

- CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO



"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Lima, 26 de junio de 2017

OFICIO N° 174 -2017 -PR

Señora

LUZ SALGADO RUBIANESPresidenta del Congreso de la República
Presente.-

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted, con relación a la Ley que modifica el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que modifica los artículos 11 y 29; deroga parcialmente los artículos 5, 11 y 45 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado; y restituye parcialmente la vigencia del artículo 45 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto, estimamos conveniente observar la misma por lo siguiente:

- a. En primer lugar, la Ley materia de comentario plantea modificar el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341, en el extremo que modifica los artículos 11, párrafo 11.1, literal a); y 29 de la Ley N° 30225 (Artículo 1 de la Ley).

Con relación al literal a) del párrafo 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225, cabe señalar que en este se precisa la mención de ciertos funcionarios que, por el cargo que ocupan, se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en todo proceso de contratación pública. En este caso, el impedimento subsiste hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo¹.

Cabe precisar que los impedimentos tienen por finalidad evitar que determinadas personas, al vincularse con el Estado, puedan obtener beneficios o ventajas en perjuicio de sus competidores en razón de la autoridad e influencia que ejercen o ejercieron en el sector público.

Ahora bien, a diferencia de lo que se disponía en la Ley N° 30225 antes de su modificación a través del Decreto Legislativo N° 1341, en dicho literal a) actualmente no se considera a los ministros y viceministros. De este modo, mientras ejerzan el cargo, los ministros y viceministros se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en todo proceso de contratación. No obstante, dicho impedimento se mantiene hasta doce (12) meses después de haber culminado el cargo, pero solo respecto del sector donde ejercieron funciones.

El sustento de tal modificación que introdujo el Decreto Legislativo N° 1341 corresponde al hecho que en el caso de los ministros y viceministros, la sospecha de eventuales conflictos de intereses o actos de corrupción, en puridad, debe

¹ Se trata de los cargos de Presidente, Vicepresidentes de la República, Congresistas de la República, Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

circunscribirse al ámbito en el que real y efectivamente ejercieron poder en virtud de dichos cargos.

En tal sentido, la propuesta de la Ley materia de comentario de volver a incluir a los ministros y viceministros en el supuesto de impedimento absoluto aun cuando hayan dejado los cargos, por el periodo de doce (12) meses, si bien radicaliza o endurece la sospecha de eventuales conflictos de intereses o actos de corrupción al presuponer que tales personas, en su calidad de ex ministros y ex viceministros, podrán ejercer influencia a nivel de todo el sector público, no altera el régimen de la contratación pública ni atenta contra los principios que le sirven de basamento. Por tal motivo, se estima que este extremo de la propuesta 1 resulta procedente.

Con relación al artículo 29 de la Ley N° 30225, corresponde indicar que dicho artículo regula en qué supuestos un procedimiento de selección debe ser declarado desierto y remite al reglamento el desarrollo de los aspectos específicos que las entidades públicas deben tener en cuenta ante dicha situación.

A diferencia de lo que se disponía en la Ley N° 30225 antes de su modificación a través del Decreto Legislativo N° 1341, en el artículo 29 actualmente no se incluye ninguna disposición relativa a la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial.

En efecto, antes de la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1341, el artículo 29 de la Ley N° 30225² establecía que cuando se declaraba desierto un procedimiento de selección cuyo objeto fuera la contratación de un seguro patrimonial, la entidad podía utilizar alternativamente el procedimiento por adjudicación simplificada³, o contratar con proveedores no domiciliados en el país.

A partir del referido Decreto Legislativo tales alternativas han sido eliminadas y en su reemplazo se ha establecido que la contratación de seguros patrimoniales configura uno de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley N° 30225 sujetos a supervisión⁴, siempre que se realice con proveedores no

² Antes de la modificación efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1341, el artículo 29 de la Ley N° 30225 señalaba que:

"Artículo 29. Declaratoria de desierto

(...)

Cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial, la Entidad puede utilizar el procedimiento que determine el reglamento para los procedimientos declarados desiertos o lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la presente Ley.

(...)"

³ Ante la declaratoria de desierto de procedimientos de selección cuyo objeto fuera la contratación de seguros patrimoniales, el artículo 44 del Reglamento estableció que *"si la Entidad prevé efectuar la segunda convocatoria conforme al literal f) del artículo 5 de la Ley, no puede modificar las condiciones de la primera convocatoria ni mejorar estas. Si corresponde adoptar medidas correctivas como consecuencia de la declaración del desierto, debe efectuar la siguiente convocatoria mediante adjudicación simplificada."*

⁴ **"Artículo 5 de la Ley N° 30225.- Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión**
5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

(...)

g) 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. Para tal efecto, la Entidad debe verificar que la empresa de seguros a contratar pertenece a un Estado clasificado con grado de inversión, que es supervisada por la autoridad competente de su país y que cuenta con la clasificación de riesgo mínima."

domiciliados. La Ley propone incluir nuevamente ambas alternativas como parte del artículo 29 de la Ley N° 30225.

Es importante señalar que el sustento de la modificación dispuesta a través del Decreto Legislativo N° 1341 parte de considerar que el propósito de las normas de contratación estatal es garantizar que las contrataciones se efectúen mediante procedimientos que aseguren que los bienes, servicios u obras que requiere el Estado se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, a fin de lograr el mayor grado de eficiencia.

La modificación incorporada mejora la competitividad de los proveedores que participan en el mercado de seguros patrimoniales, brindando mayores beneficios a las entidades debido a que permitirá maximizar el valor de los recursos públicos que se inviertan, reduciendo los tiempos de contratación y los riesgos de incumplimiento contractuales. En efecto, el mercado nacional en este rubro cuenta con un número reducido de proveedores lo cual, a su vez, naturalmente afecta la competencia y trae consigo que el Estado obtenga ofertas poco ventajosas.

De otro lado, si bien el sustento de la Ley cuestiona la modificación efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1341, alegando que resulta contraria al precepto constitucional que reconoce el derecho a la igualdad de trato de proveedores nacionales y extranjeros al someterlos a distintas reglas de contratación con el Estado, cabe resaltar que ello no es así debido a que actualmente se mantiene la opción de contratar seguros patrimoniales con empresas nacionales conforme a las modalidades de contratación establecidas en la Ley N° 30225, por lo cual no se configura un trato desigual entre los proveedores nacionales y extranjeros.

Sin embargo, tal como sucedió en el año 2014, si no se acudía al mercado internacional, las contrataciones de los seguros patrimoniales con empresas aseguradoras nacionales tienen una elevada probabilidad de resultar más costosas y, por ende, menos ventajosas para el Estado. Es por ello que, para garantizar la contratación con mejores condiciones en favor del Estado, respetando la igualdad de trato entre las empresas nacionales y extranjeras, el literal g) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225 prevé que solo en el caso que la entidad pública advierta que las condiciones ofertadas por el mercado nacional para la contratación de los seguros patrimoniales resultan perjudiciales para el Estado, recién se habilita la posibilidad de que contrate tales seguros en el mercado internacional para atender su necesidad y así resguardar los intereses públicos. En caso las condiciones del mercado nacional resulten ser competitivas y permitan el cumplimiento de los objetivos públicos, las entidades no tienen justificación para dejar de aplicar la Ley N° 30225.

En tal sentido, se estima conveniente para el régimen de contratación pública mantener el artículo 29 de la Ley N° 30225 en los términos actualmente vigentes; es decir, sin considerar una regulación diferenciada para la declaratoria de desierto de un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial y, en ese caso, también mantener que dicha contratación solo puede realizarse con proveedores no domiciliados, siempre que previamente se haya identificado que la contratación con proveedores nacionales reporta ofertas poco ventajosas para el Estado.

- b. En segundo lugar, la Ley plantea derogar el literal g) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, que precisa que la contratación de seguros patrimoniales con proveedores no domiciliados configura un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley sujeto a supervisión del OSCE.

No obstante, y a fin de reforzar el esquema contemplado en el literal g) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, referido a la contratación de seguros patrimoniales, que ha sido explicado en el punto anterior, se estima conveniente incluir expresamente en dicha disposición que tal contratación se sujete a un procedimiento competitivo de acuerdo a lo que se establezca en el Reglamento. Esto último permitiría incorporar expresamente en dicho cuerpo normativo reglas que aseguren la transparencia, la eliminación de barreras burocráticas, y la efectiva competencia de modo tal que el Estado pueda obtener la oferta más ventajosa, en términos de costo y calidad.

- c. En tercer lugar, la Ley propone incluir en el literal a) del párrafo 11.1 del artículo 11 de la Ley, a los ministros y viceministros y de ese modo estos no puedan ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas en todo proceso de contratación pública, incluso hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

Al respecto, si bien estamos de acuerdo con la propuesta, es conveniente hacer notar que los términos en que la propuesta ha sido planteada, implicaría la subsistencia de la redacción original del literal c) del numeral 11.1 del artículo 11. En efecto, al derogar el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341, en el extremo que modifica el artículo 11, párrafo 11.1, literal c), se debería entender que dicho literal nunca fue modificado.

En ese caso, el literal c) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley permanecería en su versión original; esto es:

"c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores."

Sin embargo, el impedimento correspondiente a los jueces de las Cortes Superiores de Justicia, Alcaldes y Regidores, a partir de la modificación dispuesta en el Decreto Legislativo N° 1341, ahora se encuentra contemplado en el literal d) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225. En tal sentido, en caso se aprobara la Ley en los términos planteados en dicho documento, la Ley N° 30225 sistematizada en el numeral 11.1 de su artículo 11 reflejaría la siguiente redacción:

"Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores.

d) *Durante el ejercicio del cargo los Jueces de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores, y en el ámbito de su competencia territorial, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.”*

Como es posible advertir, efectuar las modificaciones respecto del Decreto Legislativo N° 1341 y no directamente respecto de la Ley N° 30225, como corresponde, originará contar con una Ley de Contrataciones contradictoria en sí misma que generará confusión y distorsiones en su aplicación; lo que, a su vez, afectará el régimen de compras públicas en su integridad.

- d. En cuarto lugar, la Ley plantea derogar el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341, en el extremo que modifica el artículo 45, párrafo 45.1 de la Ley N° 30225. Al respecto, cabe evidenciar la redacción de dicha norma antes y después de la modificación aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1341:

<p style="text-align: center;">ANTES DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1341</p>	<p style="text-align: center;">A PARTIR DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1341</p>
<p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual</p> <p>45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.</p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual</p> <p>45.1 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.</p> <p>(...)</p>

Como se puede apreciar, la redacción en negrita corresponde a la modificación introducida en la Ley N° 30225 con el Decreto Legislativo N° 1341, respecto de la regulación de los medios de solución de controversias de la ejecución contractual.

El sustento de la Ley materia de comentario indica que dicha modificación constituye una injerencia en la libertad contractual consagrada en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú⁵, por lo que propone retornar a la redacción original

⁵ El artículo 62 de la Constitución Política del Perú establece:
“Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se

del numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley N° 30225, en virtud de la cual las partes podían decidir el tipo de arbitraje al que someterán sus controversias, pudiendo ser institucional o ad hoc, según su propio acuerdo.

Al respecto, cabe resaltar que una de las partes en dicho contrato es el Estado, por lo que se encuentra plenamente habilitado para establecer las mejores condiciones que resuelvan las controversias que se susciten con los privados. Esto último encuentra respaldo en el mismo artículo 62 de la Constitución Política del Perú, toda vez que en este se señala que *“Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”*.

En tal sentido, el sustento para establecer directamente en la Ley N° 30225 el uso del arbitraje institucional en las controversias que surjan en la ejecución contractual, como regla general, constituye el mecanismo específico de protección que permite la propia Constitución Política del Perú.

Ahora bien, el hecho de estipular el arbitraje institucional como regla general de solución de controversias, además de la conciliación, se basa en las ventajas que reporta ese tipo de arbitraje respecto del arbitraje *ad hoc*, tales como:

- (i) Se desarrolla sobre la base de reglas conocidas a través de la utilización de normas reglamentarias claras que pueden ser consultadas previamente por las partes.
- (ii) Se aplican tablas de precios específicos que permiten conocer en forma previa cuál será el costo que tendrá un arbitraje en cada institución.
- (iii) Se aplican códigos de ética y consejos de ética que permiten prevenir y sancionar la comisión de malas prácticas en el desarrollo del proceso arbitral.
- (iv) Se usan listas o registros de árbitros que facilitan su designación, o que garantizan la idoneidad del árbitro en nombramientos realizados por defecto por la institución arbitral.
- (v) Se cuenta con soporte institucional para el desarrollo del arbitraje al contar con especialistas en la materia y apoyo logístico.
- (vi) Se puede tener acceso y conservar los expedientes arbitrales de forma segura, debido a que la institución cuenta con infraestructura física en un lugar predeterminado.

Tales ventajas permiten que el arbitraje se lleve a cabo con independencia, neutralidad e imparcialidad, a diferencia del arbitraje *ad hoc* que es administrado por los propios árbitros, de acuerdo a las reglas procedimentales que se fijan en el Acta de Instalación. De este modo, el arbitraje institucional reduce la posibilidad de incurrir en actos de corrupción y prácticas procedimentales irregulares o dilatorias que causan perjuicio al Estado, al terminar siendo cuestionados los laudos en sede judicial, a través de impugnaciones manifiestamente infundadas o maliciosas.

solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

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

Sin perjuicio de lo expuesto, se hace notar que actualmente no se ha descartado el uso del arbitraje *ad hoc*, solo que se ha establecido su uso excepcional, en virtud de las desventajas que representa comparativamente con el arbitraje institucional.

- e. En quinto lugar, respecto de la propuesta de la Ley de restituir la vigencia del artículo 45, párrafo 45.1 de la Ley N° 30225; considerando que esta es consecuencia directa de la propuesta anterior, de igual modo y por las razones expuestas en el punto anterior, se manifiesta opinión desfavorable respecto de aquella.

Por las razones expuestas, se observa la mencionada Ley, en aplicación del artículo 108 de la Constitución Política del Perú.

Atentamente,



PEDRO PABLO KUCZYNSKI GODARD
Presidente de la República



FERNANDO ZAVALA LOMBARDI
Presidente del Consejo de Ministros

1206/2016-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Lma. 26 de JULIO de 2017

Pase a la Comisión de Constitución y
Reglamento, con cargo de dar cuenta de este
procedimiento al Consejo Directivo.

JOSÉ F. CEVASCO PIEDRA
Oficial Mayor
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

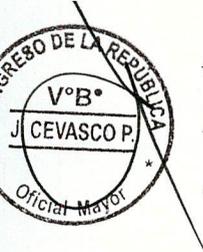
LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 1 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1341, DECRETO LEGISLATIVO QUE MODIFICA LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, EN EL EXTREMO QUE MODIFICA LOS ARTÍCULOS 11 Y 29; DEROGA PARCIALMENTE LOS ARTÍCULOS 5, 11 Y 45 DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO; Y RESTITUYE PARCIALMENTE LA VIGENCIA DEL ARTÍCULO 45 DE LA LEY 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 1. *Modificación del artículo 1 del Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que modifica los artículos 11, párrafo 11.1, literal a), y 29 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado*

Modifícase el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que modifica los artículos 11, párrafo 11.1, literal a); y 29 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en los términos siguientes:

“Artículo 1.- Modificación de los artículos 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, los literales k) y m) del artículo 27, artículos 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 50, literal j) del artículo 52, literal a) del artículo 59, artículo 60 y Primera y Décima Disposiciones Complementarias Finales de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Modifícase los artículos 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 22, 23, 24, 25, los literales k) y m) del artículo 27, artículos 28, 29, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 39, 40, 41, 44, 45, 46, 47, 48, 50, literal j) del artículo 52, literal a) del artículo 59, artículo 60 y Primera y Décima Disposiciones Complementarias Finales de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:



EN DEBATE
19/6/18
Votación

F:

C:

EN DEBATE
15/5/19
F:

C:

A:

9

(...)

Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

- a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.

(...)"

“Artículo 29. Declaratoria de desierto

29.1 Los procedimientos de selección quedan desiertos cuando no quede válida ninguna oferta. La declaración de desierto en la contratación directa, la comparación de precios y la subasta inversa electrónica, se rigen por lo señalado en el reglamento.

29.2 El reglamento establece el procedimiento de selección a utilizar luego de una declaratoria de desierto.

29.3 Cuando se declare desierto un procedimiento de selección cuyo objeto sea la contratación de un seguro patrimonial, la Entidad puede utilizar el procedimiento que determine el reglamento para los procedimientos declarados desiertos o lo previsto en el literal f) del artículo 5 de la presente Ley.”

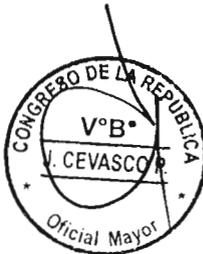
Artículo 2. Derogación del artículo 1 del Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que modifica el artículo 5, párrafo 5.1, literal g); del artículo 11,



párrafo 11.1, literal c); y del artículo 45, párrafo 45.1, de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado



Derógase el artículo 1 del Decreto Legislativo 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que modifica el artículo 5, párrafo 5.1, literal g); el artículo 11, párrafo 11.1, literal c); y el artículo 45, párrafo 45.1, de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.



Artículo 3. Restitución del artículo 45, párrafo 45.1, de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Restitúyese la vigencia del artículo 45, párrafo 45.1, de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los siete días del mes de junio de dos mil diecisiete.

LUZ SALGADO RUBIANES

Presidenta del Congreso de la República

ROSA BARTRA BARRIGA

Primera Vicepresidenta del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA