

## PYMES: BENEFICIOS EN LA ACTUAL NORMATIVA DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

Dra. Patricia Wadsworth Zárate  
Abogada, egresada de la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Especializada en Derecho Administrativo y Comercio Exterior

### 1.- INTRODUCCIÓN

En el mensaje del 28 de julio del presente año, el Presidente de la República ha señalado, como uno de los propósitos del gobierno, convertir al Estado en el principal socio de los productores nacionales, en especial de la micro, la pequeña y la mediana empresa. Para estos efectos, anunció la creación del Programa de Compras Estatales, que, bajo los principios de calidad, oportunidad y precio, dinamizará la adquisición por parte del Estado de los productos agrícolas y manufacturados por los productores nacionales. Es por ello que hoy cobra importancia, acercarnos al marco legal que regulan a las pequeñas y microempresas a fin de divulgar los mecanismos de fomento a las adquisiciones y contrataciones que realizan las PYMES (Pequeña y Microempresas).

### 2.- CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE PEQUEÑA Y MICROEMPRESA

Comenzaremos por definir qué se entiende por una pequeña y microempresa. Así se entiende por pequeña y microempresa, *«aquella unidad económica que opera una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que desarrolla actividades de extracción, transformación, producción y comercialización de bienes o prestación de servicios, dentro de los parámetros establecidos en el Reglamento de la presente ley»*.<sup>1</sup> La indicada comercialización de bienes, prestación de servicios, extracción, transformación y producción puede ser **industrial o artesanal**.<sup>2</sup>

Adicionalmente, las características generales y sectoriales que definen a las PYMES han sido establecidas por los artículos 9°, 10° y 55° del Reglamento de la Ley General de la Pequeña y Microempresa, disposiciones que señalan el número total máximo de trabajadores (características generales) así como el valor total anual máximo de ventas (características sectoriales) que deben tener ambos tipos de empresa, los mismos que no deben exceder de diez (10) personas y de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente, para el caso de la microempresa, ni de cuarenta (40) personas y doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, respectivamente, para el caso de la pequeña empresa.

De otro lado, la Constitución Política vigente determina en el último párrafo de su artículo 59° que el Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Sobre este punto, ENRIQUE BERNALES<sup>3</sup> manifiesta que la existencia de desigualdades entre las empresas a la larga puede conducir a que los esfuerzos de sus empresarios se vean frustrados no por falta de calidad o de trabajo, sino por razón de la operación misma del mercado y de los otros agentes. Para compensar estas desigualdades es que el Estado debe comprometer su actividad de promoción de los menos favorecidos, pretendiéndose que el Estado actúe positivamente, dando facilidades para que quienes tienen las desigualdades, las compensen y puedan actuar en razonable igualdad de condiciones dentro de los mercados en los que les toque operar, cobrando

<sup>1</sup> Definición contenida en el artículo 2 de la Ley General de la Pequeña y Microempresa, Ley N° 27268.

<sup>2</sup> Artículo 8° del Decreto Supremo N° 030-2000-ITINCI, Reglamento de la Ley General de la Pequeña y Micro

<sup>3</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. **“La Constitución de 1993 – Análisis Comparado”**. Quinta Edición. Lima: Editora Rao S.R.L., 1999. Pag. 356

especial importancia las pequeñas empresas, porque no sólo son una vía de otorgamiento de trabajo a gran escala, sino que también son un mecanismo por el cual la iniciativa privada libre puede expresarse tal vez con mayor posibilidad en todo el universo social.

### **3.- PYMES Y CONTRATACIÓN ESTATAL**

#### **3.1 BENEFICIO DEL DESEMPATE A FAVOR DE LAS PYMES**

De igual manera, para el caso de la normativa sobre contratación estatal, el inciso a) del artículo 73° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, en adelante el Reglamento, ha establecido que, en el supuesto excepcional en el que dos (2) o más propuestas empaten, la Buena Pro se otorgará *“con preferencia a favor de las pequeñas y/o microempresas ganadoras, de conformidad con la Ley N° 27268”*.

Nótese que el beneficio establecido por la referida norma ha sido limitado a las referidas empresas sin establecerse a qué modalidades de contratación estatal en particular se aplica y a cuáles no. Corresponde entonces precisar si tal beneficio se aplica a todas las modalidades de contratación estatal reguladas por el Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, en adelante la Ley, y el Reglamento, con exclusión de la contratación de obras, o si también se aplica a la contratación de obras.

Una interpretación asume que el privilegio a favor de las PYMES de ser preferidas en caso de empate en un proceso de contratación, proviene de la Ley de las PYMES y su Reglamento, por expresa remisión que hace el artículo 73° del Reglamento. En ese sentido, el privilegio se aplica a las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, excluyendo a los contratos de obra, sin distinguir que según la Ley existen diversas categorías de contratos y que no todas están incluidas en el privilegio antes mencionado. Así, el Reglamento describe las categorías jurídicas que sólo son aplicables a los procesos de contratación con el Estado, es decir aplicables a la contratación pública y por lo tanto no deben ser interpretados a la luz de los contratos del derecho privado. En efecto, en el Código Civil vigente, el contrato de obra y la locación de servicios son modalidades de la prestación de servicios, conforme a lo dispuesto por el artículo 1746° del Código Civil. Sin embargo, según los artículos 60° al 64° del Reglamento, éstos contratos pertenecen a distintas categorías: los contratos de contratación de bienes y suministros, los contratos de servicios en general, los contratos de servicios de consultoría, los contratos de seguros y los contratos de obra. Cada uno de ellos con su propio tratamiento, tanto en lo que corresponde a requisitos para la presentación de la propuesta de ofertas como en la calificación. En consecuencia, esta modalidades contractuales no pueden ser agrupadas en el conjunto *prestación de servicios*, como si ocurre en el Derecho Privado y por tanto, el beneficio del desempate a favor de las PYMES se aplica sólo a los contratos de adquisición de bienes y prestación de servicios, con exclusión de los contratos de obra.

Otra interpretación desconoce que el beneficio del desempate a favor de las PYMES se circunscriba sólo a favor del contrato de adquisición de bienes y servicios e interpreta que se aplica también al contrato de obra. En efecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 18° de la Ley N° 27268, Ley General de la Pequeña y Microempresa, *«las PYMES participan en las contrataciones y adquisiciones del Estado, de acuerdo con la normatividad vigente. En las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios, las entidades del Estado prefieren, en condiciones de similar precio, calidad y capacidad de suministro, aquellos producidos o prestados por la pequeña y microempresa nacional»*.

Esta norma indica que la participación de las PYMES en las contrataciones y adquisiciones del Estado debe realizarse de acuerdo con la normatividad vigente, es decir de acuerdo con las normas que regulan la contratación estatal, constituidas, entre otras, por la Ley y el Reglamento, cuyo ámbito de aplicación objetivo señala que los procesos de selección y contrataciones de

bienes, servicios u obras comprenden todos los contratos que estén destinados a obtener bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Sin embargo, si bien la Ley N° 27268 no hace expresa referencia a las contrataciones de obras, debe tenerse en cuenta que de otro lado, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece una estructura distinta que debe tenerse en consideración, siendo que el artículo 73° se encuentra sistemáticamente ubicado dentro del Título II, Capítulo II, de las normas aplicables a todo proceso de selección, de manera que se incluye como disposición general aplicable incluso a los contratos de obras.

En efecto, el artículo 73° establece criterios generales que son de obligatorio cumplimiento para todos los tipos de procesos de selección, de manera que, en el supuesto que una pequeña o microempresa registrada en la Comisión de Promoción de la Pequeña y Microempresa (PROMPYME) calificara para participar en una licitación pública, podrá verse beneficiada con la buena pro en caso de producirse un empate.

Como un elemento adicional en sustento de afirmar que el beneficio de preferencia en caso de empate a favor de las PYMES se aplica a todos los contratos que estén destinados a obtener bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado, debe indicarse que la propuesta técnica para la adquisición de bienes y suministros, así como para la adquisición de servicios en general, y para la contratación de obras debe incluir una declaración jurada de ser una pequeña o microempresa, si fuera el caso, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 60°, 61°, 62° y 64° del Reglamento. Si una PYME no fuera favorecida con el indicado beneficio de preferencia en caso de empate en el supuesto que se presente a un proceso de selección para la contratación de una obra pública, entonces carecería de razón la existencia de una norma que establezca que debe incluirse una declaración jurada de ser una pequeña o microempresa, si fuera el caso, como parte de la propuesta técnica.

En conclusión, en nuestra opinión, existen más elementos de juicio que apuntan a indicar que la interpretación que más se acerca a la ratio legis de la norma es considerar que el privilegio del desempate es de aplicación también a los contratos de obra, considerando que la Ley General de la Pequeña y Microempresa indica que la participación de las PYMES en las contrataciones y adquisiciones del Estado debe realizarse de acuerdo con la normatividad vigente, es decir de acuerdo con las normas que regulan la contratación estatal, la norma que dispone tal privilegio, el artículo 73° del Reglamento se encuentra sistemáticamente ubicado dentro de las normas aplicables a todo proceso de selección, de manera que se incluye como disposición general aplicable incluso a los contratos de obra, y tal vez el argumento más definitivo, la propuesta técnica para la contratación de obras debe incluir una declaración jurada de ser una pequeña o microempresa, si fuera el caso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 64° del Reglamento, norma que carecería de razón de ser en el supuesto que sólo se aplique a las adquisiciones de bienes y contratación de servicios.

### **3.2.- PLAN ANUAL Y PROMPYME**

De otro lado, otro beneficio adicional al expuesto que favorece a las PYMES, es la obligación que tienen las Entidades comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado de remitir una copia del Plan Anual de Adquisiciones y Contrataciones a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa – PROMPYME por el medio de comunicación más rápido y en un plazo no mayor de diez (10) días a partir de su aprobación, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° del Reglamento.

### **3.3.- ADJUDICACIONES DE MENOR CUANTIA Y PROMPYME**

Además, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 059-97-PCM, modificado por Decreto Supremo N° 105-2001-PCM, por el que se crea PROMPYME, precisa que esta institución *«tiene la misión de servir de enlace para facilitar el encuentro comercial entre la demanda y la oferta de bienes y*

*servicios de la pequeña y micro empresa, a fin de contribuir a la ampliación y dinamización de sus mercados». Más adelante, en el artículo 3º, dicha disposición reglamentaria establece que «PROMPYME tiene como **objetivo general** mejorar el acceso de la pequeña y micro empresa a los mercados en los que actualmente actúa o que potencialmente podría incursionar, tanto en el sector público como el privado. Asimismo, tiene los siguientes objetivos específicos: // a) [...] // ii. Estudiar y propiciar la demanda del Estado hacia las empresas del sector, proponiendo la adecuación de las normas y reglamentos a su realidad y características, en coordinación con la Presidencia del consejo de Ministros. [...]».*

Finalmente, es preciso mencionar que, entre las funciones que tiene PROMPYME, figura la de proponer mecanismos para facilitar el acceso de la pequeña y micro empresa a las compras que realizan los sectores público y privado.

En esa medida, los segundos párrafos de los artículos 93º y 100º del Reglamento, referidos a la adquisición de bienes y contratación de servicios y a la contratación de ejecución y consultorías de obras, respectivamente, establecen la obligación de notificar a PROMPYME la convocatoria (que reviste la formalidad de invitación) de las adjudicaciones de menor cuantía, siempre que los valores referenciales de las mismas sean iguales o superiores a 4 ó 10 UIT, según corresponda.

#### **4.- CONCLUSIONES**

Entre los distintos mecanismos que el Estado ha diseñado para promover las contrataciones y adquisiciones del Estado a favor de las PYMES se encuentran el beneficio del desempate por el cual en el supuesto excepcional en el que dos (2) o más propuestas empaten, la Buena Pro se otorgará con preferencia a favor de las pequeñas y/o microempresas ganadoras, de conformidad con la Ley N° 27268, beneficio que en nuestra opinión es aplicable también a los contratos de obra.

Otro beneficio adicional radica en que las Entidades deben remitir a PROMPYME una copia del Plan Anual a fin que las PYMES tomen conocimiento de los distintos procesos de contrataciones y adquisiciones a desarrollarse en cada Entidad.

Finalmente, las Entidades tienen la obligación de notificar a PROMPYME la convocatoria de las adjudicaciones de menor cuantía, siempre que los valores referenciales de las mismas sean iguales o superiores a 4 ó 10 UIT, según corresponda.