

NADIE VENDE PAN PARA COMPRAR PAN

EL RECONOCIMIENTO DE LOS COSTOS Y GASTOS COMO CONSECUENCIA DE LA AMPLIACIÓN DE PLAZOS.

Por Ricardo Gandolfo Cortés¹

Las estadísticas revelan que cuando menos uno de cada diez arbitrajes en materia de contratación pública se refieren a reclamaciones vinculadas a ampliaciones de plazo. La incidencia escala a cerca de tres de cada diez cuando se trata de pagos, entre los que destacan los denominados gastos generales que deben reconocerse, entre otros conceptos, precisamente cuando se extienden los contratos.

Las ampliaciones de plazo, a juzgar por lo dispuesto en la vigente Ley de Contrataciones del Estado², proceden por atrasos o parali-

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública. Es gerente legal de la firma consultora Cesel y director de la Asociación Peruana de Consultoría. Fue el autor en 1997 del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado y coautor de su Reglamento. Posteriormente ha participado en la elaboración de otras normas legales sobre la materia. Ha realizado estudios e investigaciones para organismos internacionales e instituciones multilaterales. Es catedrático, consultor internacional, conferencista y árbitro inscrito en los registros de los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, de la PUCP, de la Cámara de Comercio Americana del Perú y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y asesor de diversas empresas y entidades públicas y privadas, nacionales y extranjeras. Es editor del semanario electrónico Propuesta que fundó en el 2001.

² Primer párrafo del artículo 34.5 de la

zaciones causales, ambas ajenas a la voluntad del contratista que sean debidamente comprobadas y que modifiquen el plazo del contrato. De aprobarse la ampliación deben reconocerse los gastos y costos incurridos por el contratista, igualmente, si se encuentran debidamente acreditados y según el procedimiento establecido o en el Reglamento de la misma Ley.³

Pese a que personalmente participé en las reuniones que se celebraron en el ministerio de Economía y Finanzas para intercambiar opiniones y sugerencias en torno a las modificaciones de la Ley primero y del Reglamento después, debo admitir que el texto sobre ampliaciones de plazo no fue el más feliz. Convocar a expertos y a representantes de importantes entidades, de gremios y de otros operadores fue lo más acertado, sin duda, para tener la visión de quienes interactúan día a día con estas normas. La parte fundamental del artículo que regulaba este asunto, sin embargo, no se tocó. Se mantuvo como estaba.

“De aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados”, estipula la par-

Ley 30225, modificada mediante Decreto Legislativo 1341.

³ Ob. cit. Segundo párrafo.



te medular del artículo⁴. La pregunta surge de inmediato: ¿Qué conceptos deben estar debidamente acreditados? ¿Los gastos o los costos? ¿Solo los gastos o solo los costos? ¿Los costos directos o los costos indirectos? ¿Solo los costos directos o solo los costos indirectos? El profesional ajeno a los vericuetos de las contrataciones públicas dirá que todo, gastos y costos deben estar “debidamente acreditados.” No por nada la referencia aparece en plural.

El tema, empero, es más complicado. Primero, porque los gastos en los que incurre un contratista como consecuencia de una ampliación de plazo puede ser diversos, aunque predominan los denominados gastos generales que pueden ser un conjunto heterogéneo y que también pueden dividirse, básicamente en ejecución de obras, en gastos generales fijos y variables. Segundo, porque los costos pueden igualmente ser diversos. Ser otro conjunto heterogéneo o dividirse en costos directos e indirectos. Estos últimos son los gastos generales.

El Anexo de Definiciones del Reglamento de la LCE corrobora estas afirmaciones. Sobre gastos generales explica que “son aquellos costos indirectos que el contratista debe efectuar para la ejecución de la prestación a su cargo, derivados de su propia actividad empresarial, por lo que no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras o de los costos directos del servicio.”⁵ Se trata de un concepto amplio que abarca toda clase de prestaciones pero que hace hincapié en que

4 Ídem.

5 Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF.

los gastos generales son los costos indirectos y que no pueden ser considerados dentro de los costos directos que son aquellos igualmente fundamentales para la ejecución de la prestación pero que –por elemental oposición– no se derivan de su propia actividad empresarial, sino que están vinculados intrínsecamente a la obra, el bien o servicio materia de la contratación.

Gastos generales fijos, a su turno, “son aquellos que no están relacionados con el tiempo de ejecución de la prestación a cargo del contratista.” Por consiguiente, son aplicables a toda clase de contratación. Los gastos generales variables, en cambio, “son aquellos que están directamente relacionados con el tiempo de la ejecución de la obra” y que pueden incurrirse a lo largo de todo su plazo pero que, como puede advertirse de su lectura, solo son aplicables a obras. Esta distinción tiene su sentido.

En servicios, por ejemplo, los gastos generales fijos son los costos indirectos en tanto que los gastos generales variables son parte de los costos directos, es decir, aquellos que están directamente relacionados con la prestación. Por eso, la definición de gastos generales reitera que éstos “no pueden ser incluidos dentro de las partidas de las obras”, por un lado, “o de los costos directos del servicio” por el otro lado.

1. ANTECEDENTES

En el Reglamento original⁶ de la pionera Ley 26850⁷, había un artículo ubicado en el capí-

6 Artículo 96 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 039-98-PCM.

7 Promulgada, sobre la base del proyecto

tulo V relativo a las normas generales, que al tratar sobre los efectos de la modificación del plazo contractual, disponía que las ampliaciones daban lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la extensión. Establecía luego que el gasto general diario se calculaba dividiendo los gastos generales del contrato entre el número de días del plazo contractual para finalmente indicar que en virtud de las ampliaciones que se concedan, la entidad debía extender en paralelo el plazo de los contratos vinculados.

En el siguiente Reglamento apareció el mismo artículo pero esta vez ubicado en el capítulo de obras, reiterando la fórmula pero pretendiendo restringirla a los contratos de obra y agregando que el respectivo cálculo estará afectado por un coeficiente de reajuste que refleje la variación de precios.⁸ Si los efectos de la modificación del plazo contractual afectan el valor del dinero en el tiempo está muy bien que se reconozca la variación. Lo que está muy mal es que se piense que solo hay gastos generales en obras. ¿Por qué se sacó este artículo tan importante de un capítulo aplicable a todos los contratos y se lo trasladó a uno específico para determinados contratos? ¿Es que solo se deseaba reconocer gastos generales en obras? ¿Se incluyó dentro de este concepto a la consultoría de obras como se la incluye en otros casos? ¿El valor del dinero solo afecta a los contratos de obras? ¿No afecta a los consultores en general ni a los proveedores de bienes y servicios?

Hay contratos de prestación de servicios de que personalmente preparé, el 30 de julio de 1997, hace exactamente 21 años.

8 Artículo 156 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 013-2001-PCM.

toda índole que comprenden dentro de sus presupuestos los denominados gastos generales que, como anotó el ingeniero José Ruiz Huidobro, en un excelente trabajo publicado en 1993, no son ni constituyen una utilidad o un porcentaje referido a uno u otro rubro de un presupuesto para un servicio, obra o suministro. Son parte del costo en tanto representan, como su nombre lo revela, los gastos en los que incurre quien ejecuta la prestación para mantener su organización en pleno funcionamiento. Por eso se conocen como “costos indirectos” por contraposición a los “costos directos” que son los gastos específicos que la prestación demanda.

El error fue involuntario, de seguro. Ni siquiera podría sostenerse que fue inducido por parte interesada. Solo había que devolver el artículo cambiado a su sitio verdadero y no olvidar como lo dijimos en su oportunidad que “por mucho mirar el arbusto al que se engríe se pierde la visión del bosque que a todos corresponde proteger.”⁹

En el tercer Reglamento se subsanó el asunto a través de un artículo específico, ubicado en el capítulo referido a bienes y servicios, en el que se consagró que “las ampliaciones de plazo en prestación de servicios darán lugar al pago de los costos directos y gastos generales, además de la utilidad.”¹⁰ En el capítulo reservado a obras, otro artículo reiteraba, en el extremo que interesa para estos efectos, que “las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días

9 Semanario electrónico Propuesta, número 2, marzo 26, 2001.
10 Artículo 232 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 084-2004-PCM.

correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos” para luego agregar que “en el caso que la ampliación de plazo sea generada por [la] paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, solo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados.”¹¹ Es fácil colegir que ambos textos son los mejor logrados para cada tipo de prestación. En el caso de servicios, porque expresamente reconoce que corresponde pagar costos directos, gastos generales a secas, sin mayores eufemismos, y utilidad.

En el Reglamento siguiente, al ocuparse del valor referencial para ejecución y consultoría de obras, se señaló que en la ejecución el valor referencial corresponderá al monto del presupuesto establecido en el expediente técnico, que incluirá todas las partidas necesarias sustentadas en sus respectivos análisis de precios, elaborados considerando los insumos requeridos y las tarifas que se ofrezcan en las condiciones más competitivas del mercado, gastos generales fijos y variables y utilidad.¹² En lo referido a la consultoría de obras, el valor referencial comprendería en las mismas condiciones, los honorarios del personal propuesto, gastos generales y utilidad, tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas, seguridad y costos laborales así como cualquier otro concepto que le sea aplicable y pueda incidir en el presupuesto.¹³

11 Ob. Cit. Artículo 260.

12 Artículo 14, inciso 1, del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008.EF.

13 Ob. Cit. Artículo 14, inciso 2.

Al abordar el tema de las ampliaciones de plazo estipuló, sin embargo, que “en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.”¹⁴ En los contratos de obra, a su turno, se preveía que las ampliaciones de plazo “darán lugar al pago de mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general variable diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuentan con presupuestos específicos.”¹⁵ Se volvió a estipular que “en el caso que la ampliación de plazo sea generada por la paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.”¹⁶ En bienes y servicios se incorporó la necesidad de acreditar los gastos generales y en obras se restringió el derecho sólo los gastos generales variables, que sean igualmente acreditados.

2. LA OPCIÓN NORMATIVA VIGENTE

La Ley actual le confió al Reglamento establecer “el procedimiento para determinar los gastos generales.”¹⁷ Atendiendo a ese encargo, este último dispuso, de un lado, que en ejecución de obras, el valor referencial corresponde al monto consignado en el respectivo presupuesto incluido en el expediente técnico.

14 Ob. Cit. Artículo 175.

15 Ob. Cit. Artículo 202, primer párrafo.

16 Ob. Cit. Artículo 202, segundo párrafo.

17 Artículo 34.5 de la Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341, última parte.

co. Se elabora sobre la base de las indagaciones que se efectúan en el mercado, con sus análisis de precios unitarios para cada partida, incorporando los insumos requeridos, las tarifas y “los gastos generales variables y fijos así como la utilidad.”¹⁸ De otro lado, en consultoría de obras, “el presupuesto [...] debe detallar los costos directos, los gastos generales, fijos y variables, y la utilidad, de acuerdo a las características, plazos y demás condiciones definidas en el requerimiento.”¹⁹

El error de considerar, en consultoría de obras, gastos generales fijos y variables es evidente y ha creado un problema mayor que se desprende del precepto según el cual procede la ampliación del plazo cuando se aprueba el adicional, siempre que afecte el plazo, y por atrasos y paralizaciones no imputables al contratista.²⁰ El Reglamento vigente sostiene que “las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados.” Acto seguido añade que en “el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.”

Es un texto que yo propuse en el 2015 pero al que se le inoculó el término “variable” con lo que se pervirtió el concepto y obligó a seguir haciendo estas distinciones que no son consustanciales a la consultoría. Esa conta-

18 Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo 056-2017-EF, artículo 12.7, inciso b).

19 Ob. Cit. Artículo 12.7, inciso c).

20 Ob. Cit. Artículo 140, primer párrafo.

minación abrió las puertas para que algunas entidades escamoteen los gastos generales y aduzcan que la mayoría de ellos son fijos y por lo tanto no cabe reconocerlos en los casos de ampliación de plazo. Ello, no obstante, esa redacción aclara que se paga el gasto general, se pagan los costos directos y se paga la utilidad. Aclara igualmente que lo que se acredita, como no podía ser de otro modo, son los costos directos, esto es, los que se debe incurrir durante el tiempo en que se extiende el contrato.

Para el caso de obras, el Reglamento ha dispuesto que “las ampliaciones de plazo [...] dan lugar al pago de mayores costos directos y los gastos generales variables, ambos directamente vinculados con dichas ampliaciones” para luego advertir que “los costos directos deben encontrarse debidamente acreditados y formar parte de aquellos conceptos que integren la estructura de costos de la oferta económica del contratista o del valor referencial, según el caso.”²¹ En seguida anota que “los gastos generales variables se determinan en función al número de días correspondientes a la ampliación multiplicado por el gasto general variable diario, salvo en los casos de prestaciones adicionales de obra” para rematar subrayando que “solo cuando la ampliación de plazo sea generada por la paralización total de la obra por causas ajenas a la voluntad del contratista, dará lugar al pago de mayores gastos generales variables debidamente acreditados, de aquellos conceptos que forman parte de la estructura de gastos generales variables de la oferta económica del contratista o del valor referencial.”

21 Ob. Cit. Artículo 171.1, primer y segundo párrafos.

referencial, según el caso.”²²

La opción normativa vigente, por consiguiente, reconoce para los casos de ampliación de plazo, en consultoría de obras: gasto general variable, costo directo acreditado y utilidad. En servicios y en otras consultorías: gastos generales acreditados. En ejecución de obras: mayores costos directos y gastos generales variables vinculados a la extensión. Esta vez, solo para consultoría de obras se admite el pago de la utilidad, lo que no quiere decir, obviamente, que en los otros casos no se pague porque eso equivaldría a trabajar para no obtener ningún beneficio.

3. LAS RAZONES POR LAS QUE SE RECLAMAN AMPLIACIONES DE PLAZO Y GASTOS GENERALES

Las variaciones constantes de la legislación en materia de ampliaciones de plazo y gastos generales que se ha reseñado las han convertido en cuestiones altamente conflictivas. Pero no solo eso. Contribuyen en gran medida los presupuestos que no se calculan correctamente y los estudios que consideran plazos muy cortos para el desarrollo de prestaciones que demandan siempre más tiempos.

Desde hace muchos años sostengo que los presupuestos de obra son un conjunto de supuestos previos y que ellos se van ajustando a lo largo de la construcción en función de una serie de factores con tendencia a variar más en los costos finales de determinadas especialidades como carreteras, irrigaciones y túneles en las que la mayor parte del trabajo se hace sobre la base de cálculos por

²² Ob. Cit. Artículo 171.1, tercer y cuarto párrafos.

aproximación y a variar menos en desarrollo urbano, edificaciones y centrales, en aquellas disciplinas donde es posible levantar una infraestructura completa sin mayores sorpresas con estudios que llegan al nivel de detalle más fino, como si se estuviera armando un rompecabezas, habida cuenta de que está registrada hasta la pieza más pequeña que integra todo el engranaje.²³

Cuando me dicen que el presupuesto de una obra –y, por consiguiente, su plazo– se incrementó varias veces como si eso fuese la prueba más contundente de que hubo corrupción y malversación de fondos, escucho habitualmente con cierto escepticismo. No niego que eso pueda ser un indicio y que haya desde luego malos contratistas que, coludidos con otros pésimos funcionarios públicos, inventen mayores costos allí donde éstos no son necesarios. La prueba ácida siempre es un peritaje técnico que revele cuánto dinero está invertido en la infraestructura de que se trate.

La tasación puede arrojar un monto notoriamente superior al del presupuesto. Ese puede ser un primer problema. Sin embargo, si está en obra es mejor que si no está. Me explico. El peritaje puede concluir en un monto mayor al considerado en el presupuesto, pero menor al realmente gastado. Eso es peor porque obliga a determinar las razones de la diferencia. Es posible que se haya invertido más en trabajos que no se advierten a simple vista pero que debían hacerse inevitablemente o que debieron demolerse por ser provisionales, por deficiencias o por ser innecesarios y eso tampoco se ve en una

²³ Semanario electrónico Propuesta, número 251, noviembre 28, 2011.

revisión posterior.

También es probable que se hayan inventado ilícitamente obras adicionales que en realidad no se hicieron y que alguien se haya llevado el dinero que la inspección no detecta en la construcción. Esa es una primera hipótesis que exige una aclaración, una investigación y eventualmente una denuncia. Puede aclararse, desde luego, por ejemplo, si se debió agregar uno o varios elementos que el expediente técnico no había considerado pero que eran indispensables para lograr el objeto del contrato. Puede investigarse el origen y el destino de esos fondos. Y naturalmente si se comprueba algún delito, debe denunciarse y sancionarse ejemplarmente al responsable.

La inspección también puede determinar que lo que está puesto en la obra es lo efectivamente invertido, independientemente de si defiere o no del presupuesto de partida. Si es un monto mayor al previsto originalmente pues hay que verificar si los incrementos son razonables y se pueden sustentar. Evidentemente aquí entra un margen de discrecionalidad que juega a favor del ingeniero que diseña el proyecto o que supervisa la ejecución de las obras que toma decisiones en función de su criterio, pero que tampoco puede incorporar medidas totalmente desproporcionadas para enfrentar o superar los inconvenientes que se le presentan. Obviamente, quien tiene que definir si sus recomendaciones son procedentes es otro profesional de iguales o superiores calificaciones. No cualquiera.

4. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD

También ponen lo suyo esos plazos de caducidad que obligaban a iniciar las reclamaciones

y los arbitrajes primero en quince días²⁴ y luego, cuando se demostró que eso era absurdo, en treinta, contados desde que la entidad deniega el respectivo pedido.²⁵

La Ley de Contrataciones del Estado promulgada mediante Decreto Legislativo 1017 no había introducido mayores variantes en el plazo para iniciar un procedimiento de reclamación reiterando que éste podía solicitarse “en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.”²⁶ Esa aseveración entraba en contradicción con su propio Reglamento que establecía plazos de caducidad específicos de quince días para los casos de nulidad, resolución y liquidación de contratos, ampliaciones de plazo, recepción y conformidad de las prestaciones, valorizaciones, metrados y pagos.²⁷ Estos plazos perentorios se habían creado en la creencia de que iban a disuadir a los proveedores y disminuir el número de arbitrajes. El efecto fue al revés. No disuadió nada porque las propias entidades, al abstenerse de resolver las solicitudes de sus contratistas –para evitar los procesos de determinación de responsabilidades de sus órganos de control–, los forzaban a formalizar las reclamaciones, con lo que éstas se multiplicaban sin existir de por medio una real discrepancia. Tampoco disuadió doblar esos plazos porque esa no era la solución. La solución es eliminarlos y volver al plazo abierto que permite activar un pedido en cualquier momento hasta antes de que concluya el contrato. Eso

²⁴ Decreto Legislativo 1017, modificado por la Ley 29873, Artículo 52.2.

²⁵ Ley 30225, Artículo 45.2.

²⁶ Ídem.

²⁷ Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF, *Artículos 214 y 215.*

disminuirá las reclamaciones, las concentrará y propiciará un mejor desarrollo de todas las prestaciones.

Se ha querido regular el asunto de las reclamaciones derivadas de las ampliaciones de plazo denegadas y se encorsetó al contratista para obligarlo a someter a conciliación o arbitraje cualquier controversia sobre esta materia dentro de un plazo improrrogable de treinta días posteriores a la notificación que se pretende impugnar. El plazo era de quince, tal como se ha dicho, y como se cuestionó el afán de coaccionar al proveedor, en lugar de regresar al original texto que dejaba abierta la posibilidad de demandar cuando lo estime pertinente hasta antes de que concluya el contrato, se lo duplicó. Para que no se discuta más. Como si se quisiera ajustar al contratista para que se le pase el tiempo y no reclame. Cuando en realidad lo que debe hacerse no es eso sino eliminar las cuestiones que generan las desavenencias.

Lo mejor que se puede hacer es preparar buenas bases para cada proceso y asignarle a cada uno de ellos presupuestos suficientes para que las prestaciones puedan desarrollarse sin problemas y con mayores niveles de precisión, especialmente en la elaboración de estudios y en la supervisión de obras. Eso conducirá a mitigar y disminuir las ampliaciones de plazo y demás incidencias. Lo otro es seleccionar no al que presenta la oferta más baja, que es una tendencia que persiste a pesar de que se la combate permanentemente, sino al que presenta la propuesta más coherente, mejor preparada. Al que ofrezca las mejores garantías de un trabajo serio y responsable. No siempre es el que cobra más. Nunca es el

que cobra menos. En paralelo, encargar estos procedimientos a profesionales altamente capacitados para que revisen cuidadosamente cada oferta y puedan elegir, casi sin riesgo de equivocarse, a los que están en las mejores condiciones para llevar adelante el trabajo previsto.

El sombrío panorama debe empezar a cambiar, por de pronto, con las modificaciones introducidas en la Ley que ahora obligan a las entidades a propiciar y procesar las opciones de conciliación que surjan en el trato directo.²⁸

5. CONCILIAR DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL

En una reciente entrevista se me preguntó si estimaba posible que en un arbitraje regulado por la Ley 30225 el tribunal acepte el planteamiento que eventualmente formulen las partes para dar por terminado de mutuo acuerdo el proceso, aún en el caso de que hubieran tenido previamente una conciliación que pese a todos los esfuerzos no llegó a solucionar ninguna discrepancia.

Una primera gran cuestión a dilucidar es si el tribunal puede o no fomentar la conciliación entre las partes. Hay quienes consideran que los árbitros son designados para analizar las pretensiones de la demanda y la reconvencción que hubiere, así como las alegaciones de las partes a efectos de administrar e impartir justicia con arreglo a ley, más aún en el ámbito de las contrataciones públicas en el que no se pueden escapar de los márgenes que establece la norma. Para quienes defienden esta

²⁸ Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341, Artículo 45.5, segundo y tercer párrafos.

posición, la etapa de la conciliación es otra y se presenta antes de empezar el arbitraje, proceso este último que solo se plantea, dicho sea de paso, sobre aquellas pretensiones que no fueron materia del acuerdo al que pudo haberse arribado o sobre todas las que se reclaman en la hipótesis de que hubiere acabado sin ninguna transacción.

Estos mismos expertos admiten una variante que permite organizar una conciliación o abrir o reabrir una etapa de negociación directa cuando el arbitraje está en trámite. Pero para que proceda esta alternativa las partes deben convenir en suspender el arbitraje por un plazo específico que obviamente puede prorrogarse. Si se resuelven todas las desavenencias pues se acaba el pleito y no hay más reclamos que atender ni arbitraje que reiniciar.

Para otros especialistas el arbitraje es un eslabón más del sistema de solución de controversias, el más importante y definitivo, sin duda. Precisamente por ello no tiene límites en sus alcances y prerrogativas más allá del marco normativo que le resulte aplicable. En ese contexto debe ser permeable a cualquier fórmula destinada a concluir las diferencias tanto así que incluso bajo el imperio de la Ley de Contrataciones del Estado, las actas de las audiencias de instalación de los tribunales incluyen un apartado destinado a dejar constancia de la invitación que se les hace a las partes para que opten por una conciliación, dejando abierta la posibilidad de que lo hagan más adelante.

De ordinario es una nota sin mayor relevancia justamente porque no se elige el camino que ella misma propone, al menos en el ám-

bito de la contratación pública, en la mayoría de las veces por la conocida reticencia de las autoridades a transigir con sus proveedores, tendencia que – como lo vengo sosteniendo reiteradamente– debería haber empezado a cambiar desde el 3 de abril de 2017, fecha en que entró en vigencia la norma que sanciona al funcionario que extiende y encarece una reclamación pese a estar convencido y pese a tener los informes técnicos y legales que le indican que su posición no tiene futuro. Ahora, en estas situaciones, se le conmina a conciliar en la ocasión más temprana que se le presente.

Al acuerdo puede llegarse dentro del proceso en curso, auspiciado por los árbitros, o fuera del proceso, con conocimiento de los árbitros o a sus espaldas. En cualquier caso, una vez arribado a él, las partes pueden entregárselo al tribunal formalmente, transcrito en un documento, solicitándole que lo homologue y lo convierta en laudo, lo que le dará peso y fuerza propia y le permitirá ser ejecutado como si fuera una sentencia consentida. También pueden desistirse del arbitraje e informarle al tribunal que han llegado a una transacción y que ya no tienen nada que reclamarse.

En los últimos años se había extendido la práctica de reportar informalmente al tribunal que las partes se encontrarían satisfechas con un laudo que recoja determinadas decisiones que discretamente le soplaban a la oreja a los árbitros para que éstos evalúen si correspondía recogerlas en su pronunciamiento final, sin especificar su origen, como si fueran medidas adoptadas por ellos mismos. Eso permitía acabar más rápidamente con el proceso, evitaba mayores deliberaciones y

hacia viable la expedición de un laudo que no iba a ser impugnado por las partes.

No era, sin embargo, lo óptimo porque se prestaba a malas interpretaciones y fomentaba reuniones extraoficiales entre partes y árbitros que podían ser entendidas como formas de burlar el mandato imperativo de la ley y la obligación de conservar la confidencialidad del proceso. Ese peligro evidente también inspiró la necesidad de cambiar el enfoque de la norma para alentar abiertamente la conciliación en todo momento y de premiar a aquellos que solucionan conflictos en lugar de propiciarlos y alargarlos absurda y maliciosamente.

En el nuevo escenario, por consiguiente, es perfectamente posible que se promueva una conciliación una vez iniciado un arbitraje. No hay que suspenderlo ni retrotraerlo a ninguna etapa previa. Si prospera, en buena hora. Y si hay que incorporarlo al laudo, que así se haga. Pero es preferible que quede constancia de todo y con la debida transparencia.

6. LA UTILIDAD COMO CONCEPTO

Si a un constructor que ha sido contratado para levantar un edificio se le demora en la entrega del terreno que la entidad se ha comprometido a proporcionar, obviamente hay que reconocerle un mayor plazo equivalente al tiempo del retraso. No sucede lo mismo si es el propio contratista el que incurre en el atraso por causa a él imputable. Tendrá de seguro que quedarse más tiempo en el trabajo, pero a su cuenta y riesgo, sin ninguna retribución adicional de por medio.

La retribución adicional se paga cuando el

retraso no es responsabilidad del proveedor. Por eso la Ley estipula que de aprobarse la ampliación de plazo debe reconocerse “los gastos y/o costos incurridos por el contratista, siempre que se encuentren debidamente acreditados.”²⁹ La norma se ha olvidado del componente más importante del presupuesto de toda prestación: la utilidad, que en breve estimo que se convertirá un otra pretensión frecuente en materia arbitral. Es verdad que el Reglamento en lo que respecta a las consecuencias de las ampliaciones de plazo señala que “en el caso de consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.”³⁰ Sin embargo, la indicación que obliga a pagar la utilidad debe aplicar a toda clase de prestaciones y debe aparecer en una disposición de la más alta jerarquía para evitar cualquier intento por no honrarla, siendo como es la razón de ser del negocio.

Hace bien el Reglamento en aclarar que el único concepto que se acredita es el costo directo, que es lo que le permite cumplir con la prestación específica para la que es contratado, y no el gasto general, que como queda dicho son aquellos costos indirectos que le permiten mantenerse en el mercado al proveedor. Hace mal, empero, al referirse al “gasto general variable” que solo aplica a obras y no a consultoría de obras. Hace mal, finalmente, en considerar la utilidad solo para

²⁹ Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341, Artículo 34.5, segundo párrafo.

³⁰ Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo 305-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo 056-2017-EF, Artículo 140.

estos casos.

Hacen mal las entidades cuando –supuestamente en aplicación de la norma– exigen que la acreditación del costo directo comprometido en la ampliación de plazo sea más complicada que la que se hace durante la ejecución regular del contrato. Si para las valorizaciones ordinarias basta la presentación de los informes mensuales revisados por los respectivos inspectores, lo mismo debe servir para las valorizaciones de la extensión. He escuchado que algunas entidades están solicitando boletas de pago, recibos y facturas para demostrar los costos directos involucrados en las ampliaciones de plazo, documentos todos ellos que no piden para el plazo original del contrato. Eso no tiene ninguna lógica. Donde existe la misma razón, existe el mismo derecho. No se trata de no pagarle al contratista o de hacerle la vida imposible. Se trata de pagar lo justo, lo que corresponde.

El Reglamento debería suprimir la palabra “variable” cuando haga referencia al gasto general que debe pagarse en consultoría de obras, así como, la Ley debería añadir la utilidad entre los conceptos a reconocerse durante una ampliación de plazo.

La contratación pública es una forma de hacer negocio y negocio se hace para obtener una utilidad que es lo que produce la riqueza. Nadie en su sano juicio vende pan para comprar pan. El presupuesto de un contrato está compuesto por costos directos, costos indirectos y utilidad. En lo que se gasta para producir, en lo que se gasta para mantenerse en el mercado y en lo que se gana. Pensar que, si se extiende en el tiempo, el plazo de

la ampliación solo debe estar compuesto por costos directos y costos indirectos es absurdo. Si la ampliación no es por culpa atribuible al contratista ¿por qué habría que penalizarlo suprimiéndole la utilidad que le corresponde?

Si no habría utilidad no debería haber negocio y por consiguiente nadie debería aceptar una ampliación de plazo solo para no quedar mal con su cliente. Eso es abusar de una posición de dominio y someter al proveedor a las exigencias de una entidad que quisiera aprovecharse de las ventajas que el sistema le ofrece. Pero al mismo tiempo abre las puertas precisamente a aquello que se quiere y se debe combatir permanentemente que son las malas prácticas, la corrupción y los actos ilícitos. Está claro que quien no recibe una utilidad por lo que hace se la agencia por otras vías. Y de eso no se trata.

7. UN REGISTRO ÚNICO SERÍA PERVERSO

Según la Ley de Contrataciones del Estado³¹ el arbitraje en esta materia es de derecho y debe ser resuelto por un árbitro único o un tribunal integrado por tres miembros. El árbitro único y el presidente en caso de tribunal pluripersonal, deben ser abogados, en tanto que los demás árbitros pueden ser expertos en otras disciplinas. La fórmula viene desde la primera Ley 26850³² –cuyo proyecto elaboré personalmente–, y más precisamente desde su Reglamento³³ –en cuyo proyecto también participé ya no en forma individual sino inte-

³¹ Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341, Artículo 45.6.

³² Ley 26850, promulgada el 30 de julio de 1997.

³³ Decreto Supremo 039-98-PCM.

grando la comisión que lo redactó. Confieso que nunca estuve de acuerdo con esa constitución sui géneris de los colegiados en cuya virtud terminan administrando justicia quienes no están formados profesionalmente con ese propósito. Si iba a ser arbitraje de derecho, tenían que ser abogados todos los árbitros. Si hubiera sido arbitraje de conciencia, opción a la que no me opuse, no habría esa exigencia. El híbrido que resultó del arbitraje de derecho con tribunales multidisciplinarios es algo que el correr del tiempo corrigió hasta la actualidad en que prácticamente todos los árbitros son abogados.

Desde el 2009, sin embargo, el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral no solo deben ser abogado, sino que también deben tener especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones públicas. Los demás integrantes del colegiado pueden ser expertos en otras disciplinas, pero con conocimientos en contrataciones públicas. Ambas exigencias nacieron de manera inesperada como una respuesta del Ejecutivo a las quejas formuladas por los gobiernos regionales contra la falta de idoneidad de los árbitros que resolvían sus controversias. Fueron incorporadas en un Decreto Legislativo expedido en el 2008 por el Poder Ejecutivo³⁴ al amparo de las facultades delegadas por el Congreso de la República para facilitar la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de Norteamérica. Se adujo entonces que para ese efecto –el de la firma del TLC– era indispensable modificar el régimen de contratación pública vigente en el país. La verdad es que, felizmente, no cambió mucho, pero se introdujo esto de las especialidades y los conocimientos sin mayor evaluación. Por un buen tiempo no se supo cómo implementarlas ni cómo acreditarlas. Llegué a sostener que las especialidades de los árbitros eran como el sexo de los ángeles. Todos saben que lo tienen, pero nadie sabe cuál es.

En el arbitraje lo importante es que los árbitros sepan no cuestiones elementales respecto a la solución de los conflictos o del derecho administrativo sino cuestiones fundamentales de las materias que están en pleito. Por eso es que se opta por este medio de solución de controversias y se lo prefiere a la vía ordinaria. Porque ofrece la posibilidad de que expertos en determinadas disciplinas intervengan en la resolución de los problemas que se generan en ellas. Forzar requisitos como el de las especialidades crea barreras de acceso al quehacer arbitral y favorece las malas prácticas porque surgen los artilugios, los cuestionamientos y las interpretaciones sesgadas destinadas a impedir la designación de un árbitro o a bloquear su ingreso a un determinado registro. Lo importante, más aún en tiempos como éstos, es que el árbitro sea serio y honrado. Lo demás viene por añadidura. La seriedad y la honradez no se compran en la esquina. Se adquiere día y a día y se evidencia transparentemente a través de la conducta y del ejercicio profesional de cada quien.

La Ley de Contrataciones del Estado promulgada en el 2014³⁵, inventó el Registro Nacional de Árbitros que combatí sin éxito en cuanto supe que se iba a crear –incluso en una entrevista que me hizo Raúl Vargas para Radio Programas del Perú– porque eliminaba la pluralidad y la competencia, suprimía la libre voluntad de las partes y proscribía a los centros de arbitraje de las controversias en contratación pública. Duró poco, es cierto. Su primera modificación³⁶ lo suprimió pero mientras tuvo vida nos mantuvo en zozobra. No porque el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado hizo mal uso de sus prerrogativas sino por el riesgo de que ello habría podido ocurrir en la eventualidad –que felizmente no se dio– de que esta institución hubiera terminado en manos de quienes habrían estado tentados de incurrir en algún desatino. Una lista única es muy peligrosa porque no tiene contrapesos, no tiene alternativas en caso de emergencia, porque concentra todo el poder en un solo registro.

Un desacierto mayúsculo, en el que caería un registro perverso, sería retirar de la lista a los buenos árbitros y quedarse con los malos cuando el reclamo ciudadano es justamente todo lo contrario. Que se expulsen a los malos y se queden con los buenos. Alguien, sin embargo, parece no leer ni escuchar el grito de la calle porque desde hace un buen tiempo se persiste en alentar mayores obstáculos a los árbitros. Convertirlos en funcionarios públicos, emplazarlos judicialmente, exigirles que cumplan una serie de obligaciones y regular hasta el más mínimo de sus actuaciones es parte de ese esfuerzo destinado a desalentar a los profesionales serios y honestos para que incursionen en la administración de conflictos y para que dejen el espacio libre para aquellos que están curtidos en estas lides y que lucen con orgullo una raya más en el pecho, como condecoración por las sucesivas

34 Decreto Legislativo 1017.
35 Ley 30225, promulgada el 10 de julio de 2014.

revertas que protagonizan.

revertas que protagonizan.

8. LA IMPORTANCIA DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

Desconocer el aporte de las instituciones arbitrales es otro error en el que con frecuencia se cae. Es verdad que no cualquiera puede fundar un centro. Pensar y legislar de esa manera puede conducir a la proliferación de instituciones sin sentido y sin respaldo alguno. Los centros deben ser administrados por gremios, universidades y colegios profesionales todos ellos vinculados a disciplinas o actividades propias de las contrataciones públicas y con cierta experiencia práctica acumulada.

Las instituciones arbitrales serias que operan en el país tienen consejos o cortes muy bien constituidos que dirigen sus quehaceres, hacen designaciones y resuelven recusaciones de manera rápida y eficaz con el objeto de no dilatar ni entorpecer los procesos. Pretender, como se quiso en alguna ocasión, despojarlas de estas atribuciones para concentrarlas en un ente burocrático y centralizado es minimizar su rol y su trascendencia y, de paso, condenar al sistema a un cuello de botella de vidrio en trance de explotar en el plazo más breve.

La disputa entre arbitraje ad hoc y arbitraje institucional no tiene ningún sustento. Hay procesos impecables en ambas clases de arbitraje, como también hay procesos fraudulentos en ambos lados. La tarea del momento es impedir que estos últimos penetren y se instalen en el mundo de las contrataciones públicas. Para hacerlo basta con obligar a las entidades a cumplir con las disposiciones incluidas en la Ley que ahora obliga a las en-

Un desacierto mayúsculo, en el que caería un registro perverso, sería retirar de la lista a los buenos árbitros y quedarse con los malos cuando el reclamo ciudadano es justamente todo lo contrario. Que se expulsen a los malos y se queden con los buenos. Alguien, sin embargo, parece no leer ni escuchar el grito de la calle porque desde hace un buen tiempo se persiste en alentar mayores obstáculos a los árbitros. Convertirlos en funcionarios públicos, emplazarlos judicialmente, exigirles que cumplan una serie de obligaciones y regular hasta el más mínimo de sus actuaciones es parte de ese esfuerzo destinado a desalentar a los profesionales serios y honestos para que incursionen en la administración de conflictos y para que dejen el espacio libre para aquellos que están curtidos en estas lides y que lucen con orgullo una raya más en el pecho, como condecoración por las sucesivas

36 Decreto Legislativo 1341, promulgado el 6 de enero de 2017.

tidades a propiciar y procesar las propuestas de conciliación considerando el costo en tiempo y recursos que implica embarcarse en un arbitraje, la expectativa de éxito y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. Desde el año pasado constituye responsabilidad funcional impulsar o proseguir la vía arbitral cuando el análisis determina que la posición de la entidad razonablemente no será acogida en esa sede.³⁷

9. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS DE LAS ENTIDADES

Otra medida interesante, que se quedó en el tintero en el 2014, es la de exigir que los árbitros que eligen las entidades provengan de los registros del OSCE o de un centro de arbitraje acreditado ante esta institución. De esa manera, se garantiza la idoneidad del tribunal que se constituya porque un árbitro serio y honesto no va a coludirse para elegir de presidente a alguien que no lo sea.

Al proveedor no se le puede obligar a seleccionar a su árbitro de una determinada lista porque eso atenta contra la libertad en la que se sustenta el arbitraje. Si el privado elige mal es su problema porque él pone en juego su inversión y su dinero. No sucede lo mismo con el funcionario público que debe defender la inversión y el dinero del Estado que es de todos. Él debe designar correctamente. No puede nombrar a su vecino, a su compadre o a su compañero de colegio. Si elige mal el problema no es solo suyo. Si el proceso concluye mal pudiendo terminar mejor, el responsable será quien hizo esa mala elección. Para evitar-

³⁷ Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo 1341, Artículo 45.5, tercer párrafo.

lo es preferible que la entidad designe de una lista previamente aprobada.

En efecto, en la exposición de motivos de la Ley de Contrataciones del Estado se incluyó una expresa referencia³⁸ al Registro Nacional de Árbitros que se creó en esa oportunidad indicando textualmente que reunirá “la nómina de potenciales candidatos que se consideren calificados y especializados para ser designados como árbitros del Estado”, denominación esta última con la que el legislador, no habituado al lenguaje de las contrataciones públicas, identificó, sin ninguna duda, a los árbitros que eligen las entidades en el marco de las controversias que tienen con sus proveedores. No llamarlos así, empero, no le quita validez a la innovación que entonces se hizo eco de nuestra permanente propuesta en esa línea.

Desafortunadamente esa indispensable precisión no tuvo su correlato en el proyecto aprobado por la Comisión de Presupuesto y votado en el pleno³⁹, cuya autógrafa fue finalmente remitida al Poder Ejecutivo para su promulgación. Se trató de un error material que todavía se puede subsanar como una forma de introducir algunos correctivos destinados a desterrar las malas prácticas del arbitraje y como una manera de rescatar el espíritu constructivo del legislador, estipulándose claramente que “para desempeñarse como árbitro designado por las entidades se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbi-

³⁸ Dictamen Conjunto de las Comisiones de Economía y de Fiscalización emitido a propósito del Proyecto 3626/2013-PE de la Ley de Contrataciones del Estado, página 27, segundo párrafo.

³⁹ Ley 30225, Artículo 45.6, tercer párrafo.

tros o en el de las instituciones acreditadas.”

Esa precisión permitirá que cualquier proveedor, los árbitros de las partes o las instituciones nominadoras puedan invitar a integrar un tribunal arbitral a una distinguida personalidad que, sin estar inscrita en ningún registro, ni querer estarlo por carecer de interés de desenvolverse reiteradamente en este campo, puede aceptar el encargo y contribuir con sus conocimientos altamente especializados a resolver alguna controversia especialmente compleja. No hay ninguna razón valedera para impedir el concurso de ese o cualquier otro experto en los arbitrajes del Estado y privarle al país de su invalorable aporte.

La misma precisión velará porque las entidades hagan designaciones correctas y no se dejen influir por amistades, compadrazgos y otra clase de relaciones que terminan perjudicando el proceso y al propio Estado, cuyos intereses preocupan a todos.

10. CONCLUSIONES

Queda claro, que el número de arbitrajes en contratación pública debería sincerarse en los próximos meses a medida que entren en una vigencia más extendida las últimas modificaciones introducidas en la legislación de la materia. Puede ayudar en ese propósito eliminar los plazos de caducidad que obligan a formalizar reclamaciones prácticamente sin interés de hacerlo, propiciar estudios con recursos suficientes para mejorar sus proyecciones, dotar de más amplios presupuestos a las obras públicas y exigir que los árbitros que designan las entidades provengan de registros previamente acreditados, una medida que contribuirá a erradicar los actos ilícitos

de esta actividad, tanto como a reconocer la utilidad en los casos de ampliación de plazo, pretensión que, de lo contrario, está llamada a reemplazar a la de gastos generales como la más recurrida en el futuro.
