de las cuales el MIDIS, previa evaluación de impacto, podría proponer su implementación como política pública. Siendo que a través de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el ejercicio fiscal 2013, específicamente en su Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final, se autoriza al MIDIS a través de Qali Warma y Cuna Más a transferir recursos financieros a los comités u organizaciones que se constituyan para proveer los bienes y servicios de los programas en cumplimiento de sus objetivos.

Así nace Qali Warma, a través del Decreto Supremo N° 008-2012-MIDIS en el cual se especifica únicamente sus funciones y objetivos como programa social, apareciendo posteriormente una disposición complementaria de una ley de presupuesto público anunciando quién transferiría recursos financieros para su desarrollo y cumplimiento de sus funciones, haciendo hincapié en la aplicación supletoria de las normas del sector privado, exceptuando tácitamente las normas de derecho público, entiéndase la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, situación que la señala ya expresamente en las disposiciones generales del Manual de Compra.

Qali Warma regula todo su proceso de compra en su denominado Manual de Compra, el cual es considerado como su instrumento normativo, en él se regula la convocatoria, las bases, las propuestas, los resultados, la firma y ejecución del contrato. Así lo ha determinado el MIDIS, de acuerdo a las facultades que le otorga la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, pues a través de ella no solo se autoriza al MIDIS a transferir recursos financieros a los comités de Qali Warma a fin de cumplir sus objetivos, sino

también ordena que sus procedimientos operativos, de compras, de rendición de cuentas y demás disposiciones complementarias, serán establecidas por el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, y supletoriamente, hace la precisión, por las normas del ámbito del sector privado. El Pronaa por el contrario tenía una regulación amplia y expresa no solo de creación y funciones sino que también contaba con una regulación especial de sus “Programas de Complementación Alimentaria” como lo eran los Clubes de Madres, Comedores Populares Autogestionarios y otras Organizaciones Beneficiarias, en las que se incluía sus funciones e incluso aquellas conductas que habían sido reguladas como infracciones y el tratamiento de estas a través de un procedimiento administrativo sancionador.

Las adquisiciones de alimentos que realizaba el Pronaa a diferencia de Qali Warma si se encontraba regulado por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, específicamente aquellos procesos de la Sede Central en Lima, mientras que los procesos de compra que realizaban en provincias se ejecutaban a través de la Ley N° 27060 – Ley que establece la adquisición directa de productos alimenticios del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria, a los productores locales-PRONAA y su Reglamento, Decreto Supremo N° 005-2008-MIMDES. Estos procesos los llevaba a cabo las Comisiones de Adquisición, conformada por el Jefe Zonal de PRONAA, Representante del sector agricultura o pesquería, un representante del Gobierno Regional y un representante del OCI.

Al respecto cabe la interrogante ¿Por qué Qali Warma decidió excluir la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado determinado que ante un vacío normativo deberá aplicarse las normas del sector privado? De la investigación y la información recaba de las entrevistas realizadas se puede concluir que el Estado peruano de su experiencia con el Pronaa ha determinado que el nuevo programa que lo reemplazará debe excluir aquellas deficiencias que se tuvo durante los 22 años que duro el programa, en primer lugar dando un protagonismo a la sociedad civil, quien conforma ahora el Comité de Compra quien tendrá a su cargo la dirección completa del proceso de compra desde la convocatoria hasta la firma del contrato e incluso la supervisión de su ejecución, cumplimiento y aplicación de penalidades, excluir la ley de contrataciones del Estado, su Reglamento y cualquier legislación del régimen público pues la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector

Público para el ejercicio Fiscal 2013, así lo ha determinado. Estos temas conforme lo ha indicado también el Dr. Saul Cubas, obedece a factores e intereses políticos, con la intención de crear un programa social de gran impacto, con una regulación mucho más simple y rápida, excluyendo la supervisión del OSCE en el proceso del proceso compra en Qali Warma, ello amparado en la potestad que se le confiere al Estado de decidir la forma en cómo desea contratar para ver satisfecho los intereses y objetivos de un programa social que se encuentra en evaluación para su determinación como política pública.

Esta exclusión se aprecia expresamente en las disposiciones generales del Manual de Compra en donde se señala que se excluyen dentro del proceso de compra la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado así como la inexistencia de las apelaciones dentro de este proceso, dejando de lado señalar expresamente que con ello se dejó de lado considerar la necesidad de aplicar sanciones administrativas a los proveedores de Qali Warma que incumplan con las cláusulas pactadas en su contrato, ocasionando con ello temas que serán tratados en adelante.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO Nº 02

2. A fin de determinar y entender el desarrollo del proceso de compra y el programa en su totalidad de Qali Warma fue necesario determinar cuál es la naturaleza jurídica del contrato que celebra con sus proveedores.

En ese contexto se debe tener en cuenta en primer lugar quiénes suscriben este contrato. Así se tiene al Comité de Compra, quienes tienen a su cargo todo el proceso de compra, selección de proveedores y firma del contrato, conformado por el Gerente de Desarrollo Social, el Director de la Red de Salud, el Gobernador de la provincia y un representante de los padres de familia de la Institución Educativa Pública beneficiaria (nivel inicial y primario, según corresponda), denominándose a dicha estructura “modelo de cogestión” en el cual se unen miembros de la comunidad civil y representantes del Estado. Del otro lado se encuentran los proveedores, como particulares interesados en proveer al Programa de los alimentos y raciones que necesiten para el cumplimiento de sus funciones y objetivos. Estos proveedores no tendrán que estar acreditados ante el RNP (Registro Nacional de Proveedores del Estado) ni tendrán que acreditar experiencias anteriores o no en contrataciones con el Estado, pueden ser

personas naturales o jurídicas, actuando individualmente o en consorcio. Al respecto se debe precisar que el “modelo de cogestión”, según la doctrina lo ha definido como aquella forma de organización llamada participativa, inspirada en los movimientos cooperativistas de finales del siglo XIX. La cogestión significa intervención en decisiones; supone descentralización, democratización del poder y de los mecanismos de acceder a él; implica capacidad de interlocución, negociación y concertación de todos los actores sociales involucrados.

Para llegar a la cogestión plena, debe pasarse por diferentes niveles de participación, los cuales van preparando el camino en cuanto al modelo de riesgo que se asume cuando una empresa pasa de un esquema tradicional a uno cogestionario.

Se debe comenzar con los comités de participación en los cuales se comparte información y se discute, llegando a conclusiones no vinculantes. En esta etapa se comienza el ejercicio cogestionario sin riesgo para las operaciones, mientras se trabaja participativamente en la adecuación organizacional, de procesos y tecnológicas, que apoyen la entrada a la siguiente etapa en la cual se tiene el derecho a participar en la toma de decisiones, sujeto a un cierto marco normativo adaptado y con delimitación clara de áreas de decisión según las características de cada una de ellas (nuevo modelo de toma de decisiones). Tanto en la selección de los comités y sus miembros, como en su operación, es importante contar con técnicas claras de dinámica de grupos, incorporando figuras de mediación, arbitraje y resolución de conflictos (mientras el sistema madura y se asienta), y tratando de desburocratizar los procesos, pues uno de los valores que se debe obtener de la cogestión es la capacidad de contar con una empresa más ágil que antes de entrar en el proceso. Perpiñá (2006) determina que la participación de los trabajadores en la empresa por medio de la cogestión presenta diversos tipos según el grado de participación, los cuales pueden ser de: a) De información, es el derecho que poseen los trabajadores de ser informado sobre los asuntos de la empresa, b) De consulta, es la posibilidad de hacer sugerencias y dar consejos sin carácter vinculante a la administración de la empresa, c) De veto en las decisiones que tome el empresario y que son contrarias a las sugerencias emitidas por los representantes de los trabajadores, d) De codecisión, es la máxima expresión de cogestión pues le corresponde a la

representación de los trabajadores disponer, resolver y concluir al igual que el empresario sobre las cuestiones técnicas, económicas y/o sociales de la empresa. Al tener en claro que significa y que se entiende por modelo de cogestión el cual ha sido implementado en el desarrollo y dirección de Qali Warma, es importante determinar la naturaleza jurídica del Comité de Compra, el cual como se indicó está conformada por representantes del Estado y representantes de la Sociedad Civil. Para comprender esto el siguiente cuadro:

MIEMBRO DEL COMITÉ	REPRESENTANTE
Gerente de Desarrollo Social o quien haga sus veces.	Funcionario Público (Representante del Estado)
Director de la Red de Salud, o a quien éste delegue.	Funcionario Público (Representante del Estado)
Gobernador de la provincia o distrito que cuente con el mayor número de Instituciones Educativas Públicas en el ámbito del Comité de Compra.	Funcionario Público (Representante del Estado)
Un (1) representante de los padres de familia del nivel primario de la Institución Educativa Pública en el ámbito de Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma.	Representante de la sociedad civil.
Un (1) representante de los padres de familia del nivel inicial de la Institución Educativa Pública en el ámbito del Comité de Compra, que cuente con mayor número de usuarios del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma	Representante de la sociedad civil

El Manual de Compra establece que el Comité tiene a su cargo todo el proceso de compra desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato y la supervisión de su cumplimiento, sin embargo es el mismo Manual se señala que es el Presidente del Comité, el Gerente de Desarrollo Social, quien suscribe el contrato con los proveedores en representación del Comité y actúa además como representante legal del mismo, siendo el Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma quien dará conformidad con la firma de cada contrato celebrado. De ello se concluye que si bien es cierto existe una cogestión (participación conjunta) en un proceso de compra entre representantes del Estado y la sociedad civil (padres de familia), es finalmente el funcionario público como representante de la Gerencia de Desarrollo Social quien suscribe el mismo, por lo que se entendería se trata de un contrato público pues no se puede negar que un contrato entre un representante del Estado y un privado además de utilizar fondos públicos y bajo la supervisión de otro funcionario público (Jefe de la Unidad Territorial de Qali Warma) sea un contrato entre privados.

Siendo esto así se entiende que estaríamos hablando de una contratación netamente pública, considerando entre los puntos antes señalados, porque se realiza para el cumplimiento de los objetivos del Estado en el marco de uno de sus programas sociales, en donde se tiene al Estado, detrás de una figura denominada cogestión, un particular y con uso de fondos públicos; sin embargo, al comparar este análisis con las respuestas que los representantes de Qali Warma brindan, se tienen definiciones y conclusiones totalmente opuestas, pues tanto para el representante del MIDIS como del mismo Programa de Qali Warma, ésta es una contratación entre privados pues el comité de compra no puede ser entendida como el Estado, aun cuando se tiene muy pocos argumentos para fundamentar esto, más aún cuando se habla de la utilización de fondos públicos.

Al respecto la Constitución Política de 1993 señala también en su artículo 76°

Que las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contratación y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes, lo cual supone la aplicación de políticas públicas que deberá obligatoriamente seguirse bajo procedimientos contractuales de naturaleza especialmente regidos por normas de orden público, ello implica entonces la existencia de un régimen jurídico especial de naturaleza pública.

Finalmente se debe considerar que los intereses de Qali Warma son netamente públicos pues se busca la satisfacción directa e inmediata de una necesidad colectiva o de interés general (niños y niñas de nivel inicial y primario de las instituciones educativas públicas), diferencia sustancial con los contratos regidos por el derecho privado, en los que se busca satisfacer intereses privados.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 03

3. El Manual de Compra como ya se ha indicado a lo largo de la investigación, es considerado en Qali Warma como el instrumento normativo que regula todo su proceso, desde su inicio como aspectos generales hasta la ejecución e incluso supervisión del cumplimiento del contrato celebrado entre el Comité y los proveedores. Así se tiene que cuando se verifique el incumplimiento de una situación prevista como obligación del proveedor respecto a la entrega a la elaboración de los productos, la entrega de los mismos e incluso de la documentación que se requiere y no presente, la Unidad Territorial de Qali Warma tiene la facultad de aplicar penalidades sin perjuicio de que estas conlleven a la resolución de los contratos e incluso, según se señala en mismo manual, a la continuación de las acciones legales que correspondan. Para esto Qali Warma ha fijado una lista de penalidades aplicables a los proveedores con sus respectivos importes de acuerdo al porcentaje que se le otorgue de la totalidad de su contrato. Por otro lado el Manual de Compra fija también las causales de resolución de contrato, encontrando dentro de ellas situaciones y comportamientos más gravosas que podrían poner en riesgo la salud y vida de los beneficiarios del programa, la entrega injustificada de los productos o raciones, entre otras circunstancias.

Sin embargo, es necesario precisar que realizada la presente investigación se ha podido determinar que ellas no se considerarían como sanciones administrativas, sino únicamente como situaciones que se fijan ante el incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales, mas no denominarlas meramente sanciones pues no son imposiciones de carácter represivo que evidencien una situación de poder sobre los proveedores. Se ha determinado además que la inexistencia de sanciones en el proceso de Qali Warma permitiría la reincidencia en el incumplimiento de un proveedor sobre sus obligaciones contractuales sin que esto

genere una sanción razonable y proporcional que limite su participación en cualquier otra contratación pública. Este hecho refuerza el sustento de la necesidad que tiene Qali Warma de regular un procedimiento sancionador, teniendo en claro en primer lugar que la naturaleza del contrato que se celebra constituye una contratación pública, pues como se explicó en la discusión del resultado N° 01 las partes intervinientes proveedor y Comité de Compra (representante del Estado), utilización de fondos públicos y finalidad del programa (intereses públicos) determinan la naturaleza del mismo como contrato administrativo porque existe la necesidad de que el Estado haga uso del poder y la facultad que la norma le confiere de sancionar ante el incumplimiento de ciertas conductas tipificadas como infracciones administrativas.

Los entrevistados al respecto brindaron diversas opiniones. El Dr. Luis Ames Peralta como representante del MIDIS y el Economista Rubén Castañeda, como representante de Qali Warma comparten su opinión en que no se podrá hablar de sanciones administrativas bajo su concepto de que Qali Warma no es una contratación pública, por ende no corresponde hablar de administración.

Opinión que no es compartida pues como se expuso el contrato que celebra Qali Warma sí tiene elementos propios de una contratación pública.

Esta falta de regulación de sanciones ha generado que durante los años 2013 y 2014 existan 660 proveedores sancionados a través de la resolución, suspensión y anulación de sus contratos, así como la aplicación de penalidades, siendo las más concurrentes en estos dos años de funcionamiento del programa las siguientes:

CAUSALES DE PENALIDADES MAS COMUNES APLICADAS– PROVEEDORES 2013 - 2014 PAEQW
Incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas
Incumplimiento en el cronograma de entrega
Retraso en entrega de productos
Entrega de productos incompletos
Entrega de otro tipo de producto al pactado
Incumplimiento contractual (otros temas)
No inocuidad del producto, no apto para consumo humano (no cumplen con la calidad requerida)

Mientras que las causales que originaron la resolución de sus contratos fueron:

CAUSALES DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO MAS COMUNES – PROVEEDORES 2013 - 2014 PAEQW
<p>Incumplimientos contractuales por causales como:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No entrega de raciones en dos o más oportunidades a un mismo centro educativo. - Productos sin registro sanitario (raciones generaron problemas a la salud). - Producto sin fecha de vencimiento. - Producto vencido. - Productos no aptos para el consumo humano.
Desistimiento con el inicio de la atención.
Renuncia irrevocable.
Planta de producción de raciones no garantizadas.
Superación del 10% de penalidades.
Paralización de la prestación del servicio.

Ahora, analizando la gravedad de las causas por las que se aplicó penalidades y se resolvió contratos durante los años 2013 – 2014 se tiene incluso entrega de productos que han puesto en riesgo la vida de niños (no aptos para consumo humano y productos sin registro sanitario), los mismos que han sido entregados a niños en las edades más vulnerables de 03 a 10 años. Al respecto Qali Warma ha fijado penalidades netamente económicas que no son dirigidas para cubrir los daños directamente ocasionados e incluso logrando resolver el contrato. Sin embargo esto considero afecta el principio de razonabilidad establecido en el artículo 230 inciso 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que la Administración a través de la Dirección del Programa al no regular un procedimiento sancionador para aquellos proveedores que cometen conductas tipificadas como infracciones, no coadyuva a que estos consideren que el no cumplir con las disposiciones (condiciones y cláusulas contractuales) resulten más ventajosas que una mera penalidad ya que no existe la mínima amenaza de una sanción administrativa.

Así esta falta de regulación de sanciones administrativas ha originado que los incumplimientos se presenten en más de una oportunidad por los mismos proveedores poniendo en riesgo no solo la imagen, desarrollo y continuidad del programa social, sino también el riesgo de la salud de los niños y niñas beneficiarios del mismo, pues a lo largo del programa han sido diversos medios de comunicación (radio, televisión y prensa escrita) lo que han mostrado a la ciudadanía las fallas más frecuentes de Qali Warma.

Se debe resaltar dentro de este tema la intensión no tan bien formulada que tuvo Qali Warma en el Proceso de Compra del 2014 al incorporar el tema del puntaje negativo que se le otorgaría a los proveedores que acumulen ciertos puntos por penalidades y otras circunstancias que otorgarían hasta un máximo de 40 puntos menos en la evaluación técnica durante su proceso de evaluación, pues aun cuando se le otorgase todo el puntaje negativo (40 puntos) lograrían pasar a la evaluación económica (siguiente paso) pues para estar en ella se requiere únicamente que el postor en la evaluación técnica haya tenido un puntaje mínimo de 60 puntos; aspecto que en nada ha ayudado a la mejorar en el comportamiento de los proveedores para el desarrollo del 2014 y lo que va del 2015. Finalmente se debe agregar que tampoco considero a dicha medida como razonable para aquellos proveedores que incumplen con las condiciones de su contrato, deduciendo que ello tampoco constituye una sanción administrativa.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 04

- 4.- La potestad sancionadora es entendida como aquella situación de poder que el ordenamiento jurídico le otorga al Estado a fin de que la administración pueda imponer conducta de castigo a terceros, que podrían no ser ventajosas, ello ante al incumplimiento de ciertas normas a seguir, las mismas que se encuentran expresamente señaladas, determinando una aplicación necesaria con el fin de excluir una aplicación e intervención del Derecho Penal. Así se puede entender que la finalidad de la potestad sancionadora del Estado es la de actuar como un mecanismo de control social de una manera mucho más benigna, exceptuando en todo momento la privación de la libertad.

Analizando los fundamentos de la potestad sancionadora del Estado se encontró que esta se distingue en cuatro grupos, la primera de ellas, el fundamento

filosófico, el cual se enfoca desde dos ángulos: el derecho positivo y el derecho natural, entendiéndose respecto al primero que quien legisla debe tener también la facultad para sancionar por cuanto es quien mejor conoce las consecuencias y medidas a adoptar ante el incumplimiento de lo que legisla; mientras que respecto al derecho natural se tiene que el castigo no solo puede basarse en buscar un interés común o público, sino también en la conciencia social que puede generarse sobre ella, la cual va de la mano con la conciencia humana que no permitirá que la sanción aplicada sea tan gravosa para el administrado, buscando únicamente crear una conciencia de la consecuencias de sus infracciones y generar sobre él y al mismo tiempo, el análisis de no volver a realizarlo. Por otro lado se tiene al fundamento jurídico, el cual se basa únicamente en el principio de legalidad que no permitirá que nada se juzgue, se sancione o se condene sin que no exista una legislación que la regule previamente. Por su parte el fundamento histórico y social corresponde a la propia historia del Derecho la cual le ha dado un desarrollo a la conceptualización de la potestad sancionadora del Estado. Finalmente se tiene a la fundamentación técnica la cual se entiende únicamente como el poder administrativo de supremacía que el propio ordenamiento jurídico le confiere, en su calidad de Estado.

Las sanciones administrativas como medidas adoptadas ante el cumplimiento de procedimientos ordenados por la Administración han sido clasificadas por su finalidad, por su contenido y por el ordenamiento administrativo, encontrándose dentro de las primeras aquellas que buscan salvaguardar los intereses propios de una organización, afectando de esa manera únicamente a sus miembros y aquellas que por el contrario buscan salvaguardar intereses y regulaciones de carácter general que pueden afectar a un determinado grupo social. Por el contenido de la sanción, aquellas que son dirigidas a sujetos en específicos con norma y regulación expresa, y aquellas que se materializan a través de una multa, un decomiso, confiscación o cierre de local. Y de acuerdo al ordenamiento administrativo, las cuales fijan sanciones en sentido estricto, conocidas como sanciones principales, reforzadas de sanciones accesorias como complemento represivo de las primeras.

Finalmente se debe precisar que la potestad sancionadora del Estado ha ido fijando sus bases sobre los que sustentan su actuación, inicialmente por el tan mencionado Principio de Legalidad, encontrando también el Principio de Reserva Legal, Tipicidad, Culpabilidad, Oficiosidad, Imparcialidad, Informalismo, Debido

Proceso, Inocencia, “In dubio pro homine”, Non Bis In Ídem y De verdad real o material; principios que parecen nunca haber sido considerados en la emisión de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 – Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013, la cual deja cerrada cualquier posibilidad de considerar a la Administración Pública como el encargado de dirigir el procedimiento sancionador ante el incumplimiento de las determinaciones fijadas a través de Qali Warma.

Potestad sancionadora que resulta sumamente importante incluir dentro del desarrollo del programa social Qali Warma, después de entender a ella como una contratación pública.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 05

- 5.- Al investigar la naturaleza jurídica del contrato que celebra Qali Warma en sus procesos de compra para la adquisición de sus raciones y productos, se logra entender que ello corresponde a una contratación pública pues uno de los miembros y partes del contrato es el Estado, se utiliza fondos públicos y el objetivo del programa tiene un interés público. Teniendo en claro dicha situación es necesario traer a colación la regulación que al respecto se tiene sobre contrataciones públicas y en específico las sanciones administrativas con las que se cuenta. Así nos remitimos a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 50° de la LCE y el artículo 225, 226 y 227 del RLCE establecen las distintas sanciones que se aplican a los administrados en las contrataciones del Estado, las cuales detallan las características de la Inhabilitación temporal que va desde tres (2) a sesenta (60) meses de privación a participar en procesos públicos, inhabilitación definitiva y la recientemente incorporada sanción de multa como aquella obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor del quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato. Si bien estas sanciones son drásticas se debe considerar que ellas buscarían generar una mayor responsabilidad sobre los proveedores de Qali Warma, pues además de estar constantemente supervisados, podrían ser sancionados, además de las penalidades que ya se les aplica, según se establezca en su contrato. Esto lograría que sean concientizados en guiar sus procesos de contratación y ejecución y no poner en riesgo su carrera al continuar siendo proveedores del Estado.

Opinión que es compartida por el Dr. Saul Cubas como funcionario público del OSCE pues como organismo supervisor de las contrataciones del Estado conocen y la experiencia del tiempo lo ha determinado que ante estos impedimentos el proveedor buscar ocupar un nombre y confianza en el Estado, no solo para los procesos que traería consigo Qali Warma sino para cualquier otro proceso en el que el Estado es parte, generando conciencia y mayor responsabilidad sobre Qali Warma.

Tema aparte, de la investigación realizada, se plantea también la creación de un capítulo de procedimiento sancionador en la legislación de Qali Warma que regule no solo las conductas tipificadas como infracciones sino también las consecuencias de estas, la aplicación y el proceso que se llevaría a cabo para ello; así como se ha regulado en el artículo 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado las reglas durante el procedimiento sancionador. Sin embargo, la creación de este capítulo traería de la mano el cambio de la perspectiva de la naturaleza del contrato que se celebra en Qali Warma, aceptando y definiendo expresamente que es una contratación pública y así considerar la legislación ya existente en materia de sanciones administrativas en contratación pública de manera supletoria y complementaria ante algún vacío que pueda existir.

Se ha visto que los beneficiarios del programa es un sector muy vulnerable del país el cual se encuentra desprotegido por el mismo Estado quien ofrece y poner a su disposición este programa, el mismo que con urgencia debería regular su procedimiento sancionador.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 06

- 6.- Al analizar el Manual de Compra de Qali Warma, el cual constituye el instrumento normativo que regula en su totalidad el proceso de compra, se ha determinado que ante el incumplimiento por parte de los proveedores de sus obligaciones contractuales se tiene fijadas penalidades bajo causales enumeradas en un cuadro que divide servicio de raciones preparadas y provisión de productos (ambas respecto a entrega de raciones, calidad de raciones y otras causales). Además de ellas se fijan también causales de resolución del contrato, establecidas en el numeral VI.7 del mencionado Manual.

Así durante el desarrollo del primer año de Qali Warma (2013) se detectó 355 incumplimientos de obligaciones pactadas mientras que en (2014) se tuvo 305 incumplimientos, originando con ello:

2013	2014
251 penalidades	146 penalidades
104 resoluciones de contrato	154 resoluciones de contrato
	01 anulación de contrato
	01 suspensión de contrato
355	302

Se logró determinar que las causales de penalidades aplicadas durante los dos primeros años de Qali Warma fueron por

- Incumplimiento en las características y condiciones ofrecidas.
- Incumplimiento en el cronograma de entrega.
- Retraso en entrega de productos.
- Entrega de productos incompletos.
- Entrega de otro tipo de producto
- Incumplimiento contractual, no inocuidad del producto, no apto para consumo humano.

Las más comunes son aquellas referidas a características y condiciones ofrecidas y el retraso en entrega de productos. Situaciones que deben ser consideradas como graves pues entregar un producto bajo otras características a las pactadas, las cuales han pasado por un proceso de selección de recetas nutritivas, la entrega incompleta de productos, que determina la alimentación incompleta de un menor sobre el cual se espera brindar un desayuno nutritivo y consistente; y la entrega de productos y alimentos no aptos para el consumo humano, acarrear situaciones gravísimas que ponen en riesgo la salud de un grupo de niños, por acciones y falta de medidas correctivas y sanciones que su propio Estado no ha previsto.

Por otro lado, existieron también causales de resolución de contrato durante este mismo periodo (2013 – 2014) por incumplimientos contractuales como:

- Incumplimiento con la entrega de raciones en dos o más oportunidades a un mismo centro educativo.
- Productos sin registro sanitario.
- Raciones que generaron problemas a la salud.
- Producto sin fecha de vencimiento.
- Producto vencido.
- Productos no aptos para el consumo humano.
- Desistimiento con el inicio de la atención.
- Renuncia irrevocable.
- Planta de producción de raciones no garantizadas.
- Superación del 10% de penalidades y paralización de la prestación del servicio.

Con estas cifras se logró determinar que las fallas de los proveedores en el 2013 no fueron enmendadas, por el contrario en el 2014 continuaron los incumplimientos bajo las mismas causales, entendiéndose así que no existe ningún impedimento o castigo proporcional para los proveedores que incumplen con las condiciones de su contrato, lo que les permite año tras año participar nuevamente de los procesos de contratación con Qali Warma, sin ni siquiera servir como un referencial la actuación, responsabilidad y cumplimiento que han mantenido durante el año anterior. Prueba de ello son los 32 proveedores que aun sancionados (algunos de ellos por temas gravísimos) durante el año 2013, fueron contratados sin problema alguno en el 2014, empeorando por el contrario su trabajo durante ese año pues se constató de la presente investigación que 19 de ellos fueron sancionados nuevamente en este periodo, algunos de ellos en consorcio con otras empresas y otros bajo la misma empresa.

Se determina con ello la reincidencia de los proveedores bajo los mismos supuestos de incumplimientos contractuales, evidenciando una vez más la necesidad de aplicar sanciones más proporcionales a sus infracciones e incumplimientos, evidenciando además una falta bastante notoria de la potestad de la administración para enfrentar estas situaciones sin considerar la población beneficiaria y el riesgo latente al cual han expuesto durante estos tres años del programa.

Sin embargo, dichas deficiencias no son subsanadas con el pasar del tiempo y con la experiencia que va adquiriendo Qali Warma en este tiempo, pues el Manual de Compras de 2016 no trae consigo nuevos aportes en este tema, existiendo un riesgo latente respecto a la presencia de este tipo de circunstancias durante la ejecución del contrato Qali Warma sin que los proveedores tengan un procedimiento sancionador al respecto, apreciando una ausencia total de proporcionalidad entre el comportamiento del proveedor y las acciones que adopta el Estado al respecto, pese a sus facultades y potestades sancionadoras que posee.

DISCUSIÓN DEL RESULTADO N° 07

7.- Al haber analizado la experiencia en el comportamiento de los proveedores de Qali Warma durante los tres primeros años de su aplicación, se determina una necesidad inmediata de implementar sanciones administrativas proporcionales con las infracciones de los proveedores que coadyuvan a la mejora y crecimiento del programa, a incrementar el nivel de satisfacción de sus destinatarios, siendo importante en primer lugar entender y concertar sobre la naturaleza jurídica del contrato en Qali Warma para así tomar las medidas correctivas, sancionadoras y reparadoras necesarias.

En nuestro país la ley madre de las contrataciones públicas lo es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, la cual por sus años de aplicación y experiencia, teniendo en cuenta sus recientes modificatorias en aras de mejorar la regulación de la contratación pública, sería el cuerpo legal más idóneo para regular el proceso de compra en Qali Warma, cediendo su aplicación en el mejor de los casos de manera supletoria y no por el contrario como se viene haciendo actualmente, excluyéndola expresamente, ello a fin de llenar aquellos vacíos que el Manual de Compra no ha regulado.

Paralelo a ello se ve la necesidad de que Qali Warma cuente con un procedimiento sancionador debidamente regulado, sin embargo como se repite ello iniciaría aceptando la naturaleza jurídica de su contrato como público. Con esto se buscaría generar un programa social mejor estructurado, el cual puede convertirse en política pública y asegurar su permanencia y constante mejora en nuestro país, cambiando de ese manera la idea que se tiene respecto a Qali Warma como un programa bandera de un gobierno de turno que busca solo

generar ingresos económicos, sin trascender sobre él, considerándolo como un gran propuesta que aún tiene deficiencias y que debería estudiarse a fin de ir mejorándolo.

Finalmente, se entiende que al aplicar la Ley de Contrataciones del Estado se le daría incluso una intervención al OSCE, el cual por su experiencia podría brindar grandes aportes al programa, pues existiría un proceso sancionador debidamente regulado, adaptado en sus plazos y necesidades, agregando a ello una constante fiscalización a los proveedores considerados en términos generales como proveedores del Estado.

CONCLUSIONES

1. La octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 aplicado al proceso de compra de Qali Warma afecta la potestad sancionadora del Estado al no permitir la aplicación supletoria de la Ley de contrataciones del estado y su reglamento, pues el Manual de Compra no regula sanciones administrativas proporcionales con las infracciones cometidas por los proveedores.
2. Las causas que determinaron la aprobación de la Octogésima Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 29951- Ley del Presupuesto del Sector Público para el Ejercicio Fiscal 2013 obedecen a intereses políticos propios del Gobierno de turno, a fin de excluir la fiscalización del OSCE en el proceso de compra en Qali Warma, así como la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. Se determinó que el contrato celebrado entre proveedores y el Comité de Compra dentro de Qali Warma tiene la naturaleza de una contratación pública, al ser una de las partes integrantes el Estado, bajo el análisis de cada uno de los integrantes del Comité de Compra; se verifica la utilización de fondos públicos y se tiene como objetivo un interés público.
4. El Manual de Compra dentro de Qali Warma no regula sanciones administrativas a los proveedores que incumplen cláusulas contractuales, regulando únicamente penalidades netamente económicas y causales de resolución del contrato, las cuales no tienen proporcionalidad con las infracciones cometidas por los proveedores.
5. La potestad sancionadora del Estado se determina como aquella facultad otorgada por el ordenamiento jurídico que tiene el Estado a fin de imponer sanciones a terceros, las mismas que son calificadas como infracciones por el propio ordenamiento jurídico y que no se consideran suficientemente graves para tipificarlas penalmente.

6. Las sanciones administrativas que regula la legislación peruana a través de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son: la multa, la inhabilitación temporal y la inhabilitación definitiva, las mismas que impiden que proveedores ante incumplimiento de cláusulas contractuales (severas o graves) vuelva a contratar con el Estado, resultando estas más eficientes ante las infracciones cometidas por los proveedores.
7. Al no existir sanciones administrativas proporcionales a las infracciones cometidas por los proveedores dentro del proceso de compra de Qali Warma, 32 de los proveedores sancionados en el 2013 por causas graves, fueron contratados nuevamente en el 2014, poniendo en riesgo la continuación y desarrollo de Qali Warma y el bienestar de los beneficiarios.
8. Se determina la necesidad de regular y aplicar sanciones administrativas dentro del proceso de compra de Qali Warma a aquellos proveedores que incumplen con cláusulas contractuales graves ya que no existe proporcionalidad entre las infracciones y las actuales sanciones, entendiéndose a ellas como penalidades y causales de resolución de contrato; situaciones que ponen en riesgo la salud de un sector tan vulnerable como sus beneficiarios y la continuación de este programa social.

RECOMENDACIONES

Determinando la importancia y trascendencia del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma en el Perú, se refleja la necesidad de regular correctamente su proceso de compra y de esta manera la aplicación de sanciones administrativas proporcionales a las infracciones que sus proveedores cometen respecto al incumplimiento de cláusulas contractuales, optando para ello cualquiera de las dos opciones:

1. Regulación de un procedimiento sancionador a través de una Ley especial, el cual empezará por aceptar su calidad de contratación pública, incluyendo la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado.
2. Aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento en el proceso de compra de Qali Warma, considerándola como una contratación pública, ello debido a su experiencia y evolución que vienen presentando estas normas en el transcurso del tiempo.

BIBLIOGRAFIA

- 117 juristas del país. (2005). *La Constitución comentada*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Cubas Alvarado, S. (27 de Noviembre de 2014). (C. R. Namoc, Entrevistador)
- Danós, J., Morón, J., Martín, R., Espinoza Saldaña, E., Tirado, J., Guzmán, C., . . . Ochoa, C. (2003). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 - Segunda Parte*. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Tenis .
- Guzmán Napurí, C. (2011). *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.
- Jurídica, A. (2014). Aspectos relevantes de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado. *Actualidad Jurídica*, 47.
- Lopez, K. V. (2005). *92 Principios del Procedimiento Administrativo Sancionadora*.
- Lovatón, J. L. (2007). *La Potestad Sancionadora Administrativa y su ineficacia en el sector educación*. Trujillo: Impresión Multigráfica Burgos E.I.R.L.
- Napurí, C. G. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Pacifico Editores .
- Vásquez, K. J. (2013). *Derecho Procedimental Administrativo*. Lima: Ffecaat Editorial.
- Chavez, R. S. (s.f.). *Revista de Derecho y Sociedad - PUCP*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/item/24339/el-concepto-y-los-factores-de-los-contratos-de-la-administracion-publica-como-referentes-necesarios-para-el-desarrollo-del-sistema-de-contratacion-en-el-per>
- Comercio, D. E. (24 de Febrero de 2014). *Diario El Comercio*. Recuperado el 03 de Agosto de 2014, de http://elcomercio.pe/lima/sucesos/qali-warma-contratos-no-impiden-que-empresas-reciban-sanciones-noticia-1711785?ref=nota_peru&ft=mod_lear_tambien&e=titulo

Comercio, E. (s.f.). *El Comercio*. Obtenido de <http://elcomercio.pe/peru/lima/qali-warma-volvio-contratar-32-proveedores-sancionados>

Lima, C. d. (2013). *Diplomado de Derecho Admnsitrativo*. Obtenido de http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad_sanci.pdf

Linares, E. R. (2009). *Contrataciones y Adquisiciones del Estado Normas de Control*. Lima: Jurista Editores.

MIDIS. (06 de 04 de 2015). *MIDIS*. Obtenido de <http://www.midis.gob.pe/index.php/es/pronaa>

MINEM. (05 de 04 de 2015). *MINEM*. Obtenido de <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/PRONAA.pdf>

OSCE. (Abril de 2009). *Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano*. Obtenido de http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas%20contrataciones%20publicas.pdf

OSCE. (Abril de 2009). *Plan Estratégico de Contrataciones Públicas del Estado Peruano*. Recuperado el 04 de Agosto de 2014, de http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/Plan_Estrategico_delas%20contrataciones%20publicas.pdf

OSCE. (09 de Enero de 2016). *OSCE*. Obtenido de http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/ley/CuadroComparativo_Ley_con_Ley%2030225-Julio-2014.pdf

OSCE. (s.f.). *Introducción a la Contratación Estatal*. Obtenido de www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m1.doc

OSCE. (s.f.). *OSCE*. Obtenido de *Objetivos Estratégicos y Funciones*: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/objetivos-estrategicos-y-funciones>

Warma, P. d. (24 de enero de 2013). *Programa de Alimentación Escolar Qali Warma*. Obtenido de <http://www.qw.gob.pe/wp-content/uploads/2013/03/Manual-de-Compras.pdf>

Warma, P. d. (19 de Diciembre de 2013). *Qali Warma*. Obtenido de http://www.qw.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/Manual_de_Compra_Final.pdf

Warma, P. N. (jueves 31 de Mayo de 2013). *Manual para el Proveedor del Servicio de Alimentación Escolar del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*. Lima.

Warma, P. N. (2014). *Manual de Compras del Modelo de Cogestión para la Atención del Servicio Alimentario del Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*. Lima.

Warma, P. N. (s.f.). *Programa Nacional de Alimentación Escolar Qali Warma*. Obtenido de http://www.qw.gob.pe/?page_id=74

Warma, Q. (Marzo de 2014). *Proceso de Compra Qali Warma 2014*. Obtenido de <http://compras.qw.gob.pe/siscom2014>

Warma, Q. (s.f.). *Qali Warma*. Obtenido de http://www.qw.gob.pe/?page_id=4096

Castañeda, R. (26 de Noviembre de 2014). (C. R. Namoc, Entrevistador)

Peralta, L. A. (29 de Noviembre de 2014). (C. R. Namoc, Entrevistador)