**Las modificaciones a la normativa de contrataciones del Estado contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1341 - Ley de Contrataciones del Estado[[1]](#footnote-1).**

La Ley Nº 30225 y su modificatoria, contenida en el Decreto Legislativo Nº 1341, entran en vigencia el 3 de abril de 2017[[2]](#footnote-2). A continuación, se muestran las modificaciones realizadas por cada artículo para su fácil comprensión, separados por eje temático y en orden numérico por artículo.

1. **Principios de la Contratación Pública**

El **artículo 2,** literal j) incluye el Principio de Integridad, según el cual “*La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna*”.

1. **Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión**

En el **artículo 5** de incluye el literal f) y g), como otros supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión. **El primero** aplica para las contrataciones con proveedores no domiciliados en el país cuando, por ejemplo, el ente rector de del sistema nacional de salud advierta que la contratación resulta más ventajosa para la satisfacción de las necesidades de los usuarios del sistema. Las contrataciones deben efectuarse conforme a los compromisos internacionales vigentes. **El segundo** aplica para la contratación de seguros patrimoniales con proveedores no domiciliados siempre que las Entidades sustenten que la contratación resulta más ventajosa para la satisfacción de sus necesidades y se realice en concordancia con los compromisos internacionales vigentes.

1. **Organización de los procesos de contratación**

Por otro lado, el **artículo 6** establece que, excepcionalmente, también puede encargarse determinados procedimientos de selección a organismos internacionales debidamente acreditados, previa autorización expresa, cuando el objeto de la contratación sea calificado como especializado o complejo, siguiendo las condiciones de transparencia, auditabilidad y rendición de cuentas, de acuerdo a lo que establece el Reglamento.

1. **Sobre delegación para autorizaciones de prestaciones adicional**

El **artículo 8**, numeral 8.2 del Decreto Legislativo 1341, a diferencia de la Ley modificada, establece que el titular de la entidad puede delegar, al siguiente nivel de decisión, las autorizaciones de prestaciones adicionales de obra, así como las modificaciones contractuales a las que se refiere el artículo 34-A “Modificaciones convencionales al contrato” de la presente Ley y los otros supuestos que establece en el reglamento.

1. **Conflicto de intereses**

Por otro lado, se establece en el **artículo 9**, numeral 9.2 que “Las Entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2 de la presente Ley”.

1. **Supervisión de los procesos de contratación**

Asimismo, el **articulo 10** incluye a posibilidad de que el proceso de contratación sea supervisada por terceros, al señalar que “Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato y estas se sometan a arbitraje, por el tiempo que dure este”.

1. **Impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas**

Sobre el tema referido a impedimentos, el **artículo 11** añade el literal c), a través de cual los ministros y viceministros ya no tendrán el impedimento para participar en procedimientos de selección y/o contratar con el estado, cuyo alcance era a nivel nacional, sino que, ahora, dicho impedimento solo aplica dentro de su sector y no en otros, hasta 12 de meses después de haber dejado el cargo. Por ello, una empresa que tiene como accionista a un ministro del sector salud, con un porcentaje mayor al 30%, podría contratar con el ministerio de educación, situación que no se podía con la norma modificada.

También se establece en el literal h) que el impedimento también alcanza el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el **segundo** grado de consanguinidad **o** afinidad, ya no hasta el cuarto grado.

En el literal i) de dicho artículo señala que también están impedidas las personas jurídicas en las que aquellas (las personas señaladas en los literales precedentes de dicho artículo) tengan o hayan tenido una participación superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.

Por otro lado, se elimina el literal k), por lo que la sanción administrativa que se imponga a una persona jurídica no alcanza a sus integrantes que la conformaron, por lo que estos pueden conformar o integrar otra persona jurídica, sin que recaiga impedimento alguno en éstas, o contratar por sí mismos.

Por otro lado, se incluye el literal m) y n), referida a las personas naturales o jurídicas que están impedidas si fueron condenadas en el país o en el extranjero por delito de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometido en remates o procedimiento de selección o delitos equivalentes, en caso hubiesen sido cometidos en el extranjero; o hubiesen reconocido, directamente o a través de sus representantes, la comisión de cualquiera de los delitos citados.

También, en el literal p), se establece que están impedidas, en un mismo procedimiento de selección, las personas naturales o jurídicas que pertenezcan a un mismo grupo económico, conforme se define en el reglamento

Finalmente, el literal q) señala que están impedidos las personas que estén inscritos en el Registro de abogados sancionados por mala práctica profesional, en el Registro de funcionarios y servidores sancionados con destitución por el tiempo que establezca la Ley de la materia y en todos los otros registros creados por Ley que impidan contratar con el Estado.

1. **Participación en consorcios**

Sobre el tema de consorcios, el **artículo 13** indica que el consorcio tiene como finalidad complementar sus calificaciones**, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante**, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato. Asimismo, los documentos del procedimiento de selección podrán establecer un número máximo de consorciados, en función a la naturaleza de la prestación.

1. **Protección y promoción de la competencia y prevención del delito**

Por otro lado, el **artículo 14** establece que el OSCE cuando tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la Entidad que los elimine. Si, adicionalmente, el OSCE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público. A diferencia de la ley modificada, con esta precisión el OSCE debe ordenar eliminar el requisito que viole dichos principios, sin necesidad de que la entidad justifique las razones por las cuales incluyo ducha requisitos o regla en las bases del procedimiento de selección. Sin duda esto tendrá un impacto al momento de emitirse las opiniones por parte de la Dirección de Riesgos del OSCE.

1. **Sobre la formulación del requerimiento**

El **articulo 16** también señala que el requerimiento, **alternativamente, puede ser formulado por el OEC**, y posteriormente, aprobado por el área usuaria: “Las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, por el área usuaria; alternativamente pueden ser formulados por el órgano a cargo de las contrataciones y aprobados por el área usuaria. Dichas especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben proporcionar acceso al proceso de contratación en condiciones de igualdad y no tienen por efecto la creación de obstáculos ni direccionamiento que perjudiquen la competencia en el mismo”. Esta nueva disposición sin duda es muy controversial, por lo que estaremos atento al impacto de su aplicación.

1. **Homologación de requerimientos**

Sobre homologación de requerimientos, el **articulo 17** también señala que “Una vez aprobada la homologación deben ser utilizadas por Entidades que se rijan bajo la Ley, incluyendo a las contrataciones que no se encuentran bajo su ámbito o que se sujeten a otro régimen legal de contratación”.

1. **Valor Referencial**

El **artículo 18** suprime la figura del valor estimado y precisa que para el caso de bienes y servicios el valor referencial se establece como resultado del estado de mercado. En el caso de consultoría de obras, la Entidad establece los detalles de la estructura del Valor Referencial y el monto respectivo, pudiendo efectuar estudios de mercado para confirmar el monto establecido. Finalmente, para el caso de caso de ejecución de obras, el valor referencial se establece en el expediente técnico o estudio definitivo de la obra.

1. **Concurso público para servicios y modalidades mixtas**

Por otro lado, el **artículo 22** crea una modalidad denominada: mixtas, que son aquellas contrataciones que impliquen la prestación de servicios y obras de manera conjunta. En el reglamento se establece las reglas a aplicarse a efectos de la definición de los términos de referencia y ejecución de las prestaciones derivadas de este tipo de contrataciones.

1. **Contrataciones directas**

Asimismo, en el **artículo 27** “contrataciones directas”, se reformulan dos causales de contrataciones directa (los literales k y m), con lo cual las entidades pueden contratar no solo servicios especializados de asesoría legal, sino también asesoría contable, económica o afines, para defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas o policiales por actos funcionales, así como contratar servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados. Habrá que definir quiénes son entidades autorizadas y por quien, así como qué organismo son especializados en las materias, objeto de capacitación.

1. **Rechazo de ofertas**

Respecto al rechazo de ofertas, el **artículo 28** señala que “Tratándose de ejecución o consultoría de obras, serán devueltas las ofertas que excedan el valor referencial en más de 10%. En este caso, las propuestas que excedan el valor referencial en menos del 10% serán rechazadas si no resulta posible el incremento de la disponibilidad presupuestal. En los casos de ejecución o consultoría de obras, la entidad rechaza las ofertas que se encuentren por debajo en un 20% del promedio de todas las ofertas admitidas, incluido el Valor Referencial”.

1. **Sobre el contrato y sus modificaciones así como sobre la cláusula anticorrupción.**

E otro lado, en el **artículo 32**, referido al contrato, se añade que “En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento”. Asimismo, de acuerdo al numeral 32.3 se debe incluir como la cláusula anticorrupción, de acuerdo a lo previsto en el contrato, bajo sanción de nulidad, de acuerdo al numeral 40.5 de la ley.

El artículo 116 del reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 056-2017-EF, que entra en vigencia el 3 de abril de 2017, propone el texto de la cláusula anticorrupción. Precisa el último párrafo de dicho artículo que “El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, **da el derecho** a la entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales administrativas a que hubiera lugar”.

Qué pasaría si la entidad no hace ejercicio de ese derecho, por un tema de costo beneficio? Se trata del mismo supuesto previsto en el artículo 44 de la Ley, tercer párrafo, en donde la Entidad **puede** declarar la nulidad si se presenta algunas de las causales de nulidad. Diferente hubiera sido si la ley estableciera para este único caso de corrupción, que es obligatorio o debe la Entidad declarar la nulidad del contrato y no solamente que le da el derecho.

Del mismo modo, en el artículo **32.5** se indica que “En el caso de la contratación de ejecución de obras, la Entidad debe contar con la disponibilidad física del terreno. Excepcionalmente dicha disponibilidad puede ser acreditada mediante entregas parciales siempre que las características de la obra a ejecutar lo permitan. Esta información debe estar incluida en los documentos del procedimiento de selección”. De otro lado se precisa en dicho artículo que “Para el caso de ejecución de obras que cuentan con residentes o supervisores a tiempo completo, estos no podrán prestar servicios en más de una obra a la vez”.

Asimismo, en el artículo **34.3,** sobre “Modificaciones al contrato”, se incluye un supuesto más para que proceda un adicional de obra, como es cuando éste se genera “por causas no previsibles en el expediente de obra y que no son responsabilidad del contratista”, hasta un máximo de 50% del monto original contratado.

Del mismo modo, el numeral **34.4** señala que el titular de la entidad puede autorizar prestaciones adicionales de supervisión que deriven de prestaciones adicionales de obra, bajo las mismas condiciones del contrato original y/o precio pactados. En este último supuesto, no es aplicable el límite establecido en el numeral 34.2, es decir, del 25% del contrato original.

Finalmente, se incluye el artículo **34-A** “Modificaciones convencionales al contrato”, una disposición muy controversial sobre supuestos para modificar el contrato, distintos de las adicionales, reducciones o ampliaciones.

En efecto, se indica en dicho artículo que “Sin perjuicio de las responsabilidades y sanciones a que hubiere lugar, cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar su finalidad de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad. El Reglamento establece los requisitos y formalidades para estas modificaciones”.

1. **Resolución de los contratos**

El **artículo 36**, sobre resolución de contrato, precisa que “No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la presente Ley”.

Respecto a la responsabilidad del contratista, en el artículo 40 se incluye que “En los contratos de consultoría para elaborar los expedientes técnicos de obra, la responsabilidad del contratista por vicios ocultos puede ser reclamada por la Entidad por un plazo no menor de un (1) año después de la conformidad de obra otorgada por la Entidad”.

1. **Recursos administrativos**

Sobre los recursos administrativos, el **artículo 41** establece que el recurso de apelación es conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a cincuenta (50) UIT; y precisa que cuando compete al Titular de la Entidad resolver una apelación, lo hará previa opinión de las áreas técnica y legal cautelando que no participen quienes hayan intervenido en el mismo proceso.

1. **Declaratoria de nulidad del contrato**

El **artículo 44** establece causales de nulidad después de suscribirse el contrato. Una de ellas es la indicada en el literal b) “Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo”. Se incluyó “previo descargo”, lo cual implica que antes de declarar la nulidad debe notificarse al contratista la imputación, a fin de que ejerza su derecho a la defensa, en cuyo caso, correspondería a la Entidad determinar si en base a esos descargos, declara o no la nulidad del contrato.

En el artículo 44 se ha incluido otra causal de nulidad, es decir, la Entidad puede declarar la nulidad del contrato, cuando, de acuerdo al literal f), se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dadiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar”.

Como se dijo anteriormente, la declaratoria de nulidad, aun cuando se acredite la causal f) es potestad de cada entidad, no es una obligación o un deber, lo cual es muy cuestionable y deja sin piso la efectividad de las cláusulas anticorrupción.

1. **Medios de solución de controversias de la ejecución contractual**

El **artículo 45**, referido a “Medios de solución de controversias de la ejecución contractual”, en su numeral 45.1 precisa que el arbitraje debe ser institucional y que el arbitraje Ad Hoc es excepcional, tal como se lee a continuación: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”.

Otra novedad, muy controvertible, gira en torno a la conciliación. El numeral 45.5. Señala que “presentada una propuesta de conciliación por el contratista, la Entidad debe proceder a realizar el análisis costo-beneficio, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. **Constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis costo-beneficio determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en dicha sede**” (resaltado agregado), tal como se advierte en el numeral 45.5.

Por otro lado, nuevamente se incluye una condición muy discutible. El numeral 45.8 establece que “Las entidades no pueden interponer recurso de anulación del laudo u otra actuación impugnable en vía judicial, salvo que se cumplan las siguientes **condiciones de manera conjunta**:

1. Que la acción judicial sea autorizada por la máxima autoridad de la Entidad, mediante resolución debidamente motivada, bajo responsabilidad, siendo esta facultad indelegable.

2. Que la referida autorización sea aprobada por el Titular del sector correspondiente, excepto tratándose de Ministerios en cuyo caso, la autorización deberá ser aprobada por Consejo de Ministros.

Los procuradores públicos que no interpongan estas acciones no incurren en responsabilidad”.

Finalmente, sobre este tema, en el numera 45.13 se indica expresamente que “Si como resultado de un proceso arbitral se reconoce algún monto a pagar al proveedor o contratista, el pago por parte de la Entidad debe efectuarse junto con la liquidación o conclusión del contrato”.

Esperamos que sobre estas cláusulas, los especialistas en arbitraje del estado puedan emitir sus opiniones y comentarios.

1. **Registro Nacional de Proveedores - RNP**

El **artículo 46** establece que el Registro Nacional de Proveedores (RNP) tiene, entre otros, la finalidad de implementar herramientas que permitan medir el desempeño de los proveedores que contratan con el Estado. La inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) tiene vigencia indeterminada sujeta a la actualización de información de conformidad con lo que señala el reglamento.

Por otro lado, en el numeral 46.6 se señala expresamente que “Los proveedores tienen derecho a no presentar ante las entidades la información que ya obra en el RNP, debiendo entregar una declaración jurada y las entidades verificar su contenido en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”.

1. **Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contratado del Estado - SEACE**

En el **artículo 47** se incluyen dos disposiciones muy concretas, es decir, “En el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) se registran todos los documentos vinculados al proceso, incluyendo modificaciones contractuales, laudos, conciliaciones, entre otros” y “Los funcionarios o servidores públicos que incumplan las disposiciones a que se refiere este artículo serán sancionados por la **comisión de falta grave**”.

1. **Infracciones y sanciones administrativas**

En el **artículo 50** se incluyen a los subcontratistas como merecedores de sanción y se precisan y agregan las siguientes infracciones administrativas:

“(...)

e) Incumplir la prohibición expresa de que el residente o supervisor de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra a la vez.

f) Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, **incluido Acuerdos Marco**, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.

(…)

m) Formular estudios de pre inversión, expedientes técnicos o estudios definitivos con omisiones, deficiencias o información equivocada, que ocasionen perjuicio económico a las Entidades.

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones.

o) Presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados”

1. **Responsabilidad objetiva de las infracción y publicación temporal de sancionados**

Por otro lado, en el último párrafo del numeral **50.1** se establece que “La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta”.

Sobre la publicación de sanciones en el RNP, el numeral 50.6 establece que “La publicación de los sancionados incluye información de los socios o titulares y de los integrantes de los órganos de administración, así como el récord de sanciones de los últimos cuatro (4) años”.

1. **Graduación de sanciones**

Finalmente, sobre el régimen de graduación de las sanciones, el numeral **50.7** establece lo siguiente:

“Son causales de graduación de la sanción, aún por debajo del mínimo previsto, la ausencia de intencionalidad del infractor, la inexistencia o grado mínimo de daño a la entidad, el reconocimiento de la infracción antes que sea detectada, la ausencia de sanciones anteriores, la conducta correcta dentro del procedimiento sancionador, y la adopción e implementación, después de la comisión de la infracción y antes del inicio del procedimiento sancionador de un modelo de prevención debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. El Tribunal debe motivar su decisión de graduar la sanción. La graduación de la sanción prevista en este numeral no procede en el caso de los literales c), d), j), l), n) y o) del numeral 50.1 del presente artículo”.

1. **Tribunal de Contrataciones del Estado y la coherencia de sus decisiones**

El **artículo 59**, literal a), de manera innecesaria señala como una de sus funciones “Resolver, de ser el caso, las controversias (…), manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos”.

Por su parte el artículo 60 señala que “Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado son elegidos por concurso público conducido por una Comisión Multisectorial constituida por representantes de la Presidencia del Consejo de Ministros, Ministerio de Economía y Finanzas y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”.

Finalmente, en la Duodécima Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo Nº 1341 se indica que “El Tribunal de Contrataciones del Estado debe resguardar la predictibilidad, bajo responsabilidad. Para tal efecto, revisa semestralmente las resoluciones emitidas por las salas y emite acuerdos en Sala Plena mediante los cuales califican resoluciones como precedentes de observancia obligatoria o establece nuevos precedentes”.

1. **Cristhiam León Orosco.** Abogado de la Pontifica Universidad Católica del Perú. Consultor y Especialista en Gestión de las Contrataciones del Estado así como en Seguridad y Derechos Humanos. Capacitador certificado del OSCE. También administra el blog: [www.seguridadyderecho.wordpress.com](http://www.seguridadyderecho.wordpress.com) [↑](#footnote-ref-1)
2. El Reglamento de la Ley Nº 30225, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 350-2015-EF, modificada mediante Decreto Supremo Nº 56-2107-EF, también entra en vigencia el 3 de abril de 2017. Los comentarios sobre las modificaciones en el Reglamento será objeto de otro material. [↑](#footnote-ref-2)