

BALANCE Y PERSPECTIVAS DE ALGUNOS ASPECTOS DE LA ÚLTIMA REFORMA DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y DE SU REGLAMENTO

El viernes 1º de junio se apareció en el diario oficial El Peruano la Ley N° 29873 que modificó veintidós artículos y una disposición complementaria de la Ley de Contrataciones del Estado, cuya última versión¹ había sido promulgada en el 2008 mediante Decreto Legislativo N° 1017. Modificó en realidad cerca de la tercera parte de la LCE.

Más recientemente, el martes 7 de agosto, día en que vencía el plazo que la misma Ley N° 29873 había fijado para que el Poder Ejecutivo dicte las modificaciones al Reglamento de la LCE, se publicó el Decreto Supremo N° 138-2012-EF reformando nada menos que 144 artículos, tres disposiciones finales, otras tres disposiciones transitorias y tres numerales del anexo único de definiciones del texto aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Modificó la mitad del Reglamento actualmente vigente.

Se trata, por consiguiente, de una reforma importante que exige un análisis detenido de algunas de sus principales innovaciones con el objeto de explicar sus alcances, de proyectar sus consecuencias y de sugerir algunos ajustes que siempre se podrán plantear en el entendido de que toda obra es susceptible de perfeccionarse.

Por de pronto, cabe reiterar una crítica sincera que nos parece fundamental: Debió hacerse una publicación previa de este texto en consideración de su carácter tan especializado y al mismo tiempo tan sensible por comprometer el manejo de importantes fondos públicos. Eso hubiera permitido recibir la opinión de los interesados, tal como se ha hecho en otras ocasiones. Es una práctica saludable que permite recoger las sugerencias de quienes más dominan estas normas: sus operadores, los gremios,

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú experto en contratación pública, director de la Asociación Peruana de Consultoría y gerente legal de la firma Cesel. Ha sido catedrático en la maestría de Gestión y Administración de la Construcción de la Universidad Nacional de Ingeniería, del Programa de Formación de Árbitros del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Es consultor internacional, conferencista, árbitro y editor del periódico electrónico Propuesta (www.edicionespropuesta.blogspot.com). Fue el autor del anteproyecto de la Ley N° 26850 y de otros dispositivos sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales de crédito.

Esta última versión todavía vigente es la cuarta, porque se considera como primera a la que se promulgó mediante la Ley N° 26850 en 1998, como segunda a la que se puso en vigencia en el 2001 y como tercera a la que se puso en vigencia en el 2004. La que incorporará las recientes modificaciones y que cobrará vida en setiembre será la quinta versión.

¹ Esta última versión todavía vigente es la cuarta, porque se considera como primera a la que se promulgó mediante la Ley N° 26850 en 1998, como segunda a la que se puso en vigencia en el 2001 y como tercera a la que se puso en vigencia en el 2004. La que incorporará las recientes modificaciones y que cobrará vida en setiembre será la quinta versión.

los contratistas en general, los funcionarios públicos, las entidades y los profesionales expertos en estas materias.

De buena fuente se sabe que altos funcionarios del sector público quisieron consultarlo pero desafortunadamente no se pudo cumplir con este trámite porque el plazo los ganó a todos. Que en una próxima modificación no suceda eso y que la planificación de la que se hace gala ahora en la administración pública permita abrir un espacio de consulta previa que finalmente beneficia a todos.

La que sigue es una revisión de cinco innovaciones introducidas en la normativa en esta última reforma, en principio ajenas por completo de los asuntos estrictamente arbitrales pero que pueden incidir en ellos en el entendido de que todo este universo legislativo está íntimamente vinculado y comprometido a solucionar las controversias que se presenten en el desarrollo de los contratos obligatoriamente a través de esta vía rápida y eficaz.

1. UN REGISTRO COMPROMETIDO

Una primera modificación importante es la que atañe al Registro de Proveedores. Una innovación es la que obligará en lo sucesivo a publicar no sólo la lista de sanciones de inhabilitación para contratar con el Estado sino que también se difundirá “información de los socios, accionistas, participacionistas o titulares y de los integrantes de los órganos de administración”², disposición que el Reglamento ha precisado que comprenderá a quienes tengan “más del cinco por ciento (5%) de participación en el capital o patrimonio social.”³ Evidentemente la reforma busca evitar que los proveedores sancionados continúen operando a

través de otras firmas de su propiedad. La precisión del porcentaje pretende proteger a las empresas que tienen accionariado difundido o que cotizan en bolsa y que sus accionistas de porcentajes menores cambian constantemente.

Otra innovación es la que preceptúa que el capital social suscrito y pagado en el Perú de los ejecutores de obra no podrá ser inferior al 5% de su capacidad máxima de contratación y que esa disposición aplicará por igual a contratistas domiciliados y no domiciliados, cualquiera que sea su nacionalidad de origen. Expresamente se establece que los aportes dinerarios de “las sucursales de las personas jurídicas extranjeras en el Perú [así] como de personas jurídicas no domiciliadas [...], a efectos de tener validez frente al Registro Nacional de Proveedores (RNP), deberán haber sido aprobados por la Junta General de Accionistas u órgano análogo de la Sociedad, previamente a su depósito efectivo, de acuerdo a los estatutos de cada empresa o a las leyes del país en virtud de las cuales se hubiera constituido la matriz.”⁴

La capacidad máxima de contratación de esas “personas jurídicas que no estuvieran constituidas en el Perú y que en consecuencia no contarán con capital social en el país [se calculará] en función de la asignación de capital que le hubiera sido efectivamente depositada en una entidad del sistema financiero nacional en el caso de las sucursales y de un mecanismo equivalente en el caso de las personas jurídicas no domiciliadas [... las que] deberán acreditar haber depositado [el respectivo monto] en una cuenta abierta en una empresa del sistema financiero nacional a nombre de su representante legal en el país [...]”⁵

² Así lo dispone el nuevo artículo 9.2 de la Ley de Contrataciones del Estado (LCE).

³ De conformidad con lo preceptuado en el nuevo artículo 281° del Reglamento que también ha indicado que los órganos de administración a los que se refiere la LCE incluyen “al gerente, directorio, consejo directivo, administradores, junta directiva, junta de administración, consejo de administración, consejo universitario o consejo directivo, o el órgano equivalente inscrito ante autoridad competente en el país de origen, en el caso de empresas extranjeras” que estuviesen en funciones “a la fecha de la comisión de la infracción.”

⁴ Nuevo artículo 9.3 de la LCE.

⁵ *Ibid.*

Sin perjuicio de lo señalado, la Ley N° 29873 introdujo otro cambio estipulando que para realizar la inscripción de empresas extranjeras en el Registro Nacional de Proveedores se aplicará el principio de reciprocidad en cuya virtud “las empresas extranjeras recibirán el mismo trato que las empresas peruanas reciben en su país de origen en materia de contrataciones del Estado.” Ello, no obstante, en el mismo texto se admite que estas medidas no se aplicarán “a los proveedores que provengan de países con los cuales la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones en materia de contrataciones públicas”⁶, creándose, en opinión de algunos analistas, otra factor de discriminación en perjuicio de aquellos postores extranjeros que provengan de un país que no tenga ningún convenio vigente sobre el particular suscrito con el Perú.

La realidad, sin embargo, no es esa. La discriminación la crea, más bien, la situación actualmente vigente que la Ley N° 29873 se propone corregir, al menos, en lo que respecta, como queda dicho, al registro de ejecutores de obras.⁷ ¿Cómo no va a ser discriminatorio que al postor nacional se le calcule su capacidad máxima de contratación sobre la base del capital social que tiene inscrito aquí y al postor extranjero se le calcule sobre la base del capital que tiene su matriz? Al nacional se lo puede perseguir, ejecutar y cobrar cualquier deuda que tuviere con cargo a inmovilizarlo y a no dejarlo participar en nuevos procesos de selección. Al extranjero, ¿cómo? ¿Acaso las autoridades tienen alguna capacidad coercitiva como para perseguirlo más allá de nuestras fronteras? ¿No es discriminatorio que al postor que viene de fuera se le den todas las facilidades que se le niegan al de acá? ¿Es correcto que se discrimine al nacional en su propio país?

La reforma exige a todos un capital de respaldo efectivo sobre cuya base se calculará la capacidad máxima de contratación. Para que ese capital sea efectivo tiene que estar necesariamente depositado y disponible en el país, pues de lo contrario no sirve. Si es una sucursal de una empresa extranjera, pues ni modo, tiene que tener a su nombre un capital propio de su libre disponibilidad. Si es una empresa no domiciliada aquí pues tendrá que ver la forma de tener asignado ese capital de respaldo, a través de una cuenta abierta a nombre de su representante legal.

La idea es que sin capital de respaldo efectivo no haya forma de participar en un proceso de selección. Y que esa premisa valga para todos. Queda pendiente, como también lo hemos destacado, que la reforma comprenda no sólo a los ejecutores de obras sino a los consultores de obras que padecen los mismos problemas y frente a quienes las entidades del Estado igualmente sufren los mismos inconvenientes. ¿Cómo podrían omitirse estas obligaciones en el caso de proveedores de un país con el que el Perú tiene suscrito un tratado o compromiso que incluya disposiciones sobre contrataciones del Estado? Parece difícil porque ningún convenio puede exigir que a un proveedor se le dispense un tratamiento distinto o preferencial en comparación con el que se le dispensa al propio postor nacional.

Igualmente difícil es oponerse al principio de reciprocidad. No es posible que a los contratistas peruanos se les impide intervenir en los procesos que se convocan en otros países, con artilugios de la más variada especie, y que, al mismo tiempo, las entidades que convocan procesos en el Perú dejen participar libremente y sin ningún obstáculo a los postores que provienen de esos mismos países.

⁶ *Ibíd.*

⁷ Queda pendiente extender los alcances de esta reforma, que por de pronto comprende sólo a los ejecutores, a los consultores de obras, habida cuenta de que donde existe la misma razón existe el mismo derecho y que a todos los operadores vinculados a las obras se les debe dispensar el mismo tratamiento frente a la ley, cautelado por el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú.

Una elemental regla de cortesía obliga a tratar a los demás aquí como nos tratan a nosotros allá.

Para hacerlo equitativo, el Reglamento ha advertido que “la aplicación del Principio de Reciprocidad no implicará en ningún caso omitir el procedimiento de inscripción en el RNP”, reiterando además que de conformidad con “lo establecido en el artículo 63º de la Constitución Política del Perú, las empresas nacionales y extranjeras cumplirán los mismos requisitos para la inscripción y/o renovación ante el RNP.”⁸

Es cierto que se ha creado un procedimiento especial en cuya virtud “de observarse algún trato discriminatorio a las empresas peruanas en determinado país relacionado a la inscripción en un registro equivalente al RNP, cualquier proveedor, de manera sustentada, podrá comunicar tal situación ante el OSCE para que este a su vez verifique tal hecho en un plazo de sesenta (60) días hábiles. Las Entidades competentes brindarán el apoyo correspondiente al OSCE para que éste realice tal verificación.”⁹ No menos cierto es, sin embargo, que este procedimiento es muy restringido y se queda en las diferencias que puedan detectarse en materia registral ignorando por completo que la mayoría de los casos de discriminación se producen en los procesos de selección, en las convocatorias, en las bases y más precisamente en los requisitos que deben cumplir los postores en lo que respecta al personal que proponen para el desarrollo de determinada prestación o en lo que respecta a la forma de acreditar determinada experiencia. La discriminación no se evidencia en registros e inscripciones. Se disfraza y aparece en otros escenarios.

No hace mucho, por ejemplo, se ha denunciado que en un país vecino en una convocatoria vinculada a obras de infraestructura terrestre

se exigían constancias de haber desarrollado actividades en carreteras con un ancho de vía de un medida que está por encima de las autorizadas en el Perú por el Manual de Diseño Geométrico de Carreteras (DG-2001) aprobado por Resolución Directoral N° 143-2001-MTC/15.17, con lo que ningún postor nacional podría presentar como parte de su currículum los trabajos realizados aquí.

Se han detectado otros casos en los que se obliga que las experiencias de los postores y de sus equipos se restrinjan a aquellas que puedan haberse acumulado sólo en los países en que se convocan tales procesos, que los profesionales que se proponen para el desarrollo de los distintos servicios tengan que estar inscritos en los registros de los colegios y gremios de esos mismos países, con lo que obviamente impiden que los profesionales peruanos puedan participar en esos procesos pues ningún contratista va a desarrollar todo ese trámite, que toma sus tiempos y encarece los costos, sólo para intervenir en un concurso o en una licitación de resultado incierto.

Frente a esa evidencia lo único que queda es hacer lo propio en el Perú e incluir en las bases y términos de referencia de los procesos que convocan las distintas reparticiones de la administración pública disposiciones con el mismo objetivo, priorizando las experiencias en la zona o zonas aledañas a aquella en que se van a ejecutar los proyectos, exigiendo que los profesionales que se propongan para el desarrollo de los trabajos se encuentren inscritos en el país e introduciendo mecanismos de carácter técnico similares a los que consignan las bases de las licitaciones y concursos que se convocan en esos otros países que se podrían considerar en atención a la facultad que la misma LCE¹⁰ concede a las bases para exigir requisitos técnicos y comerciales de carácter general y que por

⁸ Nuevo artículo 252º del Reglamento.

⁹ *Ibíd*

¹⁰ En el inciso a) del artículo 26º de la LCE.

expreso mandato de esa misma norma no constituyen tratamiento discriminatorio como el que es materia de esta reiterada denuncia.

Habría que comprometer a las entidades que convocan procesos y al propio Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para que inteligentemente apoyen esta campaña y no persistan en actitudes como aquellas que se detectaron a principios de este año, puestas de manifiesto al absolver algunas observaciones, destinadas a suprimir de ciertas bases los requisitos que se habían incluido y que obligaban a los postores a acreditar un capital no menor al veinte por ciento del valor referencial “que le permite a la sociedad contar con el respaldo económico suficiente para el desarrollo de sus actividades, así como para el resarcimiento ante terceros de producirse por ejemplo un eventual abandono [...] sin justificación y/o resolución por incumplimiento de contrato. En estos casos normalmente la Entidad está protegida por las fianzas exigidas, mas no los [...] otros] proveedores, que finalmente en estos casos recurren ante las Entidades contratantes a efectos de solucionarles el caso, sin mayor acogida. Al respecto, se han conocido casos en los que algunas empresas luego de obtener la buena pro, y al no cumplir sus contratos no han podido cumplir con sus proveedores.”¹¹

El OSCE al desechar este requisito refiere que el Registro Nacional de Proveedores evalúa la solvencia económica de los contratistas que se inscriben, tanto nacionales como extranjeros. Se analizan los estados financieros auditados del último ejercicio, con los cuales se realiza una evaluación tanto financiera como patrimonial, verificándose la capacidad de endeudamiento así como la liquidez corriente para honrar las obligaciones que contraen y la estructura patrimonial que permite comprobar el comportamiento

de los resultados del ejercicio y de los ejercicios anteriores, indicadores, todos ellos, a través de los que se puede apreciar el grado de respaldo patrimonial que incluye al capital social y el grado de rentabilidad de la empresa.

Esas evaluaciones, según el OSCE, permiten acreditar el respaldo y la solvencia económica de las empresas nacionales y extranjeras, destacando que sólo aquellas que cuenten con solvencia podrán obtener o renovar su inscripción en el RNP. Como en las bases de algunos procesos se exige lo mismo, se acoge las observaciones y se ordena que se suprima el requisito cuestionado.

Ese pronunciamiento, no obstante, no diferencia el tratamiento que el Registro dispensa a las empresas nacionales respecto de las extranjeras. A las primeras les exige los estados financieros del último ejercicio económico declarado a la SUNAT y la constancia de su presentación así como el balance general y el estado de ganancias y pérdidas. A las empresas extranjeras, a su turno, les exige los estados financieros en los que se pueda evaluar la información de la matriz, del último ejercicio económico auditado, incluyendo dictamen del auditor, balance general, estado de ganancias y pérdidas, notas y anexos que permitan acreditar la capacidad de endeudamiento, la liquidez y la solvencia patrimonial.

Como a la entidad le es insustancial la solvencia de la matriz de un postor que pretende contratar aquí y como el capital social está inscrito en su principal y no en el Perú es que hábilmente crea un requerimiento, que el TUPA del OSCE debería reproducir en lugar de combatir, que calza perfectamente con aquellos requisitos técnicos y comerciales de carácter general que la LCE permite incorporar en las bases y que no constituyen ningún tratamiento discriminatorio.¹²

¹¹ Citado en el Pronunciamiento N° 075-2012/DSU emitido en respuesta a las observaciones formuladas en el marco del Concurso Público N° 017-2011-MTC/20.

¹² En este caso la entidad cuya habilidad merece ser reconocida fue el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional).

La entidad, por lo demás, no hizo otra cosa que alinearse con la tendencia predominante recogida en los proyectos de modificación de la LCE que habían presentado los congresistas Daniel Abugattás Majluf¹³ y Modesto Julca Jara¹⁴ y que el texto sustitutorio emitido por la Comisión de Fiscalización del Congreso de la República¹⁵ por entonces había incorporado en busca de restablecer cierto equilibrio y de ser consecuentes con el principio de reciprocidad. O, dicho de otro modo, se desalineó de cierta tendencia destinada a facilitar la participación de postores no domiciliados en perjuicio de los establecidos en el país que se puso en evidencia hasta no hace mucho. El mensaje, sin embargo, no se entendió. Ojalá que ahora se entienda.

2. TODAS LAS OBSERVACIONES E IMPUGNACIONES PODRÁN ELEVARSE AL OSCE

Otra reforma que merece destacarse es aquella que ha eliminado esa disposición que sólo permitía elevar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado las observaciones no acogidas por el comité especial de la respectiva entidad en los procesos de selección con un valor referencial igual o mayor de 300 UIT.¹⁶ En idéntica línea debe mencionarse a aquella otra que sólo facultaba que los recursos de apelación sean resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado cuando el valor referencial del respectivo proceso de selección sea superior a 600 UIT.¹⁷

El Reglamento ha precisado que se puede solicitar la elevación de las observaciones al OSCE cuando las presentadas a la entidad no fueran acogidas o fueran acogidas parcialmente; cuando a pesar de ser acogidas, se considera que el extremo

cuestionado continúa siendo contrario a la LCE o a cualquier otra norma aplicable; o, finalmente, cuando se considera que como consecuencia de haber acogido la observación de un tercero, se contraviene la LCE o cualquier otra norma aplicable, siempre que, en este último caso, quien observa se haya registrado hasta antes del vencimiento del plazo para formular observaciones.¹⁸

En cuanto a las apelaciones el Reglamento ha indicado que en las adjudicaciones directas selectivas y en las de menor cuantía la impugnación se presenta a la entidad y es resuelta por su titular. En las licitaciones, concursos y adjudicaciones directas públicas y de menor cuantía derivadas de estos procesos, el recurso se presentará y será resuelto por el Tribunal.¹⁹

Las dos modificaciones inciden en un aspecto crucial del proceso de selección y reabren la posibilidad de que una instancia distinta de la entidad pueda revisar lo que ella ha dispuesto, sea al absolver una observación o al resolver una impugnación. Eso es saludable, es cierto. No menos cierto es que puede generarse un cuello de botella en consideración del muy probable alto número de observaciones que se elevarían al OSCE en cuanto entre en vigencia esta norma.

Es verdad que la Ley N° 29873 le trasladó al Reglamento la tarea de fijar algunas condiciones para que se pueda elevar la observación. Sin embargo, a través de esta regulación no se podía, como en efecto no se ha podido, desvirtuar el inequívoco mandato de la ley que revierte la tendencia reciente que ha generado más quejas que muestras de aprobación y que esta modificación ha sabido procesar, retrocediendo prácticamente a la situación vigente en el 2009, año en el que

¹³ Proyecto de Ley N° 340/2011-CR de fecha 13 de octubre del 2011.

¹⁴ Proyecto de Ley N° 413/2011-CR de fecha 20 de octubre del 2011.

¹⁵ De fecha 10 de mayo del 2012.

¹⁶ Nuevo artículo 28° de la LCE.

¹⁷ Nuevo artículo 53° de la LCE.

¹⁸ Nuevo artículo 58° del Reglamento.

¹⁹ Nuevo artículo 104° del Reglamento.

se descongestionó también la carga procesal del Tribunal hasta condenarlo literalmente al silencio, a resolver únicamente casos de aplicación de sanciones a los postores, que ciertamente se habían acumulado sin ser atendidos, y muy eventualmente a conocer algún recurso de algún valiente que se atrevía a impugnar y a consignar la garantía equivalente al tres por ciento del valor referencial, que, a diferencia de lo que sucedía antes, ahora la pierde aún en el caso de que se desista de su recurso, medidas todas ellas destinadas a desalentar los procesos con el objeto de avanzar lo más rápido posible en la ejecución de obras, en la prestación de servicios elementales y en el suministro de bienes indispensables para el desarrollo nacional. Se priorizó la celeridad por encima de la exhaustiva revisión de la transparencia de cada proceso.

En cuanto la nueva regulación entre en vigencia posiblemente ya se haya completado la designación de los vocales que faltan para cubrir las cuatro salas y el Tribunal en su conjunto empezará a tener nueva vida, más casos y más movimiento. Quizás para que la carga procesal no se incremente hasta límites difíciles de controlar sea preciso descentralizarlo y crear salas móviles o abrirlas en ciertas provincias. Es cuestión de pensarlo. En cualquier caso, lo cierto es que estas dos, las que se refieren a la eliminación de las restricciones para observar y para impugnar, son reformas reclamadas por varios actores, que se reponen y que habrá que ver cómo caminan en esta nueva etapa.

3. MÁS DEL 25% EN ADICIONALES DE SUPERVISIÓN DE OBRAS

En materia de consultoría de obras la Ley N° 29873 ha incorporado a la LCE una disposición que estaba en el Reglamento pero que carecía de la jerarquía normativa

como para imponerse y que permitirá que la supervisión de obras pueda tener adicionales por un porcentaje superior al límite del veinticinco por ciento del monto contratado previsto para bienes y servicios en general. Esa posibilidad estará abierta, por efecto de la LCE, para el caso de aquellas mayores prestaciones que no se deriven de otros adicionales correspondientes a la ejecución de las obras sino que se generen como consecuencia de las variaciones que puedan haberse producido en el plazo o en el ritmo de la obra, autorizadas por la entidad y siempre que “resulten indispensables para el adecuado control de la obra”²⁰, precisión que esta reforma introduce.

El precepto faculta al titular de la entidad a autorizar tales adicionales en las mismas condiciones aplicables al contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento del monto pactado, “considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas.” Cuando se supere dicho porcentaje, se requerirá, previa al pago, de la autorización de la Contraloría General de la República. Cumplido ese requisito puede desbrozarse el otro límite del veinticinco por ciento, que el Reglamento vigente reserva para “los casos en que se generen prestaciones adicionales en la ejecución de la obra” a las que, sin embargo, el Decreto Supremo N° 138-2012-EF también libera de este candado.²¹ En adelante, por consiguiente, no les alcanzará tampoco a estas otras mayores prestaciones de supervisión, por efecto del Reglamento, el techo del veinticinco por ciento.

Mención especial merece el aporte que hace ahora el Reglamento al precisar que ese otro límite del quince por ciento de adicionales de supervisión que pueden ser

²⁰ Nuevo artículo 41.3 del Reglamento.

²¹ En efecto, el último párrafo del artículo 191° del Reglamento vigente señala que “en los casos en que se generen prestaciones adicionales en la ejecución de la obra, se aplicará para la supervisión lo dispuesto en los Artículos 174° y 175°, según corresponda.” Tales artículos se refieren al límite del veinticinco por ciento para los adicionales en bienes y servicios y a los casos de ampliación de plazo. El Decreto Supremo N° 138-2012-EF le ha agregado a este artículo un párrafo que confirma, para que no quede duda, que “a estos supuestos no les será aplicable el límite [del veinticinco por ciento] establecido en el numeral 41.1 del artículo 41° de la Ley.”

Así lo preceptúa expresamente el inciso a) del artículo 13° de la Ley N° 29812 de Presupuesto del Sector Público para el año 2012 y todas otras las que la han antecedido.

autorizados directamente por el titular de la entidad, derivados de variaciones en el plazo o en el ritmo de la obra, se obtiene “considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente autorizadas por este mismo supuesto así como aquella que se requiere aprobar.”²² “Por este mismo supuesto” es un término clave que agrega la modificación y que excluye definitivamente a aquellas mayores prestaciones que se derivan de los adicionales correspondientes a la ejecución de las obras que no necesitan transitar nuevamente por el mismo trámite para llegar al mismo destino y que por eso mismo constituyen expedientes que corren la suerte de su principal. Todo lo contrario ocurre con la prestación “que se quiere aprobar” que sí se comprende en el cálculo para llegar al quince por ciento.

La idea naturalmente es empatar con la necesidad de no dejar las obras sin la indispensable supervisión que requieren para su cabal ejecución, eventualidad que se presenta cuando se alcanza el célebre veinticinco por ciento pero la obra continúa. No puede ignorarse a este respecto que la Ley de Presupuesto del Sector Público estipula claramente que cuando el valor de una obra pública es igual o mayor de 4 millones 300 mil nuevos soles, el organismo que la ejecuta debe contratar obligatoriamente su supervisión y control.²³ Se trata de una medida interesante que engarza con la que permite que la ejecución de la obra, a su turno, tenga adicionales hasta el quince por ciento del monto del contrato original, aprobados directamente por el titular de la entidad, y por encima de ese tope y hasta el cincuenta por ciento, previa aprobación de la Contraloría.²⁴ Lo que se pretende, sin lugar a dudas, es que la obra no se escape y que no

se tenga que detener para convocar un nuevo proceso en busca de un segundo supervisor cuando el primero haya llegado a su límite.

En resumen, los adicionales de supervisión pueden derivarse de adicionales de obra o pueden derivarse de las variaciones que puedan haberse producido en el plazo o en el ritmo de la obra. En todos los casos deben ser indispensables para su adecuado control. Los que se derivan de adicionales de obra se aprueban sin ningún requisito especial y están impedidos de superar el diez por ciento del valor de la obra.²⁵ Es el único candado que los encierra. Los que se derivan de variaciones en el plazo o en el ritmo de la obra se aprueban por el titular hasta el quince por ciento y de allí en adelante previa aprobación de la Contraloría. No tienen más limitación que la de seguir a la obra hasta que concluya su ejecución.

4. AMPLIACIONES DE PLAZO, COSTOS DIRECTOS, GASTOS GENERALES Y UTILIDAD

Respecto a la ampliación del plazo en el caso de bienes y servicios cabe indicar que no se han cambiado las causales ni el procedimiento previstos en el Reglamento a excepción de la precisión en cuanto al plazo que tiene la entidad para resolver sobre la solicitud de ampliación dentro del que también se deberá notificar el respectivo pronunciamiento, lo que antes se presumía pero no se decía.²⁶

Tampoco se ha tocado la muy importante disposición que se repite desde 1998 y que obliga a la entidad a ampliar el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal cuya solicitud de

²² Nuevo texto del segundo párrafo del artículo 191° del Reglamento.

²³ Así lo preceptúa expresamente el inciso a) del artículo 13° de la Ley N° 29812 de Presupuesto del Sector Público para el año 2012 y todas otras las que la han antecedido.

²⁴ Segundo y tercer párrafo del artículo 41° de la LCE. La norma insiste claro en suponer que éste es un supuesto extraordinario sin advertir que es frecuente y que no se debe mayormente a deficiencias del expediente técnico sino a situaciones imprevisibles, razón por la que no se debería insistir en hacer referencia a la responsabilidad que pudiera corresponderle al proyectista porque esa es una manera de legislar en negativo, presuponiendo que deliberadamente se actúa al margen de la legalidad con una actitud abiertamente delictiva, lo que, sin perjuicio de la aplicación equilibrada de la ley, no puede admitirse en un estado de derecho.

²⁵ Primer párrafo del artículo 191° del Reglamento.

²⁶ Nuevo artículo 175° del Reglamento, antepenúltimo párrafo.

ampliación se ha resuelto favorablemente, con lo que se evita, en aras de la simplificación administrativa, que los otros contratistas tengan que hacer el mismo trámite por idéntico motivo.

Lo que sí ha hecho el Decreto Supremo N° 138-2012-EF es precisar los efectos de la ampliación de plazo en bienes y servicios puntualizando que dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados y añadiendo que “en el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.”²⁷

En realidad el decreto se ha limitado a reponer en su lugar lo que siempre debió estar allí. En 1998 el primer Reglamento dispuso que “las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación, salvo en los casos de prestaciones adicionales que cuenten con presupuestos específicos o que las Bases no los hayan incluido como factor de evaluación técnica [...]”²⁸ Es verdad que este primer Reglamento no hizo referencia alguna ni a los costos directos ni a la utilidad que en opinión de algunos ingenuos quedaban en el aire, como si fuese posible obligar a un proveedor, por ejemplo, a prestar servicios por un plazo mayor al previsto originalmente, por causas ajenas a su responsabilidad, sin pagarle ningún monto mayor al pactado.

Al aplicar ese primer Reglamento lo importante era demostrar que el plazo, o los días ofertados, no habían sido incluidos como factor de evaluación, en cuyo caso había que probar que podía concluirse la prestación en ese tiempo, con cargo a solicitar cualquier compensación mayor, por causas no imputables al contratista,

por demoras, paralizaciones o atrasos diversos en vía de indemnización por daños y perjuicios.

En el segundo Reglamento se estableció que “las ampliaciones de plazo darán lugar al pago de los costos directos que correspondan, así como los gastos generales.”²⁹ Un párrafo adicional precisaba que “los gastos generales serán iguales al número de días correspondientes a la ampliación, salvo en los casos de prestaciones adicionales que cuenten con presupuestos específicos”, eliminándose la otra excepción que se aplicaba para los casos en que el plazo había sido un factor de evaluación y que generaba mucha confusión. La situación mejoró, sin duda, aún cuando la utilidad prevista quedaba siempre desprotegida salvo que el proveedor la reclamase en la vía arbitral en el entendido de que si la prestación se dilata, por causas que no se le pueden imputar a él, no tiene por qué privársele de una mayor ganancia equivalente a ese mayor tiempo dedicado al servicio de su cliente.

Con el evidente propósito de no propiciar más arbitrajes, el tercer Reglamento estipuló sabiamente que “las ampliaciones de plazo en prestación de servicios darán lugar al pago de los costos directos y gastos generales, además de la utilidad.”³⁰ Es verdad que olvidó comprender también a los bienes pese a encontrarse el dispositivo en el capítulo destinado a fijar las normas especiales aplicables a ambas prestaciones. En el fondo, sin embargo, consagraba lo obvio: que si se amplía el plazo del contrato por causas no atribuibles al contratista no hay forma de obligarlo a trabajar sin reconocerle mayores costos directos, mayores gastos generales y mayor utilidad.

²⁷ Nuevo artículo 175° del Reglamento, penúltimo párrafo.

²⁸ Primer párrafo del artículo 96° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-98-PCM

²⁹ Artículo 136° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 013-2001-PCM y modificado por el Decreto Supremo N° 079-2001-PCM para adecuarlo a los cambios introducidos por la Ley N° 27330

³⁰ Artículo 232° del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM como consecuencia de las modificaciones incorporadas por la Ley N° 28267.

No hacerlo equivale a apropiarse ilícitamente de lo que a él le corresponde.

El todavía vigente cuarto Reglamento inexplicablemente se limitó a señalar que “las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.”³¹

La restricción afectó doblemente, tanto a los costos directos y a la utilidad, que a juicio de algunos despistados ya no cabía reconocerlos, como a los mismos gastos generales que ahora sólo se admitían siempre que se encuentren “debidamente acreditados.”

Por fortuna la mayoría de contratistas involucrados en estos temas supieron demostrar ante entidades menos despistadas o ante tribunales arbitrales más especializados que los costos directos y la utilidad necesariamente tienen que reconocerse cuando se produce una ampliación de plazo por causa no atribuible al proveedor. Más difícil fue acreditar los gastos generales en los que se habría incurrido durante la ampliación habida cuenta de que éstos, mayormente en servicios, constituyen una cuota ideal, un porcentaje abstracto aplicado sobre el conjunto de costos directos y cargas sociales. ¿Cómo acreditar la aplicación de un porcentaje durante una ampliación? Pues simplemente, calculándolo. Dividiendo el gasto general previsto para el plazo original entre el número de días de éste y multiplicándolo por el número de días de la ampliación. No había otra forma.

El Decreto Supremo N° 138-2012-EF ha reincorporado a los costos directos. Pero sólo para los casos de consultoría de obras. Es, de todas formas, una corrección que hay que saludar. Se ha olvidado, empero, de la utilidad. Quizás en la creencia de que por ser habitualmente bastante

menor, ya no la reclame el contratista. Si así fuese, se trataría de una pésima señal que indicaría que no mucho ha cambiado en la administración pública y que se sigue pensando que el contratista es un enemigo al que hay que negarle todos sus derechos y asfixiarlo económicamente hasta quebrarlo. Ojalá que no.

En cuanto a los gastos generales la nueva norma ha incluido una precisión innecesaria y lo que es peor, equivocada. Ha destacado que los gastos generales que corresponde reconocer en consultoría de obras son los “gastos generales variables”. Probablemente ya no sean “los gastos generales debidamente acreditados”. Ahora serán los variables.

Como se sabe, los gastos generales en obras pueden ser variables o fijos según estén o no en relación directa con el tiempo de ejecución, respectivamente.³² En consultoría de obras, sin embargo, los gastos generales son siempre fijos, precisamente por constituir, como queda dicho, un porcentaje abstracto y permanente. Los variables sólo caben en la ejecución de obras precisamente porque dependen de ella. No existen para el caso de otras prestaciones. Tendrá que corregirse. Entre tanto, no queda otra opción que asumir como gastos variables a aquellos que en rigor son fijos.

Ello, no obstante, el tratamiento generalizado de este artículo evidencia, por encima del error anotado, cierto avance que es pertinente destacar. La normativa tiene que ser dinámica. No puede anquilosarse en el tiempo. Y en ese esfuerzo por adecuarse a las exigencias de la realidad deberá continuar modernizándose y superando las deficiencias que su propia aplicación práctica vaya poniendo de manifiesto.

³¹ Artículo 175º del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

³² Anexo de Definiciones del Reglamento, numerales 28 y 29.

5. MINIMIZAN LOS FACTORES REFERIDOS AL OBJETO DE LA CONVOCATORIA

El Decreto Supremo N° 138-2012-EF teóricamente debió modificar el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para hacerlo compatible con la reforma introducida por la Ley N° 29873 en la propia LCE. Ello, no obstante, como es habitual en estos casos, el Poder Ejecutivo ha aprovechado la ocasión para realizar otros ajustes en la normativa. Algunos finalmente positivos, como aquel que se acaba de abordar de comprender también a los costos directos dentro de los conceptos que deben reconocerse al contratista en los casos de ampliación de plazo, pese al error de creer que pueden existir gastos generales variables en los contratos de consultoría de obras.

Otros ajustes sin embargo han sido negativos. Como el de eliminar o reducir a su mínima expresión, en lo que respecta a la evaluación en esta materia tan sensible de la consultoría de obras, al factor referido al objeto de la convocatoria que en realidad se incorporó formalmente a la legislación peruana en 1982 con la promulgación de la Ley N° 23554 y más precisamente en el Reglamento General de las Actividades de Consultoría (REGAC), aprobado mediante Decreto Supremo N° 208-87-EF. Aparecía desde antes, es verdad, pero desde entonces aparece en el derecho positivo y se ha mantenido, con variantes ligeras pero siempre presente, en todas las normas que han regulado la forma de selección y contratación de los servicios de elaboración de estudios y supervisión de obras públicas.

En efecto, la Ley N° 23554 obligaba a realizar concursos públicos de méritos “basados en las calificaciones técnicas de los participantes”³³ lo que constituía una

de las disposiciones más importantes de la norma porque impedía que el precio incida en la adjudicación, práctica sabia que desafortunadamente se ha dejado atrás. Entonces sólo al postor que obtenía el primer lugar en el orden de méritos se le abría su propuesta económica y se negociaba con él en la eventualidad de que ésta se sitúe por encima del presupuesto disponible, que además no se difundía entre los postores. Si se conciliaban las cifras, se suscribía el contrato. De lo contrario, se pasaba al siguiente.

El REGAC advertía que el sobre que contenía la propuesta técnica de cada postor que participaba en un concurso público de méritos debía incluir en primer término la relación de los principales servicios prestados por el consultor sin posibilidad de que las bases los limiten a un determinado período, como sucede ahora desde el propio Reglamento; igualmente, la relación de equipo y facilidades administrativas; organización y personal técnico estable con que cuenta el consultor; currículum de los principales directivos del consultor; currículum detallado del personal profesional asignado al servicio; compromiso de desarrollar el servicio con todo el personal propuesto; compromiso de participar en el servicio suscrito por los profesionales que no forman parte del personal permanente del consultor; descripción detallada del servicio ofrecido; enfoque y concepción del proyecto; comentarios, sugerencias y/o aportes a los términos de referencia; plan de trabajo propuesto; organización propuesta para el desarrollo del servicio; programación de la prestación del servicio; y recursos a ser utilizados en la prestación del servicio.³⁴

El mismo REGAC disponía que para la evaluación de la propuesta técnica contenida en el segundo sobre, que se ha

³³ Artículo 9º de la Ley N° 23554.

³⁴ Artículo 38º del Reglamento General de las Actividades de Consultoría (REGAC), aprobado mediante Decreto Supremo N° 208-87-EF.

desmenuzado en el párrafo precedente, se tendrá en cuenta factores referidos al consultor, factores referidos al personal asignado al servicio y factores referidos al servicio materia del concurso.³⁵ Entre los relativos al consultor se encontraban el tiempo en la actividad, tiempo en la especialidad, trabajos de la especialidad, trabajos similares, infraestructura y recursos, organización, relación de personal técnico con más de dos años de antigüedad, relación de personal administrativo, relación de personal técnico de la especialidad así como la información sobre sanciones impuestas por el Consejo Nacional Superior de Consultoría (CONASUCO), máxima instancia administrativa para la actividad.

Entre los factores relativos al personal asignado al servicio materia del concurso se evaluaban dos rubros: conocimientos y experiencia. En conocimientos se calificaban los estudios realizados y títulos obtenidos, idiomas, publicaciones y labor docente en la especialidad o conexas. En experiencia se calificaba el tiempo en la profesión, cargos desempeñados y trabajos realizados.

Entre los factores relativos al servicio materia del concurso se evaluaba lo que el consultor le proponía a la entidad, la forma en que había interpretado el requerimiento y los detalles del servicio ofrecido en lo que respecta al enfoque y concepción, a los comentarios, sugerencias y aportes que tenga sobre el particular, al plan de trabajo que haya previsto así como a la organización, programación y recursos con que tiene pensado enfrentar la tarea, todo ello “con el objeto de apreciar la bondad de la propuesta de servicios y poder asignar los puntajes correspondientes que permitan establecer el Orden de Méritos.”

Esta última es una precisión muy importante porque confirmaba el interés de la norma de concluir la etapa de evaluación con un orden de méritos que distinga objetivamente unas propuestas de otras, que marque la diferencia, que elija a un ganador, opción que engarza con los puntajes que el mismo REGAC³⁶ reservaba para cada grupo de factores, destinando entre 20 y 35 puntos para aquellos referidos al consultor, entre 30 y 55 para aquellos referidos al personal propuesto y entre 15 y 45 para aquellos referidos al servicio que no son otros que los mismos “factores referidos al objeto de la convocatoria”, definidos así en los últimos Reglamentos de la LCE.

El Reglamento todavía vigente³⁷ establece unos factores de evaluación para la contratación de servicios de consultoría que se alejan de los principios que animaron al Decreto Supremo N° 208-87-EF.³⁸ Por de pronto, basta señalar que en lo que corresponde al postor sólo se califica su experiencia pero medida sin considerar el tiempo que tiene dedicado a estos menesteres que siempre permite verificar la persistencia y la resistencia en el oficio, sino únicamente en función de los trabajos realizados en la actividad y sólo en los últimos quince años y en función de los trabajos de la especialidad de los últimos diez años, descatándose expresamente la prohibición de constreñirlos a los más recientes como si fuera posible fraccionar y tasajear el currículum que es un todo orgánico construido a lo largo del tiempo y sumando y acumulando lecciones y enseñanzas de cada encargo, desarrollado desde que empieza la vida profesional o empresarial.

³⁵ Artículo 51º, *Ibid.*

³⁶ Artículo 52º, *Ibid.*

³⁷ Artículo 46º del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

³⁸ Lo digo con absoluta convicción porque yo fui el último revisor del texto del Reglamento General de las Actividades de Consultoría (REGAC) redactado mayormente por destacados ingenieros que integraban la auroral Asociación Peruana de Ingeniería de Consulta (APIC) que justamente la Ley N° 23554, que hace treinta años también tuve oportunidad de revisar antes de que sea promulgada, reconoció y cambió de denominación por la de Asociación Peruana de Consultoría (APC) que conserva hasta ahora.

Tan grave como estos inaceptables recortes resulta aquella disposición que faculta a presentar un mismo servicio para acreditar tanto la experiencia en la especialidad como la experiencia en la actividad, como si la distinción entre uno y otro fuese absolutamente intrascendente. Quien introduce un precepto de este calibre desconoce por completo que la experiencia en la especialidad busca identificar el dominio del postor en lo que es específicamente materia de la convocatoria en tanto que la experiencia en la actividad busca conocer aquello que antes se medía acreditando el tiempo en el negocio así fuese en una especialidad distinta. Si para acreditar esta permanencia en el giro el postor utiliza un servicio de la propia especialidad materia de la convocatoria, pues necesariamente tiene que emplear otro para acreditar su experiencia específica en esa misma especialidad porque la norma no quiere arriesgarse a contratar a un aventurero de poca trayectoria sino a un postor recorrido con los pergaminos suficientes como para encargarle el control de la inversión pública.

Sobre la experiencia y calificaciones del personal propuesto para la prestación del servicio se evalúa sólo el tiempo en la especialidad y las constancias o certificados presentados restringiéndose cada vez más el margen de lo que puede incorporarse en la oferta y dejándose mucha libertad para que las bases establezcan criterios en la mayoría de casos pretendidamente objetivos que sin embargo confunden a muchos y eventualmente inclinan los resultados a favor de ciertos postores.

El plan de trabajo, la metodología, el equipamiento y la infraestructura así como otros factores vinculados al objeto de la convocatoria se evalúan últimamente en forma independiente a las mejoras a las condiciones previstas entendiéndose que en las

bases y en los términos de referencia y que es la parte medular de una propuesta por las razones expuestas destinadas a marcar las diferencias entre unas y otras. A cada uno de estos factores se les podía asignar hasta un máximo de veinticinco puntos, de forma tal que en conjunto eventualmente podían sumar hasta cincuenta puntos, lo que ponía de manifiesto una saludable rectificación del legislador que prioriza la selección en función de los méritos que pudiera exhibir cada postor que no dependen tanto de la acumulación de experiencias y documentos como de la forma en que se piensa desarrollar el encargo, el conocimiento de la zona en que se ha de realizar, las visitas realizadas y la información recogida.

Esa manera de desdoblarse el objeto de la convocatoria y de separarla de las mejoras ha salvado la parte medular de una propuesta pues el Decreto Supremo N° 138-2012-EF ha eliminado de la parte sujeta a calificación los factores referidos al objeto de la convocatoria, dejando a las mejoras como único factor medular, arrinconándolos y mezclándolos con ese estropicio legislativo llamado “cumplimiento del servicio” que se evalúa en función a las prestaciones que se han terminado sin incurrir en penalidades y que deben referirse a las que se presentaron para acreditar la experiencia, lo que constituye otro despropósito que teniendo la posibilidad de corregirlo ahora no se ha subsanado.

En efecto, desde el 2008 y en el ánimo de excluir de la contratación pública a los proveedores incumplidos se ha creado ese factor de evaluación que en realidad podría aplicarse pero sólo para los contratos que se inicien a partir de su vigencia, pues lo contrario perjudica a aquellos que con el propósito de no dilatar el plazo de entrega o de término de un servicio sacrificaron sus ingresos

y consintieron en algunas sanciones pecuniarias derivadas de obligaciones menores que no observaron o que equivocadamente la entidad penalizó, contra las que no se reclamó porque hacerlo distraería tiempos y recursos que mejor se empleaban en cumplir con el objeto del contrato. Si se hubiera sabido que haberse conducido de esa manera perjudicaría futuras operaciones e impediría usar el respectivo certificado para participar en otros procesos naturalmente el proveedor habría actuado de otra forma, no habría dejado pasar ningún plazo por intrascendente que fuese y tampoco habría dejado de reclamar contra cualquier sanción.

Aplicar este desaguizado retroactivamente lo hace ilegal, sin duda. Y comprender dentro de sus alcances a los factores referidos al objeto de la convocatoria, los minimiza y condena a una muy probable desaparición. Agréguese a ello el hecho de que las mejoras escalan ahora a un máximo de veinticinco puntos contra un máximo de cuarenta a la que puede llegar el personal y treinta y cinco, puntuación a la que puede llegar el postor. En realidad no escalan, sino bajan. Porque en conjunto con los factores referidos al objeto de la convocatoria podían llegar a los cincuenta puntos. Su incidencia por tanto se reduce exactamente a la mitad, con lo que el proceso se vuelve a alejar de ese prototipo de concurso de méritos que fue alguna vez.