

CAPÍTULO VIII  
**DERECHO ADMINISTRATIVO**



## EL ACTO ADMINISTRATIVO CONTRACTUAL

*Mario Linares Jara*<sup>85</sup>

### 1. Introducción

La normativa peruana de contrataciones del Estado no indica nada respecto de la naturaleza jurídica de los actos emitidos por la Administración contratante durante la ejecución del contrato. Para algunos árbitros, va de suyo que no se tratan de actos administrativos puesto que contratante y contratado están en un plano de igualdad por la relación contractual (salvo las prerrogativas específicas que otorga la Ley de Contrataciones del Estado), no pudiendo la Administración emitir actos administrativos regulados por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, y que encuentran su campo de acción en una relación Administración – Administrado y no entre contratantes, siendo imposible, por tanto, la aplicación supletoria de la referida Ley, dispuesta por la normativa de contratación pública en ese plano. Se interpreta que esta es aplicable solamente a la fase preliminar de selección del contratista por tratarse de procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas.

Por otro lado, se sostiene que sí, en efecto, la Ley del Procedimiento Administrativo General debe aplicarse en la relación contractual y, de forma más precisa, en las decisiones de la Administración contratante en lo que se dispone para el acto administrativo, pues lo decidido por la Administración dentro de la relación contractual importa una decisión en ejercicio de la función administrativa.

---

<sup>85</sup> **Nota de los editores:** Se ha respetado el sistema de citas y referencias original del presente capítulo a pedido expreso del autor.

Se debe considerar además que, de entenderse los actos del contratante estatal como actos administrativos, se otorga seguridad jurídica y garantías al contratista pues la Administración tendrá que restringirse a parámetros determinados contenidos en la normativa para actos específicos, ello además de los principios y elementos constitutivos y de validez de orden general, como, por ejemplo, un debido procedimiento previo.

Nuestro análisis está libre de una predisposición a huir de la naturaleza de acto administrativo de las decisiones de la Administración contratante a fin de que así, ese acto o decisión, sea arbitrable al no ser ya manifestación del *ius imperium*. Lo anterior debido a que el régimen peruano de solución de controversias otorga la ventaja impensada en otros ordenamientos respecto a la aplicación obligatoria de la jurisdicción arbitral<sup>86</sup>,

---

86 **Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225**

**“Artículo 45º.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual**

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 entre las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”.

Por otro lado, la Constitución del Perú otorga calidad de jurisdicción al arbitraje.

**“Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.**

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...).”.

siendo arbitrable cualquier controversia, incluidas las que se deriven de los actos administrativos, de su validez o invalidez, no ostentado estos en la praxis de presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad pues esos efectos son suspendidos con la sola petición del arbitraje.

---

Posiciones en contra han quedado cerradas a mérito del Tribunal Constitucional, conforme puede apreciarse en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC:

“(...) 11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata-del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. (...)”

(..) Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este Tribunal efectúe una lectura iuspublicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter vado; ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 1390 de la de Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros - incluida autoridades administrativas y/o judiciales - destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.”

La posición de reserva respecto que los actos administrativos son arbitrables en sus efectos más no respecto de su legalidad, es minoritaria. La mayoría de los árbitros emiten laudos practicando un juicio del régimen de invalidez de estos actos de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, sin embargo, las demandas suelen incluir una fórmula amplia en sus petitorios: la nulidad y/o el cese de efectos del acto administrativo. En realidad, y concordando con Larrea Naranjo (2015, p. 271)<sup>87</sup>, no tiene sentido demandar solo el cese de efectos o escindir al acto administrativo en su legalidad y en sus efectos, pues estos debieran mantenerse incólumes si la legalidad se encuentra firme.

En cuanto a la opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), esta ha sido variable, habiendo optado recientemente por aceptar la naturaleza de acto administrativo para las decisiones de la administración contratante en virtud de una interpretación consistente con la definición del acto administrativo que contiene la Ley del Procedimiento Administrativo General.

## **2. Los actos administrativos contractuales en la doctrina comparada**

Puede interpretarse que la vía idónea para la Administración en la ejecución de un contrato público es la de los actos administrativos, que no hay más, que se trata de una cuestión consustancial al obrar administrativo. Destacamos aquí lo sostenido por Grecco (1999, p.136)<sup>88</sup> respecto de la aplicación

---

87 Larrea Naranjo, F. (2015). “Arbitrabilidad de actos administrativos contractuales”. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, N° 7, p. 271.

88 Grecco, C. (1999). “Procedimiento administrativo y contratos administrativos (Variaciones sobre l artículo 7º, párrafo final de la Ley N° 19.549)”.

de las disposiciones que regula el procedimiento administrativo general en Argentina ante el vacío normativo de las que regulan los contratos públicos:

*“(...) literalmente la ley dispone que los contratos que celebre el Estado, los permisos, las concesiones administrativas se rigen por sus respectivas leyes especiales. Esto, sencillamente significa que la celebración y ejecución, pongamos por caso de un contrato de obra pública se ha de ajustar a las directivas legales de la Ley básica y de sus disposiciones complementarias. Pero, ciertamente, la ley básica y las disposiciones complementarias no regulan una serie de aspectos contenidos en la legislación general de las decisiones administrativas. Y, en definitiva, ¿qué es un contrato administrativo sino un “compositum” de actos administrativos singulares modelados en función de una finalidad práctica específica? (...) de lo que se trata es de precisar cómo se deben regular esos actos unilaterales dictados durante la preparación, celebración, ejecución y extinción del contrato administrativo. Y desde esta perspectiva, resulta evidente que cuando el objeto de la contratación del estado ingresa en el campo de aquello que con mayor o menor fortuna se ha dado en denominar el giro o tráfico peculiar de las administraciones públicas, la aplicación de la ley de procedimientos administrativos es indiscutible (...) Como se puede observar pese a los reparos que puede despertar la aplicación de la ley, para el aspecto comentado, no puede haber otra solución que tal aplicación directa de la ley, ya que por ejemplo, el acto administrativo de adjudicación de un contrato, la sanción impuesta al contratista o la rescisión del convenio no pueden sino estar sometidos a los requisitos generales consignados en el artículo 7º de la ley y al régimen diseñado en la ley para las diversas vicisitudes*

*del obrar administrativo”.*

De otro lado MERCHETTI<sup>89</sup>, expone la existencia de un bloque de juridicidad de los contratos públicos, bloque que sería integrado además de la normativa especial correspondiente, por la ley que regula el procedimiento administrativo general.

De otra parte, BARRA<sup>90</sup>, refiere:

*“El análisis del acto administrativo, en la estructura del contrato administrativo, es absolutamente natural y necesario, teniendo en cuenta que uno de los sujetos de la relación contractual es siempre una administración pública, o un sujeto privado que actúa en esa relación jurídica en tanto que delegado de una administración pública, es decir gozando de su misma – con ciertas limitaciones – situación jurídica (...) Ahora bien, el modo general que tienen las administraciones públicas de expresar hacia el exterior de su propia organización su voluntad jurídica, es a través de actos administrativos.*

Igualmente, SESIN<sup>91</sup>, al comentar la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta del precedente de la Corte Suprema de la Argentina conocido como

---

89 Marchetti, L. (2007). *“La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos a los contratos”*. En: Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: Ediciones RAP, p. 458.

90 Barra, R. (1989). *“Los actos administrativos contractuales”*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, pp. 92 -93.

91 Sesin, D. (2009). *“Los principios del derecho civil en la jurisprudencia sobre la contratación administrativa”*. En: Derecho común y derecho administrativo. Diferencias y contactos. Córdoba: Lerner Editora, p.138.

“Gyprobras”, expresa:

*“En efecto, el sistema de revisión de los actos administrativos no debe ser diferentes cuando se dictan con motivo de la preparación o ejecución del contrato”.*

SANZ RUBIALES (2004, p.655)<sup>92</sup>, al analizar los privilegios o prerrogativas públicas contractuales en nuestro ordenamiento administrativo y de modo preciso en cuanto al ius variandi (adicionales y reducciones), señala: *“Debe presumirse que se ejerce mediante actos administrativos, dado que la orden constituye un paradigmático acto declarativo de voluntad y restrictivo de derechos e intereses”.*

Ahora bien, debe mencionarse como dificultad que se puede deducir que existen en el devenir de la ejecución del contrato, actos que no son administrativos pues no calzan con una prerrogativa o potestad pública siendo ello un requisito consustancial. Así pues, tenemos que Meilán Gil (2010, p.371) , advierte que: *“(...) la actividad contractual de la Administración no se entiende cabalmente sin referencia al acto administrativo”*<sup>93</sup> y que, al *“servicio del interés general se admiten las prerrogativas de la Administración, hasta el punto de que la jurisprudencia, en una interpretación tradicionalmente restrictiva, sostiene que son actuales en razón a un interés público constatado y siempre que persiga los fines públicos que le son propios. El reconocimiento de prerrogativas de la administración*

---

92 Sanz, I. (2004). *“Algunos problemas de la regulación de los contratos públicos en Derecho Peruano”*. En: Derecho Administrativo. Lima: Jurista Editores, p. 655.

93 Meilán, J. L. (2010). En: Derecho Administrativo Iberoamericano. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ediciones RAP, p. 371.

*cuyo ejercicio se traduce en actos administrativos (...)*<sup>94</sup>. (Meilán Gil, 2013, p.49)

En la misma línea MARTÍN-RETORTILLO BAQUER<sup>95</sup>, cuando aborda la clasificación de los actos administrativos en general y su relación con las potestades administrativas, señala:

*“Muchas son, pues, las posibles clases de actos administrativos (...)” y estos suponen “(...) concreción del ejercicio de potestades administrativas”.*

El citado autor también señala que los actos administrativos tienen contenido específico dependiendo de las múltiples regulaciones administrativas.<sup>96</sup>

MINORINI LIMA, no encuentra dificultad en tomar como actos administrativos las decisiones dictadas por la Administración en la ejecución de un contrato, los da por hecho y aborda la temática solo en la dificultad de aplicar el régimen de impugnación de los mismos de acuerdo a la realidad normativa de su país analizando para ello la aplicación de la doctrina de la incorporación, de la separación y de los actos coligados. Nos quedamos de este autor, sin embargo, con sus afirmaciones en el sentido que el contrato administrativo es un instituto sujeto al ejercicio de prerrogativas públicas, que debe fomentar el buen funcionamiento de la cosa pública y asegurar

94 Meilán, J. L. (2013). *“Las prerrogativas de la Administración en los Contratos Administrativos”*. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. XII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Arequipa: ADRUS Editores, p. 44.

95 Martín-Retortillo, S. (2007). *“Instituciones de Derecho Administrativo”*. Navarra: THOMSON CIVITAS, 1era edición, p.354.

96 Martín-Retortillo, S. (2007). *Ob.cit.*, p.351.

el principio de legalidad de las actuaciones administrativas. (Minorini Lima, 2011, p. 439)<sup>97</sup>

Por su parte, el colombiano GÜECHA MEDINA, de conformidad con su normativa nacional<sup>98</sup> define los actos administrativos contractuales además de clasificarlos de acuerdo con las prerrogativas públicas clásicas del contrato administrativo:

*“(...) son el resultado de la voluntad unilateral de la Administración o de la ley, en la medida que se profieren como consecuencia de prerrogativas o de regulaciones previas que no involucran a una de las partes del contrato como es el contratista. Implica lo anterior, que los actos contractuales tengan naturaleza jurídica idéntica a los demás actos administrativos estrictamente unilaterales (...)”(2015, p. 393)<sup>99</sup>*

*“Por tratarse de un acto administrativo unilateral dentro del procedimiento administrativo contractual y específicamente en la ejecución y vigencia del contrato, es preciso indicar que estamos ante una potestad o prerrogativa de la*

---

97 Minorini, I. (2011). “La impugnación judicial de los actos administrativos”. En: Derecho Procesal Administrativo. Abeledo Perrot, p. 439.

98 **Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993**

**“Artículo 77:**

(...) Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual solo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo”.

99 Güechá, C. (2015). *Ob.cit.*, p. 396.

*Administración (...)*.(2015, p. 396)<sup>100</sup>

MAIRAL precisa el alcance o significado de la potestad administrativa y cita, entre otros, a GARRIDO FALLA: “*Un poder de actuación que ejercitándose con normas jurídicas, produce situaciones jurídicas en las que otros sujetos resultan obligados*”<sup>101</sup>, para afirmar después que la doctrina concluye que no existe una potestad administrativa genérica para emitir actos administrativos, sino potestades específicas conferidas en cada caso por una ley.

Como se aprecia, no es que toda decisión de la Administración en el marco de un contrato sea administrativa, para tal caso debemos estar ante el ejercicio de una prerrogativa, potestad o, más claramente, ventaja exorbitante del Estado respecto del contratista, cuestión para nosotros limitadas a lo que disponga la ley. Queda sin resolver, sin embargo, ante qué categoría estamos si no vemos actos administrativos. MAIRAL<sup>102</sup>, aunque no se refiere a la relación contractual específicamente, denomina “*meros pronunciamientos administrativos*” a las decisiones de la Administración que no cuentan con una habilitación legal, no contado estos actos con las presunciones o características propias del acto administrativo:

*“Se hace necesario entonces, distinguir entre los actos administrativos y los que llamamos meros pronunciamientos*

---

100 Güechá Medina, C. (2015), p. 396.

101 Gordillo, A., Mairal, H. y otros (2013). “*Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*”. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1era edición, p. 515.

102 Mairal, H. (1998). “*Los meros pronunciamientos administrativos*”. En: Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo Perrot. Buenos Aires, p. 658.

*administrativos, es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar posición del Estado ante el particular, pero sin ser, por sí solas, hábiles para producir aquel resultado. Mientras que a las primeras les alcanza cabalmente la definición de acto administrativo, a las últimas debe serles negado tal carácter (...)*”.

CASSAGNE, no refiriéndose al marco conceptual y legal del contrato público, señala que existe doctrina que denomina a los actos de la Administración sometidos parcialmente al derecho privado, actos civiles de la administración o actos de objeto privado, ello “(...) a raíz de la necesidad de no aplicar todo el rigorismo propio del Derecho Administrativo a aquellos actos cuyo contenido u objeto se encuentra reglado por el Derecho Civil o Mercantil”. Se nos ocurre para este caso, el acto de cancelación de una cuenta de ahorros de parte de un funcionario del Banco de la Nación, entidad que es una empresa pública. Es de verse que, por el objeto privado del acto y la función de la empresa estatal relacionada con la actividad bancaria, dicho acto no es administrativo no enervándose tal cosa por el rol subsidiario que habilita la actividad empresarial estatal.

Sobre este mismo asunto, es decir, sobre los actos que no son administrativos sino solo “*simples relaciones de coordinación o concertación*” de la administración, GONZÁLEZ LÓPEZ, de manera específica refiriéndose al Estatuto de Contratación de la Administración Pública de Colombia, Ley 80 de 1993, señala que, en efecto, no hay potestad o acto administrativo sin norma habilitante<sup>103</sup>. Pero advierte también que lo anterior se

---

103 González López, indica: “Por ello y en la medida que pueden comportar una limitación a las actividades de los ciudadanos, la doctrina señala que no hay potestad sin norma previa, y que todas las potestades deben ser específicas y delimitadas. Es decir, no pueden existir potestades indeterminadas.

aplica con relación a las potestades relacionadas directamente con la organización administrativa y que para las potestades función se ejercitan mediante un criterio finalista que se ejerce en aras del interés público y no de la organización del aparato administrativo.

A partir del concepto potestad - función, surge entonces la posibilidad de analizar si estamos ante actos administrativos dentro de la ejecución contractual, analizándose la naturaleza de la actuación administrativa. Ahora bien, para el autor, la actuación genérica de la Administración en un contrato está centrada en la finalidad pública de esta, por lo que, identificando las prerrogativas públicas de la Administración, esto es, la interpretación y modificación unilateral, dirección, inspección y control y el poder sancionatorio, estaremos ante actos administrativos contractuales.

Concluye González López<sup>104</sup>:

*“(..). podríamos afirmar que no todos los actos o actuaciones de la Administración en la ejecución de un contrato pueden catalogarse como actos administrativos (...). Necesariamente los actos administrativos deben corresponder al ejercicio de las prerrogativas otorgadas por norma expresa de la Administración y legitimadas u orientadas por la continuidad*

---

*En el trasfondo, se observa el desarrollo del principio general de competencia de los servidores públicos, en el sentido que estos pueden hacer solo aquello que les está expresamente permitido, y que las funciones atribuidas a ellos provienen de la Ley, y se concreta por lo tanto en el hecho de que no hay acto administrativo sin norma específica que lo autorice y delimite”. (González, E. (2003). “Naturaleza jurídica de los actos de la administración en un contrato estatal”. En: IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 881)*

104 González, E. (2003). *Ob.cit.*, pág. 904.

*y eficiencia del servicio público, como criterio finalista del contrato elegido por el legislador, y además como criterio de interpretación de las reglas contractuales(...)*”.

### **3. Los actos administrativos contractuales en la doctrina del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE. Evolución.**

La Dirección General de Administración del Programa Nacional de Infraestructura Educativa – PRONIED, consulta y solicita opinión al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en el marco de la aplicación de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 350 - 2015 – EF, en los términos siguientes:

*“¿Es competencia del Titular de la Entidad, en sede administrativa, declarar la nulidad de oficio del acto que declaró la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo presentada por el contratista, dentro del marco de la ejecución contractual; otorgando en consecuencia, ¿la ampliación de plazo solicitada?”.*

El Organismo Técnico Especializado, absuelve lo consultado, mediante la Opinión 130 -2018 – 2018/DTN, precisando criterios de anteriores opiniones que analizan la naturaleza de las declaraciones de las Entidades, señalando que estas “no tienen calidad de actos administrativos.”

En las conclusiones la Opinión citada también se menciona:

“Las disposiciones de la Ley N° 27444 y de su respectivo Texto Único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos

celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento”.

Ahora bien, en el análisis respectivo, el OSCE cita la Consulta Jurídica N° 17 -2018 – JUS/DGDNCR del Ministerio de Justicia que señala, entre otros, lo siguiente:

*“Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. **Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General.** (...).”* (El subrayado y resaltado es de origen).

Luego, cita a su vez la Opinión N° 107 – 2012/DTN, en la que se indica:

*“Por ello, en concordancia con el criterio desarrollado en la Opinión N° 107-2012/DTN, debe señalarse que **ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado,***

*estas resultarían incompatibles con la lógica contractual*".  
(El subrayado y resaltado es de origen).

A tenor de las citas, la Opinión del OSCE, en su texto indica:

*“Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual no afecta ni excluye -cuando corresponda- la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las **actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual** bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado”*. (El resaltado es nuestro)

Luego, la redacción refiere que la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, diferencia a los actos administrativos de los demás actos que emite la Entidad, denominando a estos “cualquier otra declaración administrativa”.

La Opinión sigue:

*“(...) el acto mediante el cual una Entidad se pronuncia sobre una solicitud de ampliación de plazo (...) se efectúa dentro de las actuaciones relativas a la ejecución de los contratos de la administración pública, por tanto, correspondería a una manifestación de voluntad de la Entidad o a una declaración administrativa.”*

Finalmente, el Organismo Técnico Especializado, precisando criterios de anteriores opiniones que analizan la naturaleza de las declaraciones de la Entidad respecto de las solicitudes de ampliaciones de plazo, señala que estas son solo

decisiones de la Entidad y, por tanto, “no tienen calidad de actos administrativos.”

Como se indicó al inicio, ya en las conclusiones, la Opinión bajo análisis expresa:

“Las disposiciones de la Ley N° 27444 y de su respectivo Texto único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento”.

No nos relevamos de expresar nuestro desconcierto por las opiniones oficiales citadas. El asunto fue abordado por nosotros de manera directa solicitando una aclaración de la Opinión 130 -2018 – 2018/DTN, con ocasión de la cual, el OSCE, mediante Oficio N° 496-2018-OSCE/DTN, precisó lo siguiente:

*“En ese sentido, en el marco de una relación contractual – entre la Entidad y el contratista- bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, las actuaciones internas que debe realizar la Entidad para expresar su voluntad (sea mediante la emisión de pronunciamientos, decisiones o de declaraciones, en concordancia con el Principio de Legalidad) para que tengan validez deben cumplir con lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, es decir, deben ser emitidos por el órgano facultado para ello – según su competencia-, deben expresar su respectivo objeto (que deberá ajustarse al ordenamiento jurídico), deben estar debidamente motivados, deben perseguir las finalidades de interés público, entre otros aspecto”.*

Nótese que se rehúye mencionar de forma expresa que las decisiones de una Entidad en el marco de la ejecución de los contratos que suscribe con particulares tienen la naturaleza de acto administrativo, razones tendrá el OSCE para la redacción empleada, mas, al referirse al cumplimiento de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se está reconociendo dicha naturaleza, no refiriéndose a si se requiere para ello que la decisión constituya una prerrogativa pública de las otorgadas por la ley.

#### **4. Los actos administrativos contractuales en el marco de la normativa peruana.**

La Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, forma parte del bloque de legalidad para la ejecución de los contratos públicos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado de forma supletoria, toda vez que la Primera Disposición Complementaria Final de su Reglamento señala que:

*“En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”, mandato que concuerda con lo dispuesto por el Código Civil en el artículo IX del Título Preliminar que establece que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”*

Además, la Ley N°27444 señala en el artículo II de su Título Preliminar, que regula *“además del procedimiento administrativo común, la función administrativa del Estado”* y que, siendo los actos administrativos, como unánimemente indica la doctrina, los medios concretos por el cual se ejerce

la función administrativa, son tales, entonces, las decisiones de las Entidades contratantes respecto de la ejecución o administración de los contratos, siendo este el caso de la declaración de nulidad de aquellos por infracción del principio de presunción de veracidad en el procedimiento licitatorio, las prestaciones adicionales y reducciones, las concesiones o no de ampliaciones de plazo, el otorgamiento o no de gastos generales, la imposición de penalidades legales o contractuales, la intervención económica, la ejecución de garantías, la desaprobación o aprobación ficta de liquidaciones para el caso de obras, las decisiones de apercibimiento para resolver el contrato, la resolución del mismo, entre otros.

#### **4.1. La función administrativa regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo General y el bloque de legalidad de los Contratos del Estado.**

La relación entre el contratante público y el contratista no se da evidentemente en el marco de un procedimiento administrativo. El contrato público se encuentra regulado por la ley de la materia en determinados aspectos obligando a ambas partes.

La Ley del Procedimiento Administrativo General si bien no es aplicable para la relación contractual en cuanto a la regulación de procedimientos de orden general, si es aplicable respecto de la función administrativa ejercida por la Administración con ocasión de la ejecución o administración de los contratos, conforme a lo precisado anteriormente. Esta relación va de la mano con lo que se conoce en doctrina como bloque de legalidad de los contratos públicos o administrativos o principio de auto integración, cuestión que expresa BERMEJO VERA<sup>105</sup>, de la forma que sigue:

105 Bermejo, J. (2015). “*El Sistema de Contratación de las Administraciones Públicas, Objeto, Evolución y Prospectiva del Contrato Público*”. En:

*“Todos los contratos administrativos (públicos, por tanto) se rigen por las normas del Derecho Administrativo de la contratación pública. En lo no previsto expresamente en este Ordenamiento especial y en el clausulado específico de cada contrato, opera la supletoriedad, en primer grado, del Ordenamiento Administrativo general y, en segundo grado del Derecho civil o mercantil. La jurisprudencia avala este sistema de supletoriedad invocando el “principio de auto integración” que supone la aplicación prioritaria del Ordenamiento administrativo especial y general respecto del Ordenamiento jurídico privado”.*

Ahora bien, la función administrativa, distinta a la judicial y a la legislativa, no tiene otro medio para causar efectos jurídicos en los particulares sino mediante actos administrativos, pues es imposible que se asimile la categoría civilista de actos jurídicos en razón a la unión indisoluble de este instituto al principio de autonomía de la voluntad, autonomía negada para la Administración y sus órganos, que se deben al principio de legalidad, bajo responsabilidad.

El hecho que la Ley de Contrataciones del Estado no se refiera expresamente a las decisiones de la Administración como actos administrativos no implica que ellos no existan, es como si se negara la condición de Obra Pública a las obras reguladas por la misma Ley por el hecho de no encontrarse tal definición exacta en su texto. La obra pública es regulada por la Ley de Contrataciones del Estado y de manera solo supletoria por el Código Civil.

Los actos administrativos dentro de la ejecución contractual existen y es unánime tanto la doctrina nacional como la comparada, recibiendo inclusive la denominación individuali-

zada de actos administrativos contractuales. Nos detenemos a examinar antes del desarrollo de estos actos administrativos, que implica la función administrativa que es regulada por la Ley del Procedimiento Administrativo General y que es transversal a todo el obrar de la Administración Pública, incluida la administración o ejecución de los contratos.

CASSAGNE<sup>106</sup>, señala respecto de la función administrativa y su relación con el acto administrativo, lo siguiente:

*“Este concepto técnico de la función administrativa considerada como actividad resulta útil para diferenciarla de las restantes funciones del Estado y para caracterizar una de sus manifestaciones: el acto administrativo, sometido a un régimen de Derecho Público, exorbitante del Derecho Privado”.*

PERILLA – ZAMUDIO<sup>107</sup>, citando a Rivero, indica en relación con lo mismo:

*“Los actos administrativos constituyen la expresión típica de la función administrativa, ya que la actividad de esta se refleja básicamente en aquellos. En efecto, las decisiones de la Administración están contenidas en los actos administrativos expedidos, por la razón de que la función administrativa depende de una u otra forma de la voluntad de la Administración”.*

GORDILLO<sup>108</sup>, añade:

---

106 Cassagne, J. (2010). *“Derecho Administrativo”*. Lima: Palestra Editores. Tomo I, p. 103.

107 Perilla, J., Zamudio (2015). *“El acto administrativo como expresión de la función administrativa”*. En: In Vestigium Ire, Vol. 9, julio – diciembre, p.179.

108 Gordillo, A. (1999). *“Tratado de Derecho Administrativo”*. Buenos

*“Por ello partimos de la base de que la raíz del acto administrativo no se halla subjetivamente en los órganos administrativos, sino objetivamente en el ejercicio de la función administrativa. Adherimos pues al concepto de que acto administrativo es el dictado en ejercicio de la función administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce”.*

Guzmán Napurí (2008, p. 328)<sup>109</sup>, al respecto señala:

*“Además, debe entenderse que la función administrativa opera en el ámbito de las labores cotidianas de interés general. Es decir, dicha función implica el manejo de dichas labores en mérito a las facultades concedidas al ente que las realiza. Las decisiones de la Administración Pública se relacionan directamente con funciones de interés general que se deben realizar de manera permanente, es decir, con un carácter concreto, inmediato y continuo.*

#### **4.2. Actos administrativos contractuales.**

Vemos en el desarrollo de la Opinión N° 130 – 2018, entre otros, que se abordan “las otras declaraciones ajenas a los actos administrativos”, mas estas no son definidas en ningún momento. Se dice que son distintas al acto administrativo pero utilizando una ley que se refiere al proceso contencioso administrativo, es decir, a la impugnación en sede judicial de los actos administrativos, cuestión que no tiene ninguna relación con el procedimiento administrativo general y que desde la lógica de la primera parte de la Opinión sería enton-

---

Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo 3, pp. I-11.

109 Guzmán, C. Napurí (2008). “Un acercamiento al concepto de función administrativa en el estado de derecho”. En: Revista Derecho & Sociedad, N° 31, p. 238.

ces igualmente inaplicable por no tratarse de contratos sino de procesos judiciales de impugnación de actos administrativos, evidenciándose por tanto una contradicción.

Luego se concluye que las decisiones relacionadas con las actuaciones de las Entidades contratantes no tienen calidad de actos administrativos, lo que podríamos interpretar como referencia a los hechos materiales o simples actos en donde no se ejerce función administrativa, pero el desconcierto se verifica dado que entre paréntesis figura como ejemplo de esas “otras decisiones” citadas por la norma del contencioso administrativo, a las decisiones sobre ampliaciones de plazo, decisión que no cabe duda constituye un acto administrativo de acuerdo a la Ley del Procedimiento Administrativo General, que no solo está diseñada para regular los procedimientos administrativos, sino, y como ya se ha indicado, de acuerdo al Artículo II de su Título Preliminar, también rige para las actuaciones de la función administrativa del Estado.

Puede sostenerse que la vía idónea para la Administración en la ejecución de un contrato público, en donde existen previsiones legales de actuación reglada, parcialmente reglada o discrecional, es la de los actos administrativos, que se trata de una cuestión consustancial al obrar administrativo.

En cuanto a doctrina peruana, quien suscribe el presente capítulo se ha pronunciado por lo menos en dos ocasiones respecto de la existencia de los actos administrativos contractuales<sup>110</sup>, así también SALAZAR con ocasión de los actos de conformidad:

---

110 Linares, M. (2013). *“Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la Integración”*. Lima: 2da edición; y, Linares, M. (2015). *“Arbitraje y Contratación Pública. Coexistencia del derecho público y privado en el derecho peruano”*. En: Panorama actual del arbitraje. Lima: Palestra Editores.

MORÓN<sup>111</sup> a su vez, señala:

*“Estas prerrogativas se ejercen mediante decisiones administrativas ejecutorias (salvo disposición legal de la ley) que debe seguir los requisitos de formación de los actos administrativos: finalidad pública, motivación, competencia, objeto lícito, posible y determinado, procedimiento legal.”*

*Las potestades se ejercen por medio de actos administrativos contractuales que tienen como particulares exigencias: sujetarse al principio de tipicidad, estar debidamente motivados, seguir el procedimiento establecido y dentro de los límites que la ley y reglamento le establecen. Contemporáneamente, las prerrogativas contractuales de la Administración han quedado sujetas al principio de juridicidad y al control jurisdiccional sucesivo pero efectivo”.*

HUAPAYA<sup>112</sup>, expresa respecto de los contratos de asociación público privada lo siguiente:

*“(...) ya que en realidad en nuestro ordenamiento no está prohibido que los árbitros se pronuncien sobre la validez de los actos administrativos, sino que unívocamente se prohíbe que se inmiscuyan en el ejercicio que involucren el ejercicio de potestades administrativas oblatorias, tales como sanciones administrativas o del ejercicio del poder de policía administrativo en los contratos de concesión, (...)”*

---

111 Morón, J. (2013). “Las prerrogativas de la Administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En: Contratación Pública. Doctrina Nacional e internacional, Volumen II, ADRUS Editores, p. 512.

112 Huapaya, R. (2013). “Diez tesis sobre las Asociaciones Público - Privadas (APP) en nuestro régimen legal”. En: Revista de Derecho Administrativo, N° 13, p. 31.

Asimismo, QUIÑONES<sup>113</sup>, refiriéndose igualmente a los contratos de concesión:

*“Consiguientemente nada impide que un laudo declare – al igual que lo haría una sentencia judicial – que determinado acto administrativo configura un incumplimiento contractual, así como que ordene al concedente cumplir con la prestación a la cual se encuentra contractualmente obligado”.*

#### **4.3 Efectos graves de negar la calidad de actos administrativos a las decisiones de la Administración en el marco de un contrato**

Como expresáramos líneas arriba, los actos administrativos contractuales funcionan como contra peso o garantías de las prerrogativas públicas o de las modulaciones de derecho público de los contratos que suscribe el Estado con los particulares.

De no tenerse como actos administrativos puede surgir una contradicción, un vacío peligroso y un estado de indefensión para las partes. Si las decisiones de la Administración en el marco de la ejecución de un contrato no son actos administrativos, entonces, ¿Qué son? ¿Cuál es su naturaleza jurídica? No pueden ser evidentemente contratos, no son hechos de la Administración y tampoco son actos de administración interna. Por otro lado, va de suyo que no pueden considerarse actos jurídicos pues estos actos son propios de entes privados que gozan del principio de autonomía de la voluntad, opuesto totalmente a la actuación de la Administración vinculada a la ley o al principio de legalidad.

---

113 Quiñones, M. T. (2011). “Arbitraje, *Ius Imperium* y contratos de concesión”, En: Derecho Administrativo y regulación económica. La Ley, p. 747.

Respecto de la indefensión, los actos administrativos contractuales contenidos en supuestos de hecho específicos habilitantes, constituyen garantía de actuación idónea, que no deja abierta la posibilidad de discrecionalidad o que la determina limitadamente, evitándose así excesos de poder o actos arbitrarios que puedan tener su origen en casos de corrupción. De forma concreta podemos hablar de la exigencia del debido procedimiento como garantía de emisión de los actos de acuerdo a las exigencias de forma (resoluciones administrativas para la liquidación o la carta notarial para el acto por el que se resuelve un contrato), la posibilidad para la Administración de declarar de oficio la nulidad de determinado acto por infracción de sus elementos constitutivos, la declaración de nulidad de actos fictos que operan por silencio administrativo (aprobación de liquidaciones) y el deber de efectuar procedimientos administrativos sumarísimos especiales requeridos por la normativa para la emisión de determinados actos (apercibimiento en el caso de la resolución del contrato y oportunidad de descargo para la imposición de penalidades).

## **5. Conclusiones**

Finalmente, vemos que, como existe una relación directa entre función administrativa y actos administrativos, siendo que los últimos son expresión de la primera y que causan efectos jurídicos sobre los particulares. La actividad contractual no tiene como sustraerse de la función administrativa, distinguiéndose esta de una simple actividad contractual.

Recuérdese que los contratos públicos existen y tienen un régimen legal especial en atención a su contenido público o de modo más concreto, a su relación con funciones o cometidos administrativos, careciendo de sentido establecer el grado de incidencia de estas en el contrato, pues todos estos son objeto de regulación distinta del derecho común. En efecto, todos los

contratos están afectados a los que la doctrina ha convenido en llamar prerrogativas o potestades administrativas tales como las prestaciones adicionales, reducciones, declaración de nulidad del contrato, resolución de este, además de regulación específica y distinta del ordenamiento civil para actos en particular como la imposición de penalidades de forma reglada y discrecionalmente.