

MARIO LINARES

MARIO LINARES

Contratación Pública

Derecho Local, Internacional y de la Integración

CONTRATACIÓN PÚBLICA

DERECHO LOCAL, INTERNACIONAL Y
DE LA INTEGRACIÓN

© Mario Linares

© Linares Consultores S.A.C.
Pezet y Manuel 2729 - Lince
Móvil: 9985 92159
mlinares@linaresconsultores.com
Lima - Perú

Primera edición: 2008
Segunda edición: octubre de 2013
Tiraje: 1,000 ejemplares

Portada:
F.M. Servicios Gráficos S.A.

Diseño y diagramación
F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta
F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett 220, Lima - Santiago de Surco

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2013-15913
ISBN: 978-612-46561-0-1

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin
permiso del autor.*

*Siempre a Raquel, mi esposa.
Siempre a nuestros hijos, Raquel y Mariano*

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN	17
PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN	25
PRESENTACIÓN DEL AUTOR	31

CAPÍTULO I CONTRATACIÓN PÚBLICA, DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DERECHO INTERNACIONAL	33
1.1. <i>Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio</i>	34
1.2. <i>Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones</i>	37
1.2.1. Cláusulas tipo, solución de controversias y expropiación indirecta	39
1.3. <i>Los Tratados de Libre Comercio</i>	42
1.3.1. Tratados de Libre Comercio Suscritos por el Perú. Capítulos de Contratación Pública	43
1.4. <i>La Ley Modelo de Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional NUDMI</i>	46
2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	51
2.1. <i>Normativa Comunitaria Europea de Contratación Pública</i>	53
2.2. <i>Las contrataciones públicas en el Mercado Común del Sur – MERCOSUR</i>	55
2.3. <i>Las contrataciones públicas en la Comunidad Andina de Naciones –CAN</i>	58
2.4. <i>La Alianza del Pacífico</i>	59

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA

1.	CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCEPCIÓN CLÁSICA O DUALISTA Y CONCEPCIÓN UNITARIA DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO	61
2.	CONSECUENCIA DE LA “SUSTANTIVIDAD” DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	62
	2.1. <i>Las denominadas “potestades contractuales”</i>	63
	2.2. <i>El principio del mantenimiento del equilibrio económico – financiero del contrato y la teoría de la imprevisión</i>	67
	2.3. <i>La inaplicación de la exceptio non adimpleti contractus</i>	68
3.	CRITERIOS MEDIANTE LOS CUALES SE HA PRETENDIDO DIFERENCIAR AL “CONTRATO ADMINISTRATIVO” DEL “CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN	69
4.	LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA EN LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRANCO – HISPANO	73
	4.1. <i>Legislación comparada</i>	73
	4.2. <i>Jurisprudencia comparada</i>	85
5.	ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN EN LA PREVALENCIA DE LOS “CONTRATOS PÚBLICOS” SOBRE LOS “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”. NOVACIÓN DE INTERESES PÚBLICOS: SEGURIDAD JURÍDICA, PREDICTIBILIDAD Y CAPTACIÓN DE INVERSIÓN DIRECTA PRIVADA NACIONAL E INTERNACIONAL POR SOBRE POTESTADES CONTRACTUALES O ESTATALES IMPLÍCITAS	89
	5.1. <i>Origen artificial del contrato administrativo. Lo relativo a su “sustantividad”, efectos negados y situación actual</i>	89
	5.2. <i>Prerrogativas públicas en lugar de potestades contractuales</i>	103
	5.3. <i>Aplicación de la exceptio non adimpleti contractus</i>	105
	5.4. <i>Teoría de la imprevisión en donde el Estado asume también el lucro cesante por efecto del principio de igualdad ante las cargas públicas</i>	106

CAPÍTULO III

LICITACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS, PROCEDIMIENTOS Y MODALIDADES

1.	SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL: DE LIBRE ELECCIÓN Y RESTRICTIVO	109
2.	PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y PROCESOS DE CONTRATACIÓN	110
	2.1. <i>Criterios de exclusión, de selección y de adjudicación del contrato. Factores de evaluación en la normativa nacional</i>	111
	2.2. <i>Clases de procedimientos de selección de contratista en el derecho nacional: licitación pública, concurso público, adjudicaciones directas pública y selectiva y adjudicación de menor cuantía</i>	115
	2.2.1. Clases de procedimientos de acuerdo al derecho internacional. Análisis comparado y ley nacional: Diálogo competitivo, licitación privada, licitación pública, subasta inversa y procedimiento negociado	116
	2.3. <i>Modalidades de aplicación de los procedimientos de selección. Análisis comparado y ley nacional: convenio marco, compras corporativas, contratación electrónica</i>	122
	2.4. <i>La adjudicación directa: excepción a la regla general de ejecución de los procedimientos de selección</i>	131
	2.4.1. Supuestos de inaplicación de la normativa regular de contrataciones públicas y causales del procedimiento de adjudicación directa	133
	2.4.1.1. Razones de conveniencia administrativa	134
	2.4.1.2. Imposibilidad de comparación de propuestas	139
3.	EL ÓRGANO CALIFICADOR Y ADJUDICADOR DE LOS CONTRATOS. EL COMITÉ ESPECIAL	141
	3.1. <i>El Órgano adjudicador o Comité Especial: atribuciones regladas, mediando conceptos indeterminados y discrecionalidad. Criterio teleológico</i>	142
4.	PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS	143
	4.1. <i>Principios de tutela del interés público y de primacía del mismo sobre el interés particular</i>	146
	4.2. <i>Principio de eficiencia</i>	147

4.3. <i>Principio de legalidad</i>	148
4.4. <i>Principio de interdicción de la arbitrariedad</i>	148
4.5. <i>Principio de prohibición de defraudación de la confianza legítima</i>	149
4.6. <i>Principio de informalismo o de formalidad atenuada, la presunción de veracidad y de búsqueda de verdad material</i>	154
5. PRINCIPIOS LICITADORES ESPECÍFICOS	156
5.1. <i>Principio de libre concurrencia</i>	157
5.2. <i>Principio de igualdad</i>	158
5.3. <i>Principio de competencia u oposición</i>	160
5.4. <i>Principio de contradicción</i>	160
5.5. <i>Principio de transparencia</i>	164
6. BASES O PLIEGOS DE CONDICIONES. NATURALEZA JURÍDICA, CONSULTAS E IMPUGNACIONES	171
6.1. <i>Políticas de fomento vía especificaciones técnicas, factores de evaluación y la adjudicación: “Compre Nacional”, MYPES, objetivos sociales y medioambientales</i>	176
6.2. <i>Políticas de fomento económico</i>	176
6.3. <i>Fomento social. Políticas de discriminación positiva</i>	178
6.4. <i>Fomento medioambiental. Compras ecológicas</i>	180
7. RÉGIMEN IMPUGNATIVO	184
7.1. <i>Impugnación de decisiones suscitadas en el procedimiento de selección</i>	184
7.2. <i>De la inconstitucionalidad de la garantía para la apelación</i>	188
7.3. <i>Actos impugnables</i>	191
7.4. <i>Naturaleza del procedimiento recursivo ante el tribunal del OSCE y aplicación distinta de los principios del procedimiento administrativo general</i>	193
7.4.1. <i>El principio de instrumentalidad y eficiencia, el de búsqueda de la verdad material, el de presunción de veracidad y el de informalismo o formalidad atenuada</i>	194
8. FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO. CASOS DE OMISIÓN O SUPERVISIÓN DEFECTUOSA DEL OSCE	198
8.1. <i>Principio de legalidad. Atribuciones regladas, discrecionales y mediando conceptos jurídicos indeterminados</i>	199
8.2. <i>Control o supervisión de las decisiones discrecionales mediante los Principios Generales del Derecho. La función supervisoría del OSCE</i>	204

8.2.1	Supervisión y control mediante los principios de proporcionalidad y razonabilidad	206
8.2.2.	Supervisión de las decisiones discrecionales de las Entidades públicas de parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado	208
8.2.2.1.	El caso de omisión arbitraria de la entidad, de declarar la nulidad del contrato por fraude procedimental del contratista. Omisión de supervisión de parte del OSCE	209
8.2.2.2.	El fraude por direccionamiento de la adjudicación. Requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación arbitrarios	213
9.	RÉGIMEN SANCIONADOR PARA LOS POSTORES Y CONTRATISTAS	217
9.1.	<i>Aplicación de la responsabilidad subjetiva en el procedimiento administrativo sancionador</i>	217
9.1.1.	Del principio de culpabilidad y su importancia para la determinación de la imposición de sanción	219
9.1.2.	De la importancia del “error” en materia sancionadora	225

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA y ARBITRAJE

1.	OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	231
1.1.	<i>El concepto de Obra Pública</i>	231
1.2.	<i>El contrato de Obra Pública</i>	239
1.2.1.	Sistemas de contratación	240
1.2.2.	Modalidad de ejecución licitando el expediente y la obra. Del concurso oferta o proyecto y obra	242
1.2.2.1.	Regulación deficiente del proyecto y obra en la ley nacional	243
2.	ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. DERECHO INTERNACIONAL Y NORMATIVAS LOCALES	246
2.1.	<i>Arbitraje y reserva del control de legalidad</i>	246
2.2.	<i>Arbitraje y materias disponibles e indisponibles aun en el supuesto de previsión legislativa según doctrina comparada</i>	247

2.3.	<i>Normativa peruana sobre arbitraje en los contratos del Estado. El arbitraje sin materia indisponible ¿Contradicción u opción legislativa</i>	247
2.4.	<i>Régimen sancionador de los árbitros. Inutilidad y peligrosidad del régimen de nulidad del laudo basada en la infracción del mandato de prevalencia del derecho público</i>	258
2.4.1.	<i>Ilegalidad del régimen sancionador del Código de Ética para el arbitraje en materia de contrataciones del estado</i>	264
3.	MATERIAS QUE SUSCITAN CONTROVERSIA EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL	265
3.1.	<i>Actos administrativos en la ejecución contractual</i>	265
3.1.1.	<i>Los simples actos de administración y los actos administrativos contractuales: Teoría de al contrato, de los actos separados y del acto administrativo contractual coligado</i>	266
3.1.2.	<i>Teoría del acto administrativo contractual. Régimen de caducidad del arbitraje</i>	272
3.2.	<i>Adicionales de obra pública. ¿Prerrogativa pública o derecho del contratista? Características. Función administrativa de control. El principio de prohibición de enriquecimiento sin causa</i>	274
3.2.1.	<i>Características de las Adicionales de Obra</i>	276
3.2.2.	<i>Función administrativa y de control en los adicionales de obra pública y la exclusión del arbitraje</i>	281
3.2.3.	<i>Adicionales de obra pública y los principios de prohibición de enriquecimiento sin causa e igualdad ante las cargas públicas</i>	284
3.2.3.1.	<i>El enriquecimiento sin causa</i>	284
3.2.3.2.	<i>El enriquecimiento sin causa y sede arbitral</i>	290
3.3.	<i>Mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Antecedentes, regulación, aplicación</i>	292
3.3.1.	<i>Teoría de la imprevisión</i>	292
3.3.2.	<i>“Iustum pretium” y principio de riesgo ventura</i>	292
3.3.3.	<i>El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Fundamentos y presupuestos constitutivos</i>	294
3.3.4.	<i>Hechos que motivan la utilización del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato</i>	299
3.3.5.	<i>Teoría del equivalente político</i>	301
3.3.6.	<i>Aplicación del principio en el derecho nacional. Comparación con legislación colombiana, argentina y española</i>	302

3.4 <i>Liquidación del contrato de obra pública. Naturaleza y procedimiento</i>	307
3.4.1. Liquidaciones consentidas nulas	309
3.4.1.1. El silencio administrativo	310
3.4.1.2. Nulidad de actos administrativos resultantes de aprobación automática	312
BIBLIOGRAFIA	315

PRÓLOGO DE LA SEGUNDA EDICIÓN

Por Jaime Orlando Santofimio-Gamboa

El profesor, tratadista y amigo de vieja data, *Mario Linares*, me ha distinguido con la presentación de esta nueva edición de su ya reconocida obra sobre “*Contratación Pública*”, trabajo que podríamos considerar, dado lo decantado y sistemático, como uno de los mas importantes aportes del pensamiento jurídico peruano al Derecho administrativo y de la Contratación Estatal en el ámbito latinoamericano, particularidad esta, que hace de este trabajo, un texto de lectura inevitable para quienes compartimos nuestras fuerzas y dedicación al cultivo y profundización de los asuntos propios del Estado y en especial de sus instituciones administrativas.

Al autor lo conozco, no solo por su dedicada labor a la administración pública, siempre en los ámbitos de la Contratación del Estado, sino también, como un destacado profesor y jurista con reconocimiento en el contexto académico internacional, dadas sus calidades de arbitro y conferencista en estos siempre complejos y delicados temas de los negocios públicos. Su formación académica es amplia e inobjetable, y lo ha demostrado con lujos de detalles y profundidad en todos los foros donde le he seguido y escuchado, de aquí que su merecido reconocimiento, el cual no dejo de manifestar, en especial al ocuparme de este trabajo que pone a consideración de la opinión especializada.

El tratamiento que *Mario Linares* le otorga a la temática de la Contratación Pública me suscita algunas irremediables reflexiones que no quiero pasarlas por alto, en cuanto que tienen relación con lo que debe ser el entendimiento del contrato del Estado en el contorno jurídico de nuestros días, en donde las dicotomías entre libertad de empresa y económica con las bases constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho generan tensiones importantes para la construcción de un concepto de contrato del Estado, reflexiones que paso a exponer a manera de introducción y presentación de este importante trabajo:

1.- La administración pública para la satisfacción de los intereses generales esta habilitada por el ordenamiento jurídico para la celebración de contratos estatales, esto es, que admitimos que debe acudir de manera habitual a la figura del contrato como mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado. Esta interacción, implica, dado el origen privado de la institución contractual, reconocer su inmensa complejidad conceptual, ideológica y política cuando una de las partes es un sujeto de derecho público, fenómeno que da lugar al surgimiento de una especial categoría negocial a partir de los contratos de los entes públicos, que se caracteriza por articular, de manera permanente, su doble naturaleza de instrumento básico para el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés general, y de fuente de obligaciones conforme a las elaboraciones del derecho privado.

Esto significa que el estudio de la institución desde la perspectiva estatal invita a reconocer su ámbito integrador de conceptos y principios tanto de derecho público como privado, en algunos casos extraños entre sí pero que se moldean para definirla y hacerla viable dentro del tráfico jurídico ordinario, brindando en consecuencia respuestas a los fenómenos propios del consentimiento que surgen cuando se trata de los negocios jurídicos entre entidades públicas o entre algunas de éstas y los particulares, donde lo característico es el predominio del interés general.

2.- Los anteriores planteamientos, que hoy en día constituyen para el derecho administrativo el punto de sustento del contrato estatal, no siempre han sido de recibo pacífico por la doctrina y la jurisprudencia. La formación de una teoría sobre la materia ha estado signada por un camino tortuoso de interpretaciones y concepciones contradictorias, fundadas en discusiones interminables sobre la autonomía del contrato estatal, hasta llegar incluso, sobre la base de diferentes consideraciones doctrinales, a negar la posibilidad misma de su existencia. En la práctica, se puede sostener que intentar una aproximación a la teoría de los contratos de las entidades públicas, y sobre todo pretender conformar una teoría sobre su naturaleza implica retomar la historia misma del derecho administrativo, no sólo a partir de los aportes fundamentales de la Revolución Francesa, que quedaron signados en la tesis de la sustantividad de la disciplina, sino también, en las influencias permanentes del derecho privado en la construcción de una teoría del contrato administrativo.

3.- En la actualidad la innegable influencia del derecho privado en el contrato del Estado se desprende, sin duda alguna, de los inmensos procesos de reforma política y económica que se comenzaron a vivir en América Latina a finales de la década del 80 y que implicaron una revisión total, filosófica e ideológica, en el manejo del Estado, a la vez que invitaron a reconsiderar el régimen contractual del Estado y la consolidación del sistema de la unidad o identidad del contrato administrativo y el privado.

Estos cambios básicos comenzaron a ser impulsados a partir de la política neoliberal, que sumida en el principio de la libre competencia económica consideraba que los actores públicos no podían ser un obstáculo para el ejercicio de dicha libertad. Y que el Estado, al igual que los particulares, por regla general debía actuar en el tráfico jurídico ordinario en condiciones de igualdad; por lo tanto, resultaba inevitable abandonar las rígidas estructuras que sobre Contratación Estatal, el Estado intervencionista había montado en la pretendida sustantividad del contrato administrativo, y abrirle paso a un sistema mucho más coherente con los fenómenos de la economía y la globalización, frente a los cuales los entes públicos no podían estar ausentes, ni mucho menos excluidos; con todas las consecuencias que este planteamiento implicaba desde el punto de vista jurídico, en la medida que llamaba a modificar las estructuras sustentadas en los principios y dogmas de estricto Derecho Administrativo.

Precisamente en uno de los sectores jurídicos donde con mayor trascendencia se reflejaba esta transformación conceptual del Estado era en el de la contratación. El neoliberalismo se apoya en el derecho civil para el logro de sus propósitos contractuales, pues se supone que gran parte de las responsabilidades públicas deben ser asumidas por los particulares; por otra parte, el Estado debe dejar de ser un ejecutor directo de sus cometidos, los cuales deberán ser contratados con los particulares, y el sector público asumirá en adelante, en especial, responsabilidades de interventoría y control.

El modelo neoliberal o economicista es radical en sus postulados y propuestas. Aboga por la libertad contractual, el despojo del Estado de sus poderes y facultades exorbitantes en materia negocial, el libre acceso de todos los actores a los negocios públicos, la destitularización de actividades públicas, es decir, el desmantelamiento de la idea concesional por principio. Todo lo anterior en una especie de repotenciación de la cláusula constitucional de la libertad e iniciativa privada, o simplemente de la libertad económica. El neo individualismo rompe con la idea de la sustantivización del contrato estatal de sus formalismos, de su vinculación estricta a los propósitos y finalidades del interés general, sobreponiendo en relación con estos los intereses del capital, del inversionista y sobre todo del predominio de las reglas del mercado en relación con cualquier otra consideración, sobre todo con las de carácter intervencionista.

4.- No obstante lo anterior no puede perderse de vista que el contrato del Estado continua siendo el gran instrumento del interés general, así se acuda a técnicas y normas del derecho privado para su sustentación jurídica. El principio del interés general constituye el punto de partida y la columna vertebral de carácter material de la totalidad de los aspectos vinculados a las relaciones contractuales del Estado.

Configura elemento y a su vez requisito básico esencial para que realmente se caracterice la actividad contractual del Estado. No puede entenderse ni admitirse como válido un procedimiento contractual, un contrato, o cualquier operación relacionada con éste, que no se inspire o tenga como propósito el cumplimiento o la satisfacción de los intereses generales. Desde esta perspectiva, el concepto de interés general se consolida como el más importante y precioso de los sustentos y justificaciones de todo lo relacionado con el contrato en materia estatal.

En este sentido, el principio del interés general pone de relieve para el contrato estatal su irremediable vinculación al contexto del Estado Social de Derecho, con el propósito de satisfacer las necesidades de la comunidad y de proteger lo que a todos nos pertenece; de aquí su carácter teleológico y finalístico. En esta dirección, reconocemos para las relaciones negociales del Estado un concepto estricto de interés general, el cual, en palabras de (PAREJO ALFONSO), “se refiere a los bienes jurídicos imputables a la colectividad, cuya tutela corresponde, por ello, a los poderes públicos; es decir, a las organizaciones estatales (o las designadas por éstas) en cuanto gestores cabalmente de los intereses del común o no pertenecientes (en su caso, no asignados) a la esfera propia de los sujetos privados”. Lo anterior sin negar su significado amplio, en cuanto rector de la totalidad de las actividades de las funciones públicas, y no sólo de las administrativas.

Lo anterior resulta de la mayor importancia cuando se pretende articular los principios propios del derecho administrativo con los que surgen a propósito de la aplicación del derecho privado a los contratos del Estado, como sucede en el caso específico de la autonomía de la voluntad, de la libertad económica, del *pacta sunt servanda* o de la igualdad etc. En estos eventos, la amplitud que dichos principios puedan tener en la esfera del derecho privado se ve aminorada en la medida en que éstos deben adaptarse, en virtud del interés general, a los propósitos y finalidades propios de la comunidad, del conglomerado, los cuales sin duda en muchos casos son diferentes a los de las personas individualmente consideradas.

5.- La anterior idea de confirma si tenemos en cuenta que el contrato del Estado encuentra en las modernas estructuras constitucionales su fuente sustentadora en la idea motora de Estado Social y Democrático de Derecho. El modelo de Estado social de derecho trasladado al ámbito del contrato estatal implica un cambio profundo y radical en la idea tradicional de los negocios del Estado; un abandono a la clásica concepción del contrato individualista y el surgimiento de un negocio público vinculado de manera directa con la solución a los problemas sociales, curtido bajo los presupuestos del interés público, en consecuencia generador de derechos e intereses colectivos. En este sentido, una aproximación al concepto de contrato estatal, no puede hacerse entonces, de manera exclusiva a partir de su identificación

como una simple fuente de obligaciones entre las partes contratantes. El negocio del Estado, es un concepto teleológico dinamizador de las finalidades sociables del mismo en estrecha relación con los intereses de la comunidad, edificador de una base normativa compleja que tiene en su centro de impulsión el conflicto social, y a la comunidad misma en cuanto titular de los beneficios y resultados de su ejecución.

El modelo democrático en su relación con el contrato del Estado nos conduce por los senderos de balance, equilibrio, transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación, y sobre todo, de reproche al subjetivismo por lo tanto a la arbitrariedad en la estructuración y en todo procedimiento de selección de contratistas, así como en la ejecución del mismo. La democracia está en las bases misma de las garantías que el sistema ofrece en materia de negocios del Estado, con el fin de que los mismos no se conviertan en privilegios de unos pocos. La democracia es todo lo contrario al interés individual o personal en el manejo de lo público.

En su interrelación obvia y natural con la cláusula constitucional del Estado Social, coadyuvada al concepto material de lo social, consolida de manera magnífica, en una proyección finalística el concepto de interés público y general, que se proyecta en la estructuración de derechos e intereses colectivos. La democracia reconducida a estos aspectos de la ordenación del servicio y la concesión, y en manos de la administración, se configura entonces, garantía indiscutible para la comunidad en relación con la realización efectiva y sustancial de los proyectos de su interés, para los particulares contratistas de que no reinará el privilegio y el simple señalamiento en la selección de los mejores contratistas para el Estado, y para el Estado mismo en cuanto que le permite hacer efectiva su habilitación para la selección de los mejores contratistas tratándose de asuntos públicos.

Se concreta el principio democrático en relación con el contrato en la presencia de reglas y sobre todo de principios básicos rectores de todo el actuar público en estas materias tales como los siguientes: ponderación, proporcionalidad, interés general; inclusión social; protección a los derechos de los particulares y los usuarios, no discriminación, equilibrio y conmutatividad objetiva de la relación negocial; la igualdad; libertad de los asociados en sus aspiraciones de colaboración en la ejecución de los proyectos públicos; transparencia; pluralismo; tolerancia; participación; planificación y diseño del negocio de manera completa, correcta, eficaz y técnica; transparencia, planeación; participación; objetividad; imparcialidad; publicidad y previsibilidad.

6.- La anterior problemática invita a una última reflexión para el buen entendimiento de los contratos del Estado en el mundo jurídico de nuestros días y es

la que debe existir una necesaria articulación entre los conceptos de Estado Social y Democrático de Derecho y la cláusula constitucional de la libertad económica y de empresa en la construcción de todo contrato público, esto es, una armonización de los modelos económicos neoliberales y el concepto de Estado Social y Democrático de Derecho. Resulta claro que la suerte del contrato Estatal depende de la conjugación inevitable de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho con la de la libertad económica, por lo tanto, del entendimiento de cómo debe funcionar el sistema de bases constitucionales para hacer coherente la procedencia de la figura sin entrar en conflictos que la hagan nugatoria.

Para estos efectos, tal como se ha reconocido a lo largo del presente trabajo, las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho como la de la libertad económica encarnan principios de rango constitucional que se encuentran en un plano de igualdad. Sin embargo, también se ha reconocido, y aceptado que la cláusula de la libertad económica, no es absoluta, y que a su vez, la del Estado Social y Democrático de Derecho encarna lo que se conoce en la doctrina como un principio directriz que irradia la totalidad de nuestro ordenamiento.

Hemos aceptado como una verdad actual emanada de las reglas de la interpretación constitucional que la libertad económica configura un claro derecho fundamental que entraña una doble naturaleza, (individual y colectiva) la de derecho indiscutiblemente subjetivo, por una parte, y la de un derecho de la colectividad, por otro, y por lo tanto, de consecuente garantía institucional para el libre accionar económico de las personas. Así mismo, la libertad económica configura un elemento trascendente del ordenamiento jurídico positivo, que otorga especial connotación al mismo en el sentido de perfilar a la libertad en el centro de la actividad humana y empresarial, con el fin de garantizar una convivencia justa y pacífica de los asociados, de todas maneras objetivamente delimitado para los efectos y propósitos claramente definidos por el legislador.

Por su parte aceptamos para la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho su naturaleza de norma directriz del accionar de los poderes y de la interpretación del alcance de la organización política y jurídica, sin que esto signifique en manera alguna la aceptación de un especie de estratificación jerarquía en relación con los demás principios y cláusulas constitucionales. En este sentido, recogemos las elaboraciones teóricas que identifican en una explicación dogmática de la cláusula, tres claros círculos concéntricos. (i) donde se retoman el conjunto de exigencias que el modelo impone a los poderes públicos en cuanto principio mismo y los grados de afectación en relación con otros principios (mandato de optimización) círculo donde opera sin mayor dificultad la ponderación y proporcionalidad; (ii) compuesto por el conjunto de manifestaciones del Estado Social a las que el

legislador ha otorgado un carácter de definitivo como consecuencia de la reducción legal de las colisiones entre principios considerados a priori y otros principios constitucionales; y, (iii) integrado por el conjunto de exigencias del principio que a modo de núcleo último, se imponen incluso al de Estado democrático.

Bajo este contexto, tenemos entonces que una relación ponderada de los dos principios le atribuye de por sí, cargas predeterminadas en las esferas segunda y tercera al principio del interés general básicamente en defensa y protección de intereses generales y públicos e incluso, en defensa y protección de la misma libertad económica. En este sentido, es factible entonces que la libertad económica entre nosotros este objetivamente limitada cuando este de por medio el interés público, la solidaridad social e incluso la misma justicia social.

Así las cosas, la libertad económica pregonada por los neoliberales, no es absoluta, sino que esta matizada en razón de los interés públicos, es posible la subsistencia misma del contrato público, no bajo el carácter absoluto de una sustantivización a ultranza, sino bajo consideraciones de respeto a la misma libertad económica, y en esta misma dirección subsiste el negocio del Estado en la medida en que la libertad de empresa se produce y actúa en relación principalmente y por regla general con actividades privatizadas y liberalizadas, y se mantiene en el núcleo esencial de toda relación económica, sea esta la contractual del Estado propiamente dicha.

Como conclusión, en el Estado Social de Derecho, la libertad económica no es de carácter absoluto, pues debe recordarse que, además de la empresa, la propiedad también cumple una función social y que la libertad económica y la iniciativa privada tienen su garantía y protección supeditadas al predominio del interés colectivo.

Bogotá D.C., Octubre 1 de 2013

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO –GAMBOA

Magistrado del H. Consejo de Estado de la República de Colombia.
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Externado de Colombia

PRÓLOGO DE LA PRIMERA EDICIÓN

Por Roberto Dromi

El libro sobre el derecho de la contratación pública del colega y amigo Mario Linares Jara es una prueba incuestionable de su madurez intelectual, de su experiencia profesional, de su vocación creativa y de su dedicación académica. Sin duda, la docencia, el ejercicio profesional, la práctica en la gestión pública y la capacitación especializada en Posgrados le ha permitido a Mario Linares Jara acceder a un espacio notable de producción iusadministrativa del Perú y de toda América Latina, brindándonos ahora una nueva obra sobre el derecho de la contratación pública en los escenarios de la globalización, el nuevo espacio internacional y el perímetro de las modalidades de formación y ejecución contractual.

En efecto, partiendo de la base que la contratación pública presenta nuevos desafíos y aristas, a fin de tratar el objeto de su análisis el autor ha dividido metodológicamente el libro en tres capítulos, los que se corresponden a esos novedosos aspectos y a su relevancia en la actividad contractual del Estado.

Así se analiza la materia contractual pública desde una perspectiva que abarca tanto lo local, como lo internacional y hasta lo global. Todo ello a partir del nuevo marco, que con matices jurídicos y económicos, imponen la integración y la internacionalización (o globalización), por la “supranacionalidad” de los organismos de crédito y la obligada jurisdicción arbitral que se fija internacionalmente.

En este orden, el autor efectúa su estudio de la contratación pública a partir de lo que da en denominar la “globalización de la contratación pública”, por la regulación que surge del derecho internacional (como los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones) y la que es establecida por el derecho de la integración. En el mismo capítulo trata la jurisdicción arbitral para la contratación pública y el tratamiento internacional del principio de transparencia en los contratos públicos.

El segundo capítulo se refiere específicamente a la licitación pública, y a los principios, procedimientos y modalidades establecidos para la selección del contra-

tista estatal. Expone los distintos sistemas y clases de procedimientos a utilizar para la contratación estatal. Analiza especialmente las políticas de fomento que vía especificaciones técnicas y factores de evaluación pueden condicionar la adjudicación del contrato del Estado. También examina los principios de derecho administrativo aplicables a la materia, y los principios licitatorios específicos. Finaliza el capítulo con el análisis del régimen impugnativo.

En el tercer y último capítulo, el autor analiza la figura del contrato administrativo a partir del nuevo escenario internacional. Para ello, sostiene las consecuencias de la sustantividad del contrato administrativo y detalla distintos criterios por los que se ha intentado distinguir a los contratos administrativos de los que denomina contratos privados de la Administración. Cita doctrina, jurisprudencia y legislación comparada que sostienen lo que da en llamar la tesis tradicional del contrato administrativo, y plantea lo que a su entender es la postura del derecho internacional al respecto.

A partir del contenido de la obra de Mario Linares Jara, que brevemente hemos expuesto, podemos extraer los siguientes ángulos de análisis de los contratos de la Administración en los tiempos de la hipermodernidad: el internacional, el arbitral y el procesal.

1. EL SIGNIFICADO *INTERNACIONAL* COMO ACCESO A LA *GLOBALIZACIÓN*.

La sociedad de la hipermodernidad se articula sobre la base de la convivencia *en dos aldeas*; al tiempo que permanece en un mismo lugar, apoya un pie en la *aldea local* y otro en la *global*. Los hombres poseen ahora *más espacios comunes* y *menos fronteras*. Ello se verifica, entre otras cosas, en el dominio de la sociedad del conocimiento, y en la instalación de *dinámicas redes tecnológicas de comunicación e información sin fronteras*, que generan un *hábitat de transparencia e interconexión*.

La *agenda del presente* exige *construir los nuevos mapas* de la interconexión, conocer *la nueva geografía* científica y los *nuevos mercados y espacios* de la cultura del trabajo. El hombre es elevado a la categoría de “ciudadano del mundo”, las distancias se acortan y las capacidades se prolongan.

Todo ello importa un desafío para la Política, el Derecho y la Economía, de modo que el Derecho administrativo, que se ve obligado a reformular sus instituciones básicas fundamentalmente en materia de acción administrativa (contratos, fomento y servicios) para mantenerse al día con las exigencias de la sociedad. Y en esa

instancia el contrato público adquiere un nuevo significado, desde lo internacional, como acceso a la globalización.

Desenvolverse en mercados sueltos o en mercados integrados (v.gr. Mercosur) cerrarse en el localismo o actuar en la multilateralización comercial global (p. ej. OMC), son elecciones de los Estados que importan una postura hacia lo internacional y lo global, y una nueva forma de encarar la contratación pública.

La identidad comunitaria e internacional supone coordinar, armonizar y compartir objetivos y estrategias de desarrollo. La escala internacional se plasma en la concertación país-país, país-organismos internacionales, país-potencias líderes. Así, la internacionalización de la contratación pública se verifica también en la aprobación de las *Convenciones Interamericana contra la Corrupción* y sobre la *Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, que tienden a instaurar la transparencia y la ética públicas en los contratos del Estado.

De este modo, los procedimientos de selección del contratista (licitación o concurso) pueden ser nacionales o internacionales, según los sujetos a quienes esté dirigida la convocatoria. De modo que será *internacional* cuando, por las características del objeto o la complejidad de la prestación, el llamado se extienda a interesados y oferentes del exterior, por tener la sede principal de sus negocios en el extranjero y no contar con sucursal registrada en el país.

2. EL SIGNIFICADO *ARBITRAL* DERIVATIVO Y CONSENSUADO COMO FORMA DE *RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS*.

En general, todas las controversias que se suscitan durante la ejecución del contrato administrativo, se dirimen en la *jurisdicción* contencioso-administrativa.

Ahora bien, en los contratos administrativos cabe el arbitraje como excepción y con carácter restrictivo, en los casos en que las cuestiones a dilucidar no afecten ni al orden público, ni al orden constitucional, ni agraven a la autoridad del Estado o a su soberanía.

En el supuesto de que las cuestiones debatidas fueran sometidas a árbitros *iuris*, éstos podrán pronunciarse sobre cuestiones jurídicas dentro de los límites señalados. Sin embargo, los árbitros *iuris* no pueden tomar decisiones que impliquen ejercicio de prerrogativas de la Administración Pública o de funciones esenciales del Estado.

El Estado puede recurrir al arbitraje para dilucidar conflictos técnicos, cuestiones de hecho o de orden financiero-patrimonial. Ello por cuanto el hecho de someter a arbitraje las controversias surgidas de contratos en los que la Nación es parte es un método tradicional de solventarlas en el ámbito del Derecho internacional.

En este sentido, los Acuerdos internacionales celebrados con otros Estados sobre promoción y protección recíproca de inversiones prevén que, en caso de llegarse a un conflicto entre las partes, y que no haya podido ser solucionado en los plazos, modos y términos previstos por la legislación o por las normas contractuales, el mismo podrá ser sometido a arbitraje internacional. En tal caso se establece que, a elección del inversor, se podrá optar por iniciar los procedimientos ante la jurisdicción del Estado contratante implicado en la controversia, o ante los tribunales de conciliación y arbitraje en el *CIADI*, creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington en 1965. La elección de uno u otro de estos procedimientos es definitiva.

En virtud de lo establecido en los citados tratados, los inversores extranjeros originarios de aquellos países con los que los mismos fueron celebrados, están facultados a someter a arbitraje internacional toda cuestión que viole los compromisos asumidos por el país en que se celebró el contrato en cuestión, debido a actos o hechos que perjudiquen sus inversiones.

En este orden, debe tomarse en consideración que, a partir de fines del año 2001 y como consecuencia de la crisis económica desatada en Argentina han proliferado las *acciones* de inversionistas extranjeros que han iniciado arbitrajes ante el CIADI (en su calidad de accionistas, ya sea mayoritarios o minoritarios, de las empresas concesionarias y licenciatarias de servicios públicos).

3. EL SIGNIFICADO PROCESAL COMO PRINCIPIO DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA.

El contrato es una de las formas jurídicas de la función administrativa. En su consecuencia, por una relación de especie a género, en la preparación y ejecución de los contratos de la Administración se aplica el régimen jurídico de la función administrativa.

De ese modo, la intervención de los administrados interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa se rige por las reglas del régimen jurídico de dicha función, el procedimiento administrativo. Por lo que son aplicables a la contratación administrativa las normas del procedimiento administrativo,

el procedimiento de contratación administrativa es un procedimiento administrativo especial.

El procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual (precontractual) no se confunde con el contrato, que es el resultado del encuentro de aquélla con la voluntad del contratista (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal). El vínculo contractual nace cuando se enlazan la voluntad de la Administración Pública y la del contratista, por el procedimiento legal previsto al efecto.

El procedimiento regular y ordinario por el que se instrumenta y se da a conocer la voluntad precontractual de la Administración y de los interesados oferentes es la *forma escrita en soporte material o físico, en papel*. Ello resulta expresamente de las pautas normativas sobre la *escrituradad*, rectoras y comunes en la legislación procedimental administrativa.

De este modo, el contrato se inicia a través de un expediente originado por la Administración, y conformado por el conjunto de documentos o actuaciones administrativas y de los interesados-oferentes, ordenado cronológicamente, que acumula informaciones, dictámenes y todo otro dato o antecedente relacionado con la contratación de que se trata, a efectos de lograr los elementos de juicio necesarios para arribar a conclusiones que darán sustento a la resolución definitiva o adjudicación.

Pero también se prevé que los procedimientos de selección del contratista de la Administración Pública y la celebración de los contratos públicos se lleven a cabo a través del *formato electrónico digital firmado digitalmente*. En ese caso, los documentos digitales firmados digitalmente tienen el mismo valor legal que los documentos en soporte papel con firma manuscrita, y deben ser considerados como medio de prueba de la información contenida en ellos.

En cualquiera de los supuestos, las etapas del procedimiento preparatorio, previo a la emisión de la voluntad contractual, adquieren forma de acto, reglamento o hecho administrativo, o actuación interadministrativa, todas estas formas *se incorporan unitariamente, aunque de manera separable*, en el procedimiento administrativo de conformación de la voluntad contractual.

El procedimiento administrativo preparatorio de la voluntad contractual se integra, además, con la actividad que despliega a ese efecto el futuro contratista de la Administración Pública. En la actividad precontractual, preparatoria o preliminar del contrato administrativo, encontramos también *actos y hechos jurídicos privados* o de particulares, v.gr., la compra del pliego, la presentación de la oferta, el retiro o desistimiento de la oferta, la constitución de la garantía, la solicitud de inscripción

en los registros respectivos, la formulación de observaciones e impugnaciones en el acto de apertura, etcétera.

Por lo tanto, la selección del contratista por cualquier procedimiento (licitación pública o privada, concurso público o privado, contratación directa, remate público), no se agota en un acto administrativo único, sino que es el resultado de varios actos, hechos y reglamentos administrativos y actuaciones interadministrativas, que reciben concurrencia y colaboración de los particulares por medio de actos y hechos jurídicos privados, siempre que el oferente sea una persona privada.

Repasada la lectura de este ensayo científico de Mario Linares Jara podemos reivindicar con certeza las innovaciones que ha producido en el área de la contratación pública. En ella brinda creatividad a esta herramienta económica de utilidad incuestionable para el buen manejo de la cosa pública y para un mejor diálogo jurídico entre comitentes y contratistas en la ejecución de los contratos.

Roberto Dromi

Catedrático de Derecho Administrativo

Director General de la Escuela de posgrado Ciudad Argentina –EPOCA–
Unidad Académica de Posgrados Internacionales de la Universidad del Salvador
(Buenos Aires - Argentina).

Buenos Aires, Febrero de 2007.

PRESENTACIÓN DEL AUTOR

El derecho de la contratación pública ha pasado a ser una especialidad dentro de la especialidad del derecho administrativo. La contratación pública supera al derecho por sus componentes económicos financieros, administrativos, de gestión e ingeniería y es multidisciplinaria también desde su naturaleza pública, estando presentes la función administrativa, de supervisión y de control. Escapa del ámbito local y se coloca como componente importante de la globalización económica y del incipiente derecho administrativo globalizado. Es de verse que la materia no es sencilla y por lo tanto reductible a una sola área de conocimiento. Sin embargo, no por ello, el derecho de la contratación pública puede ser minimizado y encasillado en ritualismos, formalidades o requisitos que le restan dinamismo y eficiencia al proceso o a la gestión de las “compras públicas”. Por lo contrario, este derecho específico, dota de garantías que generan predictibilidad y confianza a las partes involucradas, siendo por tanto soporte indispensable de la eficiencia pública. En ese sentido, la presente obra actualizada y aumentada, tiene como eje transversal además de ser fuente de ilustración, discusión y de solución de problemas, justamente evidenciar que no estamos ante una materia pequeña y sencilla, que debe estudiarse y hablarse por ejemplo, en lugar de la “buena pro”, del acto administrativo de adjudicación del contrato; en lugar del “proceso de selección”, del procedimiento administrativo especial de selección de contratistas”; en lugar de simples “decisiones” de la Entidad, de actos administrativos y en su caso, de actos administrativos contractuales. Asimismo, pretende que se genere discusión en cuestiones más o menos complejas como la función de supervisión y las decisiones discrecionales de la Administración; los principios de verdad material y de legalidad y la preclusión en las impugnaciones; el derecho de la Administración de protegerse mediante la exigencia de fianzas, de la dilatación innecesaria de sus procesos por apelaciones temerarias o maliciosas en contraposición con el derecho constitucional de acceso irrestricto a una revisión de las decisiones de la Administración licitante; la validez de los actos administrativos presuntos por silencio administrativo en el caso de liquidaciones de obra; los actos administrativos separables; el principio de culpabilidad y su inaplicación por el Tribunal del OSCE en los procedimientos sancionadores; el principio de interdicción de la arbitrariedad y de la protección de la confianza legítima del administrado como licitante y contratista; los adicionales de obra pública y los principios de enriquecimiento sin causa; el régimen sancionador

de los árbitros; todo ello con apoyo de legislación y doctrina comparada y sin dejar de lado temas siempre actuales como la evolución del “contrato administrativo” hacia el “contrato público” dotado de predictibilidad, punto en el que se recurre a jurisprudencia y legislación de Francia, España, México y toda Sudamérica; los Tratados de Libre Comercio; el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC y la normativa comunitaria europea; los principios de transparencia, contradicción, igualdad; las políticas de fomento social y medioambiental; etc.

Espero con este trabajo poder contribuir al logro de un sistema de contratación pública más eficiente, cometido que hubiera sido imposible de trazar sin la ayuda de profesionales y estudiantes que me apoyaron en la esforzada labor de la investigación académica. Recuerdo con especial deferencia a Hugo Medina, Jerry Takayama, Carlos Salas y Giuliana Vergaray y, por su labor reciente, a Elizabeth Pomasoncco, Brian Cuba y Javier Luna. A todos ellos mi especial consideración y agradecimiento.

CAPÍTULO I

CONTRATACIÓN PÚBLICA, DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA INTEGRACIÓN

1. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y DERECHO INTERNACIONAL

La presencia del Derecho Internacional en los contratos de los Estados es un hecho. Para los países en vías de desarrollo, las regulaciones nacionales de contratación pública comienzan a ser de difícil aplicación exclusiva, específicamente las de fomento, y dentro de éste campo, fundamentalmente, las de promoción de las empresas nacionales, ello no por el trato nacional que deba brindarse a las empresas extranjeras en cumplimiento del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC pues dicho acuerdo ha sido firmado fundamentalmente por el primer mundo, sino por la inserción del sistema de liberalización de los contratos públicos vía los Tratados de Libre Comercio, los mismos que en sus capítulos de contratación pública contienen idénticas disposiciones a las del acuerdo referido de la OMC.

Igualmente, el trato no discriminatorio y los regímenes de protección de las inversiones extranjeras de riesgos no comerciales a través de la garantía de un arbitraje internacional que sustituya a las sedes judiciales nacionales, es imperativo para determinados contratos públicos, si no por un tratado bilateral de protección de inversiones, por un tratado de libre comercio mediante el respectivo capítulo de inversiones.

En conclusión, a través del Derecho Internacional irrumpen en nuestros derechos locales de contratación pública el trato igualitario o trato nacional para las empresas extranjeras en la fase de selección del contratista y la sede arbitral para la solución de controversias en determinados casos.

Finalmente, y si bien carece de fuerza normativa, puede incluirse dentro del Derecho Internacional que incide sobre los derechos locales de Contratación Pública y en orden estrictamente didáctico, a la Ley Modelo de la Comisión de las

Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guide to Enactment of the UNCITRAL MODEL LAW on public procurement* del 2012,¹ guía que sirve de orientación a los países para la elaboración de sus propios ordenamientos y que tiene como finalidad entre otros, la eliminación de prácticas que restrinjan una libre competencia.

Los principios básicos contenidos en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, los de Libre Comercio en cuanto a sus capítulos de Contratación Pública, la Ley Modelo de Contratación Pública de las Naciones Unidas, además de las normativas comunitarias de contratación pública, hacen de esta materia, parte integrante de lo que se ha denominado como la ciencia jurídica transnacional² o de forma más precisa, el derecho común de la Contratación Pública.³

1.1. Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio

Como es sabido, la OMC es un organismo internacional que se ocupa del fomento del comercio libre entre los países. Se rige mediante sus acuerdos y constituye formalmente un sistema de normas consagrado al logro de una competencia libre, leal y sin distorsiones entre sus miembros. Los principios de la OMC son: más libertad (menos obstáculos para el comercio), previsibilidad, competitividad y no discriminación, principio este que se divide en: i) trato nacional, una vez aplicados los derechos de aduana, y ii) trato de la nación más favorecida⁴ (se tienen como excepciones las uniones aduaneras y los acuerdos de libre comercio).

¹ Esta guía tiene como objetivo la incorporación de la Ley Modelo sobre Contratación Pública a los ordenamientos que aún no la utilizan y también para la actualización de los países que aplican la Ley Modelo de 1994. Visto en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf>.

² “*Así parece que la globalización exige una creciente internacionalización de la ciencia jurídica, haciéndose precisa, en palabras de Sommerman, una ciencia jurídica transnacional, capaz de contribuir a la integración de los Estados mediante la aproximación de sus instituciones. El fortalecimiento del Derecho público en los Estados que aspiran a consolidar sistemas jurídicos democráticos puede lograrse a través del estudio del Derecho comparado, que ha dejado de ser una materia de exclusivo interés académico*”. RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Democracia, Estado y Economía de Mercado en América Latina”, en: *El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Ibero América*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2003, p. 19 y 20.

³ “*Los principios generales de la contratación pública desarrollan en la actualidad un decisivo papel en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos, tanto nacional como comunitario europeo e inclusive internacional. Estos principios, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, son en nuestros días el fundamento de toda la normativa pública sobre contratación y se caracterizan por su transversalidad. (...)*” “*Los principios generales se presentan así como un necesario elemento unificador que puede poner orden y aportar calidad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho de los contratos*”. MORENO MOLINA, José Antonio, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Bellido Ediciones, Lima, 2007, p. 74

⁴ Puede definirse la cláusula del trato de la nación más favorecida como aquella que prescribe la posibilidad de uno de los Estados partes, de acceder a los términos pactados más favorables por dos Estados cuando éste sea parte de un tratado con alguno de ellos.

El sistema de la OMC se sustenta en el hecho que eliminando las barreras arancelarias y no arancelarias al libre comercio se genera desarrollo en la medida que se alientan las inversiones, se crean más empleos y se beneficia a los consumidores. El modelo es objetado al margen de concepciones ideológicas, en tanto que la aplicación de las recetas de libertad de comercio generaría en los países de economías pequeñas justamente el efecto contrario al no poder competir las empresas nacionales con las extranjeras por razones de índole tecnológica y económica. Indicamos que actualmente se han agregado programas de trabajo a futuro, entre ellos se encuentra un programa de trabajo para prestar asistencia, promover, alentar o facilitar la participación de las pequeñas y medianas empresas.

La OMC nace como tal en 1994, aunque sus orígenes se remontan a los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial en donde existía consenso entre buena parte de Europa y los Estados Unidos para impulsar aceleradamente la liberalización del comercio internacional, disminuyendo o eliminando barreras arancelarias.

Un primer acuerdo sobre normas de comercio y aranceles fue suscrito en octubre de 1947, luego de ello, en la conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y empleo llevada a cabo en La Habana, la Organización de las Naciones Unidas impulsó la creación de la “Organización Internacional del Comercio” (OIC), organización que serviría para conseguir acuerdos sobre empleo, productos básicos, prácticas comerciales restrictivas, servicios e inversiones internacionales, etc. Mientras tanto, en 1948, entran en vigor algunas concesiones arancelarias en virtud de un Protocolo de Aplicación Provisional, el denominado Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT).

Transcurridos tres años de la Conferencia de La Habana, EE.UU. anuncia que su Congreso no se pronunciaría respecto de la OIC, quedando vigente por tanto el GATT, en cuyo marco, en la Ronda de Tokio, entre los años 1973 y 1979, se aborda por primera vez lo relacionado a los obstáculos del comercio no consistentes en aranceles.

En la década de los ochenta, el GATT no respondía a la realidad del comercio mundial por constituirse nuevos escenarios como la globalización acentuada, o el incremento del comercio de servicios y de las inversiones internacionales. Así pues, en la Ronda de Uruguay (1986-1994), con la participación de 125 países, se negociaron acuerdos sobre servicios (se incluyen obras), servicios financieros, propiedad intelectual, productos biológicos, *software*, tratamientos del sida, entre otros. Finalmente, en Marruecos, se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC), arribándose a un nuevo conjunto de acuerdos plurilaterales, entre ellos el de Contratación Pública.

Dentro del GATT, y producto de la Ronda de Tokio, en 1979 se firmó el primer Acuerdo sobre Compras del Sector Público, estando vigente desde 1981. Fue modificado en 1987 (vigente desde 1988). El Acuerdo Plurilateral que se encuentra dentro de los anexos del documento de creación de la OMC constituye un instrumento más sólido y difundido que sus predecesores, encontrándose vigente desde 1996 para la Unión Europea, Canadá, Corea, EE.UU., Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto de Aruba, Singapur y Suiza.⁵

El Acuerdo busca principalmente la liberalización de la Contratación Pública mediante la eliminación de trabas a las empresas nacionales de los Estados partes, siendo exigible de parte de estas un trato nacional en los procedimientos de selección para el suministro de bienes en general (exceptuando los relativos a defensa), servicios de construcción, consultoría en Administración, investigación de mercados, servicios de informática, contabilidad, auditoría, publicidad, limpieza de edificios, editoriales y servicios de imprenta. Es exigible igualmente la cláusula de la nación más favorecida.

En cuanto a las disposiciones operacionales, éstas consisten fundamentalmente en el establecimiento de umbrales de aplicación o niveles de gasto o de inversión a partir de los cuales será de aplicación el Acuerdo y la utilización de procedimientos de selección de contratistas, esto es, licitaciones públicas y licitaciones restringidas, y la utilización del principio de adjudicación del contrato a la oferta más baja o la más ventajosa, de acuerdo con criterios selectivos, objetivos y preestablecidos, debiendo justificarse la decisión a solicitud del interesado.

Del mismo modo, el Acuerdo establece la existencia de un procedimiento de impugnación que deberá ser resuelto por un órgano independiente que pueda adoptar medidas provisionales y disponer el pago de una indemnización que puede limitarse a gastos de preparación de la oferta y de la impugnación misma.

El Acuerdo se actualizó en 2006, previéndose la resolución de conflictos a través de arbitrajes.⁶ Posteriormente, fruto de una serie de negociaciones, el 15 de diciembre de 2011, los países miembros concretaron modificaciones al Acuerdo

⁵ Se encuentran negociando su adhesión: Albania, Bulgaria, Georgia, Jordania, Moldova, Omán, Panamá, República Kirguisa, Taipéi Chino. Asimismo, tienen la calidad de observadores: Albania, Argentina, Australia, Bulgaria, Camerún, Chile, China, Colombia, Croacia, Eslovenia, Georgia, Jordania, Moldova, Mongolia, Omán, Panamá, República de Armenia, República de Kirguisa, Sri Lanka, Taipéi Chino, Turquía.

⁶ RODRÍGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios de la contratación pública en el derecho administrativo local", en: Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 401.

sobre Contratación Pública. El Acuerdo revisado podrá entrar en vigor una vez que las Partes hayan depositado sus respectivos instrumentos de aceptación.

Los objetivos de la modificación del acuerdo se enfocaron en:⁷

- i) Su mejora y actualización, tomando como punto de partida la evolución de la tecnología de la información y los métodos de contratación, específicamente en lo referente a la autenticación y codificación criptográfica de información, procurando que sean accesibles en general e interoperables.
- ii) Ampliar el ámbito de aplicación del Acuerdo. Se dará nueva cobertura a los llamados contratos de construcción, explotación y transferencia.
- iii) Eliminar las medidas discriminatorias que siguieran aplicándose. El Comité de Contratación Pública adoptó dos Decisiones sobre las modalidades para las negociaciones sobre la ampliación del ámbito de aplicación y la eliminación de las medidas y prácticas discriminatorias (GPA/79) y (GPA/79/Add.1). Dichas negociaciones también buscan facilitar la adhesión al Acuerdo de nuevas Partes, en especial países en desarrollo, teniendo en cuenta el trato especial y diferenciado que ellos ostentan.

Además de lo acordado, también se han establecido los programas de trabajo futuros del Comité. Los grupos son los siguientes:

- un programa de trabajo para las PYME;
- un programa de trabajo relativo a la recopilación y comunicación de datos estadísticos;
- un programa de trabajo relativo a la contratación sostenible;
- un programa de trabajo relativo a las exclusiones y restricciones en los Anexos de las Partes; y
- un programa de trabajo relativo a las normas de seguridad en la contratación internacional.

1.2. Los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones

Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección recíproca de Inversiones (TBIs) o “*Bilateral Investment Treaties*” (BITs) conforman conjuntamente con los capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLCs), lo que se ha convenido

⁷ Tomado de la página web: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/negotiations_s.htm

en denominar como el Sistema Internacional de Protección de Inversiones.⁸ Tanto los TBIs como los capítulos de inversión de los TLCs, tienen como finalidad entre otros y principalmente, establecer reglas claras y precisas de tratamiento no discriminatorio para promover las inversiones entre los países suscriptores, gozando los inversores de los Estados partes de mecanismos concretos de protección. Estas inversiones, de acuerdo con la letra de cada tratado, pueden materializarse mediante contratos públicos, teniendo los inversionistas la facultad de acudir a la jurisdicción arbitral internacional en caso de vulneración de las garantías especificadas en el tratado; garantías que están referidas a evitar expropiaciones directas e indirectas sin una adecuada compensación, provengan o no del ejercicio de la *potestas variandi* e inclusive, y dependiendo del caso, de potestades legislativas y reglamentarias.

La existencia de dichos instrumentos surge en la medida que los países exportadores de capital entendieron que el Derecho Internacional no significaba una protección eficaz para sus nacionales ante hechos, actos u omisiones ilegítimas de los Estados receptores de capital.⁹

En Latinoamérica, los TBIs fueron inicialmente muy resistidos, siendo incorporados recién en la década de los noventa como consecuencia de la instauración del liberalismo económico y político en países como Argentina, Bolivia, Venezuela, Chile y Perú.¹⁰ En 2007 Bolivia decidió retirarse del CIADI, lo propio hizo Ecuador el 2009. Al respecto cabe indicar que en los tratados existe la denominada cláusula de ultra-actividad por la cual durante 10 años más los conflictos de inversión extranjera en dichos países seguirán siendo tratados en el CIADI, esto es hasta el 2017 y 2019, respectivamente.

⁸ LINARES JARA, Mario, *El sistema internacional de protección de la inversión extranjera y los contratos públicos*, AEDA/Grijley, Lima, 2006, p. 31.

⁹ TAWIL, Guido S., "Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional", en VV. AA., *Servicios públicos*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001, p. 344.

¹⁰ A enero de 2006, inversores extranjeros interpusieron 43 demandas contra Argentina ante el CIADI por más de 13,000 millones de dólares producto de ejecutarse las cláusulas arbitrales previstas en los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones TBIs ante la emisión de las leyes de emergencia durante la crisis económica de comienzos de la primera década del siglo XXI y mediante las cuales se facultó al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o de indexación. Este hecho además de haber desnudado una serie de limitaciones del sistema del CIADI, que estaba preparado para resolver sólo causas que podrían generarse excepcionalmente, entre otras, las relativas al nombramiento y recusación de los árbitros, mayor transparencia del proceso, probables laudos contradictorios, etc., ha generado también una contracorriente doctrinaria contra los TBIs basada principalmente en el concepto de soberanía. El Estado argentino ha tenido como ventaja en estas confrontaciones su capacidad de negociación en algunos contratos públicos por la dimensión de la inversión ejecutada por los inversores extranjeros, habiendo aceptado muchos de ellos la renegociación de los contratos. Este hecho, que también no fue previsto por el Sistema Internacional de Protección de las Inversiones, es de muy difícil repetición en otras naciones.

1.2.1. Cláusulas tipo, solución de controversias y expropiación indirecta

a. Trato justo y equitativo

Constituye un concepto jurídico indeterminado, sin perjuicio de lo cual se ha considerado que incluye “(...) *la no discriminación –en el sentido que el país receptor de la inversión debe abstenerse del obrar discriminatorio contra los extranjeros en general y las naciones de los países específicos– como patrón mínimo internacional y la protección de la propiedad extranjera*”.¹¹

En ese mismo sentido, Vega sostiene que el trato justo e igualitario abarca los siguientes principios: el de no discriminación (por ejemplo, establecer tipos de cambio diferenciados), el estándar internacional mínimo (que obliga al Estado a respetar ciertos estándares mínimos en el trato que se otorga a los extranjeros y a los nacionales) y el deber de protección de la propiedad extranjera (regla de la debida diligencia).¹² De cualquier forma, el significado y alcance de esta cláusula deberá interpretarse en cada caso particular.

b. Tratamiento no menos favorable que el acordado a los inversores locales o trato nacional

Este principio implica que el inversionista extranjero –por regla general– reciba el mismo trato que el inversionista nacional. Para Tawil, la “(...) *aplicación práctica de este principio conlleva evitar la discriminación existente entre diversas normas locales, como puede ser aquellas relacionadas con la propiedad de ciertos bienes o la contratación administrativa*”,¹³ para más adelante precisar que la importancia de este patrón no es absoluta, habiéndose previsto la posibilidad, a favor del país receptor de la inversión, de que “(...) *otorgue incentivos especiales a inversiones domésticas o limite el tratamiento no menos favorable que el acordado a sus propios inversores en función de aspectos tales como la protección de la seguridad nacional*”.¹⁴

En efecto, al parecer esta cláusula general puede hallarse sujeta a múltiples excepciones, tales como la propiedad conjunta, la participación limitada en la propiedad de una empresa, el cumplimiento de requisitos adicionales para la constitución de una empresa, para la realización de inversiones o, inclusive, la prohibición de

¹¹ TAWIL, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, cit., p. 347.

¹² VEGA, María del Carmen, “Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones”, en *Guía legal de negocios*, pp. 125-126.

¹³ TAWIL, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, cit., p. 347.

¹⁴ *Ibidem*, p. 348.

acceder al crédito local.¹⁵ Por este motivo, algunos autores consideran a esta cláusula como un “*estándar relativo*”, en contraposición al trato justo y equitativo, que califica como un “*estándar absoluto*”.¹⁶

c. Cláusula de la nación más favorecida

Esta cláusula puede resumirse en la posibilidad de un Estado de acceder a los términos más favorables que puedan pactar o haber pactado dos Estados cuando el primero tenga un convenio vigente con alguno de ellos.

Lo supuestos de excepción desde los TBIs pueden estar vinculados a convenios de doble imposición u otros acuerdos de materia impositiva, o de ser el caso, respecto de acuerdos de integración regional.

d. Solución de controversias. El CIADI

Uno de los elementos de mayor importancia en el contenido de los TBIs es el relacionado a los mecanismos previstos para la solución de los conflictos inversionista-Estado, cuando el primero estime que ha existido una afectación indebida en contra de su inversión.

Si bien no todos los países admiten el sometimiento directo a arbitraje internacional, lo cual significa que puede haberse previsto una etapa de negociaciones amigables así como el requisito del agotamiento de los recursos judiciales y administrativos locales, aquél constituye el instrumento básico para la solución de dichos conflictos.

Ahora bien, los dos principales tribunales a los cuales se puede recurrir son: a) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o b) un tribunal ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Sin embargo, debemos tener en cuenta que algunos tratados disponen que las partes decidirán, de común acuerdo, el tribunal al que concurrirán, y una vez transcurrido el plazo determinado de la solicitud de la iniciación del procedimiento arbitral es cuando se somete la controversia al CIADI si ambos estados fueran parte del convenio; de lo contrario, se la someterá a un arbitraje ad hoc.¹⁷

¹⁵ Detalladas por VEGA, “Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones”, cit., p. 126.

¹⁶ Así lo menciona YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 28, lo cual resulta aplicable, también, para la cláusula de la nación más favorecida que veremos a continuación.

¹⁷ En otros supuestos se establece un procedimiento similar al reseñado en el párrafo anterior; pero en caso no existiera acuerdo, se deberá constituir un arbitraje conforme a las reglas de la CNUDMI, sin perjuicio de la posibilidad de los inversores de hacer prevalecer la cláusula de la nación más favorecida a fin de

e. Expropiación directa e indirecta.

En lo que atañe a las “compensaciones” y a las “medidas de expropiación y nacionalización”, el sistema asegura: “(...) *el derecho del Estado receptor de la inversión a adoptar ciertas medidas que afectan las inversiones, tales como expropiación, nacionalización y otras que en sus efectos equivalgan a dichos conceptos, siempre que cumplan ciertas condiciones básicas*”;¹⁸ entre ellas: 1) que la medida se adopte por interés público o un concepto equivalente, 2) que la medida no sea discriminatoria y 3) que la medida sea acompañada de una indemnización.

Paralelamente a lo anotado, se ha desarrollado el concepto de *expropiación indirecta y el de expropiación indirecta constructiva*, entendida la primera como las “(...) *medidas que si bien formalmente no son expropiaciones, nacionalizaciones o incumplimientos contractuales graves, tienen el mismo efecto de desposesión sobre el inversor*”.¹⁹ Vale decir, al margen de las decisiones expropiatorias concretas y directas, tramitadas como tales según cada ordenamiento nacional, se reconoce la existencia de medidas de gobierno de diversa índole que, por la gravedad de sus consecuencias (una situación verificable de desposesión), han sido equiparadas en su tratamiento compensatorio o indemnizatorio a las primeras. En cuanto a la ex-

recurrir al CIADI. El arbitraje institucional que se desarrolla en el ámbito del CIADI, fue creado por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados. Conocido también como el “*International Center for the Settlement of Investment Disputes*” (ICSID), este Centro fue creado con el objeto de proporcionar un foro para la resolución de conflictos en un marco de equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas con el propósito particular de “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversiones. Se debe tener presente que el CIADI sólo acepta controversias de naturaleza jurídica (conflictos de derecho) y que para acceder a su jurisdicción se requiere que la calificación de inversión no sólo esté reconocida en el TBI o TLC respectivo, sino además por el Convenio del CIADI. Ahora bien, las denominadas Reglas de Iniciación, Reglas de Arbitraje y Reglas de Conciliación –conjuntamente con lo dispuesto en el citado Convenio– regulan la jurisdicción y procedimientos del CIADI, siendo que la mayor parte de las reglas aplicables en estas instancias son disponibles por las partes. Debe señalarse asimismo, respecto del derecho aplicable a la solución de controversias, que el artículo 42° del Convenio en mención prescribe que el tribunal debe resolver con sujeción a: 1) las normas de Derecho acordadas por las partes y ante la ausencia de acuerdo, 2) a las normas del Estado receptor de la inversión conjuntamente con las normas del Derecho Internacional que resulten aplicables. Un asunto de singular importancia es el referido a la exclusividad del CIADI en atención a lo dispuesto en el artículo 26° del Convenio, el cual indica que: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso*” (las cursivas son nuestras). Con relación a la obligatoriedad, reconocimiento y ejecución de los laudos emitidos por el CIADI, en principio, tenemos que el artículo 54° de la Convención prescribe a dichos laudos como equiparables a una sentencia firme emitida por los tribunales judiciales del Estado donde es necesario solicitar su reconocimiento (YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, cit., p. 61).

¹⁸ VEGA, “Convenios internacionales de promoción y protección de inversiones”, cit., p. 129.

¹⁹ YMAZ VIDELA, *Protección de inversiones extranjeras. Tratados bilaterales*, cit., p. 48.

propiación indirecta constructiva esta se entiende como los eventos que analizados en conjunto causan que se pierdan los atributos de la propiedad.²⁰

1.3. *Los Tratados de Libre Comercio*

Si bien los Tratados de Libre Comercio implican un nivel de integración básico, también es cierto que no necesariamente tienden a una integración que se consolide en todos los campos, circunscribiéndose éstos sólo al ámbito económico. Es por dicha razón que se prefiere ubicarlos dentro del campo del Derecho Internacional.

Los denominados Tratados de Libre Comercio de última generación contienen capítulos especiales referidos a contratación pública y a inversiones. En este último se considera como inversiones a determinados contratos públicos o administrativos. Los capítulos de contratación pública versan, en cambio, fundamentalmente sobre el trato nacional a las empresas de los Estados partes en los procedimientos de selección de contratistas. Benavides, menciona como antecedente de los capítulos de contratación pública de los Tratados de Libre Comercio, el contenido en el proyecto frustrado del Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que tomó a su vez lo establecido para la materia en el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).²¹

Los capítulos referidos a inversiones contienen las mismas disposiciones de un TBI: trato justo y equitativo, trato nacional, trato de la nación más favorecida, reglas de transferencia de moneda, requisitos de desempeño, régimen arbitral internacional de solución de controversias por expropiaciones directas o indirectas sin compensación adecuada, etc.

Los capítulos de contratación pública, por otro lado, contienen las mismas cláusulas básicas del Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la OMC, esto es, no discriminación, que se centra en el trato nacional,²² transparencia y debido

²⁰ LINARES JARA, Mario, “La expropiación indirecta y constructiva y los contratos de concesión de infraestructura y de servicios públicos”, en Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico, N° 2, Lima, 2007, p. 282.

²¹ BENAVIDES, José Luis, “La internacionalización de los contratos públicos”, en: Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p.197.

²² Arteaga indica: “El principio de no discriminación se halla estrictamente relacionado con el trato nacional (...). Se prohíbe expresamente el establecimiento de condiciones compensatorias especiales en la calificación de postores o en la evaluación de propuestas. A diferencia de las preferencias que sí son admitidas a condición que se hagan extensivas a la otra parte, las condiciones compensatorias especiales –denominadas offsets en inglés– son los compromisos que se imponen para la participación de proveedores o para la asignación de puntaje, con el fin de fomentar el desarrollo local o mejorar las cuentas de la balanza de pagos de una parte a través de requisitos de contenido local; por ejemplo, la obligación de usar materias primas locales, de transferir tecnología, de capacitar mano de obra local; en suma, son obligaciones de proveer asistencia a los compradores más allá de las derivadas de los contratos (generalmente relacio-

proceso. En lo operativo se fijan en los tratados, al igual que en las Directivas Comunitarias europeas, el ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, esto es, las entidades públicas de las partes y los objetos o tipos contractuales. Igualmente se establecen umbrales de aplicación para los distintos tipos contractuales.

Entre los principales tratados de libre comercio suscritos en el continente y que contienen capítulos de contratación pública, se encuentran el Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN o NAFTA por sus siglas en inglés; el CAFTA (Tratado de Libre Comercio entre EE.UU., Centroamérica y República Dominicana), el Tratado de Libre Comercio entre EE.UU. y Chile, entre este último y la Unión Europea y los tratados de libre comercio suscritos por el Perú y que a continuación abordaremos brevemente.

1.3.1. Tratados de Libre comercio suscritos por el Perú. Capítulos de Contratación Pública

- a) Acuerdo de Promoción comercial entre el Perú y los Estados Unidos de Norteamérica.

El Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EE.UU. se firmó en Washington D.C. el 12 de abril de 2006; y entró en Vigencia el 1 de Febrero de 2009.²³

Entre otros, contiene medidas en torno al trato nacional y la no discriminación, teniendo todas las entidades la obligación de responder oportunamente a cualquier pedido de información de parte de las empresas interesadas. Se prohíbe que como especificación técnica se haga referencia a determinada marca, patente, derecho de autor, etc., solo es permitido si fuera necesario para la comprensión del tipo de producto y siempre que se agregue la expresión “y equivalentes”. Si se llegara a modificar las especificaciones técnicas deberán ser comunicados a cada postor por escrito y en tiempo oportuno para que se puedan modificar las especificaciones técnicas. Además se ha implementado el uso de listas “multi-uso” de postores a fin de convocar a los postores que se encuentren en esta.

Respecto de la licitación selectiva, la entidad pública licitante debe publicar un aviso para que los postores presenten una solicitud de participación, posteriormente la entidad permitirá presentar una oferta a los postores que hayan calificado. Cada

nados con productos intensivos en tecnología y capital)” (ARTEAGA ZEGARRA, Mario, “La Contratación Pública en el marco del TLC Perú-EE.UU.”, en *Derecho & Sociedad*, Año XVIII, N° 29, Lima, 2007, p. 181).

²³ Para mayor información revisar el tratado de libre comercio entre Perú y Estados Unidos: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/eeuu/espanol/Contrataciones_Publicas_limpio.pdf.

entidad tendrá una lista de empresas inelegibles (medida anticorrupción), debiendo intercambiarse información al respecto.

Se ha considerado la creación de un Comité de Contratación Pública con participación de los dos países con la finalidad que se mejoren los medios de contratación.

b) Tratado de Libre Comercio entre Perú y Canadá.

El Tratado de Libre Comercio se firmó en Lima el 29 Mayo de 2008 y entró en vigencia el 1° de Agosto de 2009.

Entre otros, se prevé igual que en el caso anterior, las listas “multi – usos” publicadas anualmente. Se prevé la licitación abierta, selectiva, y el proceso directo con supuestos específicos así como la entrega de información a fin que se corrobore la idoneidad de las contrataciones. Se establece que la licitación directa no será usada para evitar la competencia, ni dar preferencias a los proveedores domésticos. Una peculiaridad respecto a la licitación directa es que se podrá realizar cuando se requiera un contrato de consultoría respecto de asuntos de naturaleza confidencial, los cuales podrían comprometer al gobierno o tener efectos similares contrarios al interés público.

c) Tratado de Libre Comercio entre Perú y Singapur.

El Tratado de Libre Comercio Perú-Singapur fue suscrito el 29 de Mayo de 2008 en Lima. Dicho acuerdo entró en vigencia el 1 de agosto de 2009.

Contiene entre otros las precisiones usuales respecto del trato nacional y la no discriminación, no imposición de condiciones compensatorias especiales, la publicación oportuna de información sobre medidas de contratación y contrataciones futuras. Se precisa que la “licitación directa” no deberá evitar la competencia ni dar preferencias a proveedores nacionales. La evaluación de ofertas será justa y no discriminatoria. Deberá garantizarse información mínima de la adjudicación, promoverse la transparencia y el acceso a cada parte en las contrataciones electrónicas. Asimismo, se establece el derecho de formular consultas e impugnaciones ante un órgano independiente.

d) Tratado de Libre comercio suscrito entre el Perú y la Unión Europea.

Las negociaciones para un Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea culminaron el 28 de febrero de 2010 en la ciudad de Bruselas, luego de nueve rondas de negociación. El 18 de mayo de 2010, durante la VI Cumbre de la Unión Europea,

América Latina y el Caribe (ALC-UE) celebrada en Madrid, se anunció formalmente la conclusión de esta negociación. Asimismo, el 23 de marzo de 2011, luego de concluido el proceso de revisión legal del Acuerdo, este fue rubricado con el objeto de iniciar el proceso interno en cada una de las Partes para la aprobación y entrada en vigencia del mismo. El Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Perú y Colombia se suscribió finalmente el 26 de junio de 2012 en Bruselas, entrando en vigencia el 1° de marzo de 2013. Contiene, entre otros, una lista de definiciones en la cual se determina como “compensación”, “lista de usos múltiples” y “servicio de construcción” lo que en los demás tratados se denomina “condiciones compensatorias especiales”, “listas multi-uso” y “Contrato de Construcción”.

Se establece además como es usual en los instrumentos internacionales de contratación pública, el trato nacional y la no discriminación, la transparencia y la imparcialidad.

Los procedimientos previstos son de licitación pública, licitación selectiva y la contratación directa. Se establece el uso de medios electrónicos vía tecnología que garantice el acceso de las propuestas de cada parte. Asimismo, se prohíbe las “compensaciones”.

Se prevé igualmente la publicación oportuna de los planes de contratación, limitándose las condiciones de participación solo a las estrictamente necesarias para asegurar la capacidad jurídica, financiera, comercial y técnica de los proveedores.

Se evita crear obstáculos innecesarios en las especificaciones técnicas las mismas que serán descritas en función a las propiedades de su uso y empleo y de los requisitos funcionales. Estas deben basarse en especificaciones de normas internacionales y en ausencia de estas, en reglamentos técnicos nacionales o similares.

La contratación directa será posible cuando no se presenten ofertas o ningún proveedor solicite participar. Igualmente cuando no se encuentren ofertas que cumplan los requisitos esenciales o cuando ningún proveedor reúna las condiciones de participación. Asimismo se prevé en caso de la existencia de colusión en la presentación de ofertas, cuando solo un proveedor pueda suministrar las mercancías o servicios sin equivalentes o por derechos intelectuales o prestaciones intuitu personae, igualmente por razones técnicas y económicas que causen inconvenientes significativos, por razones de extrema urgencia o acontecimientos imprevistos o cuando se trate de mercancías de productos básicos (commodities). Igualmente se ha previsto como causales de contratación directa el que una entidad adquiera un prototipo de un primer producto o servicio desarrollado a petición suya o por condiciones excepcionalmente favorables que ocurren en un breve plazo. Por último,

se ha previsto el supuesto de contratos adjudicados al ganador de un concurso de diseño siempre que fuera evaluado por un jurado independiente.

Siguiendo la tendencia de los instrumentos internacionales de contratación pública, el acuerdo ha previsto que cada parte deberá establecer un procedimiento de revisión administrativa o judicial oportuno, eficaz, transparente y no discriminatorio para las impugnaciones. El órgano o autoridad judicial o administrativa, deberá ser imparcial e independiente de las entidades contratantes.

No debe omitirse indicar que el acuerdo reconoce la importancia de las pequeñas y medianas empresas previendo su participación conjunta en los procedimientos de selección. Por último, existe el compromiso para el intercambio de experiencias, desarrollo del uso de medios electrónicos, asistencia y capacitación de proveedores, fortalecimiento institucional y la oportunidad de proporcionar un acceso multilingüe para las contrataciones. Se ha previsto asimismo la evaluación de la aplicación del tratado mediante el subcomité de Contratación Pública, órgano que deberá recomendar a las partes actividades apropiadas a partir del seguimiento de la actividades de las partes.

1.4. La Ley Modelo de Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), tiene como objetivo la promoción y unificación del Derecho Mercantil; sin embargo, y en tanto que las contrataciones de los Estados constituyen un gran mercado y que un régimen legal inadecuado puede crear obstáculos para el comercio internacional²⁴, dicha comisión en su 19º período de sesiones en 1986, decidió ocuparse del tema, aprobando la comisión en su 26º período de sesiones en julio de 1993, la Ley Modelo sobre Contratación Pública de bienes y de obras y una Guía Auxiliar para su incorporación eventual a los derechos internos. Posteriormente, en su 27º período de sesiones, en 1994, la comisión introdujo cambios relativos a disposiciones en relación a servicios, aprobándose la Ley Modelo de Contratación de Bienes, de Obras y de Servicios, aprobándose también posteriormente una Guía Auxiliar para la incorporación eventual a los derechos internos. Finalmente en su 44º período de sesiones, en 2011, la comisión elaboró una nueva Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que reemplazó a la ley de 1994 para reflejar las nuevas y mejores prácticas internacionales en Contrataciones del Estado. Posteriormente

²⁴ *Guía para la incorporación eventual al derecho interno de la ley modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de bienes, obras y servicios*, Introducción, punto 4.

se publicó una nueva Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública.

Debe destacarse que si bien es cierto el objeto de la CNUDMI es el Derecho Mercantil, también lo es, y sin obviar el análisis que cada caso merece y considerando las políticas de fomento locales; que las medidas tendentes a abrir la contratación pública a una competencia internacional, contribuyen a que los Estados accedan tanto a precios internacionales competitivos como a la calidad de los productos elaborados por industrias foráneas.

Ahora, si bien la ley modelo carece de valor normativo, siendo tan sólo orientadora para los Estados y que tiene por propósito regular y evidenciar buenas prácticas dentro de éstos,²⁵ es importante en la medida que recoge una visión calificada de expertos internacionales, debiendo ser objeto de estudio y análisis y, de ser el caso, de aplicación y/o adaptación en los derechos nacionales.²⁶

La ley modelo, al igual que el acuerdo de contratación pública de la OMC, versa sólo sobre la etapa de selección de contratistas, no existiendo regulación en torno a la ejecución contractual.

Conforme al objetivo de la CNUDMI, la ley modelo promueve la participación en los procedimientos de selección de los proveedores de cualquier nacionalidad, aunque reconoce la capacidad de los Estados de restringir en ciertos casos la participación de empresas foráneas mediante políticas de fomento de las empresas nacionales. Debe destacarse igualmente que la ley modelo versa sobre el cumplimiento de acuerdos internacionales de los Estados, sea mediante el reconocimiento de reglas de los países donantes, en su caso, o por acuerdos de integración económica.

La ley modelo distingue a los bienes y obras, de los servicios en cuanto a la aplicación de diferentes procedimientos de selección, sin embargo esta distinción

²⁵ SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, “La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Contratación Pública de bienes, obras y Servicios frente a la ley 80 de 1983”, en: www.contratos.gov.co/Archivos/CINCO/seminario/SEMINARIO_UNCITRAL_GSB.pdf.

²⁶ La Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI se ha elaborado con la participación de representantes de África: Benin, Burkina Faso, Camerún, Kenya, Marruecos, Rwanda, Sierra Leona, Sudán y Uganda. Latinoamérica y el Caribe: Argentina, Brasil, Colombia, Honduras, México, Paraguay y Uruguay. Asia: China, Fiji, India, Irán, Japón, Singapur y Tailandia. Europa: Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Suecia, Macedonia, Rusia, Hungría, Lituania y Macedonia. Canadá y EE.UU. (lo cual evidencia su universalidad pero también las dificultades que puede ocasionar el seguimiento de la misma sin considerar “condiciones, historia, costumbres comerciales y legales” de cada país, tal como indica Hernández, habida cuenta justamente de “la pluralidad de actores, nacionalidades, culturas jurídicas y políticas” intervinientes (HERNÁNDEZ, Roberto, “La Ley Modelo de la Uncitral sobre la Contratación Pública de bienes, servicios y obras: orientación y discrepancia”, en *Revista Peruana de Derecho administrativo*, Lima, 2006, p. 203).

no es estricta. Así pues, en principio, para los contratos de bienes y obras la normativa modelo dispone la utilización de la licitación y para los servicios, el procedimiento denominado “propuestas de servicios”.

La licitación es un procedimiento de convocatoria amplia, sin embargo la ley modelo incluye como posible la precalificación. En la licitación no cabe negociación alguna con los postores rigiéndose ésta por un pliego de condiciones en donde entre otros deberán estar consignados los criterios de adjudicación a utilizarse, las especificaciones técnicas requeridas, las cláusulas contractuales y, en su caso, el lugar donde deben efectuarse las obras, los planos, diseños, plazos, etc. Se encuentra prevista una etapa de aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones.

De otro lado, en el procedimiento denominado “propuestas de servicios”, (con o sin precalificación mediante un anuncio en donde se soliciten expresiones de interés en la presentación de propuestas), se admiten criterios de selección distintos del precio si es que este no es determinante, siendo posible la adjudicación del contrato a: 1) la oferta más baja, 2) a la que tenga la mejor evaluación producto de la utilización combinada de distintos criterios, 3) a la empresa que posea la oferta más conveniente luego de preseleccionar a las ofertas aceptables, negociar con las mismas y presentadas las nuevas propuestas ajustadas (procedimiento con negociaciones simultáneas) y 4) invitando a negociar solamente a la mejor propuesta, a la que se adjudicará el contrato de prosperar la negociación. De lo contrario se llamará a quien ocupó el segundo lugar y así sucesivamente (procedimiento con negociaciones consecutivas).

También se encuentran previstos excepcionalmente tanto para bienes, obras y servicios, otros procedimientos de selección: la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas, solicitud de propuestas con dialogo, la solicitud de propuestas sin negociación, la solicitud de propuestas con negociación consecutiva, la negociación competitiva, la licitación restringida, la solicitud de cotizaciones, la subasta inversa electrónica y la contratación con un solo proveedor.

En la licitación en dos etapas la primera se constituye por la invitación a que los postores formulen sus ofertas técnicas iniciales con exclusión del precio, pudiendo realizarse negociaciones con aquellas propuestas que no han sido rechazadas. La segunda etapa consiste en la invitación a formular ofertas definitivas con las especificaciones técnicas y los criterios de evaluación consolidados.

La “solicitud de propuestas” de otro lado, debe practicarse de manera que la Administración seleccione al contratista de entre un número amplio de ofertantes, requiriendo la ley modelo un mínimo de tres participantes. Existe la referencia a publicaciones en periódicos de difusión internacional y al mismo tiempo se indica que

“por eficiencia” puede que la difusión no se realice, careciendo además el anuncio, en caso se verifique, de efectos vinculantes para que las propuestas sean evaluadas. Esta permitida la negociación, luego de lo cual se invitará a los postores a realizar sus ofertas definitivas.

En la solicitud de propuestas con diálogo debe realizarse una convocatoria abierta para presentar propuestas. Podrá disponerse una preselección con la finalidad de limitar el número de proveedores lo cual será comunicado a los postores en el mismo documento de preselección, no pudiendo ser menos de tres. Cuando se escoja a los seleccionados se procederá a la etapa de diálogo, en la cual deben debatirse los puntos que se dispusieron como objeto de diálogo en la convocatoria. Culminada la etapa de diálogo la entidad invitará a los contratistas a presentar sus propuestas definitivas sobre las cuales ya no será posible diálogo alguno.

En la solicitud de propuestas sin negociación, la entidad debe solicitar propuestas publicando una invitación a participar en el proceso. Los contratistas deberán presentar dos sobres, uno con la propuesta técnica y otro con la propuesta económica, que serán analizados en el mismo orden. Aquel postor que sea calificado con el mayor puntaje será el ganador.

En la solicitud de propuesta con negociación consecutiva, la regulación hasta cierta parte es la misma que la solicitud de propuesta sin negociación, la variación se dará después de abiertos los sobres, luego de lo cual la entidad invitará al postor con mejor puntuación para negociar sobre los aspectos financieros. Si la entidad considera evidente que no se llegará a suscribir un contrato, informará al contratista que decide terminar las negociaciones e invitará al que ocupo el segundo puesto para negociar y así consecutivamente.

En cuanto a la negociación competitiva, esta consiste en las negociaciones directas y confidenciales de la Entidad licitante con cada proveedor convocado, luego de lo cual se fijará una fecha en donde todos los proveedores presentarán su mejor oferta. Este procedimiento es excepcional y de aplicación solo por las siguientes causales: solicitud de propuestas con diversas posibilidades de atender una necesidad; por cuestiones de índole técnica (complejidad); por contratos de investigación, experimentación, estudio o desarrollo; contratos relativos a la defensa o seguridad nacional, de haberse declarado desierto un procedimiento regular; por urgencia, exigiéndose en este caso el requisito de imprevisibilidad y; debido a situaciones de catástrofe.

El procedimiento de licitación restringida, esto es, limitada en cuanto a su convocatoria a las principales empresas del mercado, podrá aplicarse por razones de economía y de eficiencia para objetos contractuales de gran complejidad o espe-

cialidad o cuando el tiempo y los gastos de un procedimiento regular con un gran número de ofertas sería desproporcionado con respecto del valor del contrato.

Además de lo indicado, existen también los procedimientos de solicitud de cotizaciones y la contratación de un solo proveedor o contratación directa absoluta, consistiendo el primero en la solicitud de cotizaciones, de ser posible un mínimo de tres, no siendo posible negociación alguna y centrándose la selección en el precio. Es aplicable solo para el caso de bienes o servicios de poco valor y de disponibilidad inmediata. De otro lado, la contratación de un solo proveedor, consiste en la elección de un proveedor cuando: 1) Si el objeto solo se puede obtener de un contratista o tenga exclusividad, 2) catástrofe, 3) habiendo adquirido bienes, tecnología o servicios determinados la entidad desea adquirir más y el contratista respondió satisfactoriamente con la Entidad y 4) si la entidad determina que otro procedimiento sería inadecuado.²⁷

La Ley Modelo de la CNUDMI, dada su naturaleza presenta todas las opciones tradicionales posibles de selección de contratistas, cuestión sobre la cual debe precisarse: que algunos modelos por influencia del common law son muy abiertos en cuanto a decisiones discrecionales y resultan difícilmente aplicables sin las debidas adaptaciones a la realidad latinoamericana.

La CNUDMI en su 44^o comisión insertó en la Ley Modelo la subasta inversa electrónica y los Acuerdos Marco.

Respecto de la subasta electrónica inversa se establece que la entidad adjudicadora debe poder formular una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable, que exista un mercado competitivo de proveedores u contratistas y que los criterios que se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios.

También procede recurrir a una subasta electrónica inversa para la suscripción de un acuerdo marco con segunda etapa competitiva.

El acuerdo marco está regulado en el artículo 32^o de la Ley de CNUDMI, indicando que el contrato adjudicable debe ser necesario en un plazo indeterminado o reiterado durante un cierto periodo de tiempo. Debe entenderse como contratación generada por un acuerdo marco todo proceso de adjudicación que se programe en dos etapas, la primera referida a la selección de uno o más proveedores, los mismos

²⁷ Es singular que distintos procedimientos compartan las mismas causales. En efecto, nótese que tanto para la contratación directa de un solo proveedor como para la negociación competitiva, las causales o situaciones de hecho habilitantes son compartidas. Esto se debe justamente a la naturaleza de la Ley Modelo que prevé todas los procedimientos posibles para su elección y adecuación a la realidad local.

que serán partes en un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora. La segunda etapa será la adjudicación del contrato con arreglo al acuerdo marco logrado.

La ley modelo distingue varias modalidades de acuerdo marco estableciéndose como acuerdo marco cerrado aquel en donde no sea posible que ingrese ningún proveedor que no sea parte inicialmente de dicho acuerdo. El acuerdo marco abierto por lo contrario si permite el ingreso subsiguiente de proveedores.

También se encuentra prevista la denominada por “contratación con arreglo a un acuerdo marco con segunda etapa competitiva”, debiéndose entender por tal al convenio marco ya sea abierto o cerrado en donde exista más de un proveedor y en el que no ha sido posible determinarse algunas de las condiciones de los contratos que se tengan previsto adjudicar, debiendo precisarse esas condiciones en una segunda etapa competitiva.

Finalmente, debe destacarse que la ley modelo contiene disposiciones relativas al establecimiento de un régimen impugnativo, consistiendo éste en la existencia de un recurso de reconsideración ante la propia entidad licitante y un recurso administrativo jerárquico presentado ante un organismo diferente.

2. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Luego de la Segunda Guerra Mundial y de la creación de organismos internacionales políticos, económicos y financieros como la Organización Mundial del Comercio, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, la economía se ha ido colocando por sobre los Estados siendo indiscutible la internacionalización financiera y de capitales. Por otro lado, los conocimientos científicos, sobre todo en telecomunicaciones, se desbordan haciéndose asequibles, transformándose la sociedad en una de conocimiento, de aldeas paralelas: la local y la global.²⁸

El Estado, no pudiendo escapar de la realidad que se indica, ha comenzado a transformarse, adaptándose al mercado global. El concepto de soberanía se ha relativizado, el trípode de Montesquieu ha cedido posiciones a lo supranacional, en

²⁸ DROMI indica: “*Por ello, hablamos de Derecho público como un simultáneo para dos aldeas: la local (más propia de la nación o de la provincia) y la global (más propia de la comunidad integrada o de la instancia internacional). Este nuevo Derecho se encuentra condicionado y determinado por los datos objetivos de la nueva realidad política (Estados integrados), económica (mercados comunes) y social (culturas globales). Por ello es imprescindible que dé, en toda su dimensión científica; respuesta simultánea a los nuevos espectros y escenarios de la contemporaneidad*” (Vide DROMI, Roberto, *El Derecho público en la hipermodernidad*, Universidad Complutense/Hispania Libros, Madrid-México D.F., 2005, p. 44). Vide también DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 11ª ed., Hispania Libros, Madrid-México-Buenos Aires, 2006.

un esquema en donde los Estados comienzan a ceder a diferentes órganos comunitarios, competencias de contenido político, económico, monetario, sobre empleo y seguridad social, medio ambiente, etc., caducando los nacionalismos aislacionistas y menguando la idea de Estado-nación.

La integración de los Estados toma forma no sólo por reivindicaciones de poder frente a hegemonías político-económicas, sino que hoy también se sustenta en la necesidad de poseer fortalezas en el mercado global.

El Derecho de la Integración difiere del Derecho Internacional público en que no se sustenta por las reglas de reciprocidad y coordinación de soberanías estatales, sino que se rige por las reglas de la solidaridad; constituye una nueva organización política con órganos supranacionales que tienen directo impacto en los gobiernos y habitantes de los Estados parte, Estados que han cedido algo de soberanía a favor de dichos órganos a los fines del alcance de un objetivo común: la conformación de un espacio, primero económico, luego político y por último, social y cultural sin asimetrías.²⁹ El Derecho de la Integración tiene como manifestaciones las zonas preferenciales, que es un nivel de integración en donde los Estados parte tienen un tarifario arancelario diferencial más favorable que el otorgado a terceros países: las *zonas de libre comercio*, nivel en donde se establece la inaplicabilidad de aranceles entre los Estados, la *unión aduanera*, que es una zona de libre comercio a la que se le agrega un arancel común externo, implicando por tanto la unificación de políticas comerciales; el *mercado común*, en donde a la libre circulación de bienes y servicios y al arancel externo común, se le agrega la libre circulación de los factores productivos de mano de obra y capital; la *comunidad económica*, en donde se unifica la actividad macroeconómica, y, por último, la *integración completa*, en donde los Estados han cedido a autoridades supranacionales la toma de decisiones de obligatorio cumplimiento sobre aspectos de contenido político y económico para los países partes.³⁰

Ahora bien, un medio de integración han sido (y lo sigue siendo) las políticas de contratación pública en la medida del volumen económico de los contratos que demandan los Estados, existiendo normativa genérica y en su caso específica de obligatorio cumplimiento. Mediante estas políticas que en síntesis se centran en el trato nacional que deben brindar las entidades licitantes a las empresas nacionales de los países miembros de la comunidad internacional de la que forman parte, se ha fomentado las inversiones recíprocas y el intercambio de tecnologías.

²⁹ STORTONI, Gabriela, "Actos administrativos y reglamentos comunitarios", en *Acto administrativo y reglamento. Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 476.

³⁰ SÁNCHEZ, Alberto M., Derecho de la Integración. *Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del Mercosur*, RAP, Buenos Aires, 2004, p. 85; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Introducción al Derecho comunitario latinoamericano, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 29.

2.1. Normativa Comunitaria Europea de Contratación Pública

La Unión Europea es un modelo de integración que se ha ido consolidando paso a paso desde las ideas de unificación de Robert Schuman y Jean Monet luego del desastre económico de Europa tras la Segunda Guerra Mundial. De forma muy sucinta debe decirse que la Unión comienza con el Tratado de París que origina la Comunidad Económica del Carbón y del Acero-CECA (Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo) y los Tratados de Roma de 1957 que dan origen a la Comunidad Económica Europea (CEE) y a la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM). Luego de estos tratados, en 1986, doce Estados (a los seis anteriores se les suman Reino Unido, Dinamarca, Irlanda, Grecia, España y Portugal), suscriben el Acta Única Europea en donde, entre otros, los firmantes se comprometen a alcanzar en 1993 un mercado interior en el que se integren las cuatro libertades fundamentales: libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios.

En 1992, mediante el Tratado de Maastricht, surge la Comunidad Europea, consolidándose la unidad económica, monetaria y de política exterior común. Posteriormente, se han suscrito más tratados en donde se han ampliado competencias supranacionales y se han incorporado otros países.

En cuanto al funcionamiento de la Unión Europea, ésta tiene diversos órganos políticos, con competencias definidas pero no determinadas exclusivamente a una sola función. La normativa comunitaria de contratación pública está compuesta mayormente por directivas, reglamentos y decisiones del Consejo de la Unión Europea, normativa del Parlamento y de la Comisión.

Las directivas no son disposiciones aplicables directamente en los países de la Unión, sino que mediante las mismas, la normativa nacional, para el caso la procedimental de contratación pública, se deberá adecuar a lo dispuesto por éstas³¹.

En materia de contratación pública existen directivas para ser aplicables en los contratos de servicios, obras (ejecución, proyecto y ejecución, relativos a construcción, ingeniería civil, instalación, decorados y acabados de obra), suministros (compra, arrendamiento financiero, arrendamiento o venta a plazos) y en los inicialmente llamados sectores excluidos, hoy sectores especiales, consistentes en los servicios vinculados al agua, la energía, transportes y comunicaciones. Es de

³¹ Corresponde a cada Estado miembro la adopción de la norma interna necesaria para asegurar el cumplimiento de lo establecido en la directiva comunitaria, dentro de su territorio y en el plazo establecido por ella. Lo que prima en este caso es el principio de autonomía institucional de los Estados miembros para dar cumplimiento al mandato comunitario (GRANILLO OCAMPO, Raúl, *Derecho Público de la Integración*, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2007).

resaltar que en el caso de los contratos públicos vinculados a estos sectores especiales, los procedimientos de selección no son ejecutados por los Estados sino por las empresas privadas que, en virtud de un título habilitante, prestan los servicios públicos indicados. Las directivas para este sector son aplicables sólo en el caso que las empresas gocen de derechos especiales o exclusivos concedidos por algún Estado miembro.

Las directivas de contratación pública han sido un instrumento de integración eficaz en tanto han hecho posible que se ejecute el “trato nacional” en las licitaciones y demás procedimientos de selección de contratistas en toda la Unión Europea. Se ha generado, no sin problemas, un flujo de inversiones que involucra además del capital humano, tecnología y procedimientos, habiéndose creado un gran mercado europeo de contrataciones públicas.³²

Dentro de los criterios operacionales de las directivas se encuentran los umbrales o montos mínimos de aplicación que difieren según el tipo contractual. La regla general de adjudicación de los contratos es que deben mediar procedimientos selectivos, los mismos que podrán ser, de acuerdo al cumplimiento de determinadas condiciones, procedimientos abiertos (licitación pública), restringidos (licitación privada o limitada a un determinado grupo de proveedores) y de diálogo competitivo. Se han previsto, igualmente, las modalidades de aplicación de Acuerdos Marco, compras consolidadas y electrónicas. Las normativas nacionales de los Países miembros han tenido que adecuarse a la aplicación de estos procedimientos que se constituyen en garantía de transparencia e imparcialidad, condiciones necesarias para favorecer la mayor participación de postores nacionales y comunitarios. Cesaron de aplicarse para algunos países, criterios discrecionales para la elección de contratistas, como es el caso de Francia que hasta antes de la aplicación de las directivas, su Administración aplicaba criterios discrecionales en los contratos de concesión en el entendido que estos consistían en esencia un encargo de confianza.³³

Las directivas también han establecido las excepciones para su aplicación (acuerdos internacionales), las normas comunes de participación y los criterios de adjudicación, los que se dividen en exclusivamente el precio y la aplicación conjunta de factores relativos a la calidad, valor técnico, características estéticas y funcionales y precio. Han previsto, asimismo, criterios de selección cualitativa como la no participación de quebrados, empresas sometidas a liquidación, intervención o en convenio de acreedores.

³² GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos), Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 23.

³³ GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, El contrato administrativo, Civitas, Madrid, 2003, p. 319.

Finalmente, debe recalcar que la normativa comunitaria incide en la etapa selectiva de los contratos públicos, mas no en su fase de ejecución.

Recientemente el Parlamento Europeo mediante resolución de 25 de octubre de 2011 dispone entre otros, como misiones tendentes a la modernización de la contratación pública, la mejora de la claridad jurídica, el desarrollo de la mejor rentabilidad, planteando erradicar el criterio de la oferta más barata a cambio de la oferta económicamente más ventajosa, esto es teniendo en cuenta los beneficios económicos, sociales y medioambientales, considerando los costes del ciclo completo de vida de los productos, servicios y trabajos pertinentes.

Se ha previsto asimismo la simplificación de las normas y procedimientos más flexibles, reconociendo que las normas de contratación son muy complejas y que con miras a una mayor transparencia se debe implementar un adecuado procedimiento de negociación previa, además de un mecanismo que permita a las empresas europeas competir en igualdad de condiciones en toda la Unión.

En cuanto a la ejecución contractual, se sugiere aclarar el marco reglamentario respectivo como por ejemplo las «modificaciones sustanciales» de un contrato durante su periodo de vigencia, los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos.

Se considera necesario también que la Comisión dé detalles sobre qué omisiones podrían rectificar los postores, qué ajustes adicionales estarían permitidos y cómo garantizarse la transparencia y la igualdad de trato.

Se cree conveniente asimismo realizar evaluaciones post-ejecución a fin que la experiencia sea conocida por todos los miembros de la Unión.

En cuanto a la contratación electrónica se señala que toda propuesta legislativa al respecto, debe integrarse a las Directivas pertinentes en concordancia con las normas generales de contratación pública, como las obligaciones vinculadas a los umbrales. También se indica que en aras de disminuir el costo y el tiempo empleado al momento de contratar, se adapten los procedimientos a medios electrónicos.³⁴

2.2. Las contrataciones públicas en el Mercado Común del Sur - MERCOSUR

El antecedente inmediato del Mercosur es el Tratado Bilateral Brasil-Argentina de 1988. Posteriormente, en 1991, con el Tratado de Asunción, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, acuerdan la consolidación de un Mercado Común para 1995.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:ES:PDF>

En 1994, mediante el Protocolo de Ouro Preto se determina una vocación de posesión de las cuatro libertades pero sin plazo perentorio. Finalmente, en julio de 2006, se incorpora Venezuela como Estado miembro, con plenos derechos y deberes.

A la fecha se han consolidado los órganos comunitarios supranacionales siguientes: El Consejo del Mercado Común, de naturaleza legislativa, que emite Decisiones; el Grupo de Mercado Común, de naturaleza ejecutiva que emite Resoluciones, y la Comisión de Comercio, de naturaleza ejecutiva, que emite Directivas.

En materia de contratación pública, conforme al Tratado de Asunción y al Protocolo de Ouro Preto, el Consejo del Mercado Común sustituye en Julio mediante decisión 23/06 de 2006 el Anexo de su Decisión 27/04, “Protocolo de Contrataciones Públicas del Mercosur”, por una nueva versión, siendo el objeto inmediato del protocolo que los proveedores de bienes, servicios y de obras públicas de los Estados partes cuenten con un tratamiento no discriminatorio en los procedimientos de selección de contratistas convocados por las entidades públicas de los Estados partes. Para ello, cada Estado parte deberá adecuar su normativa local a las disposiciones del protocolo en cuanto este se encuentre vigente.

A diferencia de la normativa comunitaria europea, no se encuentran dentro del marco comunitario de contratación pública del Mercosur los contratos que celebren las empresas privadas que brinden servicios públicos, sean estas monopólicas o no.

Como es natural, el protocolo contiene el trato de la nación más favorecida y el trato nacional para las empresas de los Estados miembros, aunque con una particularidad: cualquiera de los Estados parte podrá denegar los citados beneficios a un prestador de servicios o ejecutor de obras públicas entre la presentación de ofertas y la adjudicación, cuando se demuestre que existe dentro de las ofertas una que provenga de un Estado que no es parte del Mercosur o que no realiza actividades comerciales sustantivas en el territorio de ninguno de los Estados partes. Pudiera ser que la excepción se debe al fomento de nuevas tecnologías que no se poseen dentro del bloque comercial.

El protocolo contiene también reglas relativas al establecimiento de las especificaciones técnicas, las mismas que deberán tender a la libre competencia. En lo que concierne a las controversias que puedan suscitarse (no se especifica en qué etapa: si en la selección de contratistas o en la de ejecución del contrato), se determina que cada Estado parte deberá mantener o establecer instancias o procedimientos sean estos judiciales, arbitrales o administrativos, coincidiendo por tanto con la norma modelo de contratación pública de la CNUDMI y con el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC.

En cuanto a los procedimientos de selección de contratistas, a diferencia de la normativa de la Unión Europea, se establecen sólo dos modelos o clases de procedimientos, el de licitación pública y el de contratación directa, estando tasadas las causales para ejecutar esta última y que son las usuales: procedimientos fracasados y desiertos en donde la repetición de la forma cause perjuicio a la entidad licitante, por razones de urgencia o emergencia, contrataciones adicionales del proveedor inicial, por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos, ausencia de competencia por proveedor único, contratos con profesionales o entidades de notoria especialización por desempeño previo, estudios, experiencia, publicaciones u otros, etc.

El protocolo, en general, contiene los estándares sobre condiciones exigibles a las Entidades licitantes, beneficios como la preferencia en caso de empate entre una empresa de un Estado parte y un país de la extrazona y la oportunidad de igualar la mejor oferta cuando la diferencia entre la primera y la segunda no supere el 3%.

Después de todo lo indicado tendría que culminarse lo relativo al Protocolo con referencias a su cumplimiento o puesta en marcha, sin embargo, ello no es posible debido a que lamentablemente sus disposiciones se encuentran múltiplemente condicionadas. No sólo el Consejo Común deberá aprobar el mecanismo de conversión y reevaluación de los umbrales, el listado de publicaciones previstas, el glosario de términos, las condiciones para la calificación y el reconocimiento mutuo de documentación y el formato del informe estadístico previsto, sino que también se requiere que por lo menos dos Estados lo ratifiquen (regirá respecto de estos) y que además entre en vigencia la Decisión del Consejo del Mercado Común que verse sobre las disposiciones reglamentarias del Protocolo.

Adicionalmente, Paraguay ha postergado su lista negativa de bienes y su lista positiva de obras públicas, lo mismo que Argentina, al igual que Uruguay. En relación con el trato nacional, Argentina ha fijado un trato escalonado diferenciado para Brasil y los dos países restantes, de cinco años a partir de la vigencia del protocolo. Por su parte Paraguay y Uruguay se reservan la facultad de aplicar la preferencia nacional conforme a la normativa nacional.

En la decisión 23-2010-CMC se aprueba instruir al grupo de constataciones públicas del MERCOSUR a iniciar la revisión del protocolo de contrataciones públicas a fin de adaptarlo a las actuales condiciones de cada Estado con plazo hasta la próxima reunión del CMC. Posteriormente existieron dos prórrogas, la última hasta la XLII Reunión Ordinaria del Consejo del Mercado Común.

2.3. *Las contrataciones públicas en la Comunidad Andina de Naciones – CAN*

Por el lado de la Comunidad Andina de Naciones, si bien es cierto esta no cuenta con un estatuto similar al Mercosur³⁵, posee sin embargo un avance concreto en la materia. En efecto, mediante la Decisión 292 de marzo de 1991 se estableció en el marco del perfeccionamiento de las Empresas Multinacionales Andinas – EMAS, el trato nacional para dichas empresas en los procedimientos de adquisición de bienes y servicios que convoquen las Administraciones Públicas de los Estados miembros:

“Artículo 9. Las empresas multinacionales andinas y sus sucursales gozarán de un tratamiento no menos favorable que el establecido para las empresas nacionales, en materia de preferencias, para las adquisiciones de bienes o servicios del sector público.”

“Artículo 14. Las empresas multinacionales andinas o sus sucursales podrán participar en los sectores de la actividad económica reservadas para las empresas nacionales, de conformidad con las respectivas legislaciones de los Países Miembros.”

Adicionalmente, mediante la Decisión 439 de junio de 1998 que regula el “Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina”, se establece el trato nacional para la adquisición de servicios por parte de los organismos estatales de los países miembros:

“Artículo 4. (...). La adquisición de servicios por parte de organismos gubernamentales o de entidades públicas de los Países Miembros estará sujeta al principio de trato nacional entre los Países Miembros, mediante decisión que será adoptada a más tardar el 1º de enero del año 2002. En caso de no adoptarse dicha Decisión en el plazo señalado, los Países Miembros otorgarán trato nacional en forma inmediata.”

Lamentablemente el derecho comunitario andino de la contratación pública, fue inaplicado en el Perú cuando fue invocado, omisión que puede deberse

³⁵ En 1998, los presidentes de la Comunidad Andina, encargaron a la Comisión que bajo mecanismos de transparencia se otorgue trato nacional a bienes, servicios y proveedores de los países miembros en materia de Contratación Pública. De acuerdo con esto, y a que en 1999 los presidentes fijaron como fecha límite el año 2005 para el establecimiento de un mercado común, se llevaron a cabo reuniones de representantes de los Países miembros que dieron lugar a un Anteproyecto de Decisión sobre Compras del Sector Público, el mismo que no se convirtió en derecho positivo.

A modo de ilustración se indica que el citado anteproyecto estableció su aplicación para la adquisición de bienes, servicios, ejecución de obras y arrendamientos incluso los financieros, estableciéndose como ámbito subjetivo todas las entidades del gobierno central, federal, estatal, departamental, municipal y/o provincial, así como por los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial de los Países miembros, extendiéndose inclusive a las empresas públicas para el caso de los Estados que así lo contemplasen en su normativa interna. Lógicamente se establece, entre otros, el trato nacional y la extensión de beneficios de terceros países a los países comunitarios, así como también la publicidad de las licitaciones a nivel comunitario.

como sostiene Baca³⁶, al desconocimiento de las entidades públicas de los países partes.

Me refiero al caso concreto en el que, primero el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y luego el Tribunal Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, última “instancia” administrativa para resolver controversias suscitadas dentro de los procedimientos de selección de contratistas, resolvieron en contra de que se le otorgue trato nacional a una empresa colombiana en un concurso de servicios de consultoría vía la aplicación de una bonificación en el puntaje final resultante al amparo de una norma de fomento de las actividades industriales desarrolladas dentro de territorio nacional. El Tribunal fundamentó su decisión en el entendido que debía aplicar la normativa nacional sobre la supranacional ante la colisión de las mismas pues en su calidad de colegiado administrativo carecía del control difuso de la constitucionalidad de las normas.

Al margen del caso referido en donde el Estado peruano no aplicó la normativa comunitaria andina, desestimando erradamente el carácter prevalente y de aplicación directa de esta³⁷ y superado dicho criterio mediante la Ley N° 29042 de junio de 2007³⁸, a la fecha, dado el alejamiento de Venezuela y las opciones ideológicas de los gobiernos de Bolivia y de Ecuador, la integración pareciera inviable.

2.4. La Alianza del Pacífico

El bloque comercial denominado Alianza del Pacífico, está conformado por el Perú, Chile, Colombia y México, teniendo a Panamá como país observador.

Tiene como fin, de acuerdo a la Declaración de Lima del 28 de abril de 2011, la integración regional vía la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas así como un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad económica, te-

³⁶ BACA ROMERO, Mario A., “La importancia de contar con eficientes mecanismos de publicidad y difusión para el adecuado conocimiento de las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, como garantía de su aplicación”, en *Oasis. Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales*, N° 12, Período 2006/2007, Universidad Externado de Colombia.

³⁷ SUÁREZ M. Jorge Luis, *El Derecho administrativo en los procesos de integración: la Comunidad Andina*, CEDEP, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 194.

³⁸ La citada ley adiciona una disposición complementaria a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Disposición octava: “Las contrataciones y adquisiciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de Acuerdos, Tratados u otros compromisos internacionales, aprobados por el Congreso de la República, que impliquen la aplicación de los principios de trato nacional y no discriminación, se regirán por lo establecido en dichos Tratados. Acuerdos o Instrumentos Internacionales de los cuales el Perú es parte, siempre que los mencionados principios hayan sido expresamente previstos para las contrataciones y adquisiciones del Estado en dichos instrumentos Internacionales y sean de aplicación recíproca entre las partes”.

niendo en cuenta entre otros, el desarrollo de acciones conjuntas con miras a las relaciones comerciales con Asia.

La alianza, cuenta con un PBI de 2,000 millones de dólares (35% de América Latina), al 2013 es la novena economía en el mundo. Y representan el 55% de las exportaciones latinoamericanas, (USD 445 mil millones en 2010), casi 60% más que las exportaciones del Mercosur en el mismo año. La Alianza atrajo casi 70,000 millones de dólares en Inversión Extranjera Directa (IED) en 2012.

Respecto de las contrataciones públicas, en la declaración de Cali, relativa a la VII Cumbre de la Alianza (23 de mayo de 2013), el Grupo de Alto Nivel (GAN) ha enfatizado que debe continuar negociándose sobre estas, señalando que debe garantizarse el trato nacional, criterios de calificación objetivos, así como reglas claras que garanticen el debido proceso.

En los hechos y habida cuenta que los países miembros de la alianza, tienen una economía abierta, de mercado y con tipo de cambio flotantes, puede considerarse como el contrapeso ideológico de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América - ALBA y del MERCOSUR.

CAPÍTULO II

LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCEPCIÓN CLÁSICA O DUALISTA Y CONCEPCIÓN UNITARIA DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Adelantamos que de acuerdo a la influencia del derecho comunitario europeo, a la globalización económica y a nuestro derecho positivo, compartimos el criterio que la denominación más apropiada para referirnos a los contratos que suscribe el Estado, es el de contratos públicos. Conveniente tanto para aquellos que deducen que el término implica tanto a los contratos administrativos y a los privados de la Administración, en el entendido que los primeros ostentan sustantividad y poderes implícitos por su naturaleza; a los que postulan que la diferencia entre estos no tiene sentido pues están presentes siempre modulaciones de derecho público en todo tipo de contrato suscrito por el Estado y que respecto de ellos existen poderes exorbitantes implícitos también, no por la naturaleza del Contrato, sino por las facultades del propio Estado y; a los que deducen que debemos estar solo a las modulaciones y no a poderes implícitos ni por la esencia del contrato ni del Estado, atendiendo a que este se sometió al contrato, a que no ejerce sus potestades por seguridad jurídica o por la renuncia que ha practicado de las mismas para favorecer al propio interés público otorgando predictibilidad y un clima favorable para las inversiones.

Dicho esto y estando a que luego retomamos el tema con mayor detenimiento, abordamos la teoría del contrato administrativo clásico, todavía vigente para un amplio sector de la doctrina.

En consonancia con lo expuesto debe indicarse que el contrato administrativo, luego de su evolución doctrinaria y jurisprudencial, primero en Francia y España y luego en Latinoamérica, es entendido fundamentalmente como aquel contrato que apareja la existencia de potestades a favor del Estado, potestades que para un

mayoritario sector de la doctrina y jurisprudencia comparada pueden considerarse implícitos.

Las potestades son de modificación unilateral, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, de sanción y resolutoria; se puede incluir, además, la inaplicación de la excepción de incumplimiento. Las potestades se fundan en la idea de la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido en el contrato.

Siempre en la concepción clásica del contrato administrativo, en contrapartida de las potestades indicadas, tenemos el denominado principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero. Mediante este principio, ante hechos irresistibles e imprevisibles que acontezcan en el contrato, no debe optarse por la resolución sino por el mantenimiento del vínculo para lo cual se “ayuda” al contratista a la recomposición del equilibrio logrado inicialmente a través de su oferta, reconociéndole parte del perjuicio sufrido, excluyéndose en esta recomposición al lucro cesante.

Los contratos administrativos tienen su correlato en los contratos privados de la Administración, contratos en los cuales el Estado se desenvuelve como un particular despojado de su *ius imperium*. A la teoría que afirma la existencia de contratos administrativos por un lado y contratos privados de la Administración por otro, se ha convenido en denominar tesis dualista de los contratos del Estado; esta dualidad trae consigo la necesidad y dificultad de diferenciarlos. En posición contraria a la indicada dualidad se ubica la tesis unitaria, la cual postula que los contratos que suscribe el Estado son de categoría única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de Derecho Público que poseen. Dentro de esta tesis hay quienes admiten igual las potestades por ser inherentes al obrar del Estado y otras que las mesuran de acuerdo a lo determinado en la ley.

2. CONSECUENCIAS DE LA “SUSTANTIVIDAD” DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

La concepción teórica francesa del contrato administrativo origina un régimen de potestades de la Administración sobre los contratistas así como la inaplicación de parte de estos de la excepción de incumplimiento en circunstancias ordinarias.

Dentro de la tesis del contrato administrativo surge también el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, cuestión que sustenta la ayuda parcial al contratista para que ante hechos exógenos, pueda cumplir

con su rol de colaborador del cumplimiento de las finalidades públicas implicadas en el contrato.

2.1. Las denominadas “potestades contractuales”

Las potestades de la Administración implican un régimen exorbitante del derecho común. Antes de tratar el punto de los problemas que ocasiona una tesis de aplicación ilimitada de las mismas, sin vinculación a la ley o al contrato, se enuncian las características de cada una.

a. Potestad de modificación unilateral del contrato o *ius variandi*

Esta potestad se entiende como la facultad unilateral de la Administración de variar los términos contractuales por razones de interés público.

Antes de indicar las características, variantes y limitaciones de esta potestad conviene citar las tres posiciones que se puede asumir en torno a ella, según Diez.

Una es la que niega la potestad en ausencia de positivización o de pacto expreso en el contrato, otra de corte ecléctico y la que acepta la prerrogativa en función al interés general, al objeto y respecto del cambio de circunstancias. Esta última señala que la variación del contrato estatal no constituye un derecho de la Administración sino que es una potestad, por lo que tiene el carácter de irrenunciable y es de aplicación así no se haya pactado o no se encuentre prevista legislativamente.³⁹

En cuanto a la teoría ecléctica, se expone que la *potestas variandi* existe, pero no respecto del contrato en sí mismo sino de los pliegos de condiciones que rigen a estos, los cuales acorde con su naturaleza reglamentaria y redacción unilateral son modificables por el Estado, siendo más evidente esta condición en los contratos de concesión en los que debido a la naturaleza del contrato una parte de las cláusulas son “realmente disposiciones legislativas”.⁴⁰

García de Enterría y Fernández, con relación a las limitaciones de la presente potestad, establecen que éstas se encuentra referidas especialmente a la garantía de compensar económicamente al particular por las variaciones que sufre el contrato (equilibrio contractual) y en el orden formal, de acuerdo con la experiencia español-

³⁹ ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 394-395; DIEZ, Manuel María, Derecho administrativo, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, pp. 164-165; GRANILLO OCAMPO, Raúl, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 90.

⁴⁰ DIEZ, Derecho administrativo, cit., pp. 1 y 52

la; al inicio de un expediente contradictorio, expresando y acreditándole al contratista las razones concretas de interés público que exigen la modificación.

En el orden material expresan que no existen límites al *ius variandi*: “El poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga”; sin embargo, añaden a continuación: “Pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia ley prevé”.

Los límites de la potestad, son mensurables a decir de Escola, en cuanto al principio de razonabilidad, debiendo respetarse “la esencia y objeto del contrato”. Menciona también como una limitación a la potestad, el mantenimiento del equilibrio económico financiero a favor del cocontratante estatal.⁴¹

Beltran Gambier, se pronuncia de modo negativo respecto a la potestad de modificación del contrato sin limitaciones, advirtiendo que ello no ha sido positivizado en ningún ordenamiento legal a saber. Afirma que no se ha efectuado la distinción entre los que denomina modificaciones ordinarias del contrato, estando entre estas las tradicionalmente reguladas, como el aumento o disminución de los topes de las prestaciones; y modificaciones extraordinarias; es decir, supuestos por los cuales el contrato queda desactualizado y no satisface ya al interés público, siendo este último punto el que debe escudriñarse en cuanto a su existencia como razón justificatoria de la variación contractual.⁴²

Recientemente Coviello, destaca luego de analizar la potestad que comentamos en contraposición del principio *pacta sunt servanda*, extendiendo su estudio a la doctrina no solo de países tributarios del derecho administrativo continental, sino también del common law o de regímenes denominados privatistas como el italiano; que la aplicación en la relación contractual del principio de legalidad conlleva el respeto del Estado a lo pactado a tenor de la ley y del propio contrato, indicando que debe estarse a que, citando a Mairal, no existe una teoría general del contrato administrativo, sino que cada contrato administrativo apareja una realidad, proviniendo la doctrina del *ius variandi* de los contratos de concesión en donde el interés público se encuentra muy marcado y en donde más que la modificación del contrato, lo que se verifica es la regulación de la prestación de un servicio público como consecuencia del poder de policía.⁴³ Con algunas precisiones que luego daremos,

⁴¹ ESCOLA, Tratado integral de los contratos administrativos, cit., pp. 396-398.

⁴² BELTRÁN, Gambier, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho administrativo*, N° 19-20, Buenos Aires, 1995, p. 449.

⁴³ COVIELLO, Pedro, El contrato administrativo como regla del derecho. ¿Lex inter partes o ius variandi?, en: Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 63.

estamos muy cerca de esta posición, no solo en lo sustantivo sino atendiendo a que nuestra normativa de contratos públicos, tiene como ámbito objetivo solo a los contratos de obra, consultorías, prestación de servicios y a la adquisición de bienes, excluyendo al contrato de concesión.

b. Potestad de interpretación unilateral

La doctrina del contrato administrativo entiende que cuando existen divergencias en la interpretación del contrato, la Administración posee la potestad de interpretación unilateral si es que se encuentran comprometidos intereses públicos.

Bercaitz, señaló que existe para los contratos un régimen de interpretación especial que deberá realizar el juez, diferenciando el análisis interpretativo según la categoría del contrato. De ser el contrato de Derecho Privado, se deberá inquirir respecto de las partes en el momento de la celebración; de ser contratos administrativos se deberá interpretar en función a las necesidades de la colectividad.⁴⁴

García de Enterría y Fernández así como Vidal Perdomo, coinciden en que previamente a la interpretación unilateral, debe existir entre las partes intercambio de opiniones destinadas a lograr una interpretación común. De no lograrse uniformidad de criterios deberá primar entonces la interpretación de la Administración la cual se presumirá legal y tendrá el carácter de ejecutoria. El requisito implícito es, al igual que en las demás atribuciones del Estado, el resguardo del interés público.⁴⁵

c. Potestad de dirección y control

Concuera la doctrina del contrato administrativo, en que la presente potestad de la Administración Pública, se fundamenta y/o justifica en esencia, como en todas las restantes, en el hecho que el Estado tiene como función principal la tutela del interés público, el mismo que puede ser afectado si no se cumpliesen estrictamente las condiciones contractuales, permitiéndose por tanto a la Administración dirigir y controlar el contrato.

Se indica también que la intensidad de la potestad de dirección y control se evidenciará según la naturaleza del objeto del contrato, siendo así que ésta será en mayor grado aplicable a los contratos de obra; concesión de obras y concesión de servicios públicos.

⁴⁴ BERCAITZ, Miguel Angel, Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 357.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1989, p. 701; VIDAL PERDOMO, Jaime, Derecho administrativo, 8ª ed., Temis, Bogotá, 1985, p. 308.

Bercaitz, indica que el poder de control contiene cuatro aspectos: el material, referido a la verificación del cumplimiento de las prestaciones obligadas, el técnico, dirigido a establecer si las prestaciones son ejecutadas de acuerdo con las especificaciones precisas previstas, el financiero, indicado respecto del cumplimiento de lo pactado con relación al campo económico, como el pago de planillas, tributos, tarifas, inversiones, etc., y el legal, referido a la verificación de la aplicación de las condiciones pactadas y las reguladas a través de las normas aplicables.⁴⁶

La prerrogativa de dirección y control implica decisiones unilaterales y ejecutorias; es decir, no requiere ser negociada y deberá ser acatada por el particular, el mismo que en principio, no puede incumplir las instrucciones comunicadas sino sólo reclamar con posterioridad a través del procedimiento indicado por cada ordenamiento.⁴⁷

d. Potestad de sanción

La potestad sancionatoria que posee la Administración en el campo de la ejecución contractual es incluida o considerada correlativa a la prerrogativa de dirección y control, siendo el medio por el cual se asegura la correcta ejecución del contrato⁴⁸, constituyendo justamente esto último la esencia de la potestad. Se privilegia ello por sobre la represión de un hecho u omisión y la búsqueda de una indemnización.

Respecto a la clasificación de las sanciones, existe casi uniformidad en la doctrina en cuanto al esquema general de éstas, considerándolas pecuniarias, coercitivas y rescisorias o resolutorias.

e. Potestad resolutoria

El primer punto relevante de esta potestad es su diferenciación con la sanción resolutoria, la cual actúa para el caso de faltas graves.⁴⁹

Debe indicarse también lo relacionado a que parte de la doctrina se refiere a la potestad rescisoria o resolutoria como de revocación del contrato. Así, Diez expone que las sanciones resolutorias presentan dos modalidades: las que se han incluido en el contrato y las que no, pero teniendo en común ambas que es necesaria la culpa

⁴⁶ ESCOLA, Tratado integral de los contratos administrativos, cit., p. 389; DIEZ, Derecho administrativo, cit., pp. 157-158.

⁴⁷ DIEZ, Derecho administrativo, cit., p. 49.

⁴⁸ BERCAITZ, Teoría general de los contratos administrativos, cit., pp. 416-420; DIEZ, Derecho administrativo, cit., p. 56; ESCOLA, Tratado integral de los contratos administrativos, cit., p. 407.

⁴⁹ ESCOLA, Tratado integral de los contratos administrativos, cit., p. 402.

o falta del contratista. De no existir estos elementos y fundarse la decisión en cuestiones de interés general, debe operar entonces la revocación del contrato.⁵⁰

2.2. El principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato y la teoría de la imprevisión

La doctrina clásica del contrato administrativo ha explicado siempre la teoría de la imprevisión como pro contratista, como un contrapeso a las potestades exorbitantes del derecho común que tiene éste que soportar. Se ha entendido como aquella distinta de la fuerza mayor y en la que se privilegia la vida del contrato compensándose parcialmente al contratista por el hecho imprevisible dada su condición de colaborador del interés público inmerso en el contrato.

EL origen de la teoría del equivalente económico o principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato se encuentra en el fallo del Consejo de Estado francés para el caso de la Cía. Francesa de Tranvías, en 1910:

*“Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”.*⁵¹

La teoría de la imprevisión es alumbrada a través de la labor jurisprudencial del Consejo de Estado francés, el cual utilizó como fundamentos, criterios sectoriales de Derecho Administrativo, pudiéndose entonces determinar preliminarmente que esta se distingue del instituto de la fuerza mayor cuyos fundamentos se encuentran en el campo del Derecho Privado.

Originariamente a la teoría de la imprevisión se le consideró como el mecanismo por el cual se aseguraba ante circunstancias extraordinarias, imprevisibles, pero transitorias,⁵² ajenas a las partes; tanto el interés público al que estaba orientado el objeto del contrato y al mismo tiempo, en alguna medida, la ecuación económica financiera del mismo, asumiendo el Estado gran parte del riesgo “extraordinario” a través del aumento de las tarifas establecidas. La particularidad obedece a que

⁵⁰ DIEZ, Derecho administrativo, cit., p. 167.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, Curso de Derecho administrativo, cit., p. 707; GRANILLO OCAMPO, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, cit., pp. 97-98.

⁵² *Ibidem*, pp. 464-466; LAUBADERE, André, Manual de Derecho administrativo, 11ª ed., Temis, Bogotá, 1984, p. 22.

como se sabe, la teoría se aplicó inicialmente a los contratos de concesión, haciéndose después extensiva a los demás contratos administrativos.

Posteriormente se ha explicado las bases de esta teoría no sólo a través de la función esencial del Estado de tutelar el interés público, sino en correspondencia también al principio de igualdad ante ley, principio que informa a su vez al principio de igualdad ante las cargas públicas, no siendo necesario la temporalidad del hecho imprevisible y cuestionándose la asunción del Estado de una parte del riesgo “extraordinario”, debiendo incluirse también para éste, el riesgo de tipo ordinario.

Cita la doctrina de forma unánime como el inicio de la teoría de la imprevisión el fallo del Consejo de Estado francés, de fecha 30 de marzo de 1916, referido a una controversia administrativa surgida entre el concesionario del alumbrado público y la Municipalidad de Burdeos ante el alza desmedida del costo del carbón (que servía de materia prima) por efectos de los bloqueos navales y demás hechos acaecidos en el marco de la Primera Guerra Mundial. El municipio de Burdeos fue obligado a mantener vigente el contrato de concesión y compensar económicamente al concesionario por el aumento del precio del carbón.⁵³

2.3. *La inaplicación de la exceptio non adimpleti contractus*

Dentro de la doctrina clásica y para muchos actualmente, la excepción de incumplimiento no encuentra cabida sino sólo cuando el contratista no pueda soportar la

⁵³ “Considerando: Que como consecuencia de la ocupación por el enemigo de una gran parte de las regiones productoras de carbón en la Europa continental, de la dificultad cada vez más considerable del transporte por mar en razón a la requisita de las naves hecha con motivo de la guerra marítima, esa alza sobrevenida en el curso de la guerra actual en el precio del carbón, que es la materia prima de la fabricación del gas, ha alcanzado una proporción tal que no solamente tiene carácter excepcional, sino que entraña en la fabricación de gas un aumento que sobrepasa ciertamente los límites extremos de aumento que hubieran podido ser previstos por las partes en el momento de contratar; que como consecuencia del curso de las circunstancias indicadas, la economía del contrato se encuentra absolutamente trastocada; considerando que resulta de todo lo anterior que la compañía pretende no poder ser obligada a soportar ningún aumento de precio del carbón por encima de 28 francos la tonelada, siendo esta cifra, según ella, considerada como la correspondiente al precio máximo del gas, previsto en el mercado, y sería por completo excesivo admitir que hay lugar a la aplicación pura y simple del “cahier de charges” (pliego de condiciones), como si se encontrase en presencia de una álea [sic] ordinario de la empresa; que importa, por el contrario, buscar para poner fin a estas dificultades temporales una solución que tenga en cuenta a la vez el interés general, que exige la continuación del servicio por la compañía con ayuda de todos los medios de producción y las condiciones especiales en que se encuentra la compañía y que no permiten al contrato recibir su aplicación normal; que a este efecto conviene decidir, por una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido y, por otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor más arriba descrita que la interpretación razonable del contrato permite dejar a su cargo; que hay lugar, en consecuencia, anulando la decisión impugnada, a reenviar a las partes ante el Consejo de Prefectura, al cual pertenecerá, si ellos no llegan a ponerse de acuerdo sobre las condiciones especiales en las cuales la compañía podrá continuar el servicio, determinar teniendo en cuenta todos los hechos en causa, el montaje de la indemnización, a la cual la compañía tiene derecho en razón a las circunstancias extracontractuales, en las cuales ha tenido que asegurar el servicio durante el período considerado” (GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, Curso de Derecho administrativo, cit., p. 711).

mora de la Administración por la gravedad de la misma. Se entiende que estando los servicios o intereses públicos comprometidos en el cumplimiento del contrato administrativo, el particular, como colaborador del Estado, tiene el deber de soportar el incumplimiento, salvo lo indicado.

3. CRITERIOS MEDIANTE LOS CUALES SE HA PRETENDIDO DIFERENCIAR AL “CONTRATO ADMINISTRATIVO” DEL “CONTRATO PRIVADO DE LA ADMINISTRACIÓN”

a. Criterio subjetivo.

Se determina que un contrato es administrativo si una de las partes es la Administración Pública. Se critica este modo de diferenciación desde la misma óptica sustantivadora sosteniendo que se desconoce la capacidad del Estado para celebrar también contratos de Derecho Privado.

b. Criterio de la jurisdicción.

El contrato será administrativo si se encuentra en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Bercaitz afirmó, desde mucho antes que la doctrina empezara a cuestionar la sustantividad del contrato administrativo, que este criterio resulta insuficiente porque implica contradicción el hecho que la misma jurisdicción administrativa deba practicar el análisis de naturaleza del contrato basándose en la pertenencia o no de su jurisdicción.⁵⁴ Escola agregó a lo dicho que la insuficiencia se verifica en razón de que la condición tiene que ser anterior a la existencia de una jurisdicción especial y no a la inversa.⁵⁵

c. Criterio formal.

Se refiere este criterio a que el contrato administrativo está ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección). El criterio es insuficiente, la Administración puede exonerarse de la aplicación de procedimientos selectivos, además, nada impide que esas mismas formalidades sean utilizadas, como de hecho lo son, por los particulares.

⁵⁴ BERCAITZ, Teoría general de los contratos administrativos, cit., p. 191.

⁵⁵ ESCOLA, Héctor Jorge, El interés público como fundamento del Derecho administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 159.

d. Criterio del servicio público.

Es sabido que los servicios públicos fueron el eje del Derecho Administrativo, merced al desarrollo de las ideas de Duguit y Jeze. Pues bien, posteriormente, el Consejo de Estado francés, en concordancia con la Escuela de Burdeos, recogió el concepto y determinó que el contrato tiene naturaleza administrativa si su objeto se relaciona con un servicio público.

La primera objeción a este criterio estriba en la ausencia de definición conceptual homogénea respecto del servicio público. Existen entonces conceptos latos y restringidos, habiendo caído éstos en desuso en la actualidad, siendo reemplazados por el menos dogmático, “servicios de interés general”.

Debe tenerse en cuenta además, que los objetos contractuales no necesariamente se refieren a servicios públicos o servicios de interés general sino, como de hecho se da, estos versan en la satisfacción de finalidades públicas distintas de forma directa e indirecta.

e. Criterio de las cláusulas exorbitantes.

El contrato será administrativo si contiene cláusulas exorbitantes del derecho común, cláusulas que no son permisibles en una relación de igualdad y que evidencian el ejercicio de prerrogativas públicas. Se objeta el criterio debido a que el contrato no puede ser administrativo según el deseo de la Administración o de las partes.

f. Criterio de las cláusulas exorbitantes implícitas.

Marienhoff, ha señalado que en los contratos administrativos hay dos clases de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado: las virtuales o implícitas y las expresas, especiales y concretas, correspondiendo las primeras a todos los contratos que son administrativos por razón de su propio objeto, siendo ello lo que ocurre en la concesión de servicio público, concesión de una cosa de dominio público, etc. Agrega el autor citado que estas cláusulas virtuales constituyen expresiones de potestades que le corresponden a la Administración Pública en cuanto ella ejercita su capacidad para actuar en el campo del Derecho Público.⁵⁶ Es decir, el criterio se traslada al objeto contractual y a su vez a la finalidad del mismo.

⁵⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, quien sigue a Marienhoff, indica: “En todo ‘contrato administrativo’ por razón de su ‘objeto’, las cláusulas exorbitantes, aunque no aparezcan escritas en el texto del documento, existen siempre en forma virtual o implícita como resultante de la índole misma del contrato: trátase de una cuestión de ‘principio’ que, por tanto, no requiere norma expresa que la establezca” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, “Las cláusulas exorbitantes”, en *Thémis*, Segunda Época, N° 39, Lima, 1999, pp. 8 y 10).

Pedro José Jorge Coviello y Fabián Omar Canda citan ambos en trabajos separados como consolidación del contrato administrativo en Argentina, el voto del juez Fayt en la causa Dulcamara, del 29 de marzo de 1990:

“(…). Los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos caracterizados por elementos especiales, como que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y que lleva insertas explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho Privado”.

Destacan ambos autores que el pronunciamiento es utilizado posteriormente por la Suprema Corte.⁵⁷ Debe notarse que en el fallo indicado, el criterio de las cláusulas exorbitantes implícitas no funciona aisladamente, sino de forma conjunta con otros criterios. El mismo Marienhoff ha referido como factor condicionante de la existencia de estas cláusulas virtuales, al objeto que hace administrativo al contrato,⁵⁸ concluyéndose por tanto que el criterio por sí mismo es insuficiente.

g. Criterio del objeto o de la finalidad pública.

Será administrativo aquel contrato cuyo objeto concuerda con las funciones de la entidad contratante. Ahora bien, las entidades públicas siempre actúan directa o indirectamente según sus fines, por lo que el criterio en consecuencia reviste dificultades.⁵⁹

h. Criterio de la definición legal.

Son contratos administrativos los que así sean señalados por la ley. Ariño Ortiz postula que el contrato administrativo alcanza sustantividad en España en el momento

Amado y Miranda, expresan: “(…). En el segundo supuesto, (respecto del contrato ley) se persigue una solución eficaz al riesgo originado por las cláusulas exorbitantes que se hallan implícitas en los contratos administrativos” (AMADO, José Daniel y MIRANDA, Luis G., “Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62° de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”, en *Thémis*, Segunda Época, N° 40, Lima, 2000, p. 258).

⁵⁷ COVIELLO, Pedro José Jorge, “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Buenos Aires, 1999, p. 87; CANDA, Fabián Omar, “El elemento objetivo en la contratación administrativa: ¿necesariamente una de las partes debe ser el Estado?”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Buenos Aires, 1999, p. 66.

⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1970, T. III, pp. 51-53.

⁵⁹ Cassagne expresa: “Así, la sustantividad del contrato administrativo se revela cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa” (CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho público*, N° 9, Montevideo, 1996, p. 2).

en que se cristaliza un verdadero derecho objetivo mediante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963.⁶⁰

El criterio es insuficiente, no otorga elementos de fondo que condicionen la existencia del contrato administrativo, es subjetivo por depender de la voluntad del legislador.

En Colombia, el criterio de la definición legal se plasmó mediante el Decreto Ley N° 222 de 1983, norma en la que se elaboró un listado de los contratos que deberían ser considerados administrativos. En la actualidad, aunque de forma conjunta con otros, el criterio se plasma en la normativa española.⁶¹

j. Criterio integral.

Ruiz Eldredge sostuvo que ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, cabe analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se encuentren, más certeza se tendrá respecto de la existencia de un contrato administrativo.⁶² Expósito Vélez, sostiene que además de los elementos de jurisdicción, de los fines del interés general citado por Ariño Ortiz, los condicionamiento presupuestarios y la existencia de un régimen procedimental de selección del contratista, el elemento dominante es el de aplicación de normas especiales, de derecho público, diferentes a las aplicables a los contratos privados.⁶³

⁶⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo", en *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 892.

⁶¹ Ley de Contratos del sector público.

"Artículo 19. Contratos administrativos

1. *Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:*

a) *Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.*

b) *Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.*

2. *Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas."*

⁶² RUIZ ELDRIDGE, Alberto, *Manual de Derecho Administrativo*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, pp. 212.

⁶³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 320 y sgtes.

4. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMPARADA EN LA TESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO FRANCO-HISPANO

En el Perú siempre los contratos del Estado han sido tales, contratos con regulación en más o en menos de derecho público, la ley nunca los denominó administrativos ni les otorgó un régimen especial y mucho menos una “jurisdicción” exclusiva. Sin embargo nuestra doctrina hasta antes de la década del 90 del siglo pasado, ha sido en ese punto complaciente y nada cuestionante al trasladar conceptos que en otras realidades sí correspondieron en alguna medida a su respectiva legislación y jurisprudencia. Esa doctrina, ha sostenido básicamente la existencia del contrato administrativo como instituto diferenciado del contrato privado de la Administración y las potestades de la Administración en materia contractual.⁶⁴

4.1. *Legislación comparada*

- a. Derecho peruano (normativa referida a los contratos leyes o de estabilidad jurídica)

No existe referencia en la ley de los contratos públicos a una categoría diferente de los contratos privados o civiles, no existe igualmente, un listado de potestades ni prerrogativas, estas últimas se infieren del texto y se centran en el poder limitado y circunscrito a lograr el cometido del contrato, de ordenar prestaciones adicionales así como la reducción de las mismas. Asimismo se encuentra presente aunque tenuemente la prerrogativa de dirección. No existe referencia alguna a la interpretación unilateral y ejecutoria ni de resolución por interés público. Por lo contrario, está garantizado el arbitraje de derecho de manera total, sin reserva de materias. La resolución contractual está prevista para el Estado solo por incumplimiento del contratista. Se verifica sí, un fuerte régimen sancionador.

El contrato administrativo es mencionado en el derecho positivo peruano sólo de modo indirecto. A diferencia de otras realidades, se le refiere negando sus efectos en caso sea invocado.

En efecto, la ley marco para el crecimiento de la inversión privada, Decreto Legislativo N° 757, artículo 39°, dispone:

⁶⁴ RUIZ ELDREDGE, Alberto, Manual de Derecho Administrativo, cit., pp. 180, 183, 185 y 189. BACACORZO, Gustavo, Tratado de Derecho administrativo, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1997, T. I, pp. 298 y 299. BARTRA CAVERO, José, Licitaciones y concursos públicos. Contratos administrativos, 4ª ed., Huallaga, Lima, 1999, pp. 39,40 y 42. CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César, El presupuesto municipal, Gráfica Horizonte, Lima, 1999, p. 258. PINILLA CISNEROS, Antonio, Los contratos ley en la legislación peruana, Universidad de Lima, Lima, 1999. DE LA PUENTE Y LAVALLE, “Las cláusulas exorbitantes”, cit., pp. 8 y 10. CERVANTES ANAYA, Dante, Derecho administrativo y Administración Pública, F.D. UNAS, Arequipa, 1996. ISASI CAYO, Juan Felipe, Introducción al Derecho administrativo, Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, Lima, 1999, pp. 206,212.

“Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

Por otro lado, el Decreto Supremo N° 162-92 EF, inciso 1 del artículo 26°, establece

“Los convenios de estabilidad jurídica tienen las siguientes características: a) Son contratos de Derecho Civil, por lo cual se rigen por disposiciones del Código Civil; (...)”

La cuestión de primer orden que merece ser analizada a la luz de lo expuesto es que si no existe un régimen legal del contrato administrativo en el Perú como categoría opuesta del llamado contrato privado de la Administración, ¿se justifica la distinción realizada señalando que el referido contrato no es administrativo sino privado?

Citamos lo expuesto por Allpas en su investigación sobre los convenios de estabilidad tributaria; porque al parecer corresponde al raciocinio equivocado del legislador y explica el porqué de la distinción en cuestión:

“(...) 1.- En el contrato administrativo, el Estado ingresa a una relación contractual en un nivel superior que le permite modificar el contrato suscrito por las mismas razones por las cuales lo suscribió: el interés público.

- 1. En el contrato civil el Estado se sitúa en igual nivel que el cocontratante, al cual le ofrece una mayor seguridad al dejar la posibilidad de modificar las condiciones del contrato en la medida de lo establecido por el mismo.*
- 2. Mediante los contratos de estabilidad tributaria se busca la seguridad necesaria para que el inversionista pueda destinar capital en sectores productivos sin el temor que el Estado pueda modificar las ‘reglas del juego’.*
- 3. Los contratos de estabilidad tributaria son contratos civiles regidos por las normas contempladas del Código Civil de 1984, entre ellas el artículo 1353°, en el cual se señala que todos los contratos de Derecho Privado, inclusive los innominados quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esa sección (...).⁶⁵*

Fuera de lo indicado, la única referencia a contratos administrativos se da mediante los contratos administrativos de servicios - CAS. La Ley N° 1057 define a

⁶⁵ ALLPAS, Mabel, Convenios de Estabilidad Tributaria, Tesis PUCP, 1988, p. 32, citada por ZEGARRA VALDIVIA, El Contrato Ley, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

esta relación contractual como “(...) *una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.*”

Ahora bien, creemos a pesar de la definición, el contrato “administrativo” de servicios no es tal cosa a la luz de la doctrina clásica, explicándose su irrupción como una solución intermedia, pragmática, un híbrido entre los simples contratos de prestación de servicios y una relación laboral continua y enmarcada dentro de la carrera administrativa, en donde y de manera limitada se reconocen algunos derechos laborales por fuerza de la realidad que siempre indicó que los contratos mal llamados de “servicios no personales” aparejaban continuidad y el desarrollo de funciones permanentes dentro de la Administración. Ninguna prerrogativa o potestad puede estar presente en este contrato laboral especial, todo lo contrario, deben primar consideraciones favorables para el personal contratado.

b. Derecho francés

Menéndez Sebastián, señala que en el derecho francés los contratos administrativos son determinados de acuerdo a lo que indique la ley independientemente de su objeto y también conforme a su naturaleza de acuerdo a dos criterios jurisprudenciales: la vinculación directa a la prestación de un servicio público y la existencia de cláusulas exorbitantes, indistintamente.⁶⁶

Respecto de la dificultad de determinación de las cláusulas exorbitantes, Menéndez Sebastián menciona el carácter cambiante de la jurisprudencia al respecto, cuestión que mejoró con la vigencia de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma de Carácter Económico y Financiero (MURCEF), Ley N° 2001-1168, la misma que es clara en cuanto al criterio legal y por el cual son contratos administrativos los que así sean determinados por la ley. Con la vigencia de la Ley MURCEF, los *marchés publics* ya no se distinguen entre contratos administrativos y privados, siendo en la actualidad todos administrativos por someterse al régimen exorbitante del Código de los “*marchés publics*”.

Debemos destacar lo indicado por la autora citada en relación a que en Francia se distingue entre “*contrat administratif*” y los clásicos “*marchés publics*” (contratos de obras, bienes y servicios), estando estos últimos dentro de la primera categoría conjuntamente con los contratos de delegación de servicios públicos y las

⁶⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M., Régimen jurídico de la contratación Pública en Francia, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros. Lex Nova, Universidad de Alcalá, primera edición, Valladolid, 2011, p. 124.

concesiones de obra. El “*Code des marchés publics*” (CMP) aprobado por Decreto N° 2006-975 y sus modificatorias además de dispositivos específicos y la “*Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics*”, aprobada en 2009, regulan en concordancia con la normativa comunitaria europea, todo lo concerniente a los indicados contratos.

c. Derecho español

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone la calidad de contratos administrativos para los contratos obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Asimismo, otorga calidad de administrativos a los contratos vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de específica competencia de aquélla, siempre y cuando no sean expresamente considerados como contratos privados de la Administración por imperio de la ley (artículo 19°).

Se encuentran las clásicas potestades de la Administración en el régimen contractual español: interpretación, modificación, resolución, dirección, inspección y sanción, aunque y en el caso del *ius variandi*, por las reformas de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y a causa de los inconvenientes señalados por instancias europeas por la falta de transparencia y la vulneración de los principios de igualdad y no discriminación, la potestad tiene de forma expresa y enfática, carácter restrictivo. En efecto, el artículo 105° del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que los contratos solo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107°,⁶⁷ el mismo que establece que solo se admite el *ius variandi* por a) inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretendían cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas; b) inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medio ambiental o similares, puestas de manifiesto con posteridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas; c) fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos; d) conveniencia de incorporar

⁶⁷ COSTERO GASTET – BELLOCQ, Marta, “Las prerrogativas administrativas en materia contractual”, en: La contratación de las administraciones públicas ajustada a la ley de contratos del sector público, CIVITAS, Thomson Reuters, Navarra, segunda edición, 2012, p. 552 y sgtes.

incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato y e) necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato. Debe indicarse que fuera de los supuestos definidos, lo que procede es la resolución del contrato (artículo 105° del Texto Refundido). Se establece también que la modificación del contrato no puede utilizarse para prestaciones complementarias para ampliar el objeto del contrato para cumplir finalidades nuevas.⁶⁸

Por otro lado, aparece como novedosa en la regulación española, que los contratos privados de la Administración antes regidos en la fase de selección por el derecho público y en la ejecución por el derecho privado, sean de competencia exclusiva en todas sus fases, de la jurisdicción civil (artículo 21°).

d. Derecho argentino

El “Régimen General de las Contrataciones de la Administración Nacional”, contenido en el Decreto delegado 1023/01, establece en el artículo 1° que “*toda contratación de la Administración nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o sus antecedentes surja que esté sometida a un régimen jurídico de Derecho Privado*”.

Además de lo indicado debe señalarse que el Código Procesal Administrativo de la provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008) ha realizado la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración al prever dentro de las materias cuyo conocimiento corresponde a los tribunales en lo contencioso administrativo, las controversias “*relativas a los contratos administrativos*”, los mismos que serán, de forma congruente con la jurisprudencia y doctrina imperante, individualizados y distinguidos de los contratos privados de la Administración.

Por otro lado, el artículo 12° dispone:

“La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, (...). Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias”.

⁶⁸ MESTRE DELGADO, Juan Francisco, “El derecho de la contratación Pública en España”, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, 1ra. Edición, 2011, págs. 331 y 332.

Aparentemente, existiría pues un régimen dualista, es decir contratos administrativos y contratos privados de la Administración, sin embargo y a decir de Elgassi, la redacción del artículo 1° del Decreto 1023/01 obedeció “a un reflejo de supervivencia de la vieja discusión a fin de no generar ciertas resistencias innecesarias de cierta doctrina científica que postula su mantenimiento:

“(…) De no resultar así, no se entendería el porqué de la inclusión en los contratos comprendidos del artículo 4° a aquellos que la doctrina suele endilgarle el carácter de “privados” de la Administración, tales como las locaciones, los alquileres con opción a compra o incluso las concesiones de uso de los bienes privados del Estado nacional”.⁶⁹

Cabe señalar que en 2012, se promulgó el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, instrumento que no hace referencia a distinción alguna entre contratos administrativos y privados de la Administración.

La normativa especial de contratación pública, en conclusión, deja abierta la posibilidad de que jurisprudencialmente se realice la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, no estableciéndose positivamente criterios diferenciadores ni utilizándose remisiones expresas a tipos contractuales como en la normativa española.

e. Derecho boliviano

El Decreto Supremo N° 0181 de 2009, “Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios”, regula los procedimientos de selección y contiene algunas disposiciones relativas a la ejecución contractual de los contratos de bienes y servicios y de los de consultoría y obras. No contiene un régimen dualista de contratos públicos, pero si hace referencia expresa a la naturaleza administrativa de estos, aunque sin determinar la implicancia de ello:

“Artículo 85°.- (NATURALEZA). Los contratos que suscriben las entidades públicas para la provisión de bienes y servicios, son de naturaleza administrativa”

No se regula facultades de interpretación unilateral ni existe referencia a modificaciones por interés público. El *ius variandi* existe pero regulado puntualmente en el artículo 89°, teniendo la Administración facultades para disponer “contratos modificatorios” para el caso de bienes, servicios y consultoría y “órdenes de cambio” para las obras.

⁶⁹ ELGASSI, Alberto, El régimen de contrataciones de la administración pública nacional, cit. , pp. 84 y 85.

f. Derecho brasileño

Bandeira de Mello, indica que tanto en las normas generales del Brasil, como en las legislaciones específicas, centradas todas en la Ley 8.666/93 con las modificaciones introducidas, en especial por la Ley 8.883 de 1994 y citando también las leyes 6.544 de 1989 y 13.278 de 2002, normativas de la materia del Estado y del municipio de Sao Paulo, respectivamente, en todas las indicadas, se traducen nociones del contrato administrativo y que son prerrogativas en pro de la Administración y que se pueden ejercitar dentro de los términos de la ley. Menciona: *a) de modificarlo unilateralmente para una mejor adecuación a las finalidades de interés público pero con variaciones de precios y cantidades determinados a los dispuesto en la ley; b) extinguirlo unilateralmente en los casos especificados en la ley; c) fiscalizar su ejecución, y d) aplicar sanciones motivadas por la no ejecución total o parcial del ajuste*".⁷⁰

Precisa Bandeira de Mello, que las prerrogativas de la Administración “*se pueden ejercitar dentro de los límites y términos de la ley*”. Indica además que el mantenimiento del equilibrio económico financiero se encuentra protegido por la Constitución mediante los artículos 37°, XXI y 5°, XXXVI que señalan respectivamente que las obras, servicios, compras y enajenaciones se contratarán con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, manteniéndose las condiciones efectivas de la propuesta y, que la ley no perjudicará el derecho adquirido, el acto jurídico perfecto y la cosa juzgada.

g. Derecho colombiano

La Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no contiene un régimen dualista de contratos de la Administración, todo lo contrario, se circunscribe a enunciar solo a los contratos estatales con un régimen de prerrogativas públicas más o menos intensas dependiendo del tipo contractual. Santofimio, indica que la ley citada es el resultado de los procesos de reforma política y económica que empezaron a darse en Colombia en la década del 80 del siglo XX, procesos inspirados por una política neoliberal que tiene como presupuestos entre otros, una libre competencia económica en el que el sector público no puede constituirse en obstáculo.⁷¹ Benavides, tiene la misma lectura cuando entiende como causas de orden económico, la existencia de una relación más igualitaria entre la Administración y los administrados en el régimen con-

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, Curso de Derecho Administrativo, primera edición en español, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, p. 553.

⁷¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, Universidad Externado de Colombia, segunda reimpression, Bogotá, 2002, p.51.

tractual estatal, teniendo ello como fondo la mundialización de la economía y la influencia de la doctrina neo liberal.⁷² De otro lado, Expósito Vélez, partidario de la sustantivación del contrato administrativo, da cuenta del hecho concreto que en la Ley 80 de 1993, se fusionan los contratos privados de la Administración y los contratos administrativos en una sola categoría desapareciendo la dualidad de jurisdicciones.⁷³

Santofimio, sostiene además que la ley 80 en comentario, contiene tanto principios de derecho público como de derecho privado, predominando lo primero. Cita el artículo 13º: “*Los contratos que celebren las entidades a las que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley (...)*”. De inmediato sin embargo añade, que en realidad los contratos estatales comparten naturaleza privada y pública con predominio de normas y principios de derecho público.

Lo indicado por Santofimio se corrobora con la lectura del artículo 14º que prevé las prerrogativas de dirección y control y, como consecuencia de ello, la de interpretar, modificar y resolver los contratos que tengan por objeto el ejercicio de un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, las concesiones de bienes del Estado y los contratos de obra. Las prerrogativas son desarrolladas luego en artículos puntuales, estando tasado el *ius variandi* aunque librada la terminación anticipada al concepto indeterminado “orden público”.

El régimen colombiano incorpora como medio de solución de controversias al arbitraje y, aunque no se distinguen materias sobre las cuales pueda recaer el mismo, la delimitación se ha efectuado jurisprudencialmente, siendo que en la práctica el sistema se encuentra restringido a materias relativas a liquidaciones o cuantificaciones habiendo interpretado el Consejo de Estado que los actos administrativos, siendo de *ius imperium* no son materia de justicia administrada por particulares.

h. Derecho chileno

La ley 19.886 de julio de 2003, Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, incluidas las últimas modificaciones de 2010, utiliza el criterio legal para definir la calidad de los contratos administrativos y regula la facultad de “resciliación” de los mismos, incluido el interés público:

⁷² BENAVIDES, José Luis, El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p.28.

⁷³ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, ob. cit., p. 178.

“Artículo 13.- Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: (...) (...) d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional”.

Es clara la potestad otorgada de resolución contractual utilizando los criterios jurídicos indeterminados “interés público” y “seguridad nacional” para los contratos regulados. Sin embargo, la calidad de “contrato administrativo” no conlleva ninguna consecuencia respecto de jurisdicción especial.

De otro lado, el Decreto N° 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas que aprobó el “Reglamento para Contratos de Obras Públicas”, indica en el artículo 148° que *“la Dirección tiene derecho a poner término anticipadamente a un contrato, o a ordenar la paralización de la obra, cuando no haya fondos disponibles para llevarla adelante, o cuando así lo aconsejen sus necesidades”*.

Aquí también es clara la regulación de la prerrogativa resolutoria, más no se configura la misma por razones de interés público sino solo por las necesidades de la Administración.

i. Derecho ecuatoriano

El derecho positivo ecuatoriano contiene referencias expresas al contrato administrativo. Así pues, en el artículo 60° de la ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de agosto de 2008, se indica que los contratos a los que se refiere la Ley celebrados por las entidades contratantes, son contratos administrativos. Ahora bien, sin embargo no se encuentra en el cuerpo del estatuto ni en el reglamento, que implica la categoría. Asimismo, no se encuentran presentes prerrogativas públicas contractuales.

La definición del contrato administrativo aparece sin embargo en un reglamento, aunque anterior a la ley vigente. Así pues el artículo 75° del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428 de marzo de 2002, incluida la reforma de mayo de 2013, define a los contratos administrativos como, *“todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”*.

Podemos deducir por lo expuesto el criterio legal y de la función administrativa en el derecho ecuatoriano para la identificación del contrato administrativo, sin embargo no existe un régimen exorbitante, por lo contrario la misma Ley de Contratación Pública dispone la mediación, la transacción y el arbitraje de derecho como

medio de solución de controversias contractuales, sin reserva alguna en cuanto a materias o actos.

Podría decirse entonces que existe un régimen similar al peruano en cuanto a la solución de controversias que no tiene en principio materias indisponibles para el arbitraje, sin embargo nuevamente, debemos estar a que y en primer lugar, en los arbitrajes, las transacciones y las mediaciones, sería posible a cuenta de la calificación de administrativos de los contratos que regula la ley y a la definición del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que se aleguen potestades propias del contrato administrativo y/o potestades estatales, deduciéndose por tanto y con ayuda de la doctrina, sustracción de materias de *ius imperium*, más o menos de manera similar a lo sucedido en el derecho colombiano con el establecimiento del arbitraje en contratación pública, en donde se ha limitado las materias arbitrables por jurisprudencia del Consejo de Estado. Otra cuestión a destacarse es que desde la vigencia de la Constitución de octubre de 2008, los arbitrajes se encuentran condicionados al pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, situación que ha ocasionado que en los hechos, las controversias contractuales públicas se diluciden en sede judicial.

j. Derecho mexicano

Serra Rojas, comentando la tesis de los contratos civiles celebrados por la Administración pública pero sujetos al derecho privado, indica que la legislación mexicana reconoce la existencia de dichos contratos en los que la aplicación del derecho privado se da por reenvío ante la insuficiencia de la ley administrativa, criticando ello y tomando como ideal que se legisle en la propia ley administrativa.⁷⁴

Ruiz García, indica que en el derecho positivo mexicano no se encuentra una definición del contrato administrativo. Comentando la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de México de enero de 2000 indica que la misma no regula en forma específica y concreta los contratos administrativos, ni prevé los elementos esenciales de estos, sin embargo cita doctrina comparada y los criterios diferenciadores entre los contratos Administrativos y los privados de la Administración.⁷⁵

En cuanto a normativa relativa a obra pública, la ley de obras públicas y servicios relacionados con las mismas, incluida la última reforma de abril de 2012,

⁷⁴ SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A. México, 1995, décima sexta edición, p. 642.

⁷⁵ RUIZ GARCÍA, Laura, Contratos administrativos, Flores Editor y Distribuidor, México D. F., 2010, pags. 273 y 197.

señala que los contratos de obra pública “son de derecho público”, más, ninguna referencia se hace a su pertenencia a los contratos administrativos. No se encuentran asimismo fuera de la sujeción a procedimientos de selección de contratistas, prerrogativas clásicas. Por lo contrario, el régimen de prestaciones adicionales (*ius variandi*) está librado al acuerdo con el contratista, refiriéndose el artículo 59° a estos como “convenios”. Es permitida la conciliación sin reservas, las mismas que aparecen de optarse por el arbitraje, puntualmente según el artículo 98°, la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de la Ley.

k. Derecho paraguayo

Chase Plate, en la edición de 1998 de su obra referida a los contratos públicos, afirma que la legislación paraguaya no define ni caracteriza la naturaleza del contrato administrativo y que existe por tanto un vacío legislativo, debiendo recurrirse en consecuencia a las enseñanzas de la doctrina y a los principios generales del derecho administrativo.⁷⁶

A la fecha, la Ley 2.051 de 2003, Ley de Contrataciones Públicas, refiere indistintamente en el artículo 3° referido a las definiciones, a la contratación administrativa o contratación pública, no existiendo sino un régimen unitario. La ley indicada, en el artículo 55°, sin embargo indica las potestades públicas de interpretación unilateral de los contratos, de suspensión y de resolución contractual, todas libradas al concepto indeterminado “interés público”.

Podemos concluir entonces que no existe un régimen dualista más si modulaciones de derecho público, más cerca estas a potestades que a prerrogativas o ventajas públicas, dada la interpretación unilateral de la Administración además de la facultad de suspender y resolver los contratos no por supuestos tasados sino atendiendo a todo lo que pueda significar para el contratante, “razones de interés público”.

I. Derecho uruguayo

Delpiazzo, ha indicado que en Uruguay no existe una normativa legal ordenada y sistemática en materia de contratación administrativa sino un conjunto de disposiciones que regulan la licitación pública y aspectos de algunos contratos. Si bien el jurista uruguayo indica que ante el vacío indicado son importantes los principios generales como configuradores de la contratación pública, señala claramente que sin previsión legal no existen los poderes de dirección o fiscalización del contrato,

⁷⁶ CHASE PATE, Luis Enrique, Los Contratos Públicos, Intercontinental Editora, Asunción, 1998, p. 34.

lo mismo para el *ius variandi* y que no se tratan de potestades que la Administración posea por el hecho de ser tal.⁷⁷

En efecto, El Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera - TOCAF, aprobado por el Decreto 150/012 que reemplaza al Texto Ordenado de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera y Normas Concordantes y Complementarias aprobado por el Decreto 1994/997, no contiene un régimen diferenciado de contratos suscritos por el Estado en donde incluya a los contratos administrativos. El título de la sección 2 de la ley se refiere genéricamente a los contratos del Estado.

La normativa indicada contiene un régimen de ejecución contractual limitado al derecho de la Administración de variar el contrato, (artículo 74°), limitado este al 10% del valor del mismo para el caso de prestaciones adicionales y al 5% sobre deductivos o reducciones de prestaciones. Más allá del 10% y hasta un límite del 100% se requiere la anuencia del contratista.

II. Derecho venezolano

Mediante Decreto Ley N° 5.929 del 11 de marzo de 2009, se aprueba la Ley de Contrataciones Públicas de Venezuela, luego se reforma en abril del mismo año. Mediante Decreto 6,708 de mayo se reglamento la ley. En la citada normativa que versa sobre contratos de prestación de servicios, adquisición de bienes y obras públicas, no se encuentran disposiciones que determinen un régimen dualista de contratos públicos, ni potestades contractuales señaladas como tales, por lo contrario, el régimen del *ius variandi* se encuentra centrado en supuestos específicos.

Brewer Carías, indica que en Venezuela antes de la ley de contrataciones públicas, los contratos del Estado no habían sido objetos de una regulación general y que solo dos leyes utilizaban la denominación contratos administrativos: la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para fijar competencia en lo contencioso administrativo y la Ley Orgánica que reserva al Estado bienes y servicios conexos a las actividades primarias de Hidrocarburos, la que reconoce a los contratos vinculados a dichas actividades, como administrativos. Expresa Brewer Carías puntualmente:

“La noción de “contrato administrativo”, en ausencia de una ley general que los regule en Venezuela, sin duda, es una construcción doctrinal en cuya elaboración hemos contribuido en una u otra forma todos los que nos hemos ocupado de esta dis-

⁷⁷ DELPIAZZO, Carlos E., Panorama de la contratación pública en Uruguay, Universidad Externado, Bogotá. portal.uexternado.edu.co/pdf/.../Carlos%20E.%20Delpiazzo-Panorama.p...

*ciplina, al comentar la rica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, basadas fundamentalmente en razones prácticas de orden adjetivo”.*⁷⁸

Brewer Carías, señala la inutilidad de la división entre contratos administrativos y privados de la Administración, negando la ecuación, contrato administrativo igual, régimen de derecho administrativo, ello estando a que todos los contratos del Estado tienen regulación pública y privada y que los administrativos son aquellos que tienen un régimen preponderante de derecho público. A la luz de este concepto, los contratos que la Constitución de Venezuela denomina como de interés público a nivel nacional, estadual y municipal son considerados administrativos.

Ahora bien, cuestión que luego comentaremos con alguna mayor extensión, la noción de contrato administrativo, es equiparada a la de contrato público o contrato estatal, siendo que lo aquí resulta importante es que a pesar de reconocerse la existencia de potestades públicas contractuales por la superioridad jurídica del Estado, estas *“solo pueden ser ejercidas, como se dijo, si dichos poderes están regulados en las cláusulas contractuales o en una ley”*.⁷⁹

En conclusión, a pesar de que positivamente no se ha plasmado un régimen dualista, existen referencias directas e indirectas al contrato administrativo vía regulación específica, existiendo si la categoría a nivel de doctrina y jurisprudencialmente.

4.2. Jurisprudencia comparada

a. Jurisprudencia peruana (Tribunal Constitucional)

En primer orden debe establecerse que respecto de la existencia del contrato administrativo no existe en el Perú una jurisprudencia reiterada. Si existen precedentes, estos son aislados. En la sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 005-2003-AI/TC, de octubre de 2003, recaída en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por 64 congresistas contra la Ley N° 26285 que autorizó la suscripción del contrato ley de concesión celebrado entre la Cía. Peruana de Teléfonos, hoy Telefónica del Perú y el Estado peruano; en dicha sentencia se hace referencia al contrato administrativo como si esta figura existiese en nuestro derecho positivo o como si hubiese una serie de precedentes judiciales: *“los contratos-leyes pueden extenderse no sólo al ámbito tributario o jurídico sino a todas sus cláusulas en los*

⁷⁸ BREWER - CARIÁS, Allan R., “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, en: Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Ares, 2011, p.853.

⁷⁹ BREWER - CARIÁS, Allan R., “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, ob.cit., p. 865.

casos en que estos contratos constituyan un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados”.

Como es de verse, el tema central no es el contrato administrativo, razón por la cual puede pensarse que el Tribunal Constitucional se dejó llevar por la normativa base del contrato ley que encuentra justificación justamente ante el peligro de que se pueda invocar como aplicable la concepción clásica del contrato administrativo.

b. Jurisprudencia argentina

Expone Coviello, que existen dos etapas en la aceptación jurisprudencial del contrato administrativo, la primera que va hasta 1984 y que empieza de forma consolidada a partir de la década de los cincuenta bajo la influencia de los franceses Laubadere y Rivero, caracterizando al contrato administrativo por la presencia del Estado en el contrato, el cumplimiento de cometidos estatales y en forma alternativa, por la presencia de cláusulas exorbitantes del Derecho Privado.⁸⁰

En cuanto a la segunda etapa, que a decir de Coviello es la de consolidación del criterio del contrato administrativo, ésta se efectúa vía el voto del juez Fayt en la causa “Dulcamara”, voto en el cual se determina que los contratos administrativos constituyen una especie dentro del género de los contratos, cuyas características especiales son que una de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público y que llevan insertas explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho Privado.

Menciona Coviello que la Corte Suprema de Justicia argentina avanza más en el caso YPF- Provincia de Corrientes de 1992, cuando se sostiene:

“(…). Si bien la noción de contrato es única, común al Derecho Público y al Derecho Privado, pues en ambos casos configura un acuerdo de voluntades generados de situaciones jurídicas subjetivas, el régimen jurídico de estos tipos es diferente. (...). Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el Derecho Público”.

⁸⁰ COVIELLO, “El contrato administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, cit., p. 84.

Puede citarse el caso “Cinplast” (Sentencia de Marzo de 2003) en el que a decir de Elgassi, se repite el concepto del Juez Fayt.⁸¹

c. Jurisprudencia colombiana

A decir de Rodríguez, si bien en 1964 mediante el Decreto N° 528, la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocía de las controversias relativas a los contratos administrativos, solución que se plasmó en el Código Contencioso Administrativo de 1984, el concepto del contrato administrativo no se definió sino hasta el dictado del Decreto Ley N° 222 de 1983, norma en la que se identificaba puntualmente a los contratos de la Administración que tenían calidad de contratos administrativos.⁸²

Con la expedición del Decreto Ley N° 222 de 1983, culminó la labor jurisprudencial que había estado enfocada a la individualización del contrato administrativo vía la inclusión de cláusulas exorbitantes del derecho común. Posteriormente, vía la Ley N° 80 de 1993, se aprobó el estatuto general de contratación de la Administración Pública, cuerpo normativo por el que Colombia abandona el sistema francés de dualidad contractual de la Administración y acoge el sistema unitario⁸³, sistema por el cual se otorga al Estado determinadas ventajas sobre su contraparte, unas más intensas que otras dependiendo del objeto contractual y de su inclusión en el contrato.

d. Jurisprudencia venezolana

Badell Madrid, ha sostenido que en Venezuela la teoría de los contratos administrativos fue por primera vez utilizada en la Sentencia de la Corte Federal y de Casación (Tribunal Supremo de Justicia), el 5 de diciembre de 1944. Se trató de un contrato de obra suscrito entre el Estado y una empresa holandesa, la que por reiterados incumplimientos es demandada por reparación por daños luego de resuelto el contrato, pronunciándose el Tribunal Supremo en el sentido de que es aplicable la doctrina del contrato administrativo y no la de los contratos comunes en atención a que: “*El interés general del funcionamiento regular del servicio público en relación con el contrato no debe ser comprometido por el interés privado del otro contratante*”.

⁸¹ ELGASSI, Alberto A., El Régimen de contrataciones de la administración pública nacional, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, p. 73.

⁸² RODRÍGUEZ, Libardo, Derecho administrativo. General y colombiano, 12ª ed., Temis, Santa Fé de Bogotá, 2000, pp. 330-331.

⁸³ PARRA GUTIÉRREZ, Los contratos estatales, cit., p. 217.

Acota Badell Madrid en dos puntos, primero, que el Tribunal Supremo solucionó el obstáculo de la ausencia de base legal para calificar al contrato como administrativo, considerando que la teoría general de los contratos administrativos se inició en el Derecho extranjero sin ninguna base legislativa especial previa, sino sólo a favor de la doctrina de los grandes autores y, segundo, que el criterio de la decisión judicial fue ratificado posteriormente en decisión de fecha 12 de noviembre de 1994⁸⁴.

Indica también el autor, que en su oportunidad, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mantuvo la noción del servicio público en sentido amplio como elemento determinante de la condición administrativa de los contratos celebrados por la Administración. Mediante decisión de fecha 3 de agosto de 2000, en el caso Provenexport, la Sala estableció:

“(...) cuando la Administración Pública, obrando como tal, celebra con otra persona, pública o privada, física o jurídica, un contrato que tiene por objeto una prestación de utilidad pública, nos encontramos frente a un contrato administrativo, y tal interés general puede ser de la nación o Estado, o de las municipalidades. La noción de servicio público, en sentido amplio, ha sido criterio de esta Sala en términos tales que, al tener el contrato por objeto la prestación de un servicio de utilidad pública, es y así debe admitirse su naturaleza eminentemente administrativa y, de ese modo, el objeto vinculado al interés general se constituye como el elemento propio necesario de la definición en cuestión”.⁸⁵

Brewer Carías, añade sobre el tema que recientemente la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo adopta una definición amplia sobre los contratos administrativo como equivalente a los contratos públicos. Cita dos sentencias, la N° 357 y la N° 364, del 14 y 21 de abril de 2004. La segunda señala:

*“Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público, b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público (aspecto este que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público, que sin aquella no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes. Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la Administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo”*⁸⁶

⁸⁴ BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, www.badellgrau.com.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ BREWER - CARIÁS, Allan R., “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, *Ob. Cit.* p. 860.

5. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO. INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL DERECHO DE INTEGRACIÓN EN LA PREVALENCIA DE LOS “CONTRATOS PÚBLICOS” SOBRE LOS “CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”. NOVACIÓN DE INTERESES PÚBLICOS: SEGURIDAD JURÍDICA, PREDICTIBILIDAD Y CAPTACIÓN DE INVERSIÓN DIRECTA PRIVADA NACIONAL E INTERNACIONAL POR SOBRE POTESTADES CONTRACTUALES O ESTATALES IMPLÍCITAS.

Planteamos el desarrollo de este punto primero exponiendo el origen artificial del contrato administrativo como preámbulo de sostener que el concepto se está extinguiendo o se está transformando merced a la globalización económica, al derecho internacional y al derecho comunitario, novándose intereses públicos, cediendo posiciones el servicio público a la necesidad de los países, algunos más otros menos y salvo ideologías estatistas y/o populistas, a la captación de inversiones mediante el otorgamiento de predictibilidad y seguridad jurídica.

5.1. Origen artificial del contrato administrativo. Lo relativo a su “sustantividad”, efectos negados y situación actual.

Es menester explicar cómo surge la teoría dualista de los contratos del Estado, esto es la existencia, por una parte, del contrato administrativo y por otra, del contrato privado de la Administración, siendo para ello conveniente referirse a los orígenes del Derecho Administrativo en Francia y de la jurisdicción y labor del Consejo de Estado francés.

Se debe decir, en primer lugar, que el sistema francés y el de los países en donde ha tenido influencia directa,⁸⁷ es muy distinto al nuestro en donde la unidad de jurisdicción no se discute. A diferencia de ello, además de la justicia ordinaria o común existe una jurisdicción administrativa, en la cual el Poder Judicial no tiene competencia. El origen de esta dualidad obedece a consideraciones históricas políticas de Francia que hicieron que desde antes de la revolución los llamados Parlamentos (Cortes judiciales) se encontrasen en pugnas con la Administración Real a pesar que los primeros se relacionaban con la nobleza.⁸⁸

⁸⁷ Por una decisión enteramente política, Colombia se adscribe al sistema francés, existiendo aunque con marchas y contramarchas, una dualidad de jurisdicción, por un lado la ordinaria y por otro, el contencioso administrativo.

⁸⁸ VÉLEZ GARCÍA señala: “Los parlamentos representaban pues, los intereses de la clase privilegiada. Eran, por así decirlo, una pieza clave de sus propios cuadros. Estaban incrustados en el rango de la nobleza, así la mayoría de sus miembros hubieran llegado a él no por la sangre, sino surgiendo desde abajo, especialmente del seno de una mesocracia intrigante pero eficaz, sedienta de poder; y, a la postre, ennoblecida por obra de sus propios méritos. No resulta extraño entonces que la lucha entre los Parlamentos y la Administración se concentrará frecuentemente sobre aquellos decretos del Consejo real que implicaban reformas fiscales que de alguna manera afectaban la bolsa de los nobles o de los miembros de una naciente aunque ya próspera burguesía, de la cual también se nutría en gran medida esa burocracia ennoblecida u ordenada que cons-

Vélez García, explica que este desencuentro se daba principalmente, además de los intendentes (autoridades administrativas) con inferiores jerárquicos y los particulares, en la resistencia al registro –de parte de los Parlamentos–, de la normativa emanada por el Rey, normas que muchas veces comprometían privilegios o recursos de la nobleza al ser disposiciones de materia fiscal. Después de periodos de pugna o de prevalencia real sobre los parlamentos, Luis XVI, para paliar ideologías antimonárquicas devuelve a los Parlamentos sus perdidos privilegios sin que por ello estos correspondieran el gesto; por lo contrario, comenzaron a cuestionar la autoridad real y a generar caos oponiéndose a las reformas tributarias necesarias, lo que ocasionaría finalmente que los jueces y notables del reino, convocados estos últimos por el propio Rey, decidieran que sólo la nación, reunidos en los Estados Generales, podía adoptar medidas de carácter tributario, estando preparadas con ello las condiciones necesarias para el éxito de la revolución.⁸⁹

Ahora bien, con los revolucionarios gobernando y de acuerdo con la aplicación estricta de la tesis de Montesquieu de separación entre los denominados poderes del Estado y a fin que el Ejecutivo no vea obstaculizada su labor de gobierno a manos de la “nobleza de la toga”; los constituyentes de 1791 incluyeron en la ley fundamental una disposición de prohibición de funciones administrativas para los jueces y de citar ante ellos a las autoridades de la Administración por razón de sus funciones, quedando separado entonces lo judicial de lo administrativo.

El Consejo de Estado, creado en 1800 y reemplazando al cuerpo de asesores de Napoleón de 1780, comenzó a ejercer además de sus funciones de asesoría, de elaboración de proyectos de ley y de supervisión de la Administración, la de preparación de las decisiones administrativas en última instancia. Posteriormente, no sin contramarchas, pasa de ser un organismo consultivo a constituirse en última instancia administrativa respecto de los conflictos con los particulares. Este período se conoce como el de justicia retenida. Finalmente, el Consejo de Estado francés deja de ser parte de la Administración y se convierte en última instancia para las causas administrativas luego de impugnarse las decisiones de los Consejos de Prefectura, hoy tribunales administrativos. Esta etapa se conoce como de justicia delegada. La Administración deja de ser juez y parte y se somete a la jurisdicción del Consejo de Estado, un símil del Tribunal Supremo en la jurisdicción común u ordinaria. Va de suyo que el Consejo de Estado no puede involucrarse en asuntos de justicia común así como de igual modo el Poder Judicial carece de competencia en los asuntos administrativos.

titúa la alta judicatura” (VÉLEZ GARCÍA, Jorge, Los dos sistemas del Derecho administrativo, Ensayo de Derecho público comparado, 2ª ed., Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 4).

⁸⁹ *Ibidem*, p. 11.

Ahora bien, los orígenes del contrato administrativo se remontan a la suscripción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la Administración, reservándolos estos a la jurisdicción administrativa.⁹⁰

Cabe señalar que existen autores que indican que el fundamento de la suscripción de jurisdicción se justifica en el hecho que los funcionarios no podían ser juzgados pues estos actuaban muchas veces basados en decisiones discrecionales de la Administración Pública.

Parada, adicionalmente explica que debido a razones políticas, el Consejo de Estado tuvo que realizar algunas concesiones a favor de los tribunales comunes, cediendo de su jurisdicción los contratos relacionados con la propiedad que eran de competencia privada, siendo considerados estos como contratos civiles de la Administración. Ante ello, posteriormente el Consejo de Estado se vio forzado a la calificación de los contratos en administrativos o civiles para determinar su competencia, realizando esta tarea determinando que eran administrativos los contratos cuyo objeto se relacione con un servicio público.⁹¹

García de Enterría y Fernández, en opinión coincidente con la de Meilán Gil, sostienen que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzaron siendo únicamente de carácter procesal careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta distinción como una excepción al esquema estructural del Derecho Administrativo de la época, basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente y los segundos prescindiendo la Administración de su *imperium*, sometándose al Derecho Privado⁹². El contrato fue considerado acto de gestión pero por razones pragmáticas, de simple utilidad y no por cuestiones de fondo, a ciertos contratos de la Administración se les somete al régimen administrativo (los tribunales administrativos eran más expeditivos y conocían mejor el funcionamiento de la Administración). Meilán Gil señalando la instrumentalidad del contrato administrativo, precisa que este aparece como una figura intermedia entre el puro acto administrativo y el contrato civil tomando del primero la inmunidad de la jurisdicción ordinaria y del segundo la irrevocabilidad y a inmunidad ante el futuro porque si fuese un simple acto administrativo podría ser revocado por otro acto emanado de un gobierno ulterior.⁹³ Apuntan asimismo García de Enterría y Fernández, que a lo largo del siglo XIX, tanto en la ley como en

⁹⁰ PARADA, Ramón, Derecho administrativo, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994, T. I, p. 264.

⁹¹ *Ibidem*, p. 267.

⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ, Curso de Derecho administrativo, cit., p. 655

⁹³ MEILÁN GIL, José Luis, La estructura de los Contratos Públicos, Iustel, Madrid, 2008, 1ra edición, p. 81.

la doctrina, lo mismo que para Francia y España, se está al tanto de esta particularidad convencional de tipo únicamente jurisdiccional del contrato administrativo, sucediendo que posteriormente cuando irrumpe en el siglo XX tanto la postura del Consejo de Estado francés como la correspondiente a la Escuela de Burdeos o del servicio público como eje central del Derecho Administrativo a través de sus exponentes, Duguit y Jézé, se quiebra el criterio estructural actos de gestión, actos de gobierno, entendiéndose que los contratos que celebra la Administración vinculados a un servicio público en su objeto, tienen por ello un régimen especial que supone la supresión del régimen de igualdad entre las partes por la de superioridad de la Administración la cual goza de una serie de prerrogativas en función del interés general del servicio público.⁹⁴

Posteriormente a la construcción teórica mencionada se suma como aporte pretendidamente sustantivizador, que en el contrato administrativo, virtud a los intereses superiores que involucra y a diferencia de los contratos privados, alcanza a terceros en cuanto a sus efectos y puede ser modificado y aún resuelto por la Administración. Luego de lo acotado, la “sustantividad” del contrato administrativo se definirá justamente porque rebasa los cánones del Derecho Privado, aplicándose el criterio de las cláusulas exorbitantes del derecho común, cuya presencia no siendo admisible en un contrato privado, revela su carácter administrativo.

Terminan los autores citados, mencionando que en España la doctrina del servicio público fue recibida en 1927 a través de la obra de Fernández de Velazco y que los criterios de servicio público y de las cláusulas exorbitantes son hasta la fecha admitidos por la jurisprudencia francesa.

Meilan Gil, además de exponer como los contratos de la Administración, a pesar de considerárseles actos de gestión le son atribuidos caracteres de la “*puissance publique*”, es decir características y jurisdicción peculiares dentro de los actos de gestión; señala la utilidad política del contrato administrativo para el nuevo régimen francés al otorgar seguridades a contratos que desde el punto de vista civil estaban llenos de irregularidades, contratos de venta de bienes expropiados y por los cuales los nuevos propietarios quedarían ligados por lazos de propiedad al régimen.⁹⁵

Brewer Carías, además de exponer también el nacimiento puramente convencional del contrato administrativo y su posterior “sustantividad” a través de las ra-

⁹⁴ Vide, DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho público y privado*, Heliasta, Buenos Aires, 1975, pp. 27 a 48 y en cuanto a conceptos elementales vide JEZE, Gastón, *Principios generales del Derecho administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, T. IV, pp. 3 a 8.

⁹⁵ MEILAN GIL, José Luis, “Teoría del Contrato administrativo: Origen, evolución y situación actual”, en *Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, 1999.

zones o criterios mencionados, indica, digamos como concausa del contrato administrativo, la pretendida vinculación de la autonomía del Derecho Administrativo con la sustantividad propia de todas sus instituciones, particularmente de las que provienen del tronco común del Derecho Privado; autonomía que en nada es enervada por el hecho de compartir institutos generales de todo el Derecho pero que en su momento no fue entendida en dicha dimensión.⁹⁶ Agrega Brewer Carías, que en la actualidad la ecuación, Administración-Derecho Administrativo, no es válida por la evidente interaplicación del derecho público y privado tanto a la Administración como a los particulares.

En cuanto a los antecedentes y explicación histórica del contrato administrativo por medio de su pragmática ubicación jurisdiccional en Francia y su posterior evolución tanto en ese país como en España gracias a la doctrina del servicio público, Ariño Ortiz, niega estos hechos afirmando por lo contrario que desde mucho antes de la influencia de Duguit, Jéze o Fernández de Velazco, los tribunales españoles habían formulado el régimen jurídico de los contratos administrativos de obras y servicios públicos.⁹⁷ Sostiene que el verdadero antecedente y explicación histórica se dio a través de la atribución para la justicia administrativa de las ventas de bienes nacionales que habían sido confiscados al clero y a los inmigrantes durante la revolución de 1789 con el propósito de otorgar seguridad y expeditividad en la solución de conflictos a los compradores; asimismo coloca como antecedentes los contratos de suministros ejecutados por los ejércitos tanto francés como español, con celeridad y ejecutoriedad administrativas.

Meilan Gil, coincide con Ariño Ortiz, en que en España, además de los contratos de suministros al ejército, (exorbitantes del derecho común pero admisibles en cuanto a que reemplazaron a la imposición unilateral sobre el pueblo para su necesario aprovisionamiento); el contrato administrativo encuentra precedente en la venta de bienes nacionales expropiados con anterioridad, adscribiéndose a la jurisdicción contenciosa administrativa de la época las contiendas sobre esas ventas (Ley de Administración y Contabilidad de 1850), ello debido, y como aclarara después la Real Orden de 1852, “por razones políticas de importancia”.⁹⁸

Como puede advertirse, el contrato administrativo es artificial. Así lo reconoce el propio Ariño Ortiz cuando expresa “*que el contrato administrativo no es de*

⁹⁶ BREWER CARIAS, Allan, “La evolución del concepto de Contrato administrativo”, en *Libro Homenaje al Profesor Antonio Morales C.*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, T. I, pp. 55, 56 y 57.

⁹⁷ ARIÑO ORTÍZ, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 868 a 901.

⁹⁸ MEILAN GIL, José Luis, “Teoría del Contrato administrativo: Origen, evolución histórica y situación actual”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, 1999.

naturaleza esencial, sino una categorización o calificación jurídica circunstancial”, sin embargo, el autor sostiene que ello es cierto en España pero sólo hasta la expedición de la Ley de Bases de Contratos del Estado de 1963, de la Ley de Contratos del Estado de 1965 y del Reglamento General de Contrataciones de 1967, continuando la norma de 1965 una regulación total de los contratos del Estado, enfrentando problemas de fondo con criterios propios, situación que ha sido confirmada, sostiene Ariño Ortiz, con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, adscribiéndose con ello el indicado jurista al criterio legal, válido por cierto pero obviamente limitado en cuanto a su universalidad y/o sustantividad.

Además de García de Enterría y Parada, quienes formulan sus críticas al contrato administrativo desde el año 1963, Monedero Gil, en 1977, señaló:

*“(…). Criticamos la concepción de las potestades administrativas como un concepto indefectible unido al mando, el imperio y la coacción. Por el contrario, estimamos que esta categoría es fundamentalmente jurídica, o sea, las funciones atribuidas a los órganos para crear situaciones jurídicas cerca de los administrados una de las cuales es el contrato”.*⁹⁹

De otra parte y recientemente, Gonzáles-Varas, advierte que en la actualidad es mayoritaria en el Derecho español, la opinión que niega un contrato administrativo por naturaleza, admitiéndose que se trata de una modulación de Derecho Público en el contrato de derecho común en atención a la presencia del Estado en la relación contractual.

Agrega además Gonzáles-Varas, que hoy es otro el contexto en el que puede situarse la tesis del contrato administrativo y que no es sino la exigencia, vía directivas comunitarias europeas, de que los poderes adjudicadores –la Administración–, se sometan a pautas estrictas de selección de contratistas: principio de legalidad, publicidad, concurrencia, vinculación con la mejor oferta, control público de la adjudicación, etc.; cuestiones antes dejadas de lado o al menos que no eran obligatorias en toda Europa. Inclusive en Francia, respecto de los contratos de gestión o concesión de servicios públicos, contratos que no fueron considerados dentro de los llamados *marché public (contratos de obras, suministros y algunos servicios)*; no era exigible un procedimiento de selección de contratistas al considerarse los mismos como *intuitu personae*. No son importantes las prerrogativas o potestades ni la jurisdicción contencioso administrativa del contrato ni tampoco la fase de ejecución contractual, sino que la clave para diferenciar modelos públicos y privados

⁹⁹ MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 63.

de contratación se encuentra especialmente en la fase de adjudicación o selección de contratistas.¹⁰⁰

En lo que se refiere a la doctrina de esta parte del continente, desde hace por lo menos 30 años, se ha cuestionado la utilidad de la división entre contratos administrativos y privados de la Administración tildándose esta discusión de pseudo científica, fundándose entre otras razones además de la ineficacia de los criterios diferenciadores aportados por la doctrina clásica, en que no se puede desconocer el carácter unitario de la responsabilidad del Estado y que los vínculos jurídicos de la Administración son regidos por el Derecho Público y el Derecho Privado en mayor o menor grado según los casos.¹⁰¹

Granillo Ocampo, por su parte, indica que son mínimas las ventajas prácticas de la categorización clásica y que el reconocimiento de un sistema jurídico unitario, para todos los contratos de la Administración, eliminaría las imprecisiones del sistema asignándole competencia exclusiva a tribunales especiales en lo contencioso administrativo.¹⁰²

La posición que se desarrolla no resulta aislada, además de los anteriormente citados, Sarmiento,¹⁰³ Gordillo,¹⁰⁴ Mamberti,¹⁰⁵ Chase Plate,¹⁰⁶ Santofimio,¹⁰⁷ Rodríguez,¹⁰⁸ Escobar,¹⁰⁹ Benavides.¹¹⁰ Delpiazzo,¹¹¹ Mairal,¹¹² etc., participan de una posición negatoria del contrato administrativo en contraposición a los contratos privados de la Administración.

¹⁰⁰ GONZALES-VARAS IBAÑES, Santiago, *El Contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 319.

¹⁰¹ DROMI, Roberto, *Instituciones de Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 363 a 365.

¹⁰² GRANILLO OCAMPO, *La distribución del riesgo en la contratación administrativa*, cit., p. 75.

¹⁰³ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "El Derecho Público y los contratos de la Administración", en *Estudios de Derecho administrativo II*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 99.

¹⁰⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo-ARA, Lima, 2003, T. 1, pp. XI-13.

¹⁰⁵ MAMBERTI, Carlos Enrique, "La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires", en *Temas de Derecho administrativo. En honor al Profesor Doctor Agustín A. Gordillo*, Librería Editora Platense, La plata, 2003, p. 447.

¹⁰⁶ CHASE PLATE, Luis Enrique, *Los contratos públicos*, Intercontinental, Asunción, 1998, p. 72.

¹⁰⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *Tratado de Derecho administrativo. Contratación Indevida*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, T. IV, p. 48.

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ R, Libardo, *Derecho administrativo. General y colombiano*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp.332 y.336.

¹⁰⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003, p. 48.

¹¹⁰ BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal. Entre el Derecho público y el Derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 37.

¹¹¹ DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación administrativa*, Universidad de Montevideo, Montevideo, 1999, p. 257.

¹¹² MAIRAL, "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", diario del 18 de septiembre de 1998, pp. 665 - 700.

Ahora bien, es cierto y como apunta Baca Oneto, que no necesariamente la doctrina que niega la dualidad de los contratos del Estado,¹¹³ niega las potestades contractuales de la Administración; más lo que cabe resaltar es que el contrato administrativo, como tal no es fuente para las potestades. Si estas pueden subsistir es en atención a posturas intelectuales basadas en legislación, jurisprudencia y también doctrina, válidas relativamente de acuerdo a la realidad legislativa de cada país pero que objetivamente ceden posiciones ante la necesidad de los Estados –unos más otros menos– de captar inversiones.¹¹⁴ Debe aclararse que no se puede negar la potestad de expropiación por utilidad pública que en buena cuenta es lo que al final y para casos extremos y como tales excepcionales, habilitaría la intervención del Estado en los contratos de acuerdo a ley y con la indemnización integral correspondiente, o intervenciones en general de acuerdo a la letra del contrato o a la normativa especial para el caso de contratos ajenos al régimen regular (obras, bienes y servicios). Lo que no puede admitirse son las potestades extralegales, en manos de la Administración para todos los contratos de forma general y con la sola invocación del interés público.

Benavides, al analizar el tema de las potestades en el marco de la Ley 80 de 1993, Estatuto de contratación Pública de Colombia, indica que no obstante que el servicio público haya constituido al igual que en Francia, la esencia de las prerrogativas de poder público, la tradición jurídica colombiana no ha concebido el

¹¹³ BACO ONETO, Víctor Sebastián, “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho Peruano. Notas para una polémica”. En: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Grijley, Lima, 2008, p. 674.

¹¹⁴ Si bien es cierto, es importante la cantidad de juristas que son partidarios de las potestades contractuales del Estado, se desea destacar las posiciones de Cassagne, y Ariño Ortiz a las cuales se remiten muchos autores. Las apreciaciones de Ariño Ortiz responden a la negación del régimen privado como derecho común de los contratos celebrados por la Administración Pública en el modelo del *common law* (*Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica*) y en el plano fáctico de Alemania e Italia, países que tradicionalmente han sido considerados como ajenos al contrato administrativo. El autor encuentra respaldo a sus afirmaciones en la existencia de normas de Derecho Público o cláusulas específicas exorbitantes del derecho común en dichas realidades.

En cuanto a la opinión de Cassagne, si bien participa de la sustantividad del contrato administrativo cuando explica que la regulación sobre éste es consecuencia de esa sustantividad, es de apreciarse que realiza concesiones a favor de la medida de las potestades contractuales del Estado por imperio de la ley y hasta niega enfáticamente la doctrina de las cláusulas exorbitantes implícitas. Ahora bien, si la tesis sustantivista así expuesta es aceptable, ¿para qué entonces enfrascarse en la tarea de formular como concepto identificatorio del contrato administrativo a la función administrativa, causa-fin del contrato? Parecería entonces que la sustantividad del contrato administrativo trasciende la regulación positiva, lo cual en efecto reviste peligrosidad para uno de los actuales fines públicos, la atracción de inversiones privadas. CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del Contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho público*, N° 9, Montevideo, 1996, p. 30. / *El Contrato administrativo*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999. / “En torno a la categoría del contrato administrativo (una polémica actual)”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Buenos Aires, 2000. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo” en *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998 / Estudio – Prólogo: *Contrato del Estado y “Common Law”*, en: MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

origen extracontractual y general de dichas prerrogativas, estando estas ancladas al contrato de manera explícita o de manera implícita por las disposiciones legales que sustituyen la voluntad de las partes. Es más, el citado autor es concluyente:

*“En nuestro derecho no existe el poder general de modificación o de resciliación del derecho francés. La concepción estricta del principio de legalidad ha permitido a nuestro Consejo de Estado afirmar que toda prerrogativa de poder público reconocida a la administración contratante debe estar expresamente autorizada y prevista por la ley”.*¹¹⁵

Delpiazzo, además de referirse a que hay que darle vuelta a la página de la vieja oposición francesa entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración resultando apropiado solo hablar de contratos de la Administración,¹¹⁶ se pronuncia en relación a las potestades contractuales y respaldándose en la Constitución uruguaya, que estas no le son propias a la Administración por sí misma sino por efecto de previsiones legales, reglamentarias o contractuales.¹¹⁷

Parada, que siempre se ha pronunciado en contra de la sustantividad del contrato administrativo y que entre otros, los sindicó como contratos civiles deformados por el privilegio de decisión ejecutoria comentando el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, advierte sobre la potestad modificatoria de los contratos, en relación a que ha perdido su alcance general para convertirse en un régimen de excepción y que dicha regulación afecta no solo a los contratos administrativos sino a todos los contratos del sector público cuando así se haya previsto en los pliegos.¹¹⁸

Mairal, ha ido más allá de la negación de las potestades o prerrogativas extracontractuales, ha señalado con determinación respecto de esa doctrina, tanto su peligrosidad como su inutilidad al sostener, en relación a lo primero, que el criterio de las cláusulas exorbitantes implícitas genera incertidumbre al aplicarse supuestas potestades inclusive en contra de la letra misma del contrato, posición que ha sido avalada últimamente por Gordillo en cuanto la realidad de la Administración Pública.¹¹⁹

¹¹⁵ BENAVIDES, José Luis, *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 304 y 331.

¹¹⁶ DELPIAZZO, CARLOS E., “Contratación Pública electrónica en Europa y América Latina”, en: *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, N° 66, 2011, LIMA, p. 148.

¹¹⁷ DELPIAZZO, Carlos E., *Panorama de la contratación pública en Uruguay*, Universidad Externado, Bogotá. portal.uexternado.edu.co/pdf/.../Carlos%20E.%20Delpiazzo-Panorama.p...

¹¹⁸ PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2012, Decimonovena edición, p. 302.

¹¹⁹ Gordillo expresa: “La tesis de Mairal se ve así también corroborada por los hechos del presente y por el germen de futuro que se avizora en el horizonte, no porque necesitara de comprobación sino porque la historia se ha encargado de reforzarla (...). El debate que iniciara Mairal ha concluido. Tenía razón. Hoy está demostrado

No encontramos pues la utilidad de buscar al contrato administrativo escudriñando la finalidad pública que pudieran tener los contratos suscritos por el Estado, si solo atendiendo a la ley existen las potestades contractuales, más aún si desde la normativa comunitaria europea la denominación que prevalece es la de contratos públicos privilegiándose la regulación de la selección de contratistas y no la de ejecución contractual en aras de la libertad de dinamizar el mercado de los contratos de los Estados miembros, más aún si la relativización de la soberanía por imperio de la globalización económica, del derecho internacional o de la interdependencia globalizada, es incuestionable.¹²⁰

En momentos en que comienza a vislumbrarse tendencias hacia un derecho administrativo globalizado, definiéndose claramente estándares de derecho administrativo en torno a la transparencia, legalidad y toma de decisiones razonadas;¹²¹ del derecho de recurrirse las adjudicaciones de los contratos del Estado ante un organismo independiente de la Entidad licitante por influencia del derecho internacional y de organismos internacionales y que las decisiones en torno a muchos de estos, no pueden ser discriminatorias y/o expropiatorias también por efecto del derecho internacional a través de tratados de protección de inversiones o de tratados de libre comercio; en el contexto que la norma positiva en América Latina de modo preponderante está divorciada de la doctrina sustantivadora y de las potestades implícitas y atendiendo a que muchas legislaciones no utilizan inclusive el criterio indeterminado del interés público para ejercitar prerrogativas contractuales sino que mesuran estas a supuestos estrictamente determinados, inclusive en la reciente normativa española; por todo lo anterior ¿a cuenta de que buscar al contrato administrativo si pareciese que nadie lo necesita encontrar pues lo que importa más en un estado de competencia global por captar inversiones es ser considerado un país donde y al menos en lo cotidiano de los contratos sobre bienes, servicios y obras, la predictibilidad se encuentre garantizada.

En efecto, imaginemos por un instante que en el Perú, los contratos de suministro, los de prestación de servicios, las consultorías y las obras públicas, sean

en los hechos” (GORDILLO, Agustín, “La mutación del contrato administrativo”, en *Cuestiones de contratos administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 837).

¹²⁰ Estamos de acuerdo por tanto con la conclusión de Coviello respecto de que la denominación más útil actualmente para unir a los ordenamientos iberoamericanos es de contratos públicos y no contratos administrativos, más disentimos en torno a que si la finalidad del contrato es preponderantemente pública, se rotulará al contrato como administrativo. COVIELLO, Pedro J. J., ¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales, en: *Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, p. 70.

¹²¹ KINGSBURY, Benedict, KRISH, NICO y STEWART Richard, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en: *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Institute for international law and justice, New York University School of Law, Universidad de San Andrés, Cuadernos RPA, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009, p. 24.

contratos administrativos o, de no serlo, igual se admitan de forma positiva¹²² o virtud a la tesis de las cláusulas implícitas o debido a que los poderes contractuales del Estado sean indiscutibles tales como ese supuesto, podrían invocarse entonces por parte de las autoridades públicas y serían operativas mediante actos administrativos solo recurribles en la vía administrativa y luego en sede judicial. Los resultados de este ejercicio mental son evidentes y se traducen en inseguridad jurídica y perjuicios no solo para los particulares sino para el propio Estado. Los costos de transacción por dicha inseguridad o de los previsibles pactos con el poder serán trasladados al precio final.

En el Perú, repetimos, la doctrina actual se muestra casi en su totalidad a favor de una tesis unitaria de los contratos del Estado negatoria de poderes exorbitantes implícitos. La primera referencia dentro de la tesis unitaria, proviene de un artículo de Bustamante publicado en 1989.¹²³ Posteriormente, Zegarra, dilucidando la naturaleza de los contratos de estabilidad jurídica, niega igualmente la existencia del contrato administrativo.¹²⁴

¹²² Decreto 1023/01, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Argentina)

Artículo 12 (sustituido por el D 666/03). “*Facultades y obligaciones de la autoridad administrativa.*

La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual.

Especialmente tendrá:

- a) *La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.*
- b) *La facultad de aumentar o disminuir hasta un VEINTE POR CIENTO (20%) el monto total del contrato, en las condiciones y precios pactados y con la adecuación de los plazos respectivos. La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.*
- c) *El poder de control, inspección y dirección de la respectiva contratación.*
- d) *La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones.*
- e) *La prerrogativa de proceder a la ejecución directa del objeto del contrato, cuando el cocontratante no lo hiciera dentro de plazos razonables, pudiendo disponer para ello de los bienes y medios del cocontratante incumplidor.*
- f) *La facultad de inspeccionar las oficinas y los libros que estén obligados a llevar los cocontratantes.*
- g) *La facultad de prorrogar, cuando así se hubiere previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios. La misma no procederá si se ha hecho uso de la prerrogativa establecida en el inciso b) del presente artículo.*

Se podrá hacer uso de esta opción por única vez y por un plazo igual o menor al del contrato inicial.

Cuando éste fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá de UN (1) año adicional, en las condiciones que se determinen en las normas complementarias.”

¹²³ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto, “La contratación del Estado en el Perú (un caso lamentable de vacío jurídico)”, en *Thémis*, N° 4, PUCP, Lima, 1989.

¹²⁴ ZEGARRA VALDIVIA, Diego, El contrato ley. Los contratos de estabilidad jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

Finalmente, quien escribe,¹²⁵ así como Martín, Danós y Salazar, hemos expresado nuestra posición en torno a la inaplicación en el Perú de la tesis dualista de los Contratos del Estado o del Contrato Administrativo y de las potestades abiertas de la Administración en materia contractual, habiendo señalado Martín que se debe rechazar la concepción de los contratos administrativos definiéndose a los contratos que celebra el Estado en base a planteamientos sólidos que cuenten con apoyo en la legislación nacional y en las características propias de nuestro ordenamiento.¹²⁶ Danós, a su vez, ha señalado el régimen mixto de los Contratos del Estado; es decir, la aplicación del Derecho Público y del Derecho Privado en distintos grados de intensidad.¹²⁷ Salazar, indirectamente, no se muestra partidario de la tesis del contrato administrativo, centrándolo su análisis en el ejercicio de la función administrativa, dependiendo de la ley, el otorgamiento y condicionamiento de prerrogativas públicas.¹²⁸

Los criterios de sustantivización del contrato administrativo no corresponden a la realidad de que los vínculos contractuales de la Administración se rigen conjuntamente por el Derecho Público y el Derecho Privado. Es por tanto difícil llegar a un criterio claro de distinción entre contrato administrativo y civil de la Administración¹²⁹.

En efecto, todo contrato celebrado por el Estado obedece a un régimen de Derecho Público en su génesis, esto en correspondencia a normas específicas sobre la existencia o no de presupuesto, en cuanto a su autorización previa, respecto a los órganos o funcionarios competentes y a la realización de procedimientos administrativos selectivos tendentes a la elección del contratista.

De igual forma, todo contrato celebrado por el Estado no puede sustraerse de normas de Derecho Privado, estas tendrán que aplicarse en mayor o menor grado como por ejemplo en materia de capacidad del cocontratante, objeto del contrato, decisiones del contratista en la administración o ejecución del contrato, etc.¹³⁰

En el Perú, debido a que el desarrollo del Derecho Administrativo es reciente, el contrato administrativo con su carga exorbitante implícita no se plasmó nunca, ni

¹²⁵ LINARES JARA, Mario, *El Contrato Estatal*, Grijley, Lima, 2001.

¹²⁶ MARTÍN TIRADO, Richard, "La naturaleza del contrato estatal", en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Lima, 2006, p. 108.

¹²⁷ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, "El Régimen de los contratos Estatales en el Perú", en *Derecho administrativo contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, p. 71.

¹²⁸ SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, "El concepto y los factores de los contratos de la Administración Pública como referentes necesarios para el desarrollo del sistema de contratación en el Perú", en *Derecho & Sociedad*, Año XVIII, N° 29, Lima, 2007, p. 58.

¹²⁹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge (dir.), *Derecho público*, Ediciones Ciudad Argentina. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1997, p. 577.

¹³⁰ BREWER CARIAS, "La evolución del concepto de Contrato administrativo", cit., p. 69.

jurisprudencialmente, ni mediante el derecho positivo. El *ius variandi* por tanto no generó adhesión, rechazo o debate, sino sólo excepcionalmente cuando con ocasión de generar inversiones a partir de la última década del siglo pasado luego de nuestra experiencia hiperinflacionaria, se comenzó a utilizar los llamados contratos leyes o de estabilidad jurídica; contratos que en la percepción de la existencia de ese poder de modificación contractual que posee el Estado, aseguran a los inversionistas extranjeros estabilidad y firmeza de las condiciones acordadas pero que en realidad no hacen sino proteger al inversionista de la potestad legislativa o reglamentaria del Estado, potestades mediante las cuales indirectamente, y afectando de forma general a todos los particulares, en efecto, los contratos podrían ser modificados. Los contratos leyes, pues, protegen a los inversionistas del *factum principis* o “hechos de Estado” y no del *ius o potestas variandi*,¹³¹ mas el efecto práctico es que se cerraron las puertas a la modificación unilateral, en todas sus variables, de forma indirecta y de buena fe y también cuando se direcciona el poder con ropaje de efectos generales.¹³²

Toda regulación pública respecto de los contratos del Estado debe estar contenida en la normativa o en el propio contrato, ya sea mediante atribuciones expresas con la utilización de supuestos de hechos precisos, mediando conceptos jurídicos indeterminados o mediante atribuciones discrecionales, pero en ningún caso utilizando estos como medios de generación de incertidumbre o atendiendo a poderes implícitos y de aplicación de parte del Estado para modificar los contratos o interpretarlos unilateralmente de forma ejecutoria.

Si el Estado cuenta con el poder de modificar un contrato, ello será en atención a la letra del contrato o al régimen legislativo imperante. Si existe cláusula expresa o una previsión legal referida por ejemplo a que la Administración pueda ordenar prestaciones adicionales en los contratos de obra, ello constituye una prerrogativa pública, una ventaja otorgada al Estado por la ley; en ningún caso, una manifestación de la *potestas variandi* implícita.

¹³¹ LINARES, Mario, *El contrato estatal*, Grijley, Lima, 2001, p. 180.

¹³² A partir de 1991 en Perú se emitió un conjunto normativo que tuvo por finalidad otorgar garantías para la estabilidad jurídica de los inversionistas, entre ellas el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, mediante el cual se fomentaba la suscripción de convenios que tienen carácter de contrato-ley. Con la suscripción de estos convenios, el Estado buscó garantizar a los inversionistas estabilidad en los regímenes de contratación laboral, de promoción de exportaciones, del régimen del impuesto a la renta, entre otros. Posteriormente, el contrato-ley fue reconocido constitucionalmente mediante el artículo 62° de la Constitución Política del Perú de 1993: “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 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”.

En lo que atañe a los hechos de Estado, esto es, el ejercicio de potestades legales y reglamentarias que pueden incidir indirectamente respecto de los contratos públicos, ello en efecto es posible, mas debe tenerse en cuenta, en su caso, al Sistema Internacional de Protección de las Inversiones,¹³³ sistema que determina una pronta y efectiva compensación para los inversores extranjeros si se llegase a configurar los elementos determinantes de una expropiación indirecta, sometiéndose el Estado si es que hubiera una controversia, a arbitrajes internacionales administrados por el CIADI, preponderantemente, dejándose de lado consideraciones relativas a determinar si ha existido una decisión administrativa que como tal “por naturaleza” sería materia indisponible para el arbitraje.

Ahora bien, llegado el punto cabe preguntarnos, ¿Por qué la doctrina del contrato administrativo y del Derecho Administrativo nos indica, mayoritariamente, que sólo son susceptibles de arbitraje los contratos privados de la Administración y no los contratos administrativos, pero por otro lado el Derecho Internacional nos indica todo lo contrario de estar contenida una inversión extranjera en un contrato público? ¿Acaso el Derecho Administrativo se resiste a la globalización del capital? ¿Puede permanecer la discriminación en el trato a los inversores locales respecto de los extranjeros pues a éstos se les concede protección por cambios legislativos que inciden respecto de lo invertido y de sus expectativas de lucro, teniendo además acceso a un tribunal arbitral sin limitaciones de materias?

Como es de verse no sólo el Derecho Internacional y el de la Integración ejercen presión respecto de los “contratos administrativos”. También la ejercen sobre conceptos básicos –hasta hace poco férreos– como la soberanía o la existencia de materias indisponibles para la sede arbitral. Y no sólo eso, no se trata solamente del Derecho Internacional y del Derecho de la Integración. Estos sientan sus bases, en la hegemonía del liberalismo y en la globalización del capital, esto pese a gobiernos estatistas y populistas que existen en nuestro continente. Pero aún hay más, debe tenerse en cuenta también que este último fenómeno no es algo que nos viene impuesto, sino que más bien el capital es escaso y muy deseable. No debe omitirse el hecho que la inversión extranjera directa constituye una herramienta de desarrollo para Latinoamérica, sólo por excepción, siendo un destino preferente de la inversión extranjera directa antes que nuestra región, las propias economías desarrolladas, China y la India.

Va de suyo que las inversiones extranjeras constituyen una necesidad por la escasez de capital y las urgentes infraestructuras que demanda Latinoamérica, las mismas que no encuentran correspondencia con los presupuestos públicos ni en los

¹³³ El sistema se encuentra integrado por las disposiciones protectoras de la inversión extranjera contenidos en los tratados bilaterales de protección de la inversión o en los Capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio.

capitales y tecnologías nacionales. De acuerdo con estudios realizados por el Banco Mundial, se requieren en Latinoamérica más de 70 mil millones de dólares anuales en los próximos cinco años para satisfacer las necesidades básicas en energía, transporte, agua y alcantarillado. Es necesario, pues, para contar con infraestructura, contar con capital foráneo; pero éste, como es lógico, se establecerá en donde además de una oportunidad de hacer negocios, se diagnostique estabilidad jurídica, predictibilidad, institucionalidad y respeto a la propiedad privada.

En ese marco, ¿cabe acaso aceptar el *ius variandi* al margen del contrato y de la ley, de poderes del Estado en los contratos que celebre y que pueden ser “reconocidos” por el derecho positivo como si se tratara de derechos fundamentales? ¿Es necesario deducir la existencia de los contratos administrativos en el régimen peruano por la existencia de prerrogativas estatales reconocidas por la ley cuando la legislación que existe respecto del contrato administrativo tiene como propósito justamente su negación o la negación de las cláusulas exorbitantes implícitas generadoras de inseguridad jurídica? ¿Cabe acaso hablar de materias disponibles e indisponibles respecto de arbitrajes, cuando la normativa peruana es clara al respecto? ¿Cabe acaso también la oposición al Sistema Internacional de Protección de las Inversiones Extranjeras? ¿Cabe hablar de soberanía del siglo XIX?

De lo que corresponde dialogar es de la existencia de un nuevo derecho o de un nuevo interés público, el de recibir inversiones extranjeras y nacionales que generen empleo y desarrollo.

Las inversiones vendrán sin duda donde exista seguridad jurídica. Debemos ejercitar el “*soft power*” que se origina en la atracción que un país es capaz de ejercer desde su cultura, sus ideas y sus políticas, en lugar de la coerción o de la invitación a pactar con el poder.¹³⁴ El derecho administrativo debe adaptarse, como de hecho lo está haciendo, a las necesidades actuales, no se trata de revertir la tendencia de la huída del Estado de los rigores del Derecho Administrativo,¹³⁵ se trata de que este concilie con realidades y desde esa conciliación tenga presencia y no zonas múltiples de exclusión.

5.2. Prerrogativas públicas en lugar de potestades contractuales

En materia contractual estatal es mejor referirse a prerrogativas y no a potestades toda vez que pueden generarse confusiones en relación a deducirse de las segundas ventajas públicas extra legales y extra contractuales debido a la doctrina clásica del

¹³⁴ NYE JR., Joseph S., citado por DROMI, Roberto *El Derecho público en la hipermodernidad*, Hispania Libros, Madrid-México, 2005, p. 47.

¹³⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, p. 240.

contrato administrativo. Las potestades del Estado, en efecto, son irrenunciables y constituyen un medio para el debido accionar del Estado en el cumplimiento de sus cometidos públicos. La potestad sancionadora por ejemplo, y tal como ha sostenido Danós, existe aunque no se encuentre prevista en la Constitución.¹³⁶ Bien, no sucede lo mismo con la “potestad” de modificar contratos, interpretarlos ejecutoriamente o resolverlos con la sola invocación de la protección del interés público comprometido. No convienen potestades contractuales inherentes e irrenunciables, lo que hay son prerrogativas públicas que son las ventajas otorgadas por un régimen legal determinado y a las que deberá remitirse la Administración en su accionar contractual de acuerdo al objeto contractual. De tratarse de contratos de plazos largos para contar con infraestructura, es pertinente prever un *ius variandi* más abierto que el previsto para los contratos públicos, digamos ordinarios.

Dos puntos se pueden argumentar si se niega las potestades implícitas del Estado sobre el contrato calificado de administrativo. El primero, la imposibilidad de reacción del Estado ante imponderables no pudiendo este reaccionar por cualquier causa cuando el contrato ya no sea de interés para el Estado o se torne gravoso rompiéndose ya no el equilibrio económico-financiero –procontratista de forma inmediata–, sino, el denominado por Dromi, equilibrio político del contrato.

El segundo punto estaría constituido por el hecho que es imposible que el derecho positivo contenga todas las previsiones respecto de los supuestos por los cuales el Estado podría actuar resolviendo o modificando el contrato, encontrándose por tanto éste limitado en la tutela del interés público.

Ante lo expuesto decimos que ante situaciones de magnitud que hagan inviable el contrato, son aplicables los institutos de la fuerza mayor o del mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, inclusive vía la aplicación de los principios generales del Derecho y de principios constitucionales. Sin embargo, una solución idónea pasa por previsiones legales que establezcan causales de renegociación del contrato o reconversión del mismo, todo ello sujeto al principio de transparencia, a mecanismos de supervisión y control adecuados, debiendo estar, además, a la prontitud de la solución definitiva y de las medidas temporales del caso. Agotadas estas instancias procedería la resolución del contrato.¹³⁷

De otro lado, el hecho que se nieguen potestades implícitas contractuales al Estado, no es sinónimo de restricciones en el accionar de este en el cumplimiento de sus finalidades. El Estado debe garantizar por las consideraciones antes expuestas,

¹³⁶ DANÓS ORDOÑES, Jorge, “Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública”, en *Ius et Veritas*, Año V, N° 10, Lima, 1995.

¹³⁷ DROMI, Roberto, *Renegociación y Reconversión de los contratos públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 99.

un régimen de predictibilidad y estabilidad jurídica, debiendo considerar las situaciones de interés público en la ley o en el propio contrato (en el Perú para contratos distintos a los del régimen ordinario). Por último, debe estarse a que el mismo contrato, aunque no explícitamente, prevea prerrogativas en el sentido expuesto. Sarmiento indica al respecto:

*“(...). Así las cosas, no nos parece irrazonable una postura que admita no sólo potestades expresas (en la ley o el contrato), sino también razonablemente implícitas en ciertos contratos de la Administración; y entiéndase bien: no se trata de potestades que deriven del encuadramiento de un contrato dentro de la imprecisa categoría del “contrato administrativo”, sino de competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico”.*¹³⁸

5.3. Aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*

En lo concerniente a la inaplicación de la excepción de incumplimiento en los contratos administrativos y por la cual el contratista debe asumir la mora de la administración hasta límites “razonables” debiendo continuar con las prestaciones a su cargo; ello puede explicarse en la prestación de servicios públicos o de obra pública pero con asidero en la norma y de forma precisa y limitada. No sería dable dentro de un régimen deseado de predictibilidad jurídica, que los contratistas tengan el deber de soportar incumplimientos indefinidamente o que estuviesen librados en todo caso a su contraparte respecto de la interpretación de su propia fragilidad económica para atender sus obligaciones y entonces si estar habilitados para plantear la excepción de incumplimiento. Inclusive, está abierta la posibilidad que se entienda que la razonabilidad en cuanto a soportar el incumplimiento del Estado no este referida al contexto económico del contrato, sino a la fortaleza económica en general del contratista. ¿A cuenta de qué ha de trasladarse la irresponsabilidad o incompetencia del Estado al concesionario? ¿A cuenta del mantenimiento del servicio público o al cumplimiento de finalidades públicas comprometidas? ¿Pero es que acaso ello no es tarea del Estado y este mismo no es el que compromete intereses públicos con su incumplimiento?

En la normativa regular peruana a diferencia de la Argentina,¹³⁹ no se encuentra prevista la inaplicación de la excepción de incumplimiento. Morón, quien acepta la procedencia de la excepción en el Perú, señala que es necesario para ello que el incumplimiento sea esencial para el equilibrio económico del contrato y que la pres-

¹³⁸ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “El ius variandi y los contratos de la Administración”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, 1999, p. 235.

¹³⁹ El artículo 13° del Decreto N° 1023/01 que regula las contrataciones del Estado en la Argentina, indica que el contratista tendrá la “(...) obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato”.

tación suspendida del particular debe guardar proporción con el incumplimiento.¹⁴⁰ Pues bien, nos inclinamos que conviene explorar las interpretaciones que se vienen realizando en Colombia. En efecto, Benavides refiere que el análisis de los jueces administrativos en la aplicación de la Ley 80 de 1993 respecto de la materia en cuestión, en vez de realizar un análisis de la imposibilidad de ejecución, discierne sobre la equivalencia de las prestaciones de las partes producto del carácter sinalagmático del contrato. El incumplimiento de las obligaciones del Estado legitima por tanto el derecho de su colaborador a interponer la excepción.¹⁴¹

5.4. Teoría de la imprevisión en donde el Estado asume también el lucro cesante por efecto del principio de igualdad ante las cargas públicas

La teoría de la imprevisión en su concepción clásica es aquella que responde no con la extinción del vínculo contractual, sino con el mantenimiento del contrato cuando irrumpe un hecho imprevisible que incide negativamente en la ecuación económica financiera del contrato en punto tal que sea imposible para el cocontratante estatal, seguir prestando el servicio público pactado.

El hecho tendrá que ser además de imprevisible, ajeno a las partes, irresistible y provisorio.

Se sustenta la teoría en el hecho que el servicio público siendo de interés general no puede ser interrumpido, por lo que el Estado deberá colaborar con el particular, asumiendo gran parte del riesgo extraordinario, es decir, el riesgo que va más allá del riesgo empresario, entendido éste como la pérdida de utilidad o lucro.

Es de verse pues entonces que el sustento de la teoría en su concepción originaria no es el mantenimiento de la ecuación económica financiera por sí misma sino que ello es un medio para asegurar la continuidad del servicio público que responde a su vez a la satisfacción del interés público. El Estado entonces, respondiendo a su función tutelar del interés público, debe colaborar con el particular, pero como lo que interesa es el interés público y no el mantenimiento total de la ecuación económica financiera, la ayuda deberá limitarse tan sólo a evitar la quiebra del particular. La pérdida del lucro cesante es asumido por este último, puesto que corresponde a un riesgo de tipo ordinario previsto por todo empresario.

Respecto del requisito o característica de temporalidad del hecho imprevisto, ello se entiende así en razón a que de lo contrario el objeto contractual devendría

¹⁴⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos, "El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado. Procedencia de la excepción de contrato no cumplido en la contratación administrativa", en, Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima N° 138, 2005, p. 17.

¹⁴¹ BENAVIDES, José Luis, El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado, cit, p. 308.

en imposible, ciñéndose entonces la hipótesis al campo de la fuerza mayor en estricto.¹⁴²

Granillo Ocampo, ha cuestionado tanto la limitación de la ayuda o reparación parcial del Estado así como la temporalidad, sustentándose en que no sólo la teoría se apoya en el pilar del interés público sino que se fundamenta también en el principio de igualdad ante las cargas públicas, principio que es una derivación del principio general de igualdad ante la ley.¹⁴³

La exigencia que el hecho imprevisto sea temporal, pudo ser válida dentro de la concepción originaria de la teoría de la imprevisión en donde el Estado colabora con el particular en función de lograr el mantener el interés público, situación diferente a la existente a la luz del principio de igualdad ante las cargas públicas. Este principio se explica como la distribución equitativa a través del sistema tributario, del costo de la satisfacción de un bien o de un servicio de interés público; por lo que si ante un hecho imprevisible, irresistible y ajeno a las partes, se encarece la prestación del servicio o la culminación de una obra pública por ejemplo, sin que la contraprestación o tarifa se modifiquen asumiendo el particular el riesgo en su totalidad; se beneficia indebidamente a la comunidad más allá de lo inicialmente previsto, no existiendo ya una igualdad ante una carga que siendo de interés público debe ser distribuida equitativamente.¹⁴⁴

El contratista que no deja de ser contribuyente, no sólo deberá aportar a través de sus tributos el costo del interés público, sino que también afrontará el costo imprevisto de modo total, existiendo un evidente y desmedido desbalance por lo que debería intervenir el Estado asumiendo el riesgo a través del pago de un incremento de la contraprestación o de la tarifa inicialmente establecida; diferencia que procederá a ser distribuida a través de la recaudación a todos los contribuyentes, evitando así el desbalance referido.

¹⁴² Laubadere, respecto de la temporabilidad del hecho imprevisto sostiene que si este es permanente, si la situación es definitiva a pesar de las medidas tomadas, el concesionario no tiene la obligación de continuar el contrato ni tampoco el derecho de recibir compensaciones por sus pérdidas (LAUBADERE, *Manual de Derecho administrativo*, cit., p. 22).

¹⁴³ GRANILLO OCAMPO, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, cit., pp. 146-147.

¹⁴⁴ *Ibidem*, 144.

CAPÍTULO III

LICITACIÓN PÚBLICA. PRINCIPIOS, PROCEDIMIENTOS Y MODALIDADES

1. SISTEMAS DE CONTRATACIÓN ESTATAL: DE LIBRE ELECCIÓN Y RESTRICTIVO

La formación de los contratos estatales se configura a través primero de la ejecución de un procedimiento interno por el que la Administración decide contratar, determinando el objeto del contrato teniendo en consideración aspectos legales, técnicos y económicos, entre estos, el tipo de procedimiento selectivo a utilizar y las condiciones contractuales específicas. Una vez fijadas estas pautas, deben darse a conocer junto con la decisión de establecer un vínculo contractual, ello se logra mediante la convocatoria y orientando luego a los interesados en cuanto a su propósito y a las condiciones fijadas con el fin de que formulen sus ofertas.

Para seleccionar al contratista o cocontratante estatal, la doctrina expone dos sistemas antagónicos, el primero consistente en la escogencia libre del particular sin procedimiento alguno, limitado solo por el recto criterio del funcionario responsable quien deberá actuar discrecionalmente basándose en razones de oportunidad, adecuadas al fin que se pretende conseguir.

El segundo sistema consiste en cambio, en que el Estado deberá elegir a su cocontratante mediando la aplicación de un procedimiento especial, demandando la participación de ofertantes de forma amplia como regla o restringida como excepción, compitiendo en ambos casos entre sí de acuerdo con condiciones preestablecidas.

Décadas atrás, no se discutió en la doctrina cuál sistema constituía la excepción y cuál la regla, sino se advirtió que a pesar de la utilización generalizada del sistema de restricción dada su positivización, ello constituía la excepción; siendo la regla el sistema de libre elección.¹⁴⁵ En dicha concepción incluso se sostuvo ventajas comparativas de parte de la libre elección justificando dicho sistema, mas como

¹⁴⁵ JEZE, Gastón, Principios generales de Derecho Administrativo, 3ª ed., Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990, T. IV, p. 76 / ESCOLA, Héctor Jorge, Compendio de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, Buenos Aires,

ello no es satisfactorio plenamente, los tratadistas se refirieron a la inexistencia de una norma general que prohíba la libre elección, infiriéndose por tanto, que el fundamento real reposa en la libertad de contratación limitada por la “discrecionalidad administrativa”.

Pues bien, la libertad de contratación no se constituye en razón que justifique el sistema discrecional de libre elección como regla, dicho principio tiene que ceder al de orden general, de resguardo del interés público, que por razones evidentes se cumple de mejor modo en el sistema de restricción, por lo que este debe ser la regla.

Cretella, utiliza como ejemplo de “prerrogativa negativa” de la Administración Pública o sujeción de ésta, la obligación de seleccionar proveedores o funcionarios mediando concurso.¹⁴⁶ Esta sujeción sustentada en razones de interés público y positivizada en las leyes y reglamentos en desmedro de la discrecional libre elección; constituye la regla en contratación pública, pudiendo concluirse que si el Estado debe contratar, éste deberá ejecutar un procedimiento selectivo que asegure mediante la participación de los particulares interesados en abierta competencia, no sólo eficiencia y economía protegiendo los recursos estatales, sino un efectivo control. Nos hallamos ante un principio de Derecho Administrativo, eje también que al igual que el principio de transparencia, construyen el derecho común de la contratación pública.

En el Perú, el principio de licitar los contratos públicos tiene rango constitucional. En efecto, el artículo 76° de la Constitución de 1993 señala que el Estado debe contratar previo desarrollo de los procedimientos selectivos de licitación y concurso público.

2. PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS Y PROCESO DE CONTRATACIÓN.

El término licitación entendido de forma genérica alude a todos los procedimientos de selección de contratistas.¹⁴⁷ Se debe afirmar al igual que la doctrina, que se trata de procedimientos administrativos de carácter especial y no de procesos de contratación o de selección.

1984, T. II, p. 690 / DROMI, Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 251 / LUCERO ESPINOZA, Manuel, La licitación pública, Editorial Porrúa S.A., México, 1993, p. 26.

¹⁴⁶ CRETILLA, Junior, “Los principios fundamentales del Derecho Administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Editorial Buenos Aires, Año 2, N° 5, 1990, pp. 449-450.

¹⁴⁷ DIEZ, Derecho Administrativo, cit., p. 86.

En resumen, a los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a la normativa especial de contratación pública. Es un error por ello referirnos a los procedimientos de selección como procesos. Los procesos aluden sino al ámbito judicial, a todos los actos que hacen la contratación, abarcando en consecuencia un *iter* más amplio que el procedimiento de selección y que comprende entre otros, la definición de necesidades, el planeamiento respectivo, la evaluación de existencia de recursos con los cuales asumir los contratos requeridos, la designación del órgano evaluador y adjudicador del contrato, la elaboración de las especificaciones técnicas, precios de referencia, pliego de condiciones o bases, factores o criterios de exclusión, de selección y adjudicación del contrato y la convocatoria. Luego de lo indicado y con la convocatoria, comienza el procedimiento administrativo de selección de contratistas.

Dentro de los procedimientos de selección, pueden citarse múltiples denominaciones de acuerdo con cada ordenamiento jurídico nacional y dependiendo del alcance de la convocatoria, sin embargo, existe una tendencia hacia la unificación de criterios debido a la antes revisada Ley Modelo de Contratación Pública de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, la cual a su vez ha sido influenciada por la Directiva Comunitaria Europea 2004/18/CE (modificada por la directiva 2009/81/CE) en lo que se refiere a la implementación de la subasta inversa electrónica, los convenios marco y al uso de la informática en general.

Posteriormente trataremos lo relativo a cada clase de procedimientos de selección, tanto los establecidos en la normativa nacional como los estructurados en el derecho comparado.

2.1. Criterios de exclusión, de selección y de adjudicación del contrato. Factores de evaluación en la normativa nacional.

Antes de abordar los procedimientos de selección enunciados, cabe explicar lo relacionado a los criterios o factores de evaluación, materia en la cual la normativa peruana toma distancia de la mayoría de normativas nacionales de selección de contratistas.

En efecto, la normativa peruana distingue entre especificaciones técnicas o requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación, constituyendo el primer caso, requisitos de admisibilidad de la propuesta técnica, y el segundo, elementos que apuntan a la elección de *“una mejor propuesta y con ello una mejor prestación a favor de la entidad, pues la finalidad de los factores de evaluación es justamente determinar cuál de todas las propuestas presentadas es la que resulta más venta-*

josa para satisfacer la necesidad de la entidad".¹⁴⁸ Estos factores de evaluación se encuentran, unos enunciados en la normativa para su adecuación de parte de la entidad licitante y otros de forma reglada, específicamente los relativos a la experiencia.

Es regla general que todos los factores se apliquen mediante fórmulas objetivas de otorgamiento de puntaje, incluso para los casos de los llamados erróneamente "concursos oferta" que en buena cuenta vienen a ser procedimientos de selección de "Proyecto y Obra", en donde serían muy útiles factores con márgenes de apreciación dado que es la única manera de evaluar eficientemente puntos relacionados a los planes de trabajo, aportes adicionales a los términos de referencia, soluciones técnicas de diseño o equipamiento, etc.¹⁴⁹

El sistema expuesto se aleja de la doctrina en la medida que el acto de adjudicación del contrato se considera discrecional o en todo caso, producto del uso de conceptos jurídicos indeterminados, pero en todo caso, mediando una decisión que no es producto de un mecanismo rígido o de aplicación automática de puntajes por el cumplimiento de determinadas exigencias.

Casarini, refiere que la doctrina argentina está dividida en el sentido de otorgarle a la locución "oferta más conveniente", calidad de discrecional o de concepto jurídico indeterminado. Mata, por su parte, señala que la "conveniencia", al admitir grados y no una única solución, escapa a la concepción de los conceptos jurídicos indeterminados proviniendo la adjudicación "*del desarrollo de una actividad reglada, con variantes de libertad (...)*".¹⁵⁰ De nuestra parte, creemos sin embargo que debe considerarse el hecho que la locución referida no actúa en solitario en el ordenamiento comparado. De acuerdo con el Derecho comunitario europeo de la contratación pública y a la normativa española en particular, "la oferta más conveniente o más ventajosa" se divide en distintos criterios que deben encontrar cada uno, una única y mejor solución de entre los concursantes, cuestión pues que se identifica con la doctrina de los criterios jurídicos indeterminados, que no dejan de ser tales aún en los múltiples casos límites o grises que se presenten.¹⁵¹

¹⁴⁸ Pronunciamento N° 227-2007/DOP (CONSUCODE), p. 3.

¹⁴⁹ Utilizando factores tasados en los concursos ofertas en el entendido que la objetividad se identifica con ausencia de márgenes de apreciación comparativa, se viene privando a la Administración de innovación, de soluciones adecuadas para satisfacer necesidades distintas en cada caso.

¹⁵⁰ MATA, Ismael, "Adjudicación y discrecionalidad", en *Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 618.

¹⁵¹ CASARINI, Luis, "El procedimiento licitatorio y la locución oferta más conveniente. (¿O la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados?)", en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Doctrina Pública*, XXVII-2, Ediciones RAP S.A., Buenos Aires, 2006, p. 50.

En el régimen comunitario europeo, de innegable influencia en Latinoamérica, se consideran tres clases de criterios para los procedimientos de selección, siendo los primeros los de exclusión, en donde se enumeran los supuestos por los cuales las empresas no pueden participar en el procedimiento (quiebra, liquidación, intervención judicial, condena por delito, incumplimiento grave de obligaciones contractuales con el Estado, incumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social, etc.). Estos criterios constituyen en algunas normativas un régimen definido de inhabilidades para contratar.

Los criterios restantes son los de selección y de adjudicación del contrato, consistiendo los primeros en requisitos para definir a los postores capaces de ejecutar el contrato (presencia geográfica en caso de servicios en varias localidades, indicadores económicos y financieros, balances o sus extractos, certificados bancarios, declaraciones relativas al volumen del negocio correspondiente al objeto contractual licitado, certificaciones ISO, documentos relativos a responsabilidad social o de desarrollo sostenido, declaración y/o descripción detallada de la infraestructura y recursos disponibles para la ejecución del contrato, anteriores contratos ejecutados, medidas a adoptarse para que el contrato se ejecute eficazmente y sin interrupciones, currículums, etc.). La Ley N° 1150 de 2007, modificatoria de la Ley N° 80 de 1993, Estatuto de Contratación Pública de Colombia, refiere en su artículo 5°, en la misma tónica que la normativa comunitaria europea y como “*requisitos habilitantes*” o criterios de selección a la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los postores.

En cuanto a los criterios de adjudicación estos son los referidos directamente al objeto contractual, esto es la calidad, el precio, el valor técnico, características estéticas y funcionales, características medioambientales, coste de funcionamiento, rentabilidad, servicio postventa y asistencia técnica, fecha de entrega o plazo de ejecución, debiendo precisarse la ponderación relativa a cada criterio.

Estos factores de adjudicación del contrato son los que se han venido utilizando comúnmente en los procedimientos de selección de contratistas salvo aquellos que han sido diseñados solo para evaluar el precio. Estos factores no han sido reducidos a fórmulas rígidas en donde el postor cumple o no tal condición o acredita o no tal cualidad correspondiéndole en consecuencia determinado puntaje. Todo lo contrario, la apreciación es amplia e integral, contiene un margen de apreciación, siendo o debiendo ser por tanto, la elección de la oferta más ventajosa, un acto administrativo complejo, minucioso en detalles técnicos y por tanto, claro en cuanto a sus fundamentos.

Ahora bien, cabe preguntar si el sistema expuesto es útil en el Derecho peruano. La respuesta es afirmativa, pero como en todo orden de cosas, debe buscarse el

justo medio. En efecto, la normativa peruana ha sido diseñada para cerrar el paso a connivencias ilícitas que se centraban antes, la mayoría de veces, en decisiones que se tomaban mediando criterios de evaluación con un amplio margen de apreciación. A partir del texto primigenio de la *Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado* y de la labor integradora de la entonces Gerencia Técnica Normativa del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y mediante la emisión de reiterados pronunciamientos, se formó la idea que el margen de apreciación de un factor de adjudicación –entre nosotros factor de evaluación–, equivale a subjetividad y que ésta, como tal, resulta negativa pues es vehículo de posibles aplicaciones discriminatorias. Pues bien, la razón del concepto formado es loable, pero su aplicación indiscriminada ha traído efectos nocivos para la Administración Pública respecto de los contratos complejos, aquellos en los que se tiene que evaluar no sólo determinadas características técnicas básicas. En los contratos de obras que se entremezclan con servicios especializados, en los de consultoría, en los contratos de proyecto y obra (elaboración del expediente técnico y ejecución de la obra), incluso en el caso de algunos bienes, resulta contraproducente aplicar solo factores automáticos o tasados. No existe espacio para comparar soluciones de diseño, innovaciones, planes reales de trabajo, características estéticas, funcionales, etc. dado que es imposible tomar una decisión eligiendo a la mejor oferta basándose en fórmulas rígidas de otorgamiento de puntaje.

Si bien una decisión, mediando un amplio margen de apreciación contiene riesgos, para determinados contratos estos deben asumirse. Es necesario ante ello que los órganos de adjudicación se constituyan en verdaderos Comités Especiales. Especiales en cuanto a su selección, formación e idoneidad, debidamente asistidos técnica y legalmente cuando éstos lo requieran. Asimismo, es necesaria la formación debida de los órganos de control en cuanto a la evaluación de los actos de adjudicación de los contratos.

Ahora bien, los criterios de adjudicación no necesariamente pasan por ser tasados o con un margen de apreciación, es factible y hasta conveniente y dependiendo del objeto contractual, mezclarlos en distintos grados, siendo esta la fórmula a la que acaba de arribar la ley española Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el artículo 150º:

“2. (...) En la determinación de los criterios de adjudicación se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos. Cuando en una licitación que se siga por un procedimiento abierto o restringido se atribuya a los criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas una ponderación inferior a la correspondiente a los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor, deberá constituirse un Comité que cuente con un mínimo de tres miembros, formados por expertos no in-

tegrados en el órgano proponente del contrato y con cualificación apropiada, al que corresponda realizar la evaluación de las ofertas conforme a estos últimos criterios, o encomendar esta evaluación a un organismo técnico especializado, debidamente identificado en los pliegos.

La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia (...)”.

2.2. Clases de procedimientos de selección de contratistas en el derecho nacional: licitación pública, concurso público, adjudicaciones directas pública y selectiva y adjudicación de menor cuantía.

Existe diversidad de procedimientos de selección y modalidades de aplicación de los mismos como normativas nacionales. Desde la publicación del texto madre de la actual normativa, esto es la ley N° 26850 publicada en 1998 y denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los procedimientos de selección de contratistas en el derecho nacional fueron divididos en un primer y mayor nivel de gasto o inversión (actualizados los montos en cada ley anual de presupuesto) y por el tipo contractual; en licitación pública y concurso público, el primero para los contratos de obras y adquisición de bienes y el segundo para los contratos de servicios y consultorías. En un segundo y tercer nivel de gasto se ubican las denominadas adjudicaciones directas públicas y adjudicaciones directas selectivas, adjudicaciones que pese a su nombre no son directas, en un caso se trata de una licitación pública con menor rigurosidad y en el otro de una licitación privada pero con el contrasentido que su convocatoria a pesar de estar en principio limitada, se hace masiva por efecto de la convocatoria pública que ordena la ley a través del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, SEACE. Ambas “adjudicaciones directas” son utilizables para todos los contratos. Por último se encuentra la adjudicación de menor cuantía, la que en realidad debiera denominarse adjudicación directa por corresponder a su naturaleza, confundiendo la causa con el efecto, pues la cuantía menor es una de las causales de la adjudicación directa. Se hace evidente pues la falta de coherencia terminológica y las contradicciones que de ello se derivan, cuestión que no se abordó en las últimas reformas normativas y que hoy se hacen necesarias con miras a un vocabulario universal y coherente previendo el establecimiento de normativa común dentro de la Alianza del Pacífico.¹⁵²

¹⁵² El Texto de la primigenia Ley N° 26850 y su Reglamento y posteriores modificaciones antes de la actual normativa (D.L. 1017 modificado por la ley N° 29873), utilizaban la denominación errada de “Contrataciones y Adquisiciones del Estado”. Asimismo, cuestión que hasta la fecha subsiste, la normativa nacional es confusa en cuanto a las clases de procedimientos de selección de contratistas a los que sigue denominando “procesos”. Esto puede explicarse a la nomenclatura tomada por la Constitución la que dispone que los contratos del Estado se celebrarán mediante licitaciones públicas y concursos públicos. Se recoge innecesariamente ambas denominaciones, una para las obras y bienes y la otra para servicios y consultorías, ambas para el máximo nivel de gasto o inversión. Sin embargo, en un segundo nivel descendente de gasto inversión se omite ya la

2.2.1. Clases de procedimientos de acuerdo al derecho internacional. Análisis comparado y ley nacional: Diálogo competitivo, licitación privada, licitación pública, subasta inversa y procedimiento negociado.

Atendiendo a los criterios más modernos expuestos por el Derecho comunitario europeo y recogido en parte por la CNUDMI, se esboza aquí una tipología en orden de complejidad del objeto contractual y de la aplicación de criterios de adjudicación con márgenes de apreciación de parte del órgano adjudicador de los contratos.

a. Diálogo competitivo

Procedimiento contemplado por la normativa comunitaria europea y tomada en la Ley de Contratos Públicos de España, establecido para el supuesto de contratos complejos (en lo técnico, financiero y jurídico) y atendiendo a las limitaciones de la Administración respecto de innovaciones tecnológicas. Consiste en la convocatoria de un diálogo por separado entre las más capacitadas empresas y la entidad licitante a fin que se aporten soluciones de acuerdo con la experiencia y tecnología de cada empresa, lográndose con ello una única solución técnica apropiada que se trasladará a las empresas dialogantes con el fin que presenten sus ofertas técnicas y económicas finales. El procedimiento puede desarrollarse en etapas sucesivas a fin de reducir el número de soluciones a examinarse.

Dado que se trata de un procedimiento de selección restringido es recomendable que su aprobación deba realizarse previo informe legal y técnico. Es obvio, que en este tipo de procedimiento debe optarse por la utilización de factores de adjudicación con márgenes de apreciación.

b. Licitación privada o procedimiento restringido

Se diferencia de la licitación pública por restringirse la convocatoria a las principales empresas del mercado en función de la especialidad o complejidad del objeto contractual y/o la sensibilidad del contrato en cuanto a su pulcra y celeridad de ejecución. En buena cuenta se pretende disminuir al máximo los riesgos de una deficiente o retardada ejecución de obras, entrega de bienes o prestación de servicios que no

nomenclatura constitucional y se establece como procedimientos para todos los contratos, las denominaciones contradictorias y por demás inconvenientes de adjudicación directa pública y adjudicación directa selectiva. Es evidente que las adjudicaciones directas si son tal cosa no pueden ser de convocatoria pública y si se demanda que sean selectivas deben ser entonces dinámicas y no rígidas. Finalmente, a lo que debería denominarse adjudicación directa se le denomina adjudicación de menor cuantía, que viene a ser una causal de la adjudicación directa. Respecto del concurso público dicha denominación pudo haber quedado reservada para la selección de plazas en la Administración Pública.

pueden ser postergados en virtud de por ejemplo, plazos perentorios o condiciones sociales especiales de sus beneficiarios directos (infraestructura para la celebración de un evento internacional, obras para la prevención de fenómenos climáticos u obras a ejecutarse en zonas de extrema pobreza).

Se encuentra pues justificada la prohibición de que participen empresas sin experiencia o de pequeñas empresas consorciadas entre sí o con una empresa de envergadura. Si la justificación de la aplicación del procedimiento no va por el lado de la complejidad del contrato, los criterios de adjudicación deberán ser tasados o mixtos, es decir, criterios tasados y también alguno o algunos con un margen de apreciación, tal como permite el ordenamiento español.

Con esta modalidad, que debe estar justificada técnica y legalmente, se evitaría la huída de la Administración Pública de la normativa nacional a los regímenes de entidades internacionales.

La licitación privada o restringida podría equipararse erradamente con la adjudicación directa selectiva prevista en la normativa peruana, sin embargo, debe considerarse que la limitación de participantes (solo 3 y por invitación) esta dada sólo en atención a un nivel inferior medio de gasto o inversión (únicamente superada hacia abajo por el procedimiento de menor cuantía) y no a las consideraciones expuestas de especialidad y/o sensibilidad del objeto contractual.

c. Licitación pública o procedimiento abierto

Procedimiento selectivo de amplia convocatoria, justificada por que en atención a lo ordinario del contrato es permisible la participación de todas las empresas del rubro. Podrían utilizarse factores de adjudicación con fórmulas tasadas o cerradas para establecer la oferta más conveniente, o dependiendo del objeto contractual, fórmulas mixtas.

En el caso de los procedimientos de proyecto y obra, como ya se indicó, los factores forzosamente deberán contener un margen de apreciación pues se trata de evaluar consideraciones imposibles de medir mediante factores tasados.

Con el fin que se aprecie la diversidad de denominaciones de los procedimientos de selección y/o su distinta aplicación, se indica que en el ordenamiento argentino la Licitación Pública constituye el procedimiento en donde se valora exclusivamente el precio, siendo el Concurso Público aquél procedimiento en donde se tienen en cuenta los demás factores de adjudicación.

d. Subasta inversa

Antes de la emisión de normativa comunitaria que señalase pautas para la utilización de la subasta inversa, el ordenamiento español recogía el elemento básico inmerso en esta mediante el procedimiento denominado subasta, a secas, consistente en una competencia basada en el menor precio de entre los postores que cumplan las condiciones técnicas mínimas exigidas, no previéndose en los pliegos de condiciones factores que midan la calidad de lo ofertado.

La subasta inversa, tiene como referentes internacionales principalmente a la Directiva 2004/18/CE del Departamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, “Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios” y la Ley Modelo de Contratación Público de la CNUDMI de 2011, producto de la actualización ejecutada en el 44º periodo de sesiones de la Comisión respectiva a fin de reflejar las nuevas y mejores prácticas internacionales en Contrataciones del Estado.¹⁵³

En líneas generales el procedimiento consiste en que la concurrencia en oposición de parte de los postores se centra, predominantemente, en una competencia hacia la baja respecto del precio.¹⁵⁴ Si bien es factible la participación en las pujas de todos los postores, puede optarse también por la clasificación solo de un número determinado de las empresas que posean los mejores precios, quienes deberán lanzar sus ofertas sucesivamente, con intervalos señalados con anterioridad por el organismo licitante, hasta que una de las ofertas no pueda ser mejorada y quede firme. Es importante que se establezca como requisito de validez del procedimiento y por consiguiente, del posterior acto de adjudicación, que se haya verificado una plural y efectiva competencia, de tal modo que si se advierte lo contrario o una participación mínima de postores, la entidad licitante pueda declarar desierto o nulo el procedimiento, según corresponda.

Existe consenso en que la modalidad de subasta inversa es solo aplicable a bienes y servicios cuyas características sean sencillas. Así pues, el citado instrumento jurídico comunitario europeo en su considerando número catorce refiere como con-

¹⁵³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), “Revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para regular el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública”, Nota de la Secretaría, p. 3.

¹⁵⁴ Si bien es cierto que de acuerdo con la Directiva Comunitaria citada y la nueva Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI del 2011 es posible no solo utilizar el precio como factor de selección sino que es factible utilizar criterios que sean objetivos, cuantificables y se expresen en unidades monetarias, la experiencia señala que en el común de las subastas inversas lo que predomina es el precio, cosa que es además aconsejable en virtud que esta modalidad de selección debe implementarse gradualmente atendiendo a la particularidad de cada realidad económica nacional y local y a las experiencias que se obtengan.

tratos a los que es posible aplicarse la modalidad, a aquellos en donde las especificaciones técnicas pueden establecerse de manera precisa y en donde sea posible una evaluación automática que implique una valoración de elementos cuantificables que puedan expresarse en cifras o porcentajes.

Por otro lado, la CNUDMI indica que la subasta inversa “*tiene primordialmente por finalidad atender las reiteradas necesidades de una entidad adjudicadora de bienes estandarizados, de tipo sencillo y generalmente disponibles*”.¹⁵⁵

Debe mencionarse que para facilidad de la Administración Pública es utilizable el mantenimiento de listas en las que se incluyan los bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos mediante subasta inversa. En dicho caso, se debe cuidar, además, de su permanente actualización de acuerdo con los estudios que para tal fin se realicen, que en el mercado exista un gran número de potenciales oferentes competitivos pues de lo contrario se presentaría una coyuntura en la que es posible que las pocas empresas del rubro realicen concertaciones que ocasionen la desnaturalización del procedimiento. Si el mercado es pequeño o existen limitaciones de oferta por alta demanda, baja producción, por estar cubierta las cuotas de importación o por cualquier otra causa, debe desestimarse el uso de la subasta inversa.

Asimismo, si se opta por una entidad u organismo centralizado que se encargue de la elaboración de las especificaciones técnicas mínimas de los bienes y servicios susceptibles de ser adquiridos por subasta inversa, dicho organismo debe sustituir también a las entidades licitantes en la etapa de promoción de la participación activa y de control indirecto del uso de los recursos públicos de parte de los potenciales contratistas. Esto implica, que deberá absolver consultas y observaciones que corrijan errores o en su caso, conductas tendentes a dirigir indebidamente las características técnicas. Permitir de parte de los interesados, únicamente el uso de recomendaciones que tengan carácter inocuo, no corresponde a un esquema que brinde garantías de imparcialidad a los particulares en el marco de un Estado democrático. Las consultas y observaciones deben ser absueltas minuciosamente, con ayuda de expertos o peritos si fuera el caso. Deben, asimismo, ser claramente sustentadas.

La subasta inversa, siempre que se cumplan las condiciones necesarias para su utilización, es un instrumento que por ser automatizado implica la posibilidad de mayor transparencia y eficacia en el gasto público, sin embargo, debe estarse también a sus posibles riesgos y efectos nocivos, entre los que se encuentran además de su empleo inadecuado en bienes y servicios que deben ser adquiridos ponderando la

¹⁵⁵ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), cit., p. 7.

idoneidad del contratista y la calidad además del precio; la connivencia ilícita entre proveedores y la desconfianza de potenciales contratistas, quienes desistirán de participar en los procedimientos convocados, viéndose afectado con ello el principio de libre competencia, principio que resulta indispensable para el éxito del sistema. Sobre este punto, la Secretaría de la CNUDMI ha indicado:

*“(...) la subasta electrónica inversa puede estimular una excesiva concentración en el precio, y su fácil funcionamiento puede dar lugar a una utilización excesiva y su empleo en situaciones inadecuadas. También puede producir efectos anticompetitivos a plazo mediano y largo. En particular, esa subasta es más vulnerable que otros procesos de contratación pública al comportamiento colusorio de los concursantes, sobre todo en el caso de procesos caracterizados por la participación de un pequeño número de concursantes, o de la presentación repetidas de ofertas en cuyo marco participe el mismo grupo de concursantes. Además, en el contexto de una subasta electrónica puede ser mayor el riesgo de que los concursantes tengan acceso a información comercialmente sensible de los competidores”.*¹⁵⁶

*“Como consecuencia de ello –de la desconfianza– la entidad adjudicadora puede tener que hacer frente a costos de oportunidad debido al empleo de la subasta electrónica inversa (costos tales como los resultantes en los casos en los que proveedores y los contratistas abandonan el mercado público si se les exige que presenten ofertas en este tipo de subasta) y a precios más elevados que los que se habrían obtenido si se hubieran utilizado otros métodos de contratación pública)”.*¹⁵⁷

En cuanto a los ordenamientos nacionales de países que prevén el uso de la subasta inversa, estos utilizan fórmulas similares a los referentes citados. Así pues, en Colombia, la Ley N° 1150 de 2007, que introduce modificaciones a la Ley N° 80 de 1993 –Estatuto de Contratación Pública–, señala como posibles de ser adquiridos mediante subasta inversa o convenios marco, a los *“bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización por parte de las entidades”*.¹⁵⁸

En el caso de Brasil el Decreto N° 5450, del 31 de mayo de 2005, dispone que la adquisición de bienes y servicios comunes se adquirirán mediante la modalidad de pregón, en forma electrónica (pregao o subasta inversa electrónica), *“considerándose bienes y servicios comunes a aquellos cuyos patrones de desempeño o cualidades pueden ser objetivamente definidos por medio de especificaciones usuales del mercado”*.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), cit., pp. 6-7.

¹⁵⁷ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), cit., p. 7.

¹⁵⁸ Ley N° 1150, 2007, República de Colombia, Título I, artículo 2°.

¹⁵⁹ Decreto N° 5450, 2005, República del Brasil, artículos 1° y 2°.

En el Perú la normativa ha venido disponiendo que por medio de la subasta inversa se adquirirán bienes y servicios comunes: *“patrones de calidad y de desempeño objetivamente definidos por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso de homogenización llevado a cabo al interior del Estado, de tal manera que el factor diferenciador entre ellos lo constituye el precio al cual se transan”*.¹⁶⁰

Como es de verse no solo se alude a bienes y servicios sencillos, de uso común, sino que también se señala la posibilidad que la Administración “homogenice” o estandarice los bienes. La terminología, más que inadecuada deviene en riesgosa en vista que otorga la posibilidad de desviaciones mediando interpretaciones forzadas a fin de que en perjuicio de una elección guiada por el promedio entre la idoneidad técnica, la calidad y el precio, se utilice la subasta inversa, la cual se encuentra diseñada como ya se indicó solo si se verifican condiciones básicas referidas a los bienes y servicios a adquirirse y al mercado. Al respecto, la Secretaría de la CNUDMI refiere:

“Los tipos de contratación pública que comporten múltiples variables y en los que los factores cualitativos prevalezcan sobre las consideraciones de precio y cantidad no deberían ser normalmente objeto de una subasta electrónica inversa”.¹⁶¹

No existen márgenes de duda, en caso de presentarse situaciones límites, debe optarse por una licitación pública o por una licitación privada de acuerdo con las consideraciones antes expuestas.

e. Procedimiento negociado

El procedimiento negociado se encuentra bastante lejano de nuestra experiencia local. El procedimiento negociado que podría ser implantado, sería el que no requiere publicación, que se asemeja al de exoneración o de adjudicación directa del derecho comparado, con la diferencia que no procede la selección luego de la invitación a un único proveedor sino que se establece que ésta se realice luego de una celeré, racional y fundamentada negociación por separado con por lo menos tres proveedores.

La normativa comunitaria de referencia, establece como causales para la utilización del procedimiento negociado sin publicación, además de las relativas a las exoneraciones, las de procedimiento desierto o fracasado, para el caso de entregas

¹⁶⁰ Artículo 90° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el D.S. 184- 2008-EF modificado por D.S. N° 138-2012-EF.

¹⁶¹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), cit., p. 8.

complementarias en los contratos de suministro y también en el supuesto de adquisiciones especialmente ventajosas “*ya sea a síndicos o liquidadores tras una quiebra, un concordato judicial o un procedimiento de la misma naturaleza existente en las legislaciones o reglamentaciones nacionales*”.¹⁶² Asimismo, se establece como causales, las prestaciones adicionales en los contratos de obras y de servicios.

El procedimiento negociado con publicación en cambio se encuentra referido a casos específicos excepcionales: “*Cuando se trate de contratos de obras, de suministros o de servicios que, por sus características o por los riesgos que entrañen no permitan fijar previa y globalmente los precios (...)*”, o “*(...) para prestaciones intelectuales como la elaboración del proyecto de una obra (...)*”.¹⁶³

2.3. Modalidades de aplicación de los procedimientos de selección. Análisis comparado y ley nacional: convenio marco, compras corporativas, contratación electrónica.

Los procedimientos de selección de contratistas pueden aplicarse de forma centralizada y/o utilizando medios electrónicos. Asimismo, luego de un procedimiento de selección, pueden generarse instrumentos que aseguren el suministro principalmente de bienes sencillos, a solo requerimiento de las entidades públicas.

a. Acuerdos o convenios marco

El contrato de suministro muchas veces está marcado por la indeterminación de la demanda en cuanto a cantidad y periodicidad. De hecho se requieren prestaciones pero no se pueden establecer cifras ciertas. Ahora, si a ello se suma el hecho que pueden tratarse fundamentalmente de bienes que por cuestiones de mercado en cualquier momento se convierten en escasos o son susceptibles de experimentar alzas por condiciones de mercado de carácter internacional, la dificultad que la Administración satisfaga sus requerimientos de modo eficiente, es manifiesta.

La dinámica de los acuerdos o convenios marco¹⁶⁴ también llamados “arreglo de compra repetida”, “arreglo para cubrir necesidades periódicas” “instrumento de suministro periódico” u “orden de compra abierta”; supera la dificultad expuesta, pues la Administración tendrá a su disposición por determinado tiempo, cantidad y/o precio, existencias y también, en su caso, servicios, que serán prestados con

¹⁶² Directiva 2004/18CE del Departamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, artículo 31°.

¹⁶³ Directiva 2004/18CE, cit., artículo 30°.

¹⁶⁴ El Grupo de Trabajo de Modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI cita las denominaciones en los párrafos 7 a 9 del documento A/CN.9/WG.I/WP44.

solo formular el requerimiento o celebrar un procedimiento de selección sumarásimos estando a que previamente se habrá seleccionado a uno o varios proveedores.

El Acuerdo Marco se verifica en el ordenamiento argentino a través de las modalidades de “orden de compra abierta” y de “compra informatizada” modalidades que se caracterizan, en el primer caso, por la utilización en los contratos consolidados o corporativos y por la incertidumbre respecto de las cantidades de bienes o servicios a adquirir durante la vigencia del contrato, estando entonces el postor adjudicado y contratista, en espera permanente de requerimientos, los cuales deberán ser atendidos durante el plazo del contrato.

La Directiva 2004/18CE del Departamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, define al Acuerdo Marco como *“un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y en su caso, a las cantidades previstas”*.¹⁶⁵

Los Acuerdos Marco deben obtenerse mediando, obviamente, un procedimiento de selección regular.

La Nueva Ley Modelo CNUDMI sobre Contratación Pública, emitida en el 2011, incorpora en su artículo N° 2, cinco tipos de “Acuerdo Marco”:

“Definiciones (...)”

- e) *Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco” se entenderá todo proceso de adjudicación de un contrato que se programe en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas que vayan a ser partes en un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato, con arreglo a ese acuerdo marco, a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo:*
 - i) *Por “acuerdo marco” se entenderá el acuerdo o los acuerdos que se concluyen, al concluirse con éxito la primera etapa del método de contratación con arreglo a un acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados;*
 - ii) *Por “acuerdo marco cerrado” se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo;*

¹⁶⁵ Directiva 2004/18CE, cit., artículo 1°, numeral 2, d, 5.

- iii) Por “acuerdo marco abierto” se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes uno o más proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente;
- iv) Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco con segunda etapa competitiva” se entenderá todo proceso de adjudicación con arreglo al método del acuerdo marco, ya sea abierto o cerrado, entablado con más de un proveedor o contratista, en el que al no haber sido posible determinar, al concluirse el acuerdo marco, algunas de las condiciones de los contratos que se tenga previsto adjudicar, será preciso determinar o precisar esas condiciones en una segunda etapa competitiva;
- v) Por “contratación con arreglo a un acuerdo marco sin segunda etapa competitiva” se entenderá todo proceso de adjudicación, con arreglo a un acuerdo marco cerrado, en el que se hayan de concretar, al concertarse el acuerdo marco, todas las condiciones de los contratos que se vayan a adjudicar (...)

A su vez, el artículo N° 32 del mismo cuerpo normativo, señala:

“Condiciones de empleo del procedimiento del acuerdo marco

1. *La entidad adjudicadora podrá contratar con arreglo a un acuerdo marco a tenor de lo dispuesto en el capítulo VII de la presente Ley si prevé que:*
 - a) *El contrato adjudicable resultará necesario con una frecuencia indeterminable o reiterada durante cierto período de tiempo; o*
 - b) *Debido a su naturaleza, el contrato adjudicable puede resultar urgentemente necesario durante cierto período de tiempo.”*

En Brasil, la Ley N° 12462 de 04 de agosto de 2011, especialmente hecha para los eventos deportivos que se desarrollarán en el 2014 señala en su artículo 29° lo siguiente:

- I - precalificación permanente (pré-qualificação permanente);*
- II - registro (cadastramento);*
- III - precios de los sistemas de registro y (sistema de registro de preços; e)*
- IV - la normalización de catálogo electrónico (catálogo eletrônico de padronização).*

Habrà una precalificación total o parcial para poder ingresar a este registro y será por un año o menos y puede ser renovable, solo se admiten a los que aprueben las condiciones reglamentarias. El precio a que deberán aproximarse los productos de los proveedores tendrá que concordar con las investigadas del mercado. Habrán rutinas de control de las cotizaciones, las cuales serán periódicas.

En cuanto a la legislación española, mediante El Real decreto 3/2011 del 14 de noviembre de 2011, Ley de Contratos del Sector Público, esta señala en el artículo

196° que los acuerdos marco se harán con uno o varios empresarios por un periodo determinado. Si es con un número mínimo, deberán ser tres. Estos acuerdos marco no deben durar más de 4 años, salvo casos debidamente justificados. Alternativamente se puede usar la subasta inversa en este tipo de procedimientos.

En la legislación chilena, se abre una licitación pública y los bienes adjudicados se ingresan en el catálogo CHILECOMPRAS EXPRESS. En el artículo 2° del Decreto 250 publicado el 04 de setiembre de 2004, se indica:

Convenio Marco. “Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio.”

El artículo 8° a su vez señala:

“Circunstancias en que procede la utilización de un Convenio Marco: Las Entidades celebrarán directamente sus Contratos de Suministro o Servicio por medio de los Convenios Marco, licitados y adjudicados por la Dirección de Compras, sin importar el monto de las contrataciones, los que serán publicados a través de un Catálogo de Convenios Marco en el Sistema de Información o en otros medios que determinela Dirección. (...)”

Destacamos el hecho que para poder utilizar un convenio marco no importará el monto de la contratación. Para la adjudicación del convenio marco se hará una licitación pública, licitación privada, trato o contratación directa. Debe señalarse que si se usara otro procedimiento de selección, deberá demostrarse fehacientemente que este es más ventajoso.

Los proveedores deberán ofrecer siempre los mejores precios, de descubrirse que ofrecen mejores precios a otros clientes, estos serán aplicados al convenio marco. Se dispone también que se podrá rechazar las órdenes de compra si es que la entidad mantiene una deuda vencida con el contratista o cuando no se cuente con disponibilidad presupuestaria. La multa será de un 3% del valor de los productos y se aplicaran al contratista directamente al momento del pago.

Ahora bien, es indudable que estando a razones de transparencia, igualdad y de competencia, es imperativa la utilización del sistema de Convenio Marco en donde es necesario la ejecución de un procedimiento de selección para este y un procedimiento de selección para la adjudicación del contrato, (subasta inversa), lo cual importa que el Acuerdo Marco sea suscrito por una pluralidad de proveedores.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Para el caso del procedimiento de selección para la adjudicación del contrato sería útil la utilización de la subasta inversa.

En el caso que exista un mandato constitucional en el sentido que los contratos estatales se celebren mediando una licitación pública como en el caso peruano, no hay mucho que discutir. Estando a la acepción genérica de la licitación, la cual implica competencia, debe ser regla general que medie esta para la adjudicación, estando vedada una elección discrecional. Por esta razón, es que no debió tomarse como modelo el sistema chileno con su portal Chile Compras en donde si bien es cierto existe una selección objetiva en una primera etapa, la elección es totalmente discrecional posteriormente.

No es conveniente la modalidad del Acuerdo Marco con un portal de compras electrónicas con una oferta casi irrestricta de bienes y totalmente abierto a la discrecionalidad de los funcionarios públicos. Debe contemplarse que en las adquisiciones mediando un portal electrónico existen dos niveles de decisiones discrecionales, primero el relativo a la definición del bien a adquirirse de un universo de posibilidades similares y que fácilmente puede orientarse a voluntad y luego, el de la elección del contratista, igualmente de entre múltiples opciones todas ellas similares y justificables.

Puede darse el caso que un grupo económico tenga presencia en el convenio marco mediante varias empresas, una que en realidad compita y las otras, de sutiles diferencias técnicas que justifique un mayor precio, con mayor margen de utilidad y con la posibilidad de orientar la elección.

Ahora bien, no solo pueden verificarse casos de corrupción sino que también los problemas pueden presentarse para los funcionarios honestos a los que es factible se les impute inconductas por el solo hecho de utilizar el portal. Es de temer también la falta de preparación para controlar las decisiones discrecionales, además de la escasez de recursos materiales y humanos a los que en repetidas veces la Contraloría General de la República ha hecho referencia.

Debe indicarse, asimismo, que la Directiva comunitaria antes citada dispone en su artículo 32° en atención solo a los riesgos que la modalidad implica, que *“los poderes adjudicadores no podrán recurrir a los Acuerdos Marco de manera abusiva o de manera que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”*.

Por otro lado y respecto del tipo de bienes o servicios que son susceptibles de adquirirse mediando un Acuerdo Marco, la Secretaría de la CNUDMI en las notas para el 11° período de sesiones, elaboradas en marzo de 2007, indicó:

“Tal vez desee considerar también el grupo de trabajo si la guía debería desarrollar la utilización eficaz y adecuada de los convenios marco, incluyendo quizá una lista de adquisiciones genéricas que fueran apropiadas para su adjudicación de esa forma,

y algunos estudios de casos. Los Acuerdos Marco pueden ser menos adecuados para contratos que supongan grandes inversiones o capitales, elementos muy técnicos o complejos, y la contratación de servicios más complejos, temas que podrían examinarse también en la guía”.

Esta claro pues que los convenios marcos debería operar para bienes comunes, sin diferencias mínimas que permitan se oriente indebidamente la compra y mediante de entre los ganadores del convenio, una subasta inversa a fin que se cumpla con el requisito de “licitar” el contrato.

Al hilo de lo expuesto debe asimismo mencionarse que transpuestos con éxito los filtros constitucionales, legales y razonables para la utilización de los Acuerdos Marco, debe tenerse presente siempre que en estos es factible que se presenten distorsiones. En efecto, de ser cerrados los Acuerdos Marco, esto es, que solo compitan por la adjudicación del contrato las empresas que se encuentren dentro del convenio, los efectos pueden potencialmente ser anticompetitivos.¹⁶⁷ Por otro lado, si los convenios son abiertos, esto es que las entidades puedan consultar respecto de un mejor precio antes de la adjudicación, la confianza de los proveedores en el convenio puede resultar menoscabada desalentándose su participación. Debe recordarse que el atractivo de un convenio marco para los particulares es el hecho de asegurarse pedidos que justifiquen los descuentos otorgados.¹⁶⁸

En el Perú, además de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, los convenios marco se encuentran regulados por la Directiva N° 017-2012-OSCE/CD¹⁶⁹

La mencionada Directiva describe el procedimiento que debe seguirse para la suscripción del convenio marco, el mismo que al igual que el procedimiento general cuenta con las fases de actos preparatorios y de selección, aunque con algunas particularidades, resultando novedosas las fases de catalogación y de ejecución contractual. En efecto, culminada la fase de selección de proveedores y suscrito el Acuerdo de Convenio Marco, se procede a ingresar información de los adjudicatarios y de los bienes y servicios ofrecidos en el Catálogo Electrónico que es una especie de tienda virtual, sistematizando la referida información en fichas productos, para lo que se realiza la homologación, estableciéndose la relación de igualdad de los productos y/o servicios. Finalmente, se comunica a través del SEACE el inicio de la vigencia del Convenio Marco.

¹⁶⁷ Nota de la Secretaría de la CNUDMI de marzo de 2007, Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de Acuerdos Marco y de sistemas dinámicos de adquisición en la contratación pública, p. 7.

¹⁶⁸ Nota de la Secretaría de la CNUDMI de marzo de 2007, cit., p. 13.

¹⁶⁹ Directiva N° 017-2012-OSCE/CD, publicada mediante Resolución N° 292-2012-OSCE/PRE.

Ahora bien, si la Entidad requiere un bien o servicio contenido en el Catálogo Electrónico, obligatoriamente deberá contratarlo a través de Convenio Marco. Sin embargo, las Entidades pueden solicitar al OSCE la autorización para no utilizar dicho modalidad, siempre que se acredite alguna de las situaciones de excepción previstas en la Directiva, entre las que se tiene: (i) que se demuestre objetiva y sustancialmente que el mercado tiene condiciones más ventajosas que las de los Catálogos Electrónicos, (ii) que la entidad se ubique en una zona sin acceso a internet, (iv) que el lugar de entrega este fuera de la cobertura de los proveedores del Catálogo, (v) que al contratar paquetes de bienes alguno de los bienes que conforman dicho paquete no estén disponibles.

El perfeccionamiento de la relación contractual se produce con la recepción de la orden de compra y/o servicio, independiente del monto contratado, por lo que los plazos, requisitos, y procedimientos previstos en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento no le son aplicables.

Los proveedores pueden rechazar la contratación cuando la Entidad tenga retraso en los pagos con él o con otro proveedor y cuando el monto de la orden de compra y/o servicio sea menor al valor mínimo de atención del Convenio Marco.

La revisión del Convenio se realiza después de un estudio y análisis por el cual la Entidad puede pedir al proveedor mejorar sus precios, de aceptar el contratista se modificará en el Catálogo Electrónico, pero de no aceptar se evaluará la pertinencia de continuar con el Convenio Marco pudiendo finalizarse si se considera que ya no se ofrecen precios y/o condiciones favorables. El reajuste de precios será requerido por el proveedor con objetivo de elevar el precio de las fichas-productos. El procedimiento será establecido en las Bases y el Acuerdo.

Para finalizar, se prevé sanciones cuando un funcionario genere incumplimiento, negativa injustificada de recepción de prestaciones, otorgue extemporáneamente la conformidad, pago extemporáneo, falta de comportamiento ético y cuando se apliquen mecanismos de contratación distintos. Además quedan prohibidas las prácticas restrictivas de la libre competencia.

Debido a las consideraciones antes expuestas relativas a la dificultad de control de las adquisiciones vía el catálogo electrónico pero atendiendo también a la rapidez del sistema, la utilización del Convenio Marco debería estar limitada a una cuantía menor o a situaciones puntuales o en todo caso, la elección final tendría que estar sujeta a la ejecución sumaria de una subasta inversa.

b. Centrales de compra, compras corporativas o contrataciones consolidadas

Consistentes en la centralización de algunas licitaciones públicas o subastas inversas con el fin de aprovechar las condiciones favorables que implican una compra a gran escala. En caso de las compras corporativas facultativas, las responsabilidades de la entidad encargada deberán establecerse en el respectivo acuerdo de cooperación interinstitucional.

De existir una entidad pública especializada para ejecutar la compra corporativa, la normativa deberá establecer los mecanismos de determinación de las especificaciones técnicas promedio de los bienes y servicios a contratar, además de considerar aspectos vinculados a la oportunidad y a los costos de distribución, cuestiones que pueden ser determinantes para no optar por una compra centralizada al ser imposible establecer condiciones técnicas promedio o por existir empresas oferentes en las localidades donde se ubican algunas entidades alejadas, las cuales, en atención a su condición, si bien no pueden ofertar la cantidad global de los bienes requeridos, pueden si ofrecer además de satisfacer la necesidad local, menores precios y mejores plazos. Como es de verse, las compras corporativas no deben utilizarse de forma llana, deben estudiarse los casos a fin que la modalidad no resulte contraria al principio de eficiencia. Es importante considerar que en principio, la modalidad debe centrarse en los bienes que afectan el ámbito doméstico o interno organizativo de la Administración¹⁷⁰.

Morón, menciona como desafíos o problemas de las compras corporativas además de los recelos institucionales por la administración de las entidades de sus propios procesos logísticos, la complejidad en sí del proceso consolidado, la inexperiencia de los órganos de logística de la Administración y la existencia de proveedores en cantidad suficiente en determinados mercados. Indica también que los procedimientos corporativos podrían significar para los proveedores tradicionales del Estado, una reducción drástica de las posibilidades múltiples que tenían para colocar sus productos a las diversas entidades públicas a solo una posibilidad, incentivándose probables acuerdos colusorios entre los ofertantes, sea para compartir el mercado como para distorsionar precios. Por último, refiere el autor, la dificultad de que se verifique una real competencia en aquellos mercados donde la posición de compra del Estado sea muy concentrada, debiendo seg-

¹⁷⁰ “Por el contrario, cuando la Administración amuebla sus edificios, cuando compra papel, tinta o material informático, está conformando internamente su ser, está predisponiéndose internamente como organización para acometer las tareas externas a las que le emplaza la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico. Solo estas segundas adquisiciones entran, en nuestra opinión, dentro del ámbito objetivo de las modalidades contractuales de adquisición centralizada: las que afectan, en suma, a lo que se ha dado en llamar ámbito doméstico de la Administración, que es tanto como decir ámbito interno organizativo. (LÓPEZ BENITES, Mariano, Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas, Atelier administrativo, Barcelona, 2000, p. 121).

mentarse el mercado en esos casos por espacios geográficos definidos de forma sectorial respecto de la Administración Pública o en función de la estacionalidad de la demanda.¹⁷¹

El Decreto Legislativo N° 1018, publicado el cuatro de junio de 2008 en el Diario Oficial El Peruano, fue el que creó la Central de Compras Públicas - Perú Compras, organismo llamado a ejecutar las compras corporativas obligatorias y facultativas. La implementación de la Central no se llegó a concretar, manteniendo el OSCE dichas funciones.

El Artículo 82° de la LCE, indica que:

“Mediante Decreto Supremo del Ministerio de Economía y Finanzas, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, se establecerán los bienes y servicios que se contratarán mediante Compras Corporativas Obligatorias, así como las Entidades participantes y técnicas”.

El mismo artículo señala que la encargada de realizar las compras obligatorias será la Central de Compras Públicas – PERÚ COMPRAS, pero dado que nunca se llegó a implementar la misma, en la actualidad el mecanismo gira en torno a las empresas encargantes y la encargada que juega un papel vital hasta antes de la suscripción del contrato

Mención aparte merece el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE, que en el año 2009 dictó las Disposiciones complementarias para la programación y ejecución de las compras corporativas “Acuerdo de Directorio N° 007-2010/004-FONAFE” de fecha 18 de febrero de 2010.

En sus disposiciones específicas, se señala lo siguiente:

*“3.1 En Relación con los Convenios de Cooperación Interinstitucional
3.1.1 Las empresas que adquirirán corporativamente bienes y/o servicios celebrarán convenios de Cooperación Interinstitucional a fin de encargarle a una tercera empresa (en adelante, empresa encargada), la realización de la respectiva compra corporativa, pudiendo los convenios estar referidos a uno o varios procesos.*

Para el efecto, deberá atenderse al modelo de convenio aprobado por la Dirección Ejecutiva de FONAFE, el mismo que puede ser modificado por esta última.”

¹⁷¹ MORÓN, Juan Carlos, “Las compras corporativas del Estado: Análisis de una estrategia necesaria para un estado eficiente”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo*, AEDA, Grijley, N° 1, Lima, 2006, p. 247.

c. Sistemas dinámicos de contratación o contratación electrónica

Se sintetiza esta modalidad en la utilización de todos los procedimientos y modalidades antes descritas, pero electrónicamente. Se define el sistema como “*un proceso de adquisición enteramente electrónico para compras de uso corriente, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades del poder adjudicador, limitado en el tiempo y abierto durante toda su duración a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección y haya presentado una oferta indicativa que se ajuste al pliego de condiciones*”.¹⁷²

Si bien estamos lejos de un cese en el uso del papel en Latinoamérica, muchas partes del proceso de contratación y del procedimiento de selección se encuentran en la modalidad electrónica: la convocatoria, las bases, consultas, observaciones, etc.

Nos encontramos, entonces, en una etapa intermedia, antes de la ideal transmisión electrónica de propuestas. La desmaterialización de los procedimientos administrativos contractuales exige cumplir con cuestiones previas de índole técnico, presupuestario y legal entre otros, resaltando en lo último, lo relativo a la validez de los contratos celebrados electrónicamente, el momento de la formación de la voluntad contractual, privacidad y seguridad, reconocimiento de documentos en formato digital, uso de comunicación de voz y fax, admisibilidad de evidencia electrónica, reconocimiento de firmas electrónicas/digitales, etc.

Por lo pronto, debe privilegiarse en cuanto sea posible, el uso de la subasta inversa electrónica en desmedro de la presencial debido a las ventajas de la primera. Asimismo, para el adecuado funcionamiento de los Acuerdos Marco centralizados es importante un adecuado soporte electrónico.

2.4. La adjudicación directa: excepción a la regla general de ejecución de los procedimientos de selección

El subtítulo no es antojadizo pues en efecto, la adjudicación directa en la legislación comparada se presenta como excepción a la utilización de procedimientos selectivos regulares, habiéndose reemplazado su denominación y operatividad en el Derecho comunitario europeo y en el español en particular, por el procedimiento negociado.¹⁷³

¹⁷² Artículo 1º numeral 6 de la Directiva Comunitaria Europea 2004/18/CE.

¹⁷³ La normativa peruana siempre se ha referido desde el texto primigenio de la Ley N° 26850, al procedimiento de excepción como de adjudicación de menor cuantía, que viene a ser en realidad una causal de una adjudicación directa.

La adjudicación directa para ser considerada como tal debe responder a su naturaleza excepcional pero no sólo del procedimiento regular sino del sistema restrictivo de contratación estatal. Será pues entonces adjudicación directa, a la cual por la fuerza de los hechos, llamaremos absoluta; aquella en que por razones de interés público o por la naturaleza de las cosas, no fundamente su accionar en una selección o escogencia, sino que se procede a contratar analizando a un proveedor o una oferta. Será en cambio adjudicación directa relativa en contraposición a la anterior, aquella que no se constituya en una excepción al sistema restrictivo de contratación estatal sino que atempere al máximo los principios que en circunstancias normales rigen el sistema; es decir, existirá en vez de una publicidad absoluta, una convocatoria restringida a un mínimo de candidatos. Será asimismo característica constitutiva de esta modalidad, su celeridad.

La adjudicación directa sin la distinción realizada tiene distintas denominaciones, en España, como ya se indicó, actualmente a la modalidad de excepción de los procedimientos regulares se les denomina procedimiento negociado.

En México, los procedimientos de excepción hasta antes de la Ley de Adquisiciones y obras públicas de 1993 eran los de licitación privada y adjudicación directa, diferenciándose ambos en supuestos de hecho distintos y en la restricción de la publicidad y concurrencia al mínimo de 3 potenciales contratistas en caso del primero, obligación que se desprendía según Lucero Espinoza, no de la normativa en general sino por analogía de una norma particular.¹⁷⁴ En la actual normativa mexicana (Ley de adquisiciones, arrendamientos y servicios del sector público del 4 de enero de 2000), están previstas como modalidades excepcionales la adjudicación directa y la invitación a 3 postores, decidiéndose discrecionalmente entre estas previo estudio de mercado, estando entre las causales habilitantes la alteración del orden social, la economía, seguridad o salubridad por casos de fuerza mayor, contrataciones militares, licitación desierta, bienes en condiciones favorables en razón de la liquidación de una empresa no proveedora habitual, contratación de grupos humanos marginados, adquisición de bienes y servicios a título de dación en pago y contratos específicos derivados de un contrato marco.

En Bolivia, de acuerdo al Decreto Supremo N° 0181 de 2009, la “modalidad de contratación por excepción” procede a causa de la existencia de un proveedor único, por alta especialización de un servicio de consultoría, por la resolución de un contrato, por selección de semovientes, alimentos frescos y perecederos, obras de arte, armamento, contratación de abogados, licitaciones desiertas, entre otros.¹⁷⁵

¹⁷⁴ LUCERO ESPINOZA, La licitación pública, cit., p. 9.

¹⁷⁵ Artículo 65° del Decreto Supremo N° 0181 de 2009.

En Colombia, el procedimiento de excepción a la contratación vía los procedimientos regulares de licitación pública, es el de selección abreviada, además del concurso de méritos,¹⁷⁶ ello de acuerdo con el Decreto N° 066 de 2008, reglamentario de la Ley N° 80 de 1993 (modificada por la Ley N° 1150 de 2007). La contratación directa colombiana procede solamente para los siguientes supuestos: urgencia manifiesta, contratación de empréstitos y contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas de éstos tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos.¹⁷⁷

2.4.1. Supuestos de inaplicación de la normativa regular de contrataciones públicas y causales del procedimiento de adjudicación directa

Los supuestos normativos que darán lugar a la exoneración del procedimiento regular establecido y a la ejecución de una adjudicación directa absoluta o relativa, en cuanto se verifique su incidencia, si bien varían en cada legislación, no son significativamente diferentes, apreciándose siempre supuestos semejantes además de variantes o subdivisiones. Ahora bien, pueda ser que algunas causales habilitantes del procedimiento de adjudicación directa, se constituyan por mandato del legislador, por encontrarse fuera del ámbito de la normativa regular de contratación pública.¹⁷⁸

Los supuestos cuya verificación implique la utilización de la adjudicación directa obedecen a razones de conveniencia administrativa y por la imposibilidad fáctica de que se aplique cualquier procedimiento de selección. En el primero de los casos, de utilizarse los procedimientos selectivos regulares, estos no responderían a la celeridad y eficacia buscadas volviéndose estos en contra del interés público al cual se deben. En el segundo caso en cambio, por razones de hecho o por la simple naturaleza del contrato, no existe otro modo de satisfacer la necesidad de contratar de la Administración que mediando una adjudicación directa.

Dromi, además de las razones mencionadas incluye la de imposibilidad legal que es la referida a una prohibición por mandato expreso de la ley en cuanto a licitar la adquisición de determinado producto debiendo contratarse con un único proveedor.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Artículo 2° del Decreto N° 066 de 2008.

¹⁷⁷ Artículo 4° de la Ley N°1150 de 2007.

¹⁷⁸ El Decreto Legislativo N°1017, Ley de Contrataciones del Estado, establece en el artículo 3° que se encuentran fuera del ámbito de aplicación entre otros, a las contrataciones realizadas con proveedores no domiciliados en el país cuyo mayor valor estimado de las prestaciones se realice en territorio extranjero, las contrataciones que realicen las Misiones de Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión, fuera del territorio nacional y la contratación de servicios públicos, siempre que no exista la posibilidad de contratar con más de un proveedor.

¹⁷⁹ DROMI, Derecho Administrativo, cit., p. 348 y La licitación pública, cit, p. 153.

Se incluyen por lo general dentro de las razones de conveniencia administrativa, al monto menor, la urgencia o emergencia, la reserva o secreto de Estado, los contratos íteradministrativos y atendiendo a un procedimiento selectivo ordinario declarado desierto.

Dentro de las razones de hecho o por naturaleza de las cosas, que hacen imposible la comparación de propuestas, se encuentran las de capacidad especial o servicios intuitu personae y el monopolio y/o privilegio de marca o tecnología (proveedor único).

2.4.1.1. Razones de conveniencia administrativa

a. Monto menor y valor insuficiente de rubro no adjudicado

Se explica la causal de monto menor como exoneración de un procedimiento selectivo regular, en que no es justificable la utilización de los recursos y el tiempo que demanda este último en un contrato de escasa relevancia económica. Se fija una suma de dinero como tope para la configuración de esta causal.

En cuanto al valor insuficiente de un rubro no adjudicado, ello se explica en el caso de bienes o servicios que a pesar de pertenecer a una misma naturaleza difieren en estricto por particularidades específicas que obligan a que en un mismo procedimiento de selección, éste se divida en ítems, rubros o zonas determinadas. Dentro de esta clase de procedimientos es factible que luego de finalizado existan rubros que no hayan sido adjudicados. En tanto que del saldo del monto adjudicado no se configure un procedimiento regular, procederá la ejecución de una adjudicación directa.

b. Urgencia o emergencia. Desabastecimiento en la ley nacional

La urgencia y la emergencia pueden figurar en las normativas nacionales como fusionadas o bien pueden diferenciarse, correspondiendo la emergencia a situaciones de desastres naturales.

Lucero Espinoza, por el análisis practicado a la normativa mexicana, señala el contenido de esta causal (emergencia): “Cuando peligro o se altere el orden social, la economía, los servicios públicos, la salubridad, la seguridad o el ambiente de alguna zona o región del país como consecuencia de desastre producido por fenómenos naturales, o por causas fortuitas o de fuerza mayor”.¹⁸⁰

¹⁸⁰ LUCERO ESPINOZA, *La licitación pública*, cit., p. 113.

Por otro lado, el artículo 42° de la Ley Colombiana N° 80 de 1993, determina los alcances de la urgencia en los términos siguientes:

- “1. Cuando la continuidad del servicio, exige el suministro de bienes, la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro,
2. Cuando se presentan situaciones relacionadas con los estados de excepción.
3. Cuando se trata de comparar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanda situaciones inmediatas, y
4. En general, cuando se trata de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concursos públicos”.¹⁸¹

Dromi, menciona respecto de la causal de urgencia, que en ella deben concurrir las siguientes características: “(...)” ser concreta, no abstracta, en general, común “(...) (...)” ser inmediata “(...)”. *“El apremio debe ser concreto e inmediato, y de tal naturaleza que no pueda satisfacerse en tiempo oportuno más que por vía de la contratación directa, pues la demora normal de un llamado a licitación provocaría mayores daños al interés público que los que ocasione la omisión de un requisito exigido por razones de conveniencia y moralidad administrativas, en cuyo resguardo se haya también interesado ese mismo interés público (...)”* ser imprevista, probada *“examinada en particular por la autoridad competente, debidamente acreditada y fundada en los pertinentes estudios técnicos (...)”*. Ser por último objetiva *“(...) de exigencia estatal y no de sus funcionarios”*.¹⁸²

Respecto de la imprevisibilidad debe comentarse que esta deberá asimilarse a la imprevisibilidad objetiva. De lo contrario, la poca destreza o negligencia de un funcionario que pudo prever la dificultad, ocasionaría el desabastecimiento e incluso la suspensión de alguna actividad de la Administración, debiendo distinguirse por tanto la urgencia por imprevistos y la urgencia sin que exista ese requisito. En este último caso, va de suyo el establecimiento de la respectiva responsabilidad administrativa. Comadira, respecto de la imprevisibilidad ha indicado:

*“Una cuestión que puede plantearse en relación con la urgencia es si se puede invocar para omitir la licitación pública cuando ella es imputable a la mora en el accionar del propio funcionario administrativo. El punto adquiere singular importancia cuando la normativa aplicable, al regular la urgencia como causal de excepción a la licitación pública, lo hace vinculando su configuración a circunstancias imprevistas. Pensamos que la imprevisibilidad se debe valorar objetivamente y en relación, por tanto, con la existencia misma de la necesidad a satisfacer.”*¹⁸³

¹⁸¹ YOUNES MORENO, Diego, Curso Elemental de Derecho Administrativo, 4ª ed., Ediciones Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1994, p. 195.

¹⁸² DROMI, La licitación pública, cit., pp. 166-167.

¹⁸³ COMADIRA, Julio Rodolfo, La licitación pública. Nociones, principios, cuestiones, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 107.

Nótese como este punto de la imprevisibilidad es aplicable al desabastecimiento inminente, supuesto recogido por la legislación peruana que se asimila al de urgencia.

Por otro lado, debe decirse que si se diferencia entre urgencia y emergencia, ésta última debe ser afrontada más rápidamente que la urgencia; llegado el caso se puede prescindir incluso como sostiene Younes Moreno, de la suscripción del contrato que en circunstancias normales es de carácter obligatorio: “(...) *se prescindirá de éste (del contrato) y aún del acuerdo sobre la remuneración (...). (...). A falta de acuerdo previo sobre la remuneración, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tengan el carácter de cuerpo consultivo del gobierno y a falta de este, por un punto designado por las partes (...)*”.¹⁸⁴

La Ley de Contrataciones del Estado ha establecido que se encuentran exoneradas del procedimiento de selección, las contrataciones que se efectúen en situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos o de acontecimientos que afecten la defensa o seguridad nacional, o de situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos antes indicados.

La causal de emergencia habilita a la Entidad a contratar de manera inmediata lo estrictamente necesario para prevenir y atender los requerimientos efectuados como consecuencia de alguno de los eventos señalados en la norma, por lo que solo en estos casos la Ley de Contrataciones del Estado permite que de forma posterior a la adquisición del bien, servicio u obra se regularicen las formalidades correspondientes a los actos preparatorios y de ejecución contractual, lo que abarca incluso la formalización del contrato, como se indica en la Opinión N.º 049-2009/DTN dada por el OSCE:

“Opinión N.º 049-2009/DTN
 (...) *Conforme a lo expuesto, la regularización de una exoneración por situación de emergencia abarca las actuaciones correspondientes a la ejecución contractual, como la propia formalización del contrato.*”

Volviendo a la urgencia o desabastecimiento en nuestra normativa, de acuerdo al artículo 22º de la Ley de Contrataciones del Estado, esta causal solo faculta a la Entidad a contratar bienes y servicios por el tiempo y cantidad que resulte necesario para paliar lo ocurrido. Sin embargo, puede darse el caso que por las circunstancias no sea posible que se conozca con exactitud cuándo culminará la referida situación, en cuyo caso se deberá colocar en los términos de referencia un plazo aproximado

¹⁸⁴ YOUNES MORENO, Curso elemental de Derecho Administrativo, cit., p. 196.

bajo condición que una vez culminado el hecho que determinó la exoneración se tendrá que dar por finalizada la prestación. Así lo ha indicado el OSCE en la Opinión N° 099-2012/DTN:

“Opinión N° 099-2012/DTN:

(...) cuando sea imposible determinar con exactitud la duración de dicho plazo, debido a que la Entidad no conoce ni puede conocer la duración de la situación o hecho que determina la configuración de la causal, ésta podrá establecer en los términos de referencia del servicio un plazo estimado para la prestación, observando para ello los Principios de Razonabilidad y Moralidad previstos en el artículo 4° de la Ley. Asimismo, en los términos de referencia deberá señalar expresamente que dicho plazo se encontrará condicionado al cese de la situación o hecho que determina la configuración de la causal, con la finalidad que, durante la ejecución contractual, el contratista le preste el servicio por el tiempo estrictamente necesario.”

c. Reserva o secreto de Estado

Este supuesto de excepción a los procedimientos selectivos regulares se encuentra referido a los contratos del Estado cuya celebración y ejecución deben ser de conocimiento restringido cuando ello sea impuesto por razones de seguridad nacional.

En el ámbito nacional, la Ley de Contrataciones del Estado también ha previsto este supuesto de exoneración, estableciéndose que se encuentran exoneradas las contrataciones que con carácter de secreto, secreto militar o por razones de orden interno, efectúen las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos conformantes del Sistema Nacional de Inteligencia.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 052 - 2001 - PCM, norma que establece disposiciones aplicables a las adquisiciones o contrataciones de bienes, servicios u obras que se efectúen con carácter de secreto militar o de orden interno, tiene este carácter la contratación de bienes, servicios u obras que directa o indirectamente revelen: (1) los cuadros de organización del personal; (2) la naturaleza, ubicación, cantidad y operatividad del material bélico, equipamiento e infraestructura militar o policial disponible; o (3) la ubicación o distribución de las fuerzas o dependencias militares, policiales y de inteligencia estratégicas; información que de hacerse de público conocimiento pondría en riesgo la seguridad nacional.

Toda contratación que se efectúe bajo los alcances de esta causal, deberá contar con la opinión favorable de la Contraloría General de la República quien para ello cuenta con un plazo de 15 días de presentada la solicitud.

d. Procedimiento selectivo ordinario declarado desierto

Dependiendo de cada ordenamiento nacional, el fracaso de un procedimiento podrá dar lugar a una nueva convocatoria, a un procedimiento de excepción con una convocatoria reducida mediante invitaciones o a una adjudicación directa. La normativa peruana de contrataciones del Estado opta por esta última.

e. Contrato Interadministrativo

Este supuesto normativo funciona en el caso de contratos celebrados entre la misma Administración Pública. Sayaguez Lazo, citado por Dromi, determina que el caso se asimila a las obras ejecutadas por el propio Estado y que la ley le dispensa confianza al órgano o ente estatal cocontratante. Por otro lado, añade que no son justificados los gastos generados por el trámite licitatorio toda vez que siempre se pagará o cobrará con fondos del tesoro nacional.¹⁸⁵

La normativa peruana ha venido disponiendo que la exoneración por la causal presente, debe estar sustentada en un informe técnico económico elaborado en detalle y que demuestre cuando menos, que la contratación resulta más favorable en comparación con el mercado, siempre y cuando ello no sea producto de aprovechamiento de prerrogativas públicas; que los costos de oportunidad sean igualmente favorables y que la adquisición sea técnicamente idónea.

Así, de acuerdo al artículo 20° de la Ley de Contrataciones del Estado, se encuentran exoneradas del procedimiento de selección las contrataciones que se efectúen entre Entidades, siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad, y no se contravenga lo señalado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú. Por su parte, el artículo 27° del Reglamento ha precisado en qué situación no opera dicha exoneración, indicándose que cuando actúe como proveedor una empresa del Estado o entidades del Estado que realizan actividades empresariales de manera habitual en el rubro de la contratación, no se podrá recurrir al supuesto objeto de comentario.

De lo señalado por la Ley y su Reglamento, se pueden enumerar una serie de requisitos que deben concurrir para que se configure la causal de exoneración para la contratación entre Entidades, tal y como lo ha expresado el OSCE en la Opinión N° 023-2012/DTN:

¹⁸⁵ DROMI, La licitación pública, cit., p. 178.

“Opinión N° 023-2012/DTN:

(...) (i) que la Entidad proveedora no sea una empresa del Estado, ni una Entidad que realice actividad empresarial de manera habitual; (ii) que la contratación resulte técnicamente viable para satisfacer la necesidad de la Entidad; y (iii) que en razón de costos de oportunidad la contratación resulte más eficiente.”

2.4.1.2. Imposibilidad de comparación de propuestas

La doctrina y legislación comparada aportan supuestos de excepción que pueden incluirse dentro de la idea general de imposibilidad de comparación de propuestas, pudiendo dividirse estas por la capacidad especial del contratista o el caso de los bienes y servicios que no admiten sustitutos.

a. Capacidad especial o servicio personalísimo

La capacidad especial se encuentra regulada en los ordenamientos nacionales como causal de exoneración de los procedimientos selectivos regulares, en dos niveles o formas. La capacidad especial absoluta, excluyente, única o *intuitu personae* y la capacidad especial relativa. La primera atiende a los casos en donde la habilidad artística, técnica o profesional no admite comparaciones por la calidad misma de la persona natural o jurídica o sino por la experiencia previa que haya tenido por la ejecución de un anterior contrato, hecho que hace que comparativamente se encuentre en mejor posición que cualquier otro potencial contratista.

La capacidad especial relativa en cambio, tiene que ver con aquellos contratos en donde en realidad no existe de modo tajante una particularidad o capacidad especial única del contratista, pero si contempla la posibilidad que se verifiquen algunas ofertas en un ámbito reducido, diferenciadas unas de otras por cuestiones nimias o de detalle.

La elección directa en ambas clases de capacidad especial conlleva un acto discrecional que deberá estar delimitado por la previa elección objetiva del objeto contractual, elección que debe determinarse por regla general en el caso de habilidades técnicas y profesionales de acuerdo a las necesidades de la Entidad y no en las especiales características del posible contratista. El contrato se perfeccionará con la aceptación de todos los detalles del objeto contractual además del precio y del plazo.

Ahora bien, pueda ser que requiriéndose determinada consultoría especializada y que una vez decidido quién es el consultor al cual se le propondrá la ejecución del contrato, este no pueda o no le interese contratar con el Estado por cualquier razón (presupuesto exiguo, indisponibilidad por compromisos asumi-

dos con anterioridad, ausencia de personal auxiliar, etc.). En ese caso, subsistiendo la necesidad, deberá reformularse las condiciones contractuales en la medida de lo posible, siendo determinante la opinión del órgano usuario de la Entidad y de ser el caso, del área de presupuesto. De no poder ajustarse las condiciones contractuales deberá procederse a la elección de otro posible contratista o, si el objeto resulta ya genérico, deberá procederse a ejecutarse el procedimiento selectivo regular que corresponda.

La capacidad especial relativa, supera al forzado criterio de “contratos por servicios personalísimos” que en realidad no son tales. Para el caso de la normativa peruana y con el fin de dotarla de operatividad en este extremo, debe interpretarse por tanto a los “servicios personalísimos” como aquellos que involucran tanto capacidades especiales absolutas como relativas.

El artículo 132° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, rompe el esquema anterior de la normativa local que antes optó por la ficción de servicios personalísimos atribuibles a personas jurídicas, disponiendo como requisitos de la causal, que se trate de personas naturales, que se considere la especialidad del proveedor, experiencia reconocida y una comparación favorable frente a otros potenciales proveedores.

Cabe precisar que en estos casos para la determinación del valor referencial no será necesario la realización de estudio de posibilidades de mercado, la cual en todo caso estará orientada a la determinación de las condiciones para lograr una contratación eficiente, puesto que en estos casos al tratarse del servicio que solo puede prestar una persona deberá estarse a la cotización que éste presente, tal y como lo indicado el OSCE en la Opinión N° 070-2010/DTN:

“Opinión N° 070-2010/DTN

En el caso de la exoneración por servicios personalísimos, el valor referencial será fijado sobre la base de lo que cotice el proveedor cuyo servicio personalísimo se requiere. De lo contrario, no podría darse la contratación. En ese sentido, no sería lógico exigir otra fuente, porque basta con la cotización del proveedor elegido para determinar el valor referencial.”

Cabe agregar que en estos casos las prestaciones no podrán ser materia de subcontratación dado que ello desnaturalizaría el supuesto que habilitó la exoneración.

b. Bienes que no admiten sustitutos

Existen bienes que solo son comercializados por empresas que posean la representación exclusiva merced a derechos de patente o políticas comerciales o de marca. Si la Administración requiriese justificadamente unos de estos bienes sería inútil convo-

car a un procedimiento selectivo por lo que se encuentra justificada la adjudicación directa, siempre y cuando, claro está y al igual que en el caso anterior, el potencial contratista acepte las condiciones de contratación que plantea la Administración.

En concordancia con ello, nuestra normativa ha establecido que la exoneración también se presenta en aquellos casos en los que existe proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos, se encuentre establecida la exclusividad del proveedor. Ello se deberá determinar en función al estudio de posibilidades que ofrece el mercado, pues las causales de exoneración no eximen de la realización de los actos preparatorios y de ejecución contractual.

Es preciso indicar que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 131° establece que en la causal comentada también se encuentran incluidos los servicios de publicidad que prestan al Estado los medios de comunicación televisiva, radial, escrita o cualquier otro medio de comunicación. En este caso, la normativa ha previsto que dichos servicios sean incluidos dentro de la causal de exoneración bajo comentario pese a que en realidad no se trata de proveedores únicos que no admitan sustitutos:

“Opinión N° 103-2012/DTN

(...) en la contratación de los servicios de publicidad, el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado tiene por finalidad recabar la información necesaria para determinar el valor referencial, así como otras condiciones relevantes para la contratación, pero es irrelevante a efectos de determinar si se configura o no la causal de “proveedor único de bienes o servicios que no admiten sustitutos”.

Así, en los casos en que se requiera la contratación de servicios de publicidad, el estudio de posibilidades que ofrece el mercado solo se realizará para la determinación del valor referencial, así como las demás condiciones de la contratación.

3. EL ÓRGANO CALIFICADOR Y ADJUDICADOR DE LOS CONTRATOS. EL COMITÉ ESPECIAL

No siempre el órgano que califica es quien posee la atribución de la adjudicación del contrato, mas en el Derecho peruano ello ha sido la regla. Desde el texto primigenio de la normativa de Contrataciones del Estado hasta el Decreto Legislativo N° 1017, se ha denominado al órgano colegiado encargado de la evaluación y la adjudicación de los contratos como Comité Especial, teniendo como razón evitar que el “poder” de contratación resida en una sola persona. Sin embargo, el sistema no ha sido ajeno a diversos problemas relacionados justamente con la “especialidad” del órgano, algunos de los cuales han menguado al haberse dispuesto que en

las menores cuantías el responsable de la adjudicación sea el órgano encargado de las contrataciones de la entidad, generalmente el de logística.

Los problemas a los que se hace referencia han obedecido entre otros a tres causas principales, esto es, a la conformación multiorgánica del comité (el cual debe ser integrado por un representante del órgano usuario, uno del órgano de administración y otro cualquiera), al excesivo ritualismo de la normativa y al desconocimiento de parte de la Administración Pública y sobre todo de los órganos de control interno, en relación al debido ejercicio de atribuciones y competencias en situaciones no previstas por la normativa de modo específico o en situaciones límite en la que se requiere el uso de principios rectores de la contratación pública y de principios generales del Derecho Administrativo.

Sobre la conformación multiorgánica del Comité Especial, si bien ello es una medida necesaria porque desconcentra el poder de adjudicación y hace más difícil que se generen actos de desviación de este; el principio de la especialidad de la competencia no puede obviarse. Es cierto que la normativa peruana exige que los miembros de los Comités Especiales tengan conocimientos de contratación pública vía programas de capacitación, sin embargo ello no es suficiente. Además de que debe cumplirse lo indicado, es recomendable la presencia de un abogado especializado como integrante del Comité Especial o el apoyo del órgano de asesoría jurídica.

En cuanto al ritualismo de la norma, es un mal del que debemos desprendernos poco a poco y que tiene que ver también con la capacitación óptima de parte de la Administración Pública y de los órganos de control, situación a la que ya se hizo referencia. Muchas veces se cortan iniciativas racionales o innovaciones que tienden a una gestión eficaz y eficiente por el solo temor de que los órganos de control observen lo ejecutado al haberse decidido –muchas veces sin tener conciencia de ello–, mediante atribuciones discrecionales o conceptos jurídicos indeterminados, entendiéndose de forma errada el principio de legalidad, como si las actuaciones de los órganos de la Administración estuviesen encorsetados a la sola búsqueda de supuestos habilitantes de atribuciones, al cumplimiento compulsivo de párrafos, numerales o incisos reglamentarios. La solución a este problema no pasa por ausencia de control sino por un control legal que atienda a institutos jurídicos esenciales que ayuden a un juicio de valor en torno a establecer si las decisiones se ajustan dentro de lo razonable a metas y finalidades públicas.

3.1. El Órgano adjudicador o comité especial: atribuciones regladas, mediando conceptos indeterminados y discrecionalidad. Criterio teleológico

En el punto 8.1 de este Capítulo, abordaremos el principio de legalidad. Aquí solo decimos que el principio no se agota en supuestos habilitantes específicos, teniendo

la Administración facultades mediante los denominados conceptos jurídicos indeterminados y mediando actos discrecionales; verificándose en estos últimos casos, los explícitos e implícitos, es decir los enunciados en el derecho positivo y los que de forma tácita se desprenden de él. Los explícitos, es decir los previstos en la ley, están definidos en cuanto a sus condiciones básicas de ejercicio: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano y el fin, pudiendo este último hallarse implícito; los restantes elementos pueden ser reglados eventualmente: ocasión del ejercicio de la potestad, forma del ejercicio y procedimiento y por último, el fondo de la potestad.¹⁸⁶

La discrecionalidad implícita en cambio, fluye del texto legal infririéndose su existencia.

Ahora bien, los conceptos jurídicos indeterminados (incapacidad, fuerza mayor, premeditación, buena fe, justo precio, etc.) aparentemente dan lugar a discrecionalidad, pero ello no se configura en la medida en que estos conceptos de experiencia o valor no son imprecisos sino que admiten una única solución: se verifican o no. No existe pues pluralidad de soluciones como en el caso de una potestad discrecional en el que la Administración dependiendo de la valoración que realice tienen varias posibilidades, todas válidas para ejecutar.¹⁸⁷

Para el caso del Comité Especial, en los textos reglamentarios se han venido incluyendo artículos que enumeran sus atribuciones, pero también se ha hecho referencia a que el órgano en cuestión podrá tomar decisiones que sean las más convenientes para el procedimiento de selección. En este caso no estamos ante discrecionalidad, no se trata de una pluralidad de posibilidades todas válidas, el Comité decidirá llegado el caso concreto cuándo una decisión no prevista en el listado de atribuciones regladas, sea o no necesaria para la debida ejecución del procedimiento.

4. PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN DE CONTRATISTAS

La idea de “principio” implica la de fundamento, origen, comienzo, razón, condición o causa.¹⁸⁸ Ahora, respecto de una ciencia o disciplina, es útil citar la definición

¹⁸⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Palestra - Temis, Lima - Bogotá, 2006, T - I, p. 493.

¹⁸⁷ SESÍN, Domingo J., Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica, Lexis Nexis Desalma, Buenos Aires, 2004, p. 182.

¹⁸⁸ DIAZ COUSELO, José, Los principios generales del Derecho, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, p. 79.

de Cretella: *“principios de una ciencia son las proposiciones básicas, fundamentales, típicas que condicionan todas las estructuras inmediatas”*.¹⁸⁹

Cretella, recoge y utiliza la clasificación que divide a los principios en omnivalentes, plurivalentes y monovalentes, agregando una categoría distinta, la de los principios sectoriales. Los principios omnivalentes, señala el autor, constituyen los valederos para todas las ciencias, responden a la esencia lógica de los conocimientos. Indica como ejemplos el principio de identidad, el de contradicción y el del tercero excluido.¹⁹⁰ Los principios plurivalentes de otra parte, se originan en la aceptación de las teorías referidas a la división de las ciencias en naturales y culturales; cada una de ellas poseerá elementos exclusivos, propios, válidos solo en su ámbito. Se menciona el principio de causalidad y el de sociabilidad como propios de las ciencias naturales y culturales, respectivamente. Los principios monovalentes son en cambio los que pertenecen a determinado campo de conocimiento, así pues son monovalentes los principios generales de Derecho, siendo entonces principios sectoriales aquellos principios que informan las diversas partes especializadas en las que se puede dividir la ciencia o disciplina, para nuestro caso, los principios generales del Derecho Administrativo los que vienen a constituir proposiciones restrictivas, pertenecientes solo a un sector y que le otorgan a nuestro campo de estudio una especial connotación y sobre todo autonomía.

Se debe señalar que existe consenso en cuanto a la existencia y aplicabilidad de los principios de Derecho Administrativo, mas es notoria la carencia de enunciación precisa de éstos o la confusión terminológica y/o conceptual que se manifiesta a través de citar proposiciones como principios o como potestades o prerrogativas de la Administración o sino, al considerar como administrativos, principios generales de Derecho o principios constitucionales, lo cual nos lleva a afirmar que existen principios de Derecho Administrativo que son derivaciones admisibles de otros principios de mayor rango, como es el caso de la igualdad, pero debe mencionarse la salvedad y la aplicación particular en el Derecho Administrativo.

En cuanto a las funciones de los principios, Valencia Restrepo, en relación con los principios generales del Derecho y desde la concepción iusnaturalista que transmite; escapa a la idea extendida de otorgarle a éstos solo la función integrado-

¹⁸⁹ CRETILLA, “Los principios fundamentales del Derecho Administrativo”, en: Revista de Derecho Administrativo, Año 2, N° 5, Buenos Aires, 1990, p. 429.

¹⁹⁰ Principio de identidad: “Lo que es, es; lo que no es, no es”, el de contradicción: “Dos proposiciones contradictorias no pueden ser al mismo tiempo ambas verdaderas y ambas falsas”, el de tercero excluido: “Habiendo 2 proposiciones contradictorias, si una fuese verdadera la otra sería necesariamente falsa, y recíprocamente, sin que sea posible una tercera solución”. Cretella Júnior, cit. , pp. 431 - 432.

ra colocándolos casi al mismo nivel que la analogía.¹⁹¹ El autor citado expone con gran claridad que existen otras dos funciones, la creativa y la interpretativa: “*ellos (los principios generales del Derecho) presentan, presiden y describen todo iter normae. De ahí que se los halle antes de la vigencia de la norma, durante la misma y después de ella. Informan todo el Derecho, bien para constituirlo, modificarlo o derogarlo, merced a su función creativa; bien para desarrollarlo gracias a su función interpretativa, bien para completarlo por obra de su función integrativa. Se encargan entonces de crear, ejecutar y sancionar el Derecho*”.¹⁹²

Analizando las características de los principios sectoriales, tanto de Derecho Administrativo como de cualquier otra rama autónoma del Derecho, es de verse que no poseen evidentemente la facultad de preexistir al Derecho, pero sí, es de afirmarse que ostentan las funciones interpretativas e integrativas tal como indica la Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú en el artículo V del Título Preliminar: “*Sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren*”. Esta función integrativa, es lamentablemente desdeñada por los operadores de la normativa quienes prefieren la tranquilidad de seguir disposiciones aisladamente, sin contenido teleológico o incluso contrario a los fines del procedimiento de selección de contratistas.¹⁹³

Es importante señalar que los principios aplicables a los procedimientos de selección de contratistas, son en su mayoría procedimentales. Sin embargo, en atención a que también le son aplicables principios sustantivos, la referencia inicial está dada de forma genérica a los principios del Derecho Administrativo.

Por otro lado, debe resaltarse que dentro de los procedimientos de selección, pueden desarrollarse procedimientos de tipo recursivo o impugnativos, procedimientos que se denominan especiales trilaterales, de tipo administrativo contencioso o cuasijudiciales, en donde los principios procedimentales generales sufren determinadas transformaciones en atención a que la relación de los particulares con la Administración ya no solo es de tipo lineal y concurrencial, sino que al existir un colegiado administrativo que se va a pronunciar respecto de una controversia, la

¹⁹¹ La diferencia entre la función integrativa de la analogía y de los principios, estriba en que la primera está limitada a la solución de un caso particular mediante la utilización de una solución que ha servido en una hipótesis similar, los principios en cambio son universales, generales.

¹⁹² VALENCIA RESTREPO, H., Nomoárquica, principialística jurídica o los principios generales del Derecho, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993, p. 36.

¹⁹³ Gordillo al respecto indica: “(...) lo más importante es cumplir estrictamente la norma escrita, aunque sea injusta, ineficaz, arbitraria, desproporcionada, inacusada, etcétera, sin siquiera buscar interpretarla. Ello constituye una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una Administración también pequeña y mezquina”. GORDILLO, Agustín, “Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo”, en *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 271.

relación es sino triple, múltiple: por un lado, se encuentra el órgano administrativo que resuelve la controversia y que debe tutelar el cumplimiento de la ley y el Derecho, por otro, el impugnante, y por otro, la entidad impugnada, pudiendo participar además con intereses contrapuestos, los restantes postores. Las modulaciones de estos principios durante la tramitación de una impugnación serán tratadas cuando sea abordada la temática recursiva.

Cabe agregar que la licitación en su acepción genérica, contiene principios específicos, subsectoriales, los cuales se encuentran contenidos en todos los ordenamientos nacionales, en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, en la normativa comunitaria europea y en la Ley Modelo de la CNUDMI, lo que hace que se pueda hablar de un derecho universal o común de la contratación pública.

4.1. Principios de tutela del interés público y de primacía del mismo sobre el interés particular

El elemento esencial de los contratos estatales y de todo el Derecho Administrativo, es el interés público. Desde su esquema clasificatorio de los principios, Cretella afirma que el interés público no es un principio sectorial del Derecho Administrativo, sino un principio monovalente de todo el Derecho. No se comparte esa restricción, por lo contrario, el interés público y su carácter prevalente sobre el interés particular constituyen un principio que orienta todo el Derecho Administrativo. Si bien el interés público se encuentra presente en todo el Derecho, es en el Derecho Administrativo donde es más intensamente manifiesto.

El interés público o las locuciones: necesidad pública, uso público, utilidad pública, utilidad social, interés general o interés social; tienen un fondo o alcance común, la idea de algo que no interesa al individuo en particular, sino a conglomerados sociales o al total conglomerado social.¹⁹⁴

Escola, explica respecto del principio de prevalencia del interés público sobre el interés particular, que ello no implica una posición excluyente, como si se tratara de dos cosas diferentes, siendo uno superior respecto del otro; sino que por lo contrario, ambos intereses son de igual categoría, existiendo una diferencia pero referida al orden cuantitativo: *“El interés público de tal manera no es de entidad inferior al interés privado, ni existe contraposición entre ambos: el interés público solo es prevaleciente con respecto del interés privado, tiene prioridad o predomina por ser un interés mayoritario que se confunde y asimila con el querer valorativo asignado a la comunidad”*.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, 2ª ed., (ampliada), Buenos Aires, T. III. p. 573.

¹⁹⁵ ESCOLA, El interés público como fundamento del Derecho Administrativo, cit., p. 243.

La tutela y prevalencia del interés público es el postulado al cual se remiten y por el cual deben su existencia, las prerrogativas de la Administración en la ejecución contractual.

En lo que al procedimiento administrativo de selección de contratistas la tutela y prevalencia del interés público, tal como indica Brewer Carías –refiriéndose al procedimiento administrativo general–, se encuentra constituida por la instrumentabilidad del procedimiento, es decir, por la finalidad perseguida, la misma en donde prevalecen intereses generales: “(...) *la finalidad perseguida, puede desdoblarse en tres, tal y como lo precisan las leyes de procedimiento administrativo: primero el interés general; segundo, el interés del ciudadano, y tercero, el interés de la propia Administración en la relación jurídica(...)*”.¹⁹⁶

4.2. Principio de eficiencia

El principio debe inspirar todo el accionar de la Administración, se subdivide en la *eficiencia técnica (la relación entre los recursos físicos y los resultados asimismo físicos)* y *eficiencia económica (relación entre costes de utilización de los recursos con el valor de los resultados)*,¹⁹⁷ centrándose para el caso de los procesos de contrataciones del Estado en la toma de decisiones discrecionales o mediando conceptos indeterminados.

Las primeras decisiones del tipo indicado pasan por elegir qué tipo de bienes, servicios u obras requiere la Administración, qué modalidad es la elegida para satisfacer dicha necesidad: ejecución por la propia entidad a través de sus órganos especializados o creándolos para el cumplimiento de determinado fin, requerir de la contratación de terceros o la entrega en concesión del servicio llegado el caso (Por ejemplo, una municipalidad puede contar con una gerencia especializada en el servicio de limpieza pública, crear un organismo público descentralizado que se encargue de dicho servicio, puede contratar a un tercero para ello mediando el procedimiento selectivo pertinente, puede entregar o convocar un procedimiento de selección para la entrega en concesión del servicio).

Las entidades deben, asimismo, y luego de elegido el medio para satisfacer sus necesidades, establecer las especificaciones técnicas del bien o servicio u obra y el valor referencial, debiendo decidir si asumen tales tareas o contratan a terceros especializados; deben elegir, asimismo, de acuerdo con lo anterior y a otras circunstancias, si recurren a una adjudicación de tipo excepcional mediando una

¹⁹⁶ BREWER CARÍAS, Allan R., Principios del procedimiento administrativo en América Latina, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2003.

¹⁹⁷ PAREJO, Luciano, Eficacia y Administración. Tres estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 97.

exoneración del procedimiento regular correspondiente o si aplican el mismo; de ser este el caso, si generan una adquisición corporativa y dependiendo de la normativa nacional si recurren a una contratación presencial o de tipo electrónico. Debe fijarse igualmente las cláusulas contractuales, las penalidades, el plazo, si entregan adelantos o no, si establecen (dependiendo de la normativa), la conciliación como medio de solución de controversias o si deciden recurrir igualmente a determinado centro de arbitraje o a un arbitraje ad hoc, único o mediando un Tribunal, etc.

En todas las decisiones indicadas debe estar presente el principio de eficiencia. Así pues, los órganos competentes deberán motivar los respectivos actos de administración interna, señalando las razones por las cuales asumen sus decisiones, ello sin descuidar los demás elementos complementarios de estas, lo proporcional, lo razonable, lo objetivo, lo adecuado para el cumplimiento del fin pretendido y la aplicación de los demás principios –debe recordarse que los principios se interpretan y aplican los unos con los otros–. Todo lo anterior es necesario no solo en atención a la protección de los recursos públicos y de los fines a los cuales estos deben ser destinados, sino como medida sana y conveniente para las autoridades administrativas ante cualquier acción de supervisión o de control.

4.3. Principio de legalidad

El principio de legalidad se desarrollará en el punto 8.1 de este Capítulo. Cabe agregar sin embargo que este debe entenderse también de acuerdo con el texto del artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, esto es, en cuanto a la autonomía del Derecho Administrativo respecto de otras ramas del Derecho y también en cuanto a la determinación de sus fuentes.

4.4. Principio de interdicción de la arbitrariedad.

La doctrina española y con mayor preponderancia la obra de García de Enterría sobre la arbitrariedad de la Administración, y que data de 1959,¹⁹⁸ es fuente del artículo 9º de la Constitución española de 1978:

“Artículo 9.3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

¹⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota. En: *Revista de Administración Pública*. RAP N 124 - 1991. p.212.

El principio proscribire las decisiones arbitrarias, carentes de motivación, de razonabilidad, de proporcionalidad, contrarias a la buena fe, a la confianza legítima generada en el Administrado por actuaciones previas de la Administración. El principio prohíbe además las decisiones ajenas a finalidades públicas específicas de la Administración, actuando así como límite de su actuación.

El principio de interdicción de la arbitrariedad, puede tomarse con principio fuente, orientador de los demás principios que sirven para el control de la discrecionalidad y también como uno más que tiene la misma función.

4.5. Principio de prohibición de defraudación de la confianza legítima.

Si el principio de buena fe es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando actúan las autoridades públicas, bien sea en el cumplimiento de sus deberes como en sus obligaciones, estando a que estas se encuentran premunidas de potestades exorbitantes del derecho común como son las presunciones de legitimidad y legalidad de sus actos además de la ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos. La buena fe del particular, sea postor o contratista, debe estar resguardada, esa es la finalidad, con los recaudos que cada caso particular exija, del principio de prohibición de la defraudación de la confianza legítima creada en el administrado.¹⁹⁹

En relación al referido principio, existe consenso en doctrina respecto de que el mismo encuentra su origen en Alemania desde mediados del siglo XIX, adquiriendo especial desarrollo luego de la Segunda Guerra Mundial. Así, se suele destacar como *leading case* para el asentamiento del principio, el pronunciamiento emitido por el Tribunal Administrativo Federal el 28 de octubre de 1959, en el que se confirmó una resolución del Tribunal Administrativo Superior de Berlín y que se conoce como el de la anciana viuda o la viuda de Berlín. En dicho caso, una viuda berlinesa residente en la parte oriental de la ciudad solicitó a las autoridades de la parte occidental el cobro de su pensión en dicho sector de la ciudad y una vez que se le confirmó dicha posibilidad se trasladó al mismo y comenzó a percibir sus retribuciones. Posteriormente, las autoridades suprimieron la prestación por considerarse que se había afectado el principio de legalidad, frente a lo que la anciana decide recurrir la decisión, resolviéndose que si bien reconoce la ilegalidad de la pensión,

¹⁹⁹ Respecto de la relación existente entre la buena fe y el principio de confianza legítima, Parejo Alfonso ha indicado que “entre uno y otro no existe, pues, tanto una diferencia de sustancia cuanto de alcance, siendo el radio de acción del de buena fe más corto que el que pretende abarcar el más novedoso de la confianza legítima (...) puede concebirse como una derivación, con perfil propio del principio de buena fe en el campo de las relaciones jurídicos públicos.” (PAREJO ALFONSO, L. Derecho Administrativo. Ariel. 2003. pág. 693.

mantiene el pago puesto que la decisión adoptada por la anciana (con todos los costos que ello implicó), se realizó en función a la confianza generada por la actuación administrativa.²⁰⁰

Siguiendo lo expresado por Valbuena,²⁰¹ el principio de confianza legítima *“busca brindar protección jurídica a las expectativas razonables, ciertas y fundadas que pueden albergar los administrados con respecto a la estabilidad o proyección futura de determinadas situaciones jurídicas de carácter particular y concreto, cuando hayan sido promovidas, permitidas, propiciadas o toleradas por el propio Estado. En ese sentido, los ciudadanos que abrigan la confianza justificada de que sus expectativas y esperanzas no van a ser objeto de frustración, modificación o alteración, no tienen por qué resultar defraudados, sorprendidos o asaltados en su buena fe como consecuencia del cambio inesperado de los ofrecimientos, promesas, criterio y políticas previamente expresados o como el resultado contradictorio y desleal de las autoridades que al última hora deciden modificar la orientación o el sentido de decisiones y posturas suyas adoptadas anteriormente.”*

Sobre ello, Gómez Tomillo ha indicado que *“(...)en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego-intereses individual o interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos prejuicios que no tiene por que soportar (...)”*

De lo expuesto, podemos indicar que el principio de confianza legítima busca proteger las expectativas que se han generado los administrados a partir de la actuación de la Administración, de modo tal que luego esta no pueda desconocerlas.

²⁰⁰ GARCÍA LUENGO, Javier. El principio de protección de la confianza. En: Los principios jurídicos del derecho administrativo. La Ley. España - 2010. Pág. 1169

²⁰¹ VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2008. pág. 152-153.

En efecto, dicho principio protege fundamentalmente al administrado, esto es, a la parte débil en las relaciones que se entablan con la Administración, de cualquier actuación diversa de aquella que era realmente de esperar debido a la producción por la misma de una serie de signos externos que le habían conducido a actuar en un determinado sentido y no en otro.²⁰²

El principio de protección de la confianza legítima entraña entonces la irrevocabilidad de las situaciones subjetivas consentidas y admitidas por la Administración, teniendo como fundamento la seguridad jurídica que debe primar en todo ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado en la Sentencia T – 034/04 lo siguiente:

“(el principio de confianza legítima) pretende proteger al administrado y al ciudadano frente a cambios bruscos e intempestivos efectuados por las autoridades. Se trata entonces de situaciones en las cuales el administrado no tiene realmente un derecho adquirido, pues su posición jurídica es modificable por las autoridades. Sin embargo, si la persona tiene razones objetivas para confiar en la durabilidad de la regulación, y el cambio súbito de la misma altera de manera sensible su situación, entonces el principio de la confianza legítima la protege. En tales casos, en función de la buena fe (CP art. 83), el Estado debe proporcionar al afectado tiempo y medios que le permitan adaptarse a la nueva situación.”

En ese mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español, quien en la Sentencia del 04 de junio de 2001 ha expresado lo siguiente:

“El principio de confianza legítima, relacionado con las más tradicionales en nuestro ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquella, y en función a las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones.”

En nuestro país, si bien el Tribunal Constitucional no se ha referido expresamente al principio de confianza legítima, si lo ha hecho respecto de la buena fe y la seguridad jurídica como parámetros a partir de los cuales se debe proteger los derechos de los administrados, tal es el caso de la sentencia recaída en el Exp. 001-2001- TC:

²⁰² PLEITE GUDAMILLAS, FRANCISCO; MORENO MOLINA, JOSÉ ANTONIO; MASSÓ GARROTE, MARCOS FRANCISCO. Procedimiento y proceso administrativo práctico. LA LEY 2006. Pág. 38

“Dirimiendo el Conflicto de Competencia interpuesto por la Municipalidad Distrital de San Pedro de Lurín contra la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac, y dispone: 1) que, de conformidad con el artículo 186°, inciso 7), de la Constitución Política de 1979 y el artículo 102°, inciso 7), de la vigente Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar dicha demarcación. En consecuencia, las municipalidades provinciales y distritales carecen de competencia para aprobar o modificar la demarcación territorial; 2) que se declare nulo el Acuerdo de Concejo N.º 011-2000-MDSSP/C, emitido por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac; 3) que no es posible anular cada uno de los actos administrativos dictados por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac sustentados en el citado Acuerdo de Concejo, dado que se trata de un conjunto de actos administrativos cuya nulidad podría afectar legítimos derechos de terceros, generados por el principio de la buena fe de los mismos; 4) que, a partir de la fecha de notificada la presente sentencia, la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac se abstenga de ejercer competencia amparada en el Acuerdo de Concejo N.º 011-2000-MDSSP/C y en los actos administrativos que de él deriven. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano”.

En la sentencia señalada el Tribunal determinó que pese a constatar la existencia de actos irregulares que contravienen la legalidad, sentenció estableciendo que no es posible anular cada uno de los actos administrativos cuya nulidad podría afectar el derecho de terceros, y en consecuencia, también el principio de buena fe.

Recientemente, mediante Resolución 987-2012, el Jurado Nacional de Elecciones resolvió un caso que en el que en función a la protección de la confianza generada al administrado por RENIEC, debía primar el plazo informado por éste mediante comunicación oficial, sobre aquél que establecía la normativa aplicable:

“En esa medida, el administrado actuó guiado según la confianza que la comunicación oficial de Reniec (Carta N.º 059-2012/GOR/SGAE/RENIEC) le suministró al proporcionarle una fecha específica sobre el vencimiento del plazo para presentar el lote de firmas. De este modo, dado que el ciudadano (...) actuó conforme a lo indicado por Reniec en el acto administrativo de fecha 3 de julio de 2012, no puede desconocerse la legitimidad de su accionar, más aún si tal pronunciamiento no fue revocado en su oportunidad por quien tenía plena facultades para hacerlo.”

Para dicho efecto, en la referida Resolución, el Jurado Nacional de Elecciones cita la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se hace referencia al principio de estoppel:

“13. Adicionalmente, el criterio expuesto por este Supremo Tribunal Electoral hace recordar también la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en

la que rige el principio del estoppel según el cual una de las partes del litigio no puede asumir una conducta contradictoria con la asumida inicialmente. Así, se lee en la decisión de esta corte internacional:

“Según la práctica internacional cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio del estoppel, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera. Para la segunda actitud rige la regla de non concedit venire contra factum proprium” (Caso Neira Alegría y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia del 11 de diciembre de 1991, párr. 29).”

Si bien, el Jurado Nacional de Elecciones hace referencia al principio de estoppel,²⁰³ el mismo que se aplica en las relaciones entre privados, es claro que lo que se ha protegido ha sido la confianza legítima generada en el administrado a partir de lo señalado por la Administración.

Otro caso que merece ser citado pero en sentido negativo, es aquel en el que el Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a una empresa por supuestamente haber contratado con el Estado habiendo estado impedido para ello, pese a que previamente la misma Entidad con la que se contrató había emitido un pronunciamiento en el que interpretaba que el impedimento aludido no se había configurado. En efecto, mediante Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina de Guerra del Perú de fecha 11 de mayo de 2010, esta señaló expresamente lo siguiente:

“Que en ese orden de ideas, ninguno de los impedimentos para ser postor y/o contratista establecidos en el Artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado sería aplicable al Gerente General (...), por tanto, en concordancia con lo establecido en el Informe Técnico Legal de fecha 28 de abril de 2010, corresponde declarar infundado el recurso de apelación formulado” (Subrayado agregado).

Dicha resolución se emitió con ocasión del recurso de apelación presentado contra la adjudicación del contrato sobre la base que el representante legal del adjudicatario era Oficial de la Marina en situación de disponibilidad, motivo por el cual, a entender del impugnante, se encontraba impedido de contratar con el Estado en virtud de lo establecido en el literal d) e i) del artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, referidos al impedimento de los funcionarios y servidores públicos, así como de las personas jurídicas que integren, para contratar con la Entidad a la que pertenecen.

²⁰³ Al respecto, Valbuena indica que “*la figura del estoppel es considerada como una institución propia del derecho privado y por lo mismo no puede ser invocada frente el Estado, pues no fue concebida para impedir o limitar el ejercicio de la potestad*”.

En relación a ello, mediante Resolución N° 1737-2013- TC-S1, el Tribunal de Contrataciones del Estado, indicó lo siguiente:

“(…)si bien la opinión vertida por la referida fuerza armada sería distinta a lo expuesto por este Colegiado, debe tenerse presente, por un lado, que dicha posición ha sido expuesta por un Comité de Apelaciones al resolver un determinado recurso de apelación, cuyos efectos se circunscriben al caso concreto, no observándose que se trate de una posición institucional emitida por el órgano competente para ello, más aún cuando, de conformidad con la normativa de contrataciones estatales, el órgano competente para interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones del Estado es el OSCE.

Si bien el caso termina favorablemente para el particular, es en función a la aplicación de una opinión vinculante de la Dirección Técnica Normativa del OSCE y a mérito de la reconsideración interpuesta. La resolución final no alude a la aplicación del principio, cuestión que lamentamos. Hubiese sido importante que el tribunal se pronuncie finalmente sobre un principio que es fundamental en las relaciones de la Administración con los particulares, o para el caso, con los postores o contratistas.

4.6. Principios de informalismo o de formalidad atenuada, de presunción de veracidad y de búsqueda de la verdad material

La aplicación de los principios indicados dentro del procedimiento de selección de contratistas, se deriva del principio de supletoriedad, el cual consiste en que en los procedimientos administrativos especiales son de aplicación los preceptos del procedimiento administrativo general en todo lo no regulado por la Ley Especial.

En el caso de la normativa peruana de contratos del Estado, el principio de informalismo o de formalidad atenuada, ha sido plasmado de manera excepcional por la naturaleza concurrencial del procedimiento de selección de contratistas, admitiéndose enmiendas solo en la propuesta técnica y siempre y cuando la enmienda no modifique el alcance de la propuesta y sea efectuada sobre un documento presentado como parte de esta última. En cuanto a la propuesta económica las enmiendas no son posibles aunque, en una labor que merece destacarse, el Tribunal del OSCE ha emitido resoluciones interpretativas disponiendo la posibilidad de enmienda en los supuestos en los que el postor haya consignado sólo sello y rúbrica del representante y haya omitido la firma, ello fundado en aplicación de criterios razonables y eficaces que atienden a la finalidad de evitar la descalificación de una oferta por la omisión de un aspecto formal, accesorio y no trascendente.

Sobre el exceso de rigidez en los procedimientos de selección se ha opinado reiterativamente. Es un mal potenciado por el temor de los comités especiales a los órganos de control interno.

En cuanto a los principios de presunción de veracidad y de verdad material, la normativa de contratos del Estado permite en efecto la presentación de documentos en fotocopias simples y declaraciones juradas, debiendo la Administración, luego de la adjudicación del contrato y de su suscripción, incluso luego de su ejecución, hacer uso del “privilegio del control posterior”, control aleatorio de acuerdo con lo normado por la Ley del Procedimiento Administrativo General.²⁰⁴

Como se infiere, en este punto el problema consiste en que a pesar de contar el régimen peruano con un sistema registral en donde se cuenta con información relativa a determinadas condiciones legales y económicas de los contratistas, estos no pocas veces incurren en faltas graves o negligencias inexcusables si se quiere, en torno a la presentación de documentos fotocopiados y declaraciones juradas. Si bien el celo respecto de su veracidad recae en los demás postores quienes no dudarán en sustentar sus impugnaciones en la inexactitud o falsedad de los documentos presentados por sus contendores, debería ser una exigencia legal la revisión de los documentos presentados por el postor adjudicado antes de la suscripción del contrato, ello en atención a la verdad material que debe informar a todo el procedimiento. Debe recordarse, que la presunción de veracidad que es la materialización administrativa del principio general de buena fe, es de carácter operativo, instrumental, no sustantivo. Estando de por medio no solo la protección de los recursos públicos y la buena marcha de la Administración en cuanto al cumplimiento de sus objetivos así como también el interés concurrente de los demás postores, debe primar el principio de verdad material, por lo que nada impide que las entidades constaten documentos y declaraciones juradas –de iniciativa propia o a mérito de que ello se dispusiese en sus propias bases o pliegos–, durante el período que tienen desde que el acto administrativo de adjudicación del contrato quede firme hasta la suscripción de este.

²⁰⁴ Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

“(…) Principio de Privilegio de controles posteriores. La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior. Reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normativa sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz.

Artículo 32°.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento, de aprobación automática o evaluación previa, queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado”.

5. PRINCIPIOS LICITATORIOS ESPECÍFICOS

La doctrina no es del todo uniforme con relación a los denominados “principios de la licitación”, unos formulan los básicos indispensables y señalan que de ellos se derivan tales y cuales consecuencias, otros individualizan a estas últimas y las colocan como principios, habiendo autores que mencionan como principio de la licitación a principios generales del Derecho o del Derecho Administrativo. Ahora bien, sin embargo, subyacen siempre ideas fundamentales que giran en torno a la igualdad, publicidad, concurrencia y competencia. Jéze respecto de los principios de la licitación, ha expresado: *“El mecanismo de la adjudicación está dominado por las tres ideas esenciales siguientes: publicidad, competencia e igualdad”*.²⁰⁵

Diez indica, respecto del tema, que *“los principios que rigen la licitación pública son los de concurrencia, la igualdad y la publicidad”*.²⁰⁶ Añade, además, el de contradicción advirtiendo que este se da en forma limitada.

Bercaitz, ha señalado como principios de la licitación a la publicidad, al libre acceso al procedimiento de los que reúnan los requisitos y a la igualdad. Cita a Marienhoff mencionando que este agrega el principio de oposición o concurrencia y que concuerda con él en que nada obsta para la validez del procedimiento, la presentación de una sola oferta.²⁰⁷

Dromi expresa, respecto del punto que los principios jurídicos esenciales, que hacen a la *ratio iuris* de la licitación y de los demás procedimientos de selección del cocontratante, son los de libre concurrencia y el de igualdad entre los oferentes.²⁰⁸

Escola ha indicado: *“Toda licitación de tal modo, se entenderá sujeta a los siguientes principios: a) oposición o concurrencia entre todos los oferentes que actúen en ella, b) igualdad entre los oferentes, de modo que todos participen en el proceso de la misma forma, en similares condiciones y con idénticas posibilidades; c) publicidad del proceso licitatorio”*.²⁰⁹

²⁰⁵ JÉZE GASTÓN, Principios generales de Derecho Administrativo, Depalma, Buenos Aires, 1990. Traducción de la 3ª edición francesa 1934, T. IV, p. 89.

²⁰⁶ DIEZ Manuel María, Derecho Administrativo, 2ª ed., Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, T. III, p. 87.

²⁰⁷ BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 323.

²⁰⁸ DROMI, La Licitación Pública, 2ª ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 134.

²⁰⁹ ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado integral de los contratos administrativos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, T.I., p. 334.

5.1. Principio de libre concurrencia

Debe ser restringida tal y cual opina unánimemente la doctrina; más la restricción debe fundarse razonablemente en cuestiones de idoneidad o seriedad de la oferta mas nunca en elementos de corte subjetivo o en la inexistencia de reclamos o solución de controversias pendientes con la Administración.

Las restricciones no solo pueden verificarse en el plano estrictamente de acceso al procedimiento de selección, ellas pueden estar presentes como exigencias para suscribir el respectivo contrato una vez adjudicado este.

Sin vulnerar el principio, la normativa peruana ha venido conteniendo disposiciones restrictivas de la libre concurrencia tales como la exigencia de compromiso y entrega posterior de garantías que aseguren el cumplimiento del contrato, capacidad mínima y económica adecuada para contratar, inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, capacidad económica para contratar para el caso de obras, etc.

Dos temas domésticos: primero, puede pensarse que las tasas y garantías exigidas para la elevación de las Bases al OSCE y para las impugnaciones, constituyen una infracción al principio de libre concurrencia. Segundo, la idea que la participación de las micro y pequeñas empresas debe ser irrestricta.

En torno a las tasas y garantías no deben entenderse estas como un incumplimiento o como obstáculo del principio de libre concurrencia sino solo si se alejan de sus características constitutivas jurídicas. En cuanto a las garantías en los recursos, estas son un medio válido para desincentivar recursos dilatorios o irresponsables. Cuestión aparte sobre la que luego nos pronunciaremos, es su cuantía desmedida.

Sobre la participación libre de la micro y pequeña empresa en los procedimientos de selección, esta no debería tomarse como absoluta. Algunos contratos no pueden ser adjudicados a empresas sin experiencia o carentes de respaldo económico financiero y técnico. El riesgo de incumplimiento debe eliminarse en lo posible en atención al objeto contractual que como ya se dijera al tocar el punto de las licitaciones privadas o restringidas, puede estar vinculado a metas sociales estratégicas o compromisos impostergables.

“Resolución N° 1478-2013-TC-S3

27. Por el Principio de Libre Concurrencia y Competencia deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.”

“Pronunciamiento N° 554-2012/DSU

(...) en el sentido que, en atención al Principio de Libre Concurrencia y Competen-

cia, la acreditación de la experiencia no puede limitarse a los documentos previstos en las Bases, siendo razonable que en adición al contrato correspondiente cualquier documentación que de manera fehaciente permita verificar las actividades prestadas sea permitido en la presentación de propuestas.” (Subrayado agregado)”

“Pronunciamiento N° 661-2013/DSU

(...)

En ese sentido, no siendo razonable limitar la experiencia en la actividad sólo al sector público pues contravendría el Principio de Libre Concurrencia y Competencia y en tanto la Entidad no ha brindado argumentos suficientes que evidencien que contar con experiencia en el sector público incrementaría la eficiencia del contratista en la ejecución del contrato, este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER la observación formulada, por lo que el Comité Especial deberá modificar la posibilidad de acreditar la experiencia en la actividad, permitiendo la presentación de la documentación correspondiente vinculada tanto con entidades públicas y/o privadas.”

“Resolución N° 1058.2008.TC-02

(...) Ahora bien, la experiencia puede acreditarse no únicamente con prestaciones en ventas de bienes iguales, sino con aquellos que resultan similares; por lo que, establecer lo contrario, implicaría contravenir el principio de libre competencia, y restringir la experiencia de manera exclusiva a la ejecución de una determinada prestación, recortando dicha experiencia del postor, que si bien no se ha dedicado a suministrar idéntico producto, cuenta con experiencia en el mercado por suministrar productos similares.”

5.2. Principio de igualdad

La igualdad debe ser entendida solo en el plano de los derechos y deberes de los postores hacia el Estado; no entre el Estado y los postores, dada su condición de elector de su cocontratante y de las prerrogativas que le han sido otorgadas por ley. La igualdad debe ser obviamente de estricto cumplimiento en toda la etapa del procedimiento licitatorio; inclusive este principio surte efectos en la ejecución contractual, habida cuenta que si las condiciones del contrato varían sin justificación se estaría discriminando a los antiguos postores quienes hubieran realizado su oferta en función a esa variación.²¹⁰

La igualdad tiene excepciones o restricciones e incluso extensiones, fundándose las primeras en las políticas de fomento de la micro y pequeña empresa, las

²¹⁰ “De ahí que se pueda considerar que el principio de igualdad está inicialmente destinado a proteger a quienes pretenden contratar con la administración, de normas discriminatorias contenidas en los pliegos de bases y condiciones distintas a favorecer a unos en desmedro de otros. La supervivencia durante la ejecución del contrato administrativo opera como un elemento residual habilitante para el ejercicio del control del obrar administrativo sobre el ejercicio de la potestas variandi. BELTRÁN GAMBIER, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 19-20, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

cuales pueden ser favorecidas por trato preferencial o cuotas de reserva y; por el fomento de las empresas que realicen sus operaciones productivas dentro del territorio nacional o “régimen del compra nacional”. En cuanto a la extensión del principio de igualdad, ello se verifica por la aplicación de la cláusula de no discriminación o trato nacional, para las empresas nacionales de otros países cuando ello corresponda virtud de acuerdos de integración o tratados de libre comercio que contengan disposiciones al respecto.

En relación a lo expresado, el OSCE ha emitido los siguientes pronunciamientos y resoluciones, en los que se resalta la importancia de garantizar la vigencia del principio que se comenta en los procedimientos de contratación que efectúan las entidades del Estado:

“Pronunciamiento N° 338-2011/DTN

(...) Asimismo, el Principio de Trato Justo e Igualitario dispone que el postor de bienes, servicios u obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Sobre este aspecto, cabe señalar que, si bien el Estado podría establecer medidas de discriminación positiva en la contratación pública que impliquen la aplicación de ciertos beneficios a determinados a postores, como, por ejemplo, la bonificación del diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso de selección o en las provincias colindantes aplicable a procesos de adjudicación directa selectiva y adjudicación de menor cuantía, dichas prerrogativas, en tanto excepcionales, deben ser previstas expresamente en la normativa en materia de contratación estatal. (Subrayado agregado)”

“Resolución N° 1107-2013-TC-SI

Las propuestas de los postores deben ser evaluadas y calificadas en función de la documentación presentada por éstos en sus ofertas, puesto que lo contrario, esto es, otorgarle puntaje en determinado factor de evaluación a una propuesta que no cumple, supondría la vulneración del Principio de Trato Justo e Igualitario que rige las contrataciones públicas.”

“Pronunciamiento N° 536-2013/DSU

(...) Al respecto, de acuerdo con el Principio de Trato Justo e Igualitario, recogido en el artículo 4° de la Ley, todo postor debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

Siendo ello así, resulta razonable que todos los participantes que se presentan tengan las mismas condiciones en cantidad de panelistas para la realización de la prueba de aceptabilidad, todo ello no sólo a efectos de garantizar el trato justo e igualitario entre los participantes que se presente para la realización de la referida prueba, sino

también la transparencia del procedimiento, puesto que de no ser así podría generarse ventajas sobre aquellos participantes que empezaron primero dicha prueba frente aquellos que fueron los últimos en realizarla.”

5.3. Principio de competencia u oposición

Siguiendo a Bielsa, precisamos que si no existe competencia, no existe de igual modo procedimiento de selección. La competencia entre los postores constituye parte esencial de este.

La competencia debe ser fomentada en todo momento, pues de la mayor participación de postores se favorece la Administración.

La normativa peruana recoge el principio de competencia, sin embargo tanto en los procedimientos regulares como en las subastas inversas; esta no es necesaria bastando la presencia de un solo postor. Asimismo, en la adjudicación de contratos vía los acuerdos o convenios marco, se verifica una libre elección. Tal situación no es la mejor y sobre ello ya se ha opinado en líneas anteriores.

El fomento de la competencia puede realizarse mediando las Bases o los pliegos particulares y también la propia normativa, a través de la reducción de costos de transacción innecesarios que se generan mediante cláusulas abusivas y exigencias sino desproporcionadas, sin sentido alguno, que no hacen sino desincentivar la participación de los postores inicialmente interesados, quienes interpretan los requisitos desmedidos como señales de un direccionamiento que les será difícil sortear.

Un punto importante de aplicación del principio de la competencia se encuentra referido a aquellos casos grises en donde el órgano de calificación y/o adjudicador tenga dudas entre la eliminación de un postor o su permanencia en el procedimiento por la validez de su propuesta o por ambigüedad de las Bases. Ante ello y siguiendo a Dromi, debe preferirse la participación del postor.

5.4. Principio de contradicción

Lucero Espinoza, después de enunciar a la concurrencia, igualdad y publicidad como principios jurídicos de la licitación; incluye al principio de contradicción debido a que este se deriva del principio del debido proceso y que implica la intervención de los interesados en las controversias suscitadas, facultándolos para impugnar las propuestas de los demás y a su vez, para defender la propia.²¹¹

²¹¹ LUCERO ESPINOZA, Manuel, La licitación pública, Editorial Porrúa, México D.F. 1993, pp. 35 y 36.

Ahora bien, la definición cuadra con un aspecto del principio, el de la defensa de lo propuesto y la denuncia (en sentido lato) de la inaplicación del derecho respecto de los contendores, mas ello no debe relegar el derecho que se recurran las condiciones establecidas en los pliegos o Bases.

En efecto y antes del procedimiento de selección y superada las fases de consultas y más allá de que la definición de la naturaleza jurídica de los pliegos generales y de los específicos propios del ordenamiento comparado, puede acontecer que las Bases o Pliegos contengan todavía condiciones ilegales, arbitrarias y/o que direccionen la adjudicación. En ese caso, es preferible el sistema de y previamente a la ejecución del procedimiento, esclarecer en definitiva las condiciones de las Bases vía el pronunciamiento de un organismo especializado e independiente, tal cual se establece en los instrumentos internacionales para la etapa de controversias en el procedimiento de selección (Véase el punto 7 de este Capítulo). En ese sentido, el ordenamiento peruano dispone acertadamente que las observaciones a las Bases sean resueltas por la entidad licitante y en forma definitiva por la entidad supervisora de las contrataciones del Estado (Véase el punto 6 de este Capítulo). Procedimiento este que es ajeno en muchas normativas nacionales en donde las condiciones deducidas como ilegales son impugnables en sede administrativa pero sin eficacia real por la oportunidad del pronunciamiento, inclusive estando el resultado solo a los efectos de una indemnización si se firma el contrato. Así pues el Código Contencioso Administrativo de Colombia, modificado por la Ley N° 446 de 1998 establece:

“Artículo 87. De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas.

Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato.

Creemos que el régimen no es el mejor en relación con las garantías del debido procedimiento y del principio de legalidad y que el mismo debe ser revisado estableciéndose la intervención de un organismo independiente y especializado tal como reclama Gonzáles López, más aún si se vislumbra como posible, de acuerdo a

los enunciados básicos de la Alianza del Pacífico, una uniformización de las normas de contratación Pública.²¹²

Ahora bien, retomando la fase del principio de contradicción a las controversias durante el procedimiento de selección en donde ya están superadas supuestamente divergencias respecto de las condiciones establecidas por la Administración, las controversias debieran estar centradas solo en los actos relativos a la eliminación de postores y a la adjudicación del contrato.

Las razones para que exista un régimen de impugnación de las decisiones de la Administración en los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, se circunscriben a la eficacia misma del procedimiento y al cumplimiento de la ley y el Derecho.

Si bien es cierto las decisiones de la Administración deben ser ajustadas a derecho y transparentes, éstas no son inmunes al error, la arbitrariedad o a desviaciones ilícitas. Ante ello, los particulares deben tener garantizada una vía impugnativa eficaz, interés que concuerda con el de la Administración dada su obligación de elegir la oferta más conveniente; de ahí que el principio de contradicción debe ser visto no solo como una garantía para los postores sino también como una colaboración eficaz para el cumplimiento de los fines de la Administración. Por otro lado, de estar garantizado el funcionamiento óptimo del organismo administrativo o judicial que resuelva oportunamente, otorgándose así confianza a los inversionistas cuya participación será mayor en los procedimientos convocados por la Administración con las ventajas que una mayor competencia asegura.

Lo anterior no pasará de ser meramente enunciativo si no se dota de fuerza ejecutoria a la decisión administrativa –como es en el caso peruano y en donde existe un Tribunal administrativo especializado–. Si bien la decisión de este Tribunal es recurrible ante el Poder Judicial; dada la sede, plazos e instancias, la sentencia

²¹² González López, indica: “Se hizo ya referencia a la necesidad de crear un ente o de asignar a esta función a uno existente, que a solicitud de un particular legitimado. del ministerio público o de oficio pueda conocer una impugnación y emitir un dictamen vinculante o no, para que en forma oportuna y antes de la adjudicación o acto de terminación del proceso determine si existe violación del ordenamiento jurídico, como sucede en derecho comparado.

Las decisiones judiciales provisionales o definitivas se producen generalmente cuando el contrato ya ha terminado y no cumplen esta importante función, y el particular ve resultado sus derechos frente a una administración que incurre en ilegalidades y que solo después de varios años se determinará si obró conforme a derecho. Resulta esencial la existencia de un organismo que asegure la legalidad, la eficiencia de la actuación precontractual y la oportunidad de su concepto o decisión administrativa.”

GONZÁLEZ LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal, la reforma consagrada en la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo N° 10, Bogotá, 2010, p. 327.

servirá de modo efectivo solo para recuperar la garantía ejecutada que aseguraba la pertinencia del recurso.

Debe estarse además de lo indicado que y en atención a que los principios no son absolutos, ciertamente podrán existir circunstancias excepcionales en donde puede determinarse que las decisiones de adjudicar un contrato sean irrecurribles en sede administrativa y que la sentencia producto de la impugnación en sede judicial, sirva solo a efectos del reconocimiento de una indemnización. Las causales deberán ser precisas y la decisión plenamente fundamentada. Como se comenta en el punto 7 de este Capítulo la tendencia actual está de parte de un pronunciamiento eficaz y oportuno. A consecuencia de la normativa comunitaria europea, las legislaciones de países que solo contemplaban indemnizaciones si lo resuelto era favorable al recurrente, han creado organismos y procedimientos especiales y eficaces en la solución de controversias pre contractuales, habiendo establecido España recientemente un tribunal administrativo especializado. En Latinoamérica destacan el Tribunal del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado en Perú, el Tribunal de Contratación Pública de Chile y el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de Panamá.

En la línea de lo expuesto, debe señalarse que la Ley Modelo de la CNUDMI propone tres tipos de recurso, solicitud de reconsideración, solicitud de revisión y el tercero denominado apelación. La solicitud de reconsideración debe interponerse antes de la suscripción del contrato y ante la propia entidad licitante, debiendo ser resuelto por el plazo que designara la Ley. El recurso de solicitud de revisión, deberá ser interpuesto ante un organismo ya existente o creado al efecto por el Estado promulgante. Por último, el recurso de apelación será presentado ante un tribunal judicial. En el primer caso en un plazo de 3 días se decidirá si se admite el recurso, de no pronunciarse la entidad se podrá interponer recurso de solicitud de revisión. Admitido el recurso se suspenderá el proceso, salvo que se decida que es de urgente interés público que el contrato siga su curso. El recurso de solicitud de revisión puede interponerse inclusive si el contrato ha sido firmado, ello con finalidad que sea otorgada una indemnización por los gastos razonables en que ha incurrido el postor y/o los daños y perjuicios sufridos.²¹³

²¹³ Artículo 65° de la Ley Modelo de Contratación Pública de la CNUDMI.

“Efectos de un recurso

- 1. La Entidad adjudicadora no adoptará ninguna medida que dé vigencia a un contrato en vías de adjudicación o a un acuerdo marco en vías de negociación si: a) Se le presenta una solicitud de reconsideración dentro del plazo indicado en el párrafo 2 del artículo 66; o si b) El [nombre del órgano independiente] le notifica una solicitud de revisión conforme al párrafo 5 b) del artículo 67 de la presente Ley; o si c) El [nombre del foro o de los foros judiciales competentes] le notifica una solicitud o apelación.*
- 2. La prohibición enunciada en el párrafo 1 caducará a los ... días laborables [el Estado promulgante fijará el plazo] siguientes a la fecha en que la decisión de la entidad adjudicadora, del [nombre del órgano independiente], o del [nombre del foro o de los foros judiciales competentes] haya sido comuni-*

Sin dejar de lado las razones que excepcionalmente podrían determinar la imposibilidad que sea improcedente un recurso o que este tenga efecto suspensivo, la orientación general debe centrarse en que se encuentre garantizado el derecho de impugnar la adjudicación con efectos suspensivos, con supuestos previamente definidos y plazos adecuados.

5.5. Principio de transparencia

La transparencia involucra acceso a la información lo que dificulta que se puedan coordinar precios referenciales, dirigir especificaciones técnicas, criterios de exclusión, de selección y de adjudicación de contratos así como establecer condiciones contractuales irrazonables o que no guarden relación con el objeto contractual. Siendo esta información de carácter público, se encuentra a disposición no solo de los organismos estatales de control o de supervisión, sino también de veedurías y de la opinión pública en general. El ejercicio del principio de transparencia incide pues sobre las prácticas ilícitas y redundante en el manejo eficiente de los recursos públicos por lo que las normativas nacionales deben estar sujetas regularmente a dicho principio salvo excepciones fundadas de premura y/o eficacia. En relación a ello, el OSCE en reiterados pronunciamientos hace referencia a este principio para efectos de que la Entidad justifique determinada especificación técnica o factor de evaluación:

“Pronunciamiento N° 193-2011/DTN

Sin perjuicio de lo expuesto, considerando la envergadura de la contratación, y de conformidad con el Principio de Transparencia, deberá registrarse en el SEACE, con motivo de la integración de Bases, la documentación que sustente la existencia de pluralidad de postores y marcas que cumplan con las especificaciones técnicas previstas para los bienes materia de la presente convocatoria; de lo contrario, deberá eliminarse aquellas especificaciones técnicas que sean exclusivas de una marca en particular.”

“Pronunciamiento N° 056-2013/DSU

(...) Sin perjuicio de ello, en atención al principio de Transparencia, con ocasión de

cada al autor de la solicitud o apelación y a toda otra parte litigante, así como, en su caso, a la entidad adjudicadora.

3. *a) La entidad adjudicadora podrá solicitar, en cualquier momento, al [nombre del órgano independiente], o al [nombre del foro o de los foros judiciales competentes], que le sea permitido concluir el contrato en curso de adjudicación o el acuerdo marco, para lo que deberá alegar alguna razón de interés público urgente que lo justifique. b) El [nombre del órgano independiente], a raíz de su examen de esa solicitud [o actuando de oficio], podrá autorizar a la entidad adjudicadora a concluir el contrato que sea objeto de adjudicación o el acuerdo marco, si estima que razones de interés público urgentes lo justifican. Esa decisión del [nombre del órgano independiente], y las razones que la motiven pasarán a formar parte del expediente del proceso de contratación, y deberán ser comunicadas sin tardanza a la entidad adjudicadora, al autor del recurso, a las demás partes litigantes y a todos los demás participantes en el proceso de contratación.”*

la integración de las Bases deberá publicarse el estudio de posibilidades que ofrece el mercado que acredite la existencia de pluralidad de proveedores en capacidad de cumplir la totalidad de las especificaciones técnicas previstas en el paquete N° 19, siendo que para tal efecto deberá registrarse, adicionalmente, un cuadro comparativo en el que se pueda desprender la información requerida.”

“Pronunciamiento N° 099-2010/DTN

(...) conforme a lo dispuesto por el Principio de Transparencia, las contrataciones deben realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, de ahí que para determinar si una oferta cumple con los requerimientos debe exigirse criterios cuyo sustento y forma de cumplimiento sea conocido por los potenciales postores y que puedan ser objetivamente aplicados por la Entidad.”

Ahora bien, la transparencia en la contratación pública puede ser abordada desde una visión que no se circunscriba a las normativas locales, sino desde una perspectiva internacional. En este ámbito la temática es muy diversa, sin embargo puede establecerse como puntos principales además del frustrado acuerdo de la OMC referido a la transparencia en las Contrataciones Públicas, los relativos a la lucha contra la corrupción y el empleo de las tecnologías de la información y comunicación que han dado lugar al *e-government procurement*.

El indicado acuerdo de la OMC sobre transparencia en la contratación pública se impulsó en 1996 en la Conferencia Ministerial de Singapur para superar la no afiliación al Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de los países en vías de desarrollo. Se decide a mérito del proyecto presentado por EE.UU. y la Comunidad Europea, constituir un Grupo de Trabajo sobre Transparencia en la Contratación Pública que estudie la conveniencia de un Acuerdo Provisional Multilateral de Contratación Pública. El proyectado Acuerdo Multilateral no debía imponer ninguna obligación de fondo sobre el trato de la nación más favorecida o trato nacional, sino que debía buscar dotar de mayor transparencia todos los aspectos procedimentales de la contratación pública a fin de aumentar la competencia para mejorar la eficiencia de los licitantes y estimular la innovación en el sector público, mejorar la relación calidad-precio y disminuir el gasto presupuestario, promover la colaboración entre empresas nacionales y extranjeras, combatir la corrupción, etc. Lamentablemente, en agosto de 2004, no habiéndose llegado a ningún acuerdo sobre la puesta en marcha de las negociaciones, el Consejo General de la OMC decide suspender las actividades del grupo de trabajo sobre transparencia en las contrataciones públicas.

Un instrumento que si se encuentra vigente y que influye en el continente respecto de la transparencia en la contratación pública es la Convención Interamericana contra la corrupción, aprobada en Caracas el 29 de marzo de 1996 y que

entró en vigor el 6 de marzo de 1997. La convención contiene disposiciones que son aplicables a las contrataciones públicas pues trata sobre connivencias ilícitas entre funcionarios públicos y particulares, el enriquecimiento ilícito y el llamado soborno transnacional por el cual debe preverse como delito en los ordenamientos de los países que han hecho suya la convención, la obtención de ventajas indebidas de parte de sus nacionales respecto de funcionarios públicos de otros países. Los propósitos fundamentales de la Convención son los de lograr acciones internas de cada Estado para promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, aminorar y erradicar la corrupción, debiendo participar de ello la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales. Asimismo se debe promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados para la eficacia de las medidas y de las acciones a tomarse.²¹⁴

Además de la Convención interamericana existen otros instrumentos que de forma similar involucran a los actos de corrupción en las contrataciones públicas. Así tenemos el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo de la Unión Europea en mayo de 1997; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), en noviembre de 1997; el Convenio de derecho penal sobre la corrupción, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de enero de 1999 y; la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. Para este instrumento entre diciembre de 2001 y octubre de 2003 el Comité Especial celebró siete periodos de trabajo, presentándose el proyecto definitivo ante la Asamblea General el 31 de octubre de 2003 (resolución 58/4) y ante la Conferencia Política de alto Nivel, en Mérida, Yucatán, del 9 al 11 de diciembre de 2003. Después de haber sido firmada la Convención por 95 países en Mérida, y con la presentación del instrumento de ratificación número 30, la Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.²¹⁵

En líneas gruesas y respecto de las contrataciones electrónicas, en principio, la utilización de Internet para sistematizar las distintas fases que involucra el proceso de contratación, incluyendo el procedimiento de selección, implica una competencia abierta y transparente permitiéndose el control de la sociedad respecto del buen uso de los recursos públicos; mas los obstáculos técnicos, legales y materiales que el proceso involucra, han venido siendo afrontados por cada país de forma individual ante la ausencia de parámetros internacionales, situación que ha comenzado a cambiar, con la iniciativa de la CEPAL que ha elaborado un Manual de Contrata-

²¹⁴ ELLIOT, Kimberly Ann, La corrupción en la economía local, LIMUSA Noriega editores, México D.F. 2001, p. 261.

²¹⁵ Para mayor información <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2770/8.pdf>

ción Pública para América Latina, “Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad”

Dicho manual hace referencia al nacimiento de los contratos públicos. Gonzalo Suárez Beltrán y Roberto Laguado Giraldo indican referencias al nacimiento de los contratos administrativos, las prerrogativas públicas y las garantías de los contratistas, la licitación pública como regla, etc.

En cuanto al principio de transparencia se indica que *“Este principio también se puede manifestar en la promoción de una mayor apertura mediante disposiciones que requieran la publicación de las decisiones administrativas y la obligación de motivar las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Igualmente es una salvaguardia frente las decisiones y de divulgar otros datos de interés general. Igualmente es una salvaguardia frente a decisiones o medidas arbitrarias o indebidas que puedan adoptar la autoridad contratante”*.²¹⁶

Asimismo la transparencia no solo debe formar parte de la etapa precontractual sino también de la ejecución de un contrato: *“Ello supone 1) Etapas y productos definidos en cada fase de la ejecución contractual, 2) Clausulado común uniforme en relación con las obligaciones de los contratistas y, 3) Informes de supervisión y/o interventoría puestos a disposición de la ciudadanía, en relación con el cumplimiento del contrato tanto de manera parcial como definitiva”*.²¹⁷

El Gobierno electrónico (*e-government*) promueve la igualdad, genera más competencia y sobretodo produce un mayor nivel de transparencia. Los autores de la guía CEPAL definen *“e-government procurement”* como la *“Estrategia de mejoramiento de los sistemas de adquisiciones a través del uso de las tecnologías de información (especialmente el Internet) por los gobiernos en sus relaciones con los proveedores de bienes, obras y servicios de consultoría, con la ciudadanía en general, y con las instituciones públicas o privadas directamente involucradas en sus procesos de adquisiciones”*.²¹⁸

A nivel europeo la Directiva 2004/18/CE del Departamento europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004 sobre “Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios, contiene disposiciones en torno a los denominados sistemas dinámicos de contratación que no es otra cosa que las contrataciones electrónicas. La Unión Europea tuvo como

²¹⁶ Suarez Beltrán, Gonzalo- Laguado Giraldo, Roberto, Manual de contratación pública electrónica para América Latina Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad, CEPAL – Colección Documentos de proyectos, p. 14.

²¹⁷ Suarez Beltrán, Gonzalo- Laguado Giraldo, Roberto, Ob. cit. p. 15.

²¹⁸ Suarez Beltrán, Gonzalo- Laguado Giraldo, pág. Ob. cit. p. 32.

meta de acuerdo a la Declaración de Manchester de octubre de 2005 y el Plan de Acción e Europe 2010, que los contratos administrativos puedan al 2010, ejecutarse al 100% en formato electrónico en todas sus fases, realizándose al menos el 50% de ese modo. Es de verse que dicha meta no fue cumplida.

Ante el poco éxito de la Directiva 2004/18/CE, debe destacarse la Resolución 2048(INI) emitida por el parlamento europeo sobre la modernización de la contratación pública. Esta resolución señala en su sexta misión que *“la legislación no es la única clave para promover el cambio; pide, por tanto, a la Comisión que explore nuevas vías para intercambiar experiencias, compartir buenas prácticas y transferir conocimientos a través de las fronteras entre agentes locales y regionales; resalta la imperiosa necesidad de seguir ampliando las capacidades y los conocimientos del personal que maneja la contratación electrónica y, mediante incentivos a escala nacional o de la UE destinados a establecer «igualdad de condiciones» entre las PYME y las grandes empresas, ayudar a las PYME a obtener capacidades y conocimientos; acoge con satisfacción el Instrumento de Interconexión para Europa como un nuevo instrumento destinado a impulsar la contratación electrónica transfronteriza, facilitando de este modo el desarrollo del mercado único.”*

Retomando lo relativo al principio de transparencia señalamos que si bien no es privativo de los procedimientos de selección de contratistas, alcanza particular importancia, siendo por esta razón que es posible citarlo como principio licitatorio. Es más, su papel no solo se circunscribe al procedimiento administrativo de selección, sino que abarca todo el proceso de contratación, debiendo demandarse también su aplicación por tanto en la fase administrativa interna y posteriormente en la ejecución del contrato.

Como se ha indicado, el principio de transparencia se encuentra inmerso en la Convención Interamericana contra la corrupción y ha sido previsto en la Ley Modelo de la CNUDMI, en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, en el Derecho comunitario europeo, en los Capítulos de Contratación Pública de los Tratados de Libre Comercio y en toda normativa nacional de contratación pública. La base fundamental del principio estriba en que si tanto la información como las actuaciones de las autoridades y de los particulares intervinientes es pública, la supervisión y el control se encuentran garantizados, sirviendo ello de freno para desviaciones de los fines de todo el proceso de contratación y el consiguiente cumplimiento de los restantes principios licitatorios.

El principio de transparencia involucra no solo potenciar a las Entidades encargadas de las funciones de control y de supervisión, involucra también la organiza-

ción o mejora de los canales de interacción con el control ciudadano y la vigilancia también del adecuado desempeño de quienes ejercen el control.²¹⁹

El principio de transparencia debe aplicarse en los actos de administración interna, debiendo estar sustentadas de forma clara y razonable, entre otros: la decisión misma de contratar, la determinación del valor referencial, la elección de las especificaciones técnicas o términos de referencia, los criterios o factores de selección y/o los de adjudicación del contrato (dependiendo de la normativa) en fin, todos los actos internos relacionados con el proceso de contratación y que luego se concretarán en las Bases o Pliegos particulares y que deberán ser de conocimiento de aquellos que consulten o impugnen dicho documento.

Asimismo, las consultas y el derecho de impugnar constituyen igualmente manifestación del principio de transparencia, debiendo por tanto estos mecanismos estar garantizados en cuanto a su idoneidad. La impugnación (observación) de las Bases sin efecto suspensivo o de resolución indefinida, no garantiza transparencia. Igualmente, las Bases integradas, luego de las consultas e impugnaciones deben ser nuevamente publicitadas para que así, aquellos particulares que inicialmente desistieron de participar, tomen nuevamente una decisión con arreglo al documento saneado.

El derecho a recurrir las decisiones de la Administración en el procedimiento administrativo, incluida claro está la adjudicación del contrato, es también manifestación del principio de transparencia, debiendo también gozar de efectos suspensivos la impugnación del acto de adjudicación, salvo razones de interés público que debieran estar expresadas en la normativa. Adelantamos que gracias a directivas comunitarias específicas en algunos países miembros de la Unión Europea como es el caso de Alemania y la propia España, se ha otorgado garantías para las impugnaciones en el sentido expuesto, pasando los sistemas de impugnación, de ser exclusivamente de reconocimiento de daños y perjuicios, al garantizar una tutela efectiva del derecho de los impugnantes a que se reviertan las decisiones impugnadas, entre ellas la de adjudicación del contrato.

Por el principio de transparencia debe considerarse a los recursos no como un entorpecimiento de los fines de la Administración sino como la colaboración de los particulares en el accionar de sus intereses, del cumplimiento del principio de legalidad y de la consiguiente protección de los recursos y fines públicos.

²¹⁹ *“La solución no pasa por agrandar el funcionariado burocrático; antes bien, es preciso dinamizar el espacio y el tiempo de la participación administrativa de los interesados”. “(...) Corresponde a los poderes del Estado (en tanto responsables políticos) a la Administración y a los particulares, en la medida de sus responsabilidades, controlar al control, velando por el adecuado desempeño de los órganos estatales de control externo e interno” (DROMI, Roberto, Modernización del control público, Hispania Libros, Madrid – México, 2005, pp. 18 y 20).*

Además de la sustentación de los actos de administración interna y también de los actos administrativos y del derecho de recurrir tanto las Bases como los actos administrativos que se susciten en el procedimiento de selección, existen las acepciones del principio de transparencia relativas a la publicidad y al acceso a la información y documentos contenidos en el expediente, con la sola excepción de aquello que constituya propiedad intelectual, secretos técnicos o comerciales²²⁰.

Los particulares deben tener garantizado el derecho de revisar el expediente de forma inmediata sin que sean afectados plazos de impugnación, pudiendo obtener copias simples o fedatizadas en cualquier instancia desde la convocatoria, incluyendo los documentos sustentatorios de lo plasmado en las Bases o Pliegos de Condiciones.

En cuanto a la publicidad entendida en principio como la difusión oportuna de los procedimientos de selección vía portales electrónicos o en defecto de ello mediante avisos de cualquier índole, se indica que ésta constituye el soporte para el cumplimiento del principio de libre concurrencia y competencia. La publicidad se debe manifestar también en el carácter público del acto de recepción y la verificación del contenido mínimo de los sobres, así como en las audiencias que se susciten en el marco de una impugnación. Constituye igualmente manifestación de la publicidad y del principio de transparencia los sistemas de registros de proveedores por los cuales la información contenida en ellos, es pública.

Dos puntos más relativos al principio de transparencia, el primero vinculado a lo dispuesto en la normativa peruana con relación a los laudos recaídos en los procesos arbitrales que se generen con ocasión de controversias contractuales y el pago oportuno de las obligaciones de la Administración Pública. Así como el Derecho Administrativo sufre transformaciones por la irrupción del arbitraje en los contratos del Estado, este instrumento del Derecho Privado se ve remecido también por el Derecho Administrativo en cuanto a uno de sus elementos bases, la reserva o confidencialidad de los laudos. En efecto y en cuanto estos versan respecto de contratos públicos, se ha dispuesto con acierto que sean públicos a través de su remisión al OSCE.

²²⁰ Moreno Molina ha denominado a esta reserva del principio de transparencia como principio de confidencialidad, cita sustentando su correcta apreciación, el artículo 6° de la Directiva 2004/18/CE (Directiva comunitaria europea sobre contratos del sector público) *“sin perjuicio de las disposiciones de la presente Directiva, en particular las relativas a las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores establecidos en el apartado 4 del artículo 35° y en el artículo 41°, y de conformidad con la legislación nacional por la que se rija el poder adjudicador, este no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial. Dicha información incluye, en particular, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas”* MORENO MOLINA, José Antonio, La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Bellido Ediciones, Lima, 2007.

¿Cómo así el pago oportuno de las obligaciones del Estado se relaciona con el principio de transparencia? Mairal indica que como cultura pública se tiene que el pago de una deuda no es el cumplimiento de una obligación sino un acto de gracia. Ahora bien, en cuanto no existe o se incumpliese la normativa existente relativa al pago oportuno, la desprotección jurídica efectivamente deviene frecuentemente en falta de transparencia²²¹. La decisión de no pago, la discrecionalidad en cuanto a su preferencia, genera espacios para lo ilícito. Debe por tanto pagarse puntualmente, de forma automatizada y en orden cronológico, debiendo el cumplimiento de los pagos ser objeto de supervisión del ente rector de los contratos públicos.

6. BASES O PLIEGOS DE CONDICIONES. NATURALEZA JURÍDICA, CONSULTAS E IMPUGNACIONES

Fundamentalmente las Bases o pliegos de condiciones son el conjunto de disposiciones que rigen el procedimiento de selección y también la ejecución contractual. Este documento contiene, dependiendo del ordenamiento local, cuestiones relacionadas a la descripción del objeto contractual (especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico), el precio, valor estimado o referencial, los criterios de exclusión, evaluación y/o adjudicación del contrato, la proforma del contrato y condiciones de tipo procedimental.

En ese mismo sentido, en el Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se indica que las Bases contienen el conjunto de reglas formuladas por la Entidad convocante, donde se especifica el objeto del proceso, las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato y los derechos y obligaciones de los participantes, postores y del futuro contratista.

Siendo entonces que las Bases establecen el conjunto de reglas que rigen el procedimiento de selección así como el ulterior contrato, los postores generalmente tienen el derecho de formular consultas sobre el sentido de las condiciones o exigencias expuestas en las mismas. Así se ha previsto en el artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado que a la letra dice:

*“Artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado.
(...) A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases (...).”*

Este derecho se sustenta en que teniendo que formularse las ofertas ciñéndose estrictamente a las condiciones establecidas por la Entidad, para que ello sea

²²¹ MAIRAL, Héctor A., Las raíces legales de la corrupción o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla, Cuadernos rap, ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 84.

posible, en vista que pueden presentarse problemas de interpretación o quizás condiciones discriminatorias o contrarias a la legalidad y no siendo posible, por lo general, un trato directo del Comité con los postores que haría presumir favoritismo; se hace necesario el sistema de consultas, sistema que en nuestro caso es escrito e individual, existiendo en otras legislaciones la modalidad de audiencia pública.²²²

Con la finalidad que se despejen dudas o aún más, aunque de modo indirecto, se ajusten las Bases a las condiciones que establece la ley de la materia o al ordenamiento jurídico en general inclusive; los interesados se encuentran facultados a realizar las consultas que consideren pertinentes dentro del plazo legal, las cuales deberán ser puntuales, claras y sustentadas de ser necesario.

Las respuestas que emita la entidad y que deberán ser comunicadas a todos los postores, formarán parte integrante de las Bases y luego del contrato. Estas deberán ser sustentadas. Si bien es cierto es dable la remisión a absoluciones realizadas con anterioridad a otro postor en caso de identidad de consultas, las respuestas deberán cumplir con su finalidad, esto es, la aclaración de la duda o inquietud formulada por el postor. Se debe evitar la práctica nociva de no absolver problemas de interpretación o de reformulación de conceptos a través de la fácil remisión a determinado punto de las Bases, que en muchos casos son precisamente los de materia de consulta.

Adicionalmente, se debe indicar que el sentido o alcance de la consulta no es de carácter restrictivo, siendo posible el planteamiento de ésta a modo de solicitud, sobre la cual, por transparencia, la entidad tiene la obligación de pronunciarse.

Sobre la impugnación de las Bases por no ajustarse estas a derecho, debe decirse en primer término que en el régimen peruano no existe el problema de distinguir entre pliegos generales y específicos, es decir los otorgados por la normativa especial y los elaborados por las entidades licitantes. En la normativa comparada dicha distinción lleva a contemplar supuestos diferentes de impugnación en atención a la

²²² El artículo 220° del Decreto Nacional 019-2012 derogó al numeral 4 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993, quedando así: "4. Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas interesadas en el proceso se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los pliegos de condiciones, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes. En la misma audiencia se revisará la asignación de riesgos que trata el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007 con el fin de establecer su tipificación, estimación y asignación definitiva. Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por seis (6) días hábiles. Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, la cual remitirá al interesado y publicará en el SECOP para conocimiento público."

naturaleza jurídica de ambas clases de pliegos o bases: reglamento y/o acto administrativo.

La discusión en cuanto a si las Bases constituyen actos administrativos o reglamentos no es determinante en el Derecho peruano. El régimen de impugnación existe y es claro. Sin embargo, debe decirse que las categorías de acto administrativo o reglamento no terminan de encajar dentro de las particularidades de las Bases, por lo que estas tienen una naturaleza especial, diferente y circunscrita a crear efectos jurídicos en un primer momento, respecto solo de la entidad licitante y de quienes presenten sus propuestas y luego entre la entidad y respecto de aquel particular que es beneficiado con la adjudicación del contrato.

En la normativa peruana las impugnaciones de las Bases se encuentran previstas como “observaciones a las Bases”, tal y como lo establece el artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado:

*“Artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado.
(...) mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección.
(...)”*

El procedimiento recursivo se inicia primero ante la propia entidad licitante y luego en instancia administrativa definitiva y mediando una solicitud simple, se podrán elevar las observaciones al OSCE, teniendo la obligación de pronunciarse no solo respecto de lo solicitado por los participantes en un procedimiento de selección, sino también de oficio sobre cualquier ilegalidad no puesta de manifiesto por los postores. Las Bases revisadas por el OSCE tienen carácter definitivo.

Llegados a este punto, es preciso hacer mención a que el OSCE, desde hace mucho, se ha auto impuesto límites en su función supervisora respecto de las decisiones “discrecionales” de los licitantes, renunciando a un examen objetivo mediante las técnicas universales de control o supervisión de la discrecionalidad, con ocasión de la elevación de observaciones a las Bases.²²³

²²³ Como ejemplo de lo indicado puede utilizarse un precedente de hace por lo menos 8 años. Se trata de un procedimiento convocado por ESSALUD, en donde una empresa norteamericana eleva las Bases al entonces CONSUCODE indicando que las especificaciones técnicas de un kit quirúrgico (aguja e hilo quirúrgico en empaque plástico esterilizado) no puede solicitarse con un hilo de “x” centímetros por sobre una medida estándar, habida cuenta que solo se puede utilizar la medida estándar del hilo debido a que la aguja luego de esa medida, al perder filo, no puede o no debe utilizarse en el paciente. El asunto tenía como agregado que los kits de empresas extranjeras venían con la medida de hilo quirúrgico estándar y que algunas empresas nacionales si podían implementar kits ad hoc al fabricarse estos localmente. El caso termina en que el CONSUCODE concluyó que tratándose de una decisión discrecional se sustraía

Los casos de omisión de supervisión de decisiones discrecionales que absuelven observaciones respecto de factores de evaluación o de especificaciones técnicas contenidos en las Bases de los procedimientos de selección, y en donde los parámetros de “razonabilidad y congruencia con el objeto de la convocatoria” son insuficientes, se han estandarizado mediante fórmulas o párrafos cliché en los pronunciamientos emitidos por el OSCE:

“Pronunciamiento 063-2013/DSU

(...) *Observación N° 1: Contra los requerimientos técnicos mínimos – Impresora multifuncional:*

(...)

En ese sentido, de conformidad con lo indicado precedentemente, la Entidad convocante resulta competente para determinar los requerimientos técnicos mínimos, en la medida que posee la información y conocimiento de las necesidades que pretende satisfacer con la realización del proceso de selección.

Por lo expuesto, considerando que el observante pretende modificar los requerimientos técnicos mínimos del ítem N° 1, que la Entidad, a través del pliego absolutorio de observaciones, ha ratificado que los equipos requeridos deben cumplir con los requerimientos técnicos mínimos para satisfacer su necesidad, y dado que su determinación es competencia y exclusiva responsabilidad de ella, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la presente observación. (...)” (Subrayado agregado)

“Pronunciamiento 401-2013/DSU

Cuestionamiento único contra la documentación de presentación obligatoria (...):

En el informe técnico remitido con motivo de la elevación de observaciones, el Comité Especial manifestó que se recogieron las exigencias de la normatividad vigente respecto de los equipos de calidad. En virtud de lo expuesto, considerando que es competencia de la Entidad la determinación de los requerimientos técnicos mínimos así como los documentos con los cuales éstos serán acreditados, y siendo que el observante solicita eliminar el requerimiento del certificado de Clase A sin poseer facultades para ello, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la observación formulada. (...)” (Subrayado agregado)

de un pronunciamiento al respecto, siendo responsable de la decisión discrecional la Entidad licitante. ¿Cómo se debió operar en el ejemplo? Pues controlando la decisión discrecional técnica debiendo determinarse si la aguja sufría o no el desgaste indicado que hacía posible o imposible la utilización del hilo más allá de la medida estándar internacional, ello mediando estudios internacionales asequibles en internet o acudiendo a un banco de peritos en donde alguno de ellos, designado aleatoriamente, debe pronunciarse al respecto a costo del observante.

No sabemos cómo se desarrolló la ejecución del contrato y cómo se utilizaron los kits ni si la Contraloría controló asumiendo funciones al respecto. Nos inclinamos a pensar que hubo un direccionamiento, un favorecimiento ilegal y que ello quedo impune con la participación del CONSUCODE.

La situación expuesta no ha cambiado mucho, del caso del kit quirúrgico podemos ir al caso reciente de la exigencia de una certificación extranjera de ruidos mínimos solicitado para computadoras (está vez en perjuicio de fabricantes nacionales) que debieron usarse en la sede de una Entidad ubicada en plena avenida Abancay en el centro de Lima en donde la contaminación sonora es objetivamente alta y supera cualquier ruido de cualquier computadora, siendo por lo tanto insostenible el requisito exigido.

“Pronunciamiento 402-2013/ DSU

Observación N° 1 Contra las especificaciones técnicas de los ítems N° 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15:

(...)

Al respecto, de la revisión realizada al pliego de absolucón de observaciones se observa que la Entidad ha decidido modificar el requisito en cuestión, en los siguientes términos “Año de fabricación: mínimo 2012, unidad nueva de fábrica, sin uso, con máximo de 20 horas a la entrega en el almacén periférico de la Entidad”.

En esa medida, siendo que es de responsabilidad de la Entidad la determinación de las especificaciones técnicas de los bienes a adquirir, en función de las necesidades que pretende satisfacer, y en tanto el observante persigue modificar una de las especificaciones técnicas previstas para los ítems N° 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 conforme con lo que él propone, sin poseer facultades suficientes para ello, este Organismo Supervisor decide NO ACOGER la presente observación. (...) (Subrayado agregado)

“Pronunciamiento 412-2013 /DSU

(...) *Observaciones N° 6 y 8 Contra los factores de evaluación.(...):*

Con relación a la observación formulada, debe indicarse que, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento y tal como lo ha citado el participante, el Comité Especial determina los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, así como los puntajes y criterios para su asignación, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria y siendo que el factor en cuestión resulta concordante con la normativa de contrataciones, corresponde NO ACOGER la Observación N° 6. (...) (Subrayado agregado)

Como es de verse, el actuar del OSCE dista mucho de una labor eficiente de supervisión de las decisiones discrecionales de las Entidades, omitiéndose funciones que son las que debieran hacer la esencia de la supervisión, trasladando dicha responsabilidad ¡al mismo supervisado!, advirtiéndole en el mejor de los casos que es de su responsabilidad la decisión asumida.

Ahora bien, contrario a lo que indica el OSCE indirectamente con sus pronunciamientos, las decisiones discrecionales como se sabe, admiten ser revisadas, habiendo la doctrina realizado un vasto desarrollo del control del ejercicio de las atribuciones discrecionales utilizando para ello principios generales del derecho y principios específicos del derecho administrativo, reconocidos ambos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley de Contrataciones del Estado y por la Constitución Política del Perú, principios que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento, estando entre ellos, de manera destacada, el de proporcionalidad y por el cual de un modo claro el OSCE debiera ponderar si en efecto la medida es razonable, proporcional en sentido estricto y adecuada a la finalidad del procedimiento de selección, estableciendo pros y contras y en su caso, asesorándose por especialistas recurriendo a un banco de peritos cuyo costo deberá ser asumido por el observante.

El caso de ausencia o deficiencia en el control de las decisiones discrecionales inmersas en las Bases no es un problema de la normativa, pues esta labor debe ser cumplida por el OSCE de acuerdo a sus funciones y a los principios que la propia norma enumera; se trata en realidad de un problema de interpretación o de recursos humanos y materiales en donde se ha optado por una solución simplista de traslado de responsabilidades a todas luces irregular y que perjudica no solo a los postores de buena fe sino al propio Estado (Véase también el punto 8 de este capítulo).

6.1. Políticas de fomento vía especificaciones técnicas, factores de evaluación y de adjudicación: “Compre Nacional”, MYPES, objetivos sociales y medioambientales

Las normativas nacionales de contratación pública, en más o en menos, son vehículos tanto de control del cumplimiento de obligaciones de carácter tributario y de seguridad social como de fomento de determinadas actividades de carácter privado, pero de evidentes connotaciones de interés público.

La actividad de fomento, es diversa, estando entre estas la del desarrollo de actividades de producción de bienes y servicios dentro del territorio nacional, más conocido como el régimen de “Compre Nacional”; el fomento del empleo y de la actividad formal mediante el desarrollo de las micro y pequeñas empresas; el cumplimiento de metas sociales favoreciendo por ejemplo a la mano de obra local o a determinados colectivos sociales marginados o excluidos como el caso de los trabajadores jóvenes y los discapacitados y; por último, el logro de metas en cuanto a políticas ambientales.

6.2. Políticas de fomento económico

a. “Compre Nacional”

Constituye una práctica común en las normativas locales favorecer al empresario nacional respecto de la competencia de las empresas extranjeras mediante la prohibición de la participación de estas últimas (Licitaciones Nacionales) o la restricción para la evaluación de las propuestas de solo la experiencia alcanzada dentro del territorio nacional o la entrega de una bonificación en el puntaje final a las empresas de origen nacional o de las que desarrollen actividades de producción de bienes o prestación de servicios dentro del territorio nacional, todo esto en la idea que estas empresas contribuyen a la creación de puestos de trabajo y que ello se vería mermado si es que se abriera el mercado de los contratos públicos para las empresas extranjeras.

Si bien es cierto lo antedicho tiene sentido, debe contemplarse también el hecho que el Estado y en su caso los beneficiarios directos de la actividad pública, pueden favorecerse de precios baratos y mejores productos y servicios ofrecidos por las empresas foráneas, razón por la cual las políticas de fomento de las empresas locales no pueden ser de aplicación general y permanente, debiendo realizarse estudios de la eficacia de estas y según ello, proceder a eliminarlas o reducirlas. Debe recordarse y de acuerdo con lo explicado en el primer capítulo de este trabajo, que las políticas de fomento de las empresas locales vienen siendo eliminadas en la praxis por “el trato nacional” que demandan las secciones de “Contratación Pública” de los Acuerdos de Libre Comercio o en su caso, por normativa comunitaria.

Nuestra normativa de contrataciones del Estado, ha desechado desde hace buen tiempo políticas de fomento a través del favorecimiento de productos y servicios de origen nacional.

b. Micro y pequeña empresa

La micro y pequeña empresa son conocidas en Iberoamérica como PYME. Si bien el término es utilizado en diversos países, entre ellos, Colombia, España, Chile y Argentina, cada legislación local destaca ciertas características para ser definidas como tal.²²⁴

En el Perú, se cambió la denominación por la de (MYPE), estas constituyen más del 90% de las sociedades formalmente constituidas y en conjunto, el 40% del total de compras del Estado adjudicadas al sector empresarial²²⁵, razón por la cual se fomenta su conservación y crecimiento otorgándoseles algunas ayudas para acceder al mercado de los contratos públicos. En el Perú, las MYPE han venido siendo favorecidas mediante disposiciones que señalan que debe preferírseles en caso de empate en el puntaje final alcanzado²²⁶ y mediante la reserva posible de cuotas exclusivas en determinados procedimientos de selección. También se les ha otorgado un régimen especial preferencial en cuanto al otorgamiento de las garantías, habiendo dispuesto nuestro ordenamiento que pueden acogerse al sistema de constitución de un fondo de garantía mediante la retención de un porcentaje de su facturación.²²⁷ Debe decirse con relación a este punto que, y al igual que en el caso anterior, los beneficios otorgados a las MYPE deberían ser monitoreados a fin

²²⁴ HUNDSKOPF, Oswaldo, “Las PYME en la contratación con el Estado: Beneficios y expectativas”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, AEDA, Grijley, Lima, 2006, p. 259.

²²⁵ Según nota de prensa 023-2012 del 10 de marzo del 2012 de la Unidad de Prensa e imagen Institucional del OSCE es un 40% <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/mypes-est%C3%A1n-superando-el-40-en-ventas-del-estado-seg%C3%BAAn-cifras-de-produce>.

²²⁶ Beneficio otorgado en los procedimientos de selección correspondientes a adjudicaciones directas y de menor cuantía. (Artículo 73° del Reglamento).

²²⁷ Artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado.

de determinar su eficacia. Asimismo, éstos deberían alcanzar distintos grados de acuerdo al sector al que pertenezcan y no deberían ser de tipo permanente puesto que lo que se busca es un incentivo para el fortalecimiento y competitividad de dichas empresas.

6.3. Fomento social. Políticas de discriminación positiva

La Unión Europea ha utilizado a la contratación pública como un medio de cumplimiento de sus políticas sociales y medioambientales. En 1996, mediante el libro verde de contratación pública, se incluyen las materias indicadas²²⁸. Mediante las Directivas 2004/17CE y 2004/18CE, se permite la inclusión de condiciones contractuales así como criterios de selección relativos a lo social y a lo medioambiental. Es más, a través la comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 2001 que versa sobre la temática en cuestión, se permitió que la Administración requiera a los particulares, por ejemplo, la obligación de dar trabajo a los desempleados, que se organicen actividades de formación para los jóvenes, la aplicación de medidas que promuevan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la diversidad racial o étnica, la obligación de contratar a un número de personas discapacitadas por sobre lo exigido legalmente, etc. Reflejo de lo antedicho es el artículo 150° del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de España, cuyo texto dispone la inclusión dentro de los criterios de valoración de las ofertas, a características vinculadas “(...) con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (...)”.

Ahora bien, el que se incluyan políticas sociales dentro de la contratación pública es una tarea además de política, técnica. Debe en síntesis buscarse un justo medio, la promoción pero sin una intervención deformante del objetivo de cualquier procedimiento de selección, esto es, contar con la oferta más conveniente.

En la actual coyuntura local de logros macroeconómicos pero de subsistencia de la exclusión social, el fomento social dentro del campo de la contratación pública resulta un mecanismo a evaluarse para su utilización en aquellos contratos en donde ello sea posible, fundamentalmente en los de servicios de limpieza y vigilancia además de los de obra pública. Los colectivos sociales sobre los que podrían recaer técnicas de discriminación positiva,²²⁹ son de fácil ubicación. Personas con

²²⁸ Libro Verde, La contratación pública en la Unión Europea, Reflexiones para el futuro, Comunicación adoptada por la Comisión Europea, noviembre de 1996.

²²⁹ “Se conoce como discriminación positiva a aquellas medidas dirigidas a un grupo determinado, con las que se pretende suprimir y prevenir una discriminación o compensar las desventajas resultantes de actitudes, comportamientos y estructuras existentes, aunque ello suponga una ventaja respecto de otro grupo social”

dificultad para acceder al mercado laboral, por ejemplo, jóvenes marginados por carecer de experiencia laboral, personas con todas sus facultades para trabajar satisfactoriamente pero que el mercado ha discriminado por llegar a determinada edad, mujeres, personas que sufren discapacidades, etc.

En el Perú, existe muy poco en materia de discriminación positiva en contratación pública. Puede citarse el caso de los discapacitados, los mismos que y para el caso de los concursos públicos de méritos para cubrir vacantes dentro de la Administración Pública, de acuerdo con la Ley N° 27050 modificada por la Ley N° 28164, Ley General de la persona con discapacidad, se les concede una bonificación del quince por ciento (15%) sobre el puntaje final obtenido siempre que cumplan con los requisitos para el cargo y hayan obtenido puntaje aprobatorio en su evaluación. En el campo específico de los contratos del Estado, la ley en comentario, en su artículo 38°, dispone que *“Las empresas e instituciones del sector público darán preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministro, calidad, y precio para su compra o contratación.”*

Mediante la Decisión 2010/48/CE de 26 de noviembre de 2009 la Organización de Naciones Unidas ha convenido beneficios para las personas con discapacidad.

Mediante el artículo 1° se establece *“promover, proteger y asegurar el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”*. En la lista de definiciones se entiende por *“Discriminación por motivos de discapacidad, cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo.”*

Se han establecido en su artículo 3° principios a seguir, tales como el respeto a la dignidad, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad, igualdad de oportunidades, accesibilidad, igualdad entre hombre y mujer, el respeto a la evolución de las facultades de niños y niñas con discapacidad y la preservación de su derecho a la identidad.

LESMES ZABALEGUI, Santiago, *Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral*, en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1419457>

Además este convenio genera un compromiso de los estados partes que tomaran medidas legislativas a fin de garantizar los derechos de los discapacitados. En el caso de la contratación de discapacitados se han establecido prohibición de discriminación en relación a todas las cuestiones relativas a forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y se asegura condiciones de trabajo seguras y saludables.

El artículo 27° sobre el “Trabajo y Empleo” protege los derechos de las personas con discapacidad, que estarán en igualdad de condiciones con las demás, tendrán condiciones de trabajo justas y favorables, así como igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor. En ese marco, se establece también la obligación de emplear personas con discapacidad en el sector público.

6.4. Fomento medioambiental. Compras ecológicas.

Al igual que en el anterior punto, la normativa comunitaria es el principal referente en lo que atañe al fomento medioambiental dentro de la contratación pública. Así pues la Directiva 2004/18/CE hace posible que las entidades públicas europeas puedan contribuir a la protección del medioambiente y al desarrollo sostenible.

La Ley española de Contratos del Sector Público en cumplimiento de la Directiva referida, en el artículo 150°, contiene como criterio para determinar la oferta más ventajosa, a las características medioambientales. El mismo artículo incluye además, cuando se refiere a la aplicación en determinados contratos de criterios cuantificables o tasados junto a los que son utilizados mediando un juicio de valor; *“h) Contratos cuya ejecución pueda tener un impacto significativo en el medio ambiente, en cuya adjudicación se valorarán condiciones ambientales mensurables, tales como el menor impacto ambiental, el ahorro y el uso eficiente del agua y de la energía y de los materiales, el coste ambiental del ciclo de vida, los procedimientos y métodos de producción ecológicos, la generación y gestión de residuos o el uso de materiales reciclados o reutilizados o de materiales ecológicos”*.

Se adoptó a propuesta del Ministerio del Medio Ambiente y del Ministerio de Economía y Hacienda, el Plan de Contratación Pública Verde de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social,²³⁰ el cual fue publicado en el diario oficial el 31 de enero de 2008, teniendo como marco normativo europeo la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo. El plan tiene como objetivo articular la conexión entre la

²³⁰ ORDEN PRE/116/2008, de 21 de enero de 2008.

contratación pública y la implantación de prácticas ligadas a la protección del medio ambiente.²³¹

Asimismo, con fecha 14 de octubre de 2011, se publicó un Código de Buenas Costumbres Medioambientales,²³² que más que ser un código técnico, viene a ser un código con pautas relacionadas a la incorporación de aspectos ambientales, entre las cuales tenemos la de *“disponer de toda la documentación que configura la política de gestión ambiental de la AGE (Administración General del Estado), de información de referencia para la redacción de las especificaciones técnico-ambientales para los pliegos de prescripciones técnicas y de información de referencia para la redacción de las especificaciones técnico-ambientales para los pliegos de prescripciones técnicas, entre otros”*.

Debe destacarse también que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, asimismo hace mención a políticas destinadas a proteger el medio ambiente. Así pues, el Artículo 60°, prohíbe a las empresas que han cometido infracciones en materia ambiental a contratar con el Estado teniendo además una política de precaución (Artículo 76°), centrada en la solvencia técnica en los contratos de obra alentando las medidas de gestión medioambiental para luego pasar a la obligación (Artículo 81°), de acreditar el cumplimiento de normas de gestión ambiental.

Igualmente, el artículo 150° que trata de los criterios de valoración de las ofertas, establece que *“Para la valoración de la proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculado al objeto de contrato, tales como la calidad, el precio, la formula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación de servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar (...)*²³³

Otra línea de fomento a destacarse que tiene acogida en cierta parte de América Latina y Europa es el PNUMA (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente) el cual se encarga de orientar a los estados a fin que empiecen a incor-

²³¹ Informe General sobre el Estado de la Contratación Pública Verde emitida por el Ministerio del Medio Ambiente y Medio Rural y Marino.

²³² Código de buenas prácticas ambientales para los contratos de mantenimiento y las obras menores para el desarrollo del Plan de Contratación Pública de la AGE

²³³ <http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>

porar las Compras Públicas Sostenibles (SPP) para cambiar las políticas medioambientales, económicas y sociales que manejan en la actualidad. Para formar parte del programa es necesario previamente, presentar una solicitud con información sobre la situación de la contratación pública del país solicitante. Luego el PNUMA pedirá una carta compromiso sobre la creación de una Organización de Coordinación Nacional (OCN) –normalmente Ministerios– y una lista de organizaciones propuestas para el Comité Directivo.²³⁴

En cuanto a la Directiva 2004/18/CE, la Comisión Europea ha elaborado un Manual sobre las denominadas compras ecológicas en las que se dan orientaciones a las Entidades que deseen implementar políticas medioambientales en sus contratos. Ejemplo de ello, son los criterios de adjudicación para los servicios de autobuses consistentes en determinados niveles de ruidos y emisiones de gases, la consideración para el caso de compras, suministros y obras públicas del llamado costo del ciclo de vida en donde el precio es uno de los elementos de esta conjuntamente con los costos de la etapa final: el desmantelamiento y la eliminación de residuos. En el caso de construcciones y de carreteras se hace referencia a la cantidad de residuos durante la demolición y su eliminación y a los beneficios del uso de materiales reciclados como el asfalto usado, respectivamente.²³⁵ No debe dejar de mencionarse que Greenpeace también aborda el tema a través de las llamadas compras verdes, que son aquellas realizadas por los Estados atendiendo a que se garantice mediante la exigencia de certificaciones, que determinados materiales como el papel y la madera provengan de una gestión responsable con el medio ambiente.²³⁶

Por último, el parlamento Europeo mediante la resolución 2011/2048(INI) de 25 de octubre de 2011 sobre la modernización de la contratación pública señala que los costos medioambientales “deben considerarse en la “oferta económicamente más ventajosa”.²³⁷

En el mencionado documento se acepta el Libro Verde de la Comisión, se señala además que los países, años después de instauradas las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, han advertido que la complejidad y la mala adaptación a las leyes nacionales han generado costos imprevistos en la Administración.

En el Perú, el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, incluye dentro de los principios rectores el de Sostenibilidad Ambiental:

²³⁴ <http://www.pnuma.org/>

²³⁵ *¡Compras ecológicas! Manual sobre la Contratación Pública Ecológica*. Comisión Europea, 2005, en: ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf

²³⁶ *Compras públicas ecológicas. Manual para convertir su ayuntamiento en “Amigo de los bosques primarios”*, Greenpeace, 2004, en: <http://www.greenpeace.org/espana/es/reports/compras-p-blicas-ecol-gicas/>

²³⁷ <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:131E:0025:0034:ES:PDF>

Artículo 4º.- Principios que rigen las contrataciones

“m. Principio de sostenibilidad ambiental: En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.”

Es en función al principio mencionado que tanto en la definición de los requerimientos técnicos mínimos como en el caso de los factores de evaluación contenidos en las Bases, se observan una serie de criterios tendentes a evitar que las contrataciones que efectúe el Estado generen impactos negativos en el medio ambiente, lo cual ha sido respaldado por el OSCE, tal y como se puede apreciar en los siguientes pronunciamientos:

Pronunciamiento N° 151-2012/DSU

“(…) en el pliego absolutorio el Comité Especial señala que requerir cierta antigüedad busca: “(…) asegurar que la empresa ejecutora no altere el ecosistema con la contaminación del ambiente a través de las unidades, ya que cuantos más años de antigüedad en su uso, por más mantenimiento que esta pudieran tener, mayor contaminación producirá.”

En tal sentido, en atención, al principio de Sostenibilidad Ambiental, regulado en el literal m) del artículo 4º de la Ley, que señala que en toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia, resulta razonable que las Entidades contemplen estas regulaciones en sus contrataciones a efectos de que en la ejecución contractual se verifique la utilización de vehículos que no descarguen o emitan gases, humos o cualquier otra sustancia contaminante que provoque la alteración de la calidad del medio ambiente.”

Pronunciamiento N° 286-2010/DTN

“Como es de verse, el Comité Especial ha considerado razonable asignar un puntaje adicional a aquellas empresas que cuenten con documento mediante el cual se aprueba el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (PAMA) para infraestructuras de transferencia tratamiento y disposición final de residuos sólidos de la Dirección General de Salud Ambiental del Ministerio de Salud (DIGESA).

Sobre el particular, debe tenerse presente que los procesos de contratación que se encuentra regulados por la Ley y su Reglamento, se desarrollan en el marco de Principios Generales del derecho público, uno de los cuales es el Principio de Sostenibilidad Ambiental que se encuentra previsto en el literal l) del artículo 4 de la Ley, y dispone que en toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia.”

Pronunciamiento N° 079-2013/DSU

“Ahora, si bien de acuerdo al Principio de Sostenibilidad Ambiental, en toda contratación se deben aplicar criterios que garanticen la sostenibilidad ambiental, procu-

rando evitar impactos ambientales negativos, debe tenerse en cuenta que las disposiciones que se adopten en atención a dicho principio deben encontrarse directamente relacionadas con la contratación a realizar.

Así, el contar con un proyecto operativo de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el relleno sanitario propuesto para la disposición de los residuos sólidos del distrito resulta razonable y acorde con el Principio antes citado, dado que coadyuvaría a que el servicio prestado a la Entidad se realice de manera sostenible, y por lo tanto, más adecuada.”

Así, en nuestro país, todo proceso de contratación debe observar el principio de sostenibilidad ambiental, de modo tal que se garantice el respeto a los estándares medioambientales existentes.

7. RÉGIMEN IMPUGNATIVO.

El ejercicio del principio de contradicción o de recurrir las decisiones de la Administración aplicado a los contratos públicos, se verifica en dos momentos, uno que va desde la convocatoria hasta la adjudicación y otro durante la ejecución contractual. En el régimen nacional, en la etapa precontractual, tenemos dos medios de impugnación, el referido a la ilegalidad de alguna condición establecida en las Bases y que es denominado como observación a las Bases (que hemos revisado en un punto anterior) y el que atañe a las decisiones de la Administración durante el procedimiento de selección, incluido el acto de adjudicación del contrato. No debe dejar de mencionarse que en el caso peruano, inclusive las impugnaciones traspone el periodo de adjudicación, siendo factible impugnar decisiones que se susciten en el lapso que existe entre la adjudicación firme o consentida hasta la suscripción del contrato.

7.1. Impugnación de decisiones suscitadas en el procedimiento de selección

El Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la OMC indica entre otros que en los procedimientos de selección de contratistas, deben preverse procedimientos de impugnación ante un organismo especializado de nivel nacional. El cumplimiento de dicho requerimiento debe generar predictibilidad y la disminución consecuente de los costos de transacción, sobre todo si se trata de un ente administrativo especializado y autónomo.

En el supuesto indicado, se tiene la ventaja de no recurrirse de primera intención al poder judicial, ello, entre otros además de la especialización y celeridad por el hecho que la decisión administrativa, ante la impugnación judicial, seguirá ejecutándose, siendo muy difícil que prospere una medida cautelar.

Es conocida la problemática de la función judicial. Comparte Latinoamérica, en más o en menos, el hecho de tener un sistema de administración de justicia que no pocas veces colisiona con su esencia y finalidad cuestión que origina que los costos de transacción aumenten, hecho por demás perjudicial no solo para los intereses del Estado sino también para los particulares.

Así las cosas, conviene que las controversias en la fase de la selección del contratante estatal, recaigan en un ente administrativo especializado y autónomo, con capacidad de suspender los efectos de lo decidido por el licitante ante la impugnación de algún postor.²³⁸

Si bien en España y Alemania, el reclamo respecto de decisiones de la Entidad licitante estaba concebido tan solo con miras a una indemnización por los tiempos en la solución de lo planteado, esto ha cambiado por imperio del derecho comunitario de las contrataciones públicas, primero a través de la Directiva 89/665/CE y luego por su modificatoria, la Directiva 2007/66/CE. España prevé en su régimen el denominado recurso administrativo especial mediante el cual se pueden recurrir los anuncios de licitación, los pliegos y documentos contractuales, actos de trámite que incidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos y como no, los acuerdos de adjudicación mismos. Debe resaltarse que vía medidas cautelares ante el “Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales”, se suspenden los efectos de los actos impugnados. En Alemania vía los denominados Órganos de Control (Nachprüfungsbehörden) a nivel federal, equivalente a decir de Huergo Lora, a un organismo administrativo de defensa de la competencia, las reclamaciones tienen efecto suspensivo respecto del acto de adjudicación, salvo afectación del interés público.²³⁹

²³⁸ La experiencia peruana es rica en el sentido que se expone, siendo conocido el rol del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado desde el año 1998, el cual ha venido resolviendo primero como segunda “instancia” administrativa y luego como instancia única, controversias dentro de los procedimientos licitatorios relativos a contratos de obras, adquisiciones, suministros, arrendamientos, servicios y consultoría. Es más, puede afirmarse que sin contar con una jurisdicción administrativa diferenciada de la ordinaria tal como acontece en Colombia, en los hechos, en el Perú existe una dualidad de jurisdicción en materia de contratos del Estado dado que si bien las decisiones del tribunal indicado pueden ser recurribles en sede judicial vía un proceso contencioso administrativo, la decisión judicial acontecerá luego de suscrito o ejecutado el mismo, quedando cerrada además la posibilidad de que este sea declarado nulo debido a que la normativa especial dispone esa posibilidad solo para el caso de infracción del principio de presunción de veracidad (documentos falsos o inexactos), sirviendo la sentencia para efectos de solicitar la devolución del monto de la garantía ejecutada por el tribunal.

²³⁹ HUERGA LORA, Alejandro, “El derecho de los contratos públicos en Alemania”, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, 2011, p. 113.

En el régimen local de impugnaciones, se ha pasado de un sistema previsto en la normativa primigenia de 1998 consistente en una doble instancia en sede administrativa en donde se podía recurrir las decisiones del organismo licitante y luego la que esta tomara ante el Tribunal del organismo supervisor de los contratos del Estado sin ningún límite por la cuantía o tipo de procedimiento de selección; a un sistema sumamente restrictivo en donde la última modificación consistente en admitirse la posibilidad de impugnación a partir de la modalidad de adjudicación directa pública, resulta solo una mejora leve.

En efecto, el texto original de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado de 1998 era sumamente amplio en materia de recursos, digamos que excesiva, lo que originó un cuello de botella en todo el proceso de contratación y a la postre una estigmatización de parte de la Administración que tomó este derecho constitucional de los particulares como obstáculo para una ejecución oportuna de los presupuestos y metas institucionales.

Se pasó de un extremo a otro, de un sistema excesivo a otro sumamente restrictivo consistente en la simplificación del régimen recursivo a un solo recurso, el de apelación ante el Tribunal del supervisor, restringiéndose aún más el acceso a este por una cuantía equivalente a las 600 unidades impositivas tributarias, (más o menos unos setecientos sesenta mil dólares), estableciéndose que por debajo de dicha cantidad sea la misma entidad licitante la que resuelva los reclamos de los postores, cuestión esta que si bien pudo justificarse como medida que favorecía el gasto público ante la crisis mundial que nos afectó hace más de un lustro, desaparecida la causa debió volverse al régimen anterior, cuestión que no ocurrió sino que por lo contrario, el sistema fue asumido como regular, ocasionándose prácticas generalizadas de corrupción pues ningún postor sensato ejerce su derecho ante el Juez de la causa que es también parte, pues en efecto y salvo excepciones, el titular de la Entidad se limitaba a confirmar la decisión del Comité Especial (órgano calificador y adjudicador), verificándose ello solo cuando se tomaba la decisión de impugnar a pesar de superarse otro obstáculo, el de la caución de ley que se triplicó, pasando de un 1% del valor referencial del contrato al 3% del mismo valor, cantidad que suena a escándalo si la comparamos con otros regímenes y que lejos de ser una técnica de filtro de impugnaciones temerarias o de conveniencia para el impugnante que al mismo tiempo es contratista en ejercicio y le interesa un alargue de su vínculo contractual, constituye un régimen que vulnera el derecho constitucional de recurrir las decisiones de la Administración, tal como veremos en el siguiente punto.

En la actualidad, los últimos cambios en el régimen de los contratos del Estado solo han morigerado tímidamente el sistema recursivo restringido, pues ahora se ha establecido que las apelaciones correspondientes a las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos, Adjudicaciones Directas Públicas y Adjudicaciones de Menor

Cuantía derivadas, son competencia del Tribunal de Contrataciones, siendo las restantes competencia de la propia Entidad, conservándose la exigencia de la garantía equivalente al 3% del valor del contrato. Igualmente permanece la prohibición fáctica de desistirse de la impugnación, pues de verificarse esta, la garantía no será devuelta.

El régimen vigente de recursos en los procedimientos de selección para contratar con el Estado sumado a la ausencia de control de parte del OSCE de las decisiones discrecionales de la Administración contenidas en factores de evaluación o de requisitos técnicos mínimos, ambos a su vez contenidas en las Bases o pliegos de condiciones; ha ocasionado un estado de indefensión de aquellos postores que sintiéndose afectados en la vulneración de sus derechos no tengan medios económicos para recurrir decisiones que aparecen como la culminación de direccionamientos en la adjudicación de contratos, sobre todo en los referidos a importante infraestructura vial.

Es evidente que estamos lejos de una visión administrativa y legal que garantice los principios de transparencia, de competencia u oposición y el de eficiencia en los contratos del Estado, alejándonos de sistemas ideales plasmados a través de la doctrina o de inclusive tratados internacionales suscritos por el Perú, como es el caso de los de libre comercio suscritos con los EEUU o la Unión Europea en donde el régimen impugnatorio de los procedimientos de selección de contratistas debe estar garantizado y no obstaculizado.

Si bien constituye un acierto que la normativa peruana haya previsto la existencia de un tribunal administrativo especializado para la solución de controversias del tipo indicado, debe perfeccionarse el sistema. Es necesario que el tribunal deba conformarse, exclusivamente, por profesionales del Derecho, abogados que deben poseer la experiencia y formación debida, todo lo cual deberá ser acreditado mediante el instrumento al cual se debe justamente el tribunal, esto es, un procedimiento selectivo objetivo y transparente en donde se excluyan factores subjetivos o entrevistas personales que no hacen sino que se dote a la elección de discrecionalidad que pueda ser determinante en casos se infiltre en la designación, criterios políticos o partidarios.

No es posible que se siga repitiendo reforma tras reforma de la normativa de contratación pública, la admisión como vocales del tribunal del OSCE, de profesionales que no son abogados, cuestión irrazonable y que se centra en la minimización del legislador de una materia jurídica especializada que no cualquier profesional está capacitado para afrontar. Dicha situación, sin par en la legislación comparada, desvirtúa el sentido de justicia y no garantiza seguridad jurídica. La natural especialización jurídica es pregonada lógicamente por las normativas chilena y panameña,

las cuales señalan respecto de la conformación de sus tribunales especializados en contrataciones públicas, que sus miembros sean para el primer caso, magistrados elegidos por el Presidente de la República pero de ternas propuestas por la Corte Suprema²⁴⁰ y en el caso de Panamá, igualmente de entre abogados calificados elegidos por el Presidente de la República. A nivel de la unión europea, destacan los casos de Alemania y España. En Alemania, se resuelven las controversias en sede administrativa mediante el organismo especializado de defensa de la competencia y en donde dos de sus miembros son funcionarios calificados para funciones judiciales siendo el restante nombrado a propuesta de las Cámaras de Comercio. Para el caso español en el tribunal administrativo, el presidente del mismo es nombrado por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda, y de Justicia. Deberán ser funcionarios de carrera, de cuerpo o escala para cuyo acceso será requisito necesario el título de licenciado o grado en Derecho y haber desempeñado su actividad profesional por tiempo superior a quince años, preferentemente en el ámbito del Derecho Administrativo relacionado directamente con la contratación pública. Los dos vocales restantes son nombrados por el Consejo de Ministros a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda, y de Justicia y deben cumplir los mismos requisitos exigidos para el presidente.²⁴¹

Es claro pues que el Tribunal debidamente especializado en el derecho de las contrataciones del Estado, debe encontrar un funcionamiento multidisciplinario solo a través de la asistencia mediante dictámenes emitidos por ingenieros, economistas y profesionales independientes y especializados en el objeto contractual que se trate.²⁴²

7.2. De la inconstitucionalidad de la garantía para la apelación

El requisito de garantizar el recurso de apelación tuvo como objetivo claro el desincentivar las impugnaciones temerarias o manifiestamente infundadas que tienden a dilatar los procedimientos de selección en perjuicio del Estado.

²⁴⁰ Según estadísticas se dice: “Desde su instalación y hasta el 31 de diciembre de 2012, se han presentado 1219 demandas ante este órgano jurisdiccional, de las cuales 435 continúan en tramitación y 784 han finalizado. De éstas últimas en 273 se han dictado sentencia y las restantes 511 han finalizado por otros motivos. Además 211 sentencias definitivas se encuentran ejecutoriadas. Respecto de las sentencias ejecutoriadas, la acción de impugnación se ha rechazado en 107 casos (51%) y se ha acogido en 104 procesos (49%). Se ha deducido recurso de reclamación contra la sentencia definitiva en 108 casos. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago conociendo del mencionado recurso ha confirmado sentencias de 100 (92,6%) y revocado 8 (7,4%)”. <http://www.tribunaldecompras.cl/>

²⁴¹ <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Servicios/Contratacion/TACRC/Paginas/Organizacion.aspx>

²⁴² Romero Pérez, advierte este punto cuando y refiriéndose a nuestra legislación y de manera concreta sobre el tribunal del OSCE señala que los integrantes del mismo deberían ser juristas, los que deberían ser apoyados por un cuerpo de funcionarios profesionales en economía e ingeniería. ROMERO PÉREZ, Jorge E., “Los tribunales en materia de contratación administrativa”, en: Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011, p. 334.

La garantía anteriormente equivalía al (1%) del valor referencial, pero en la actualidad se incrementó dicho porcentaje a (3%) según establece el artículo 53° de la Ley de Contrataciones del Estado.²⁴³ Además esta garantía según el artículo 112° del Reglamento de la Ley,²⁴⁴ será incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática. En caso de declararse fundada la apelación, la garantía será devuelta; en caso contrario, la garantía será ejecutada. De ser ejecutada la garantía solo quedaría la Acción Contenciosa Administrativa.²⁴⁵

Si bien es cierto que quienes participan en un procedimiento de selección deben tener una economía solida en virtud de asegurar su probable selección como contratista, no es justificable que se exija una caución como requisito de interposición del recurso, más aun, si el valor es desproporcional y peor si no tiene un tope.

En efecto, la exigencia de garantías para la interposición de recursos es inconstitucional al vulnerar el derecho a la defensa²⁴⁶, el de petición²⁴⁷ y el debido procedimiento administrativo. Al respecto existe un precedente constitucional en el expediente N° 3741-2004-AA/TC, que si bien se refiere a un procedimiento sancionador, es aplicable a las impugnaciones en materia contractual pública:

²⁴³ Ley de Contrataciones del Estado D.L. 1017

Artículo 53°.- Recursos impugnativos

(...)

La garantía por interposición de recurso de apelación debe otorgarse a favor del Organismo supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE) y de la Entidad, cuando corresponda. Esta garantía equivalente al tres por ciento (3%) del Valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar. La garantía no puede ser menor al cincuenta por ciento (50%) de una UIT.

²⁴⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 112°.- Garantía por interposición de recurso de apelación

(...)

La garantía deberá ser incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país al solo requerimiento de la Entidad o del OSCE, según corresponda, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y contar con autorización para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

(...).

²⁴⁵ Cabe agregar que si bien se tiene la acción de lesividad para asegurar el derecho a la pluralidad de instancias, en la realidad el Tribunal de Contrataciones sería la única instancia de “facto” toda vez que el proceso contencioso administrativo solo serviría para que el administrado reclame la garantía perdida y no ya para que se le otorgue el contrato o la “buena pro”, que estaría siendo ejecutado por el postor impugnado en base a la suscripción del respectivo contrato.

²⁴⁶ En el expediente 3741-2004-AA/TC “25. (...)Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.”

²⁴⁷ En la sentencia 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este “(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho”.

“50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

(...)

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquiera la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia.” (El subrayado es nuestro)

Como ya expresó Comadira:²⁴⁸

“Desde nuestro punto de vista, las impugnaciones particulares no deben ser valoradas, institucionalmente, como obstrucciones al accionar administrativo. Ciertamente puede haberlas de esa clase; y, en realidad, la experiencia administrativa lo demuestra. Sin embargo, la regulación recursiva no puede partir de esa base patológica, porque la regla, en nuestra opinión, sigue siendo la contraria. (...) En nuestra opinión, la exigencia de garantías de impugnación en el ámbito del procedimiento licitatorio es contradictoria con la esencia misma del procedimiento administrativo recursivo y, además, conspira contra la transparencia del ejercicio de la función administrativa del Estado” (El subrayado es mío)

Se comparte asimismo lo expuesto por Santiago Tawil:

“En ese sentido, más razonable hubiera sido que –de considerarse conveniente su instauración– la devolución de la garantía fuera establecida como regla, previéndose la posibilidad de retenerla parcial o totalmente en el caso excepcional en que la impugnación fuera calificada como maliciosa o temeraria. Naturalmente, semejante decisión debería ser eventualmente pasible de revisión judicial posterior.”

Asimismo es de resaltarse los efectos económicos de la exigencia de garantías.

Gordillo citado por Chase Plate, advierte:

²⁴⁸ COMADIRA, Julio Rodolfo, La Licitación Pública, Ed. Depalma, año 2000, pág. 36.

*“Si se obliga al contratista a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los hechos es que los oferentes calculen ese riesgo, bien o mal, e incrementen consecuentemente el valor de sus ofertas. En otras palabras, el único resultado práctico que ese criterio negador tiene es contribuir con otro factor más al encarecimiento de las cotizaciones que recibe el Estado en sus licitaciones públicas, en relación a iguales cotizaciones en el ámbito privado.”*²⁴⁹

Para acabar el punto, hay que señalar lo adecuado del régimen panameño para garantizar la idoneidad de los recursos. Si bien se establece para la caución un porcentaje del valor del contrato, este cálculo tiene un tope máximo, con ello se evita como en el caso peruano, que se desincentiven los recursos en los grandes contratos, contratos en los cuales se hace cuantitativamente más urgente, garantizar pluralidad de ofertas y el principio de transparencia.

7.3. Actos impugnables

No existe discusión en torno a aceptar que la licitación pública o cualquier otra modalidad análoga, constituyen procedimientos administrativos que teleológicamente responden al hecho de lograr la escogencia de un cocontratante y la celebración consecuente del respectivo contrato; distinguiéndose el procedimiento del contrato, el medio del fin.

Ahora bien, el procedimiento, siendo como es, un conjunto de actos sucesivos, es susceptible de ser dividido en cada uno de los actos que lo conforman, por lo que es factible la apreciación e impugnación de estos de modo separado entre sí y del contrato.

Esta correcta apreciación de los actos que conforman el procedimiento de selección constituye el sustrato de la teoría de los actos separados, opuesta a la que consideraba a los actos previos y al contrato como un todo indivisible.

El considerar a los actos que integran el procedimiento selectivo como independientes, hace posible que quienes participan como ofertantes o postores, impugnen cualquiera de estos antes de la existencia del contrato, situación imposible en la opuesta concepción doctrinal en la que sólo puede ser impugnante el cocontratante elegido, pues al ser cualquier acto precedente al contrato integrante de este; su cuestionamiento está reservado exclusiva y excluyentemente solo a él.

Pero ¿qué clase de actos del procedimiento selectivo deben ser entendidos como separables o susceptibles de impugnación? Parra, cita jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano: *“La jurisprudencia definió que tal calificación*

²⁴⁹ CHASE PLATE, Luis Enrique, Los Contratos Públicos, Editora Litocolor SRL, 1997, pág. 150.

*(actos separables) estaba reservada para los actos administrativos expedidos con anterioridad a la celebración del contrato, siendo los contractuales propiamente dichos (y por ende no separables) los que se produjeran en las etapas de ejecución y liquidación”.*²⁵⁰

Como se aprecia, sólo se configura como actos susceptibles de impugnación, a los actos administrativos, situación que no siempre fue regulada de ese modo en el Derecho peruano puesto que el texto del Reglamento original de la Ley N° 26850 no se circunscribía a los actos administrativos ocasionando confusión y espacios para la impugnación sin sentido de actos de administración interna o elementos de actos administrativos y no del acto administrativo.

La doctrina comparada es unánime en cuanto a determinar que el único acto impugnabile regularmente es el acto administrativo. El restante obrar de la Administración no es susceptible de ser recurridos. Los actos de administración interna o actos de la Administración,²⁵¹ entendidos como declaraciones internas o ínter orgánicas de efectos jurídicos indirectos a través de actos administrativos que se dicten como consecuencia de éstos²⁵² o que producen efectos jurídicos respecto de una misma persona pública estatal,²⁵³ no son sujetos de recursos impugnativos, son sólo actos preparatorios de la voluntad administrativa.²⁵⁴ Por otra parte, los llamados hechos administrativos que son hechos de exteriorización material, no intelectual, traducidos en operaciones técnicas o actuaciones físicas, y que son de carácter neutro, no son en principio legítimos o ilegítimos²⁵⁵ por lo que no son impugnables; no implican voluntad de la Administración.

Así las cosas, queda claro que en el procedimiento administrativo de selección de contratistas son solo impugnables los actos administrativos, siendo impugnables los de administración interna, cuando ellos se han concretado en exigencias o condiciones procedimentales o contractuales dentro de los Pliegos de Condiciones o Bases y por intermedio del régimen de observaciones a éstas.

²⁵⁰ PARRA GUTIÉRREZ, Los contratos estatales, cit., p. 227.

²⁵¹ Jorge DANÓS , advierte la errónea denominación “Actos de la Administración”, y utiliza con respecto de ésta, “Actos de Administración Interna”. Además, de ser precisa por contener la naturaleza del acto, lo es porque delimita el concepto pues acto de la administración de modo lato podría entenderse como acto administrativo (DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, en, *Thémis, Revista de Derecho PUCP*, N°39, 1999, p. 243.).

²⁵² DROMI, Roberto, *El procedimiento administrativo*, Ediciones Ciudad de Argentina, Buenos Aires, 1996. p. 143.

²⁵³ CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 112.

²⁵⁴ Juan Carlos Cassagne, clasifica a los actos de administración internos como de colaboración, de conflicto, (competencia) de jerarquía, (circulares); de carácter consultivo (dictámenes) y de contralor. (CASSAGNE, *El acto administrativo*, cit., p. 113).

²⁵⁵ DROMI, *El procedimiento administrativo*, cit., pp. 152-153.

Ahora bien, dentro del procedimiento de selección, además del acto administrativo de adjudicación del contrato, es posible que se verifiquen otros actos administrativos tales como los de eliminación “en mesa” de uno o más postores al no satisfacer las ofertas técnicas o económicas los recaudos establecidos en las Bases o que se decida declarar nulo o desierto un procedimiento. También son impugnables, los actos administrativos que declaren nulo el procedimiento de selección, acto que puede verificarse inclusive luego de la adjudicación del contrato y hasta antes de su suscripción.

7.4. Naturaleza del procedimiento recursivo ante el Tribunal del OSCE y aplicación distinta de los principios del procedimiento administrativo general

La Ley del Procedimiento Administrativo General regula también los denominados procedimientos administrativos especiales, estando dentro de éstos el denominado procedimiento administrativo trilateral, procedimiento administrativo contencioso o procedimiento administrativo cuasi judicial; que se caracteriza en esencia por una relación triple, estando en la cima de un triángulo imaginario la autoridad administrativa que debe resolver sobre una controversia y en la base del triángulo, en cada extremo, dos particulares, o un particular y una entidad de la Administración Pública, o como en el caso de las impugnaciones en los procedimientos de selección, a varios particulares y una entidad, cuestión que hace posible que también se utilice la denominación de procedimiento multilateral.

En todo caso, el esquema Administración - particular, no se verifica. Existen intereses contrapuestos, el interés de la Entidad y el de cada uno de los particulares y sobre los que deberá resolver la autoridad administrativa. El esquema como se evidencia, es cuasi judicial, sin embargo, no debe perderse nunca de vista que la sede sigue siendo administrativa. Si bien algunos principios del procedimiento administrativo general se atemperan por la relación trilateral, éstos no desaparecen en torno a principios procesales judiciales.

El acuerdo de sala plena del Tribunal del OSCE N° 002-2012 5 de junio de 2012 en sus puntos 6 y 5 manifiestan el carácter trilateral de las impugnaciones en materia de contratación pública:

“(…)

6. La existencia de dos o más intereses en conflicto, determina que los procedimientos de impugnación tengan la naturaleza de procedimientos trilaterales en los que se discute y decide respecto a las pretensiones de los participantes del proceso de selección, en el cual la Entidad se integra a la relación jurídica procesal, por ser la que desarrolla el proceso y emite los actos cuestionados, siendo su interés la satisfacción de la necesidad de la contratación dentro de los plazos y condiciones previstos en la convocatoria.

7. La naturaleza trilateral del procedimiento de impugnación, obliga a que al momento de resolver el recurso de apelación se garantice el derecho al debido proceso de las partes, de manera que puedan tener la oportunidad para ejercer su derecho de defensa. No obstante, el ejercicio de este derecho no puede dilatarse indefinidamente porque eso afectaría los principios de eficiencia y economía que rigen las contrataciones y el interés de la Entidad de satisfacer sus necesidades en el menor tiempo posible y por ello, se ha previsto un plazo perentorio para la resolución del recurso de apelación.”

7.4.1. El principio de instrumentalidad y eficiencia, el de búsqueda de la verdad material, el de presunción de veracidad y el de informalismo o formalidad atenuada

El fin que persigue el procedimiento de selección de contratistas no es otro que escoger la oferta más conveniente, ese definitivamente es su norte y no puede variar en la etapa recursiva. El fin no se desnaturaliza sino solo encuentra límites en los intereses legítimos de los demás particulares que aspiran a contratar con el Estado y que deben concordar con la sujeción al principio de legalidad. Es así que la Administración debe concebir también a la fase recursiva, como la oportunidad de poder contar con elementos que le permitan realizar un doble control de la legalidad, teniendo a los impugnantes como colaboradores de un mismo fin.

La eficiencia del procedimiento recursivo debe manifestarse acorde con el fin perseguido, sin que existan distorsiones en el sentido de dilatar el procedimiento o que el órgano que constituye instancia traslade la responsabilidad de resolver sobre el fondo a la entidad licitante con la finalidad de un control ulterior. Es esta la razón por la que debería establecerse normativamente que una vez entregados los sobres técnicos y económicos, y de disponerse la eliminación de uno de los postores por omisión de algún documento o el incumplimiento de algún requisito y este objetara dicha decisión, el sobre económico del postor que impugna su eliminación debe ser abierto de forma conjunta con los restantes sobre económicos de los demás postores que queden en carrera, ello con el propósito de que luego de ser impugnada la adjudicación del contrato, el Tribunal del OSCE pueda resolver sobre el fondo del asunto, esto es, sobre la adjudicación del contrato, teniendo a la vista todos los sobres técnicos y económicos, evitándose con ello que de ampararse el recurso respecto de la eliminación de uno de los postores por supuesto incumplimiento de un requisito del sobre técnico, el tribunal deba disponer que se retrotraiga el procedimiento a la etapa de apertura de sobres y calificación de propuestas, ello por no contar con el sobre económico del postor que fuera eliminado antes de la adjudicación del contrato, frustrándose así una resolución sobre el fondo del asunto.

En cuanto al principio de búsqueda de la verdad material, existe un punto aparente de discusión y que consiste en que si por la naturaleza cuasi judicial del proce-

dimiento recursivo deben prevalecer conceptos procesales preclusivos con relación a la oportunidad de aportar fundamentos y/o medios probatorios que sustentan la pretensión impugnatoria, o si es que éstos, merced al principio de búsqueda de la verdad material pueden ser presentados en cualquier momento.

Al respecto, debe decirse que la verdad material tiene un peso imposible de soslayar en los procedimientos administrativos, incluido el recursivo, pues este es fundamento fáctico del principio de legalidad, razón por la cual, “enfrentado” a propósitos de relativa eficiencia administrativa centrada en la celeridad en la solución del recurso, la aplicación del principio de verdad material debe prevalecer. Esa es la razón por la que discrepamos del Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012 de fecha 05 de junio de 2012, en el que se ha establecido que en los procedimientos de apelación que se tramitan ante las Entidades convocantes o el Tribunal de Contrataciones del Estado, rige el principio de preclusión procesal, estableciéndose un plazo perentorio para la fijación de los puntos controvertidos:

“Acuerdo de Sala Plena 002-2012

(...) únicamente serán materia de pronunciamiento por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado, los puntos controvertidos fijados en el recurso de apelación y en la absolución del referido recurso.”

En los hechos más parece que priman consideraciones relativas a la carga procedimental del Tribunal que aquellas que velan por el respeto del debido procedimiento administrativo y del principio de primacía del interés público. En efecto, sobre la base de una pretendida preclusión procesal, se podrían estar convalidando actos a todas luces arbitrarios, piénsese, por ejemplo, en aquellos casos en los que con fecha posterior a las etapas indicadas se realizan nuevos cuestionamientos a la propuesta técnica presentada por alguna de las partes involucradas, en donde la aplicación rigurosa de lo establecido en el Acuerdo comentado, conllevaría a que el Tribunal evite pronunciarse al respecto, ello incluso aunque se esté ante incumplimientos claros y evidentes, como sería el caso de la omisión de algún documento solicitado en las Bases. En ese sentido se ha pronunciado recientemente el Tribunal de Contrataciones del Estado en la Resolución N° 1426-2013-TC-S1:

“Resolución N° 1426-2013-TC-S1

(...) En relación con lo anterior, cabe señalar que si bien el Adjudicatario se ha apersonado al presente procedimiento y ha absuelto el traslado del recurso de apelación –en su debida oportunidad– no ha presentado argumentos y/o hechos adicionales a los expuestos por el Impugnante. De conformidad a lo señalado, cabe mencionar que durante la audiencia pública realizada el 21 de junio de 2013 y en su escrito presentado el 2 de julio de 2013, su representante designado recién ha formulado cuestionamientos en contra de la propuesta técnica del Impugnante.

Sobre el particular, cabe mencionar que, justamente en atención a lo dispuesto por el Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012 y el artículo 118 del Reglamento, este Colegiado no se encuentra habilitado a pronunciarse sobre los argumentos informados posteriormente, debiendo dejarse expresa constancia que es total responsabilidad de los postores formular sus argumentos en el momento oportuno y en estricto cumplimiento de los plazos y procedimientos establecidos en la Ley, el Reglamento y las normas conexas, máxime cuando dicha normativa establece plazos perentorios para resolver los respectivos recursos de apelación.” (Subrayado agregado)

Ahora bien, relacionado a lo anterior, existe otro punto de divergencia aparente, ¿es factible que un tercero, en un procedimiento recursivo iniciado, aporte argumentos y medios probatorios cuando no tiene calidad de impugnante a pesar de que oportunamente pudo haber asumido dicha condición cumpliendo con las exigencias de plazo y modo para ello? Dicho de otro modo, ¿puede el tribunal, rechazar escritos de postores no impugnantes o peor aún, de postores que habiendo sido eliminados por la entidad licitante “consintieron” en dicha eliminación al no haber impugnado oportunamente dicha decisión ante el Tribunal del OSCE, aun cuando en dichos escritos se aporten fundamentos o pruebas que incidan directamente en la nulidad o validez del acto administrativo impugnado?

Afirmar que no es posible admitir escritos como los indicados, es admitir que si bien el Tribunal tiene el deber de resolver de oficio aplicando no solamente el derecho no invocado sino ordenando la entrega de documentación complementaria y solicitando pronunciamientos y documentos de la entidad licitante, de los postores y de otras entidades de la Administración; no le asiste, sin embargo, la capacidad de conocer y tomar en cuenta lo aportado por postores eliminados o terceros. Es decir, el mismo hecho o medio probatorio puede ser conocido por el tribunal por intermedio de cualquiera, menos de aquél que pudo impugnar su eliminación pero no lo hizo, primando una consideración de tipo procesal judicial por sobre el principio administrativo general de búsqueda de la verdad material y de la aplicación de la ley y el Derecho, cuestión grave, más aun si el derecho de recurrir de los postores se encuentra limitado por una garantía desproporcionada e inconstitucional que en los contratos de obras de infraestructura de gran envergadura se torna en irracional.

Ahora bien y siguiendo el hilo de lo expuesto y al amparo también de la búsqueda de la verdad material y del principio de legalidad, podría pensarse en la aplicación del principio de informalismo o formalidad atenuada en la misma forma que en un procedimiento administrativo común o lineal cuando el plazo para la interposición de un recurso ha vencido; es decir, como una denuncia de ilegitimidad en el régimen argentino o en la simple comunicación de un hecho o argumento determinante para que la autoridad administrativa (el Tribunal del OSCE), conociendo del mismo, aplique de “oficio” el derecho o tome en cuenta el hecho deter-

minante. Debe decirse al respecto, que este raciocinio debe desestimarse en función de la naturaleza concurrencial y trilateral del procedimiento recursivo, distinto de un procedimiento administrativo lineal y en donde la preclusividad funciona en cuanto a la instancia administrativa. Situación distinta es que una vez que exista dicha instancia, es decir que esta asuma atribuciones y competencias, el órgano colegiado deberá resolver no solo sobre el derecho invocado por el impugnante, sino sobre la aplicación objetiva del Derecho Público con la razón de tutela de interés público que ello implica. Por tanto, si el Tribunal recibe información de cualquier tercero ajeno o no al proceso, deberá de forma motivada rechazar o acoger lo aportado. No rechazamos la dificultad de lo propuesto estando a que puede generarse que los interesados obvien el régimen establecido en cuanto a plazos y garantías ingresando sin más denuncias o escritos que en la práctica resultarían impugnaciones. Mas lo expuesto no se verificaría si es que no estuviera conculcado el derecho constitucional de recurrir las decisiones de la Administración licitante y se regulara desincentivar la presentación de recursos temerarios o maliciosos mediante la imposición de multas o la existencia de topes en el cálculo de las garantías, posición que comentamos con alguna extensión en el punto 7.1 de este Capítulo.

Además de lo expuesto, conviene abordar lo relativo a la material delegación de parte del tribunal para con la Entidad licitante respecto de su obligación de búsqueda de la verdad material y de la aplicación de la ley y el Derecho. Nos referimos al caso de, –vía resolución y en una exacerbada aplicación del principio de presunción de veracidad de los documentos aportados por los postores–, del traslado a la entidad licitante de acciones de verificación del cumplimiento de condiciones o de la veracidad de documentos o declaraciones juradas sobre los cuales existen dudas razonables de falsedad o inexactitud, incluso otorgando plazos mayores al de la suscripción del contrato, permitiéndose por tanto, la posibilidad que se comprueben infracciones legales con posterioridad a la suscripción, pudiendo originarse con ello dificultades para la Administración relativas a la nulidad o validez del contrato.

El principio de presunción de veracidad surte efectos de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General, siempre que no exista prueba en contrario. Sin embargo, es evidente que de acuerdo con el mismo principio de buena fe, el de verdad material y el de legalidad, si es que existen dudas o indicios razonables de parte del tribunal, es este el encargado de dilucidarlas. Como consecuencia de lo anterior, no puede aplicarse al procedimiento administrativo recursivo trilateral la presunción de veracidad a ultranza, sin considerar indicios razonables en sentido contrario, pues en el contexto del procedimiento recursivo no es desacostumbrado que las diversas partes tengan versiones distintas de los hechos, y no puede presumirse per se que una versión sea cierta y la otra no. Para ello, deben aportarse los medios probatorios pertinentes.

Si bien es cierto y como indica Morón, *“La aplicación del principio de presunción [de presunción de veracidad] produce la inversión de la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la administración, en vía posterior”*;²⁵⁶ en el procedimiento administrativo trilateral la situación cambia radicalmente al incluirse la participación de un tercero interesado. Por disposición especial expresa del artículo 223° numeral 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General,²⁵⁷ en un procedimiento trilateral la Administración solamente puede tener como ciertas las afirmaciones que no han sido expresamente contradichas por el reclamado.

8. FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO. CASOS DE OMISIÓN O SUPERVISIÓN DEFECTUOSA DEL OSCE

La función de supervisión de las contrataciones públicas está a cargo del OSCE de acuerdo a ley. Dicha supervisión que debería partir de una actitud imparcial para todos los intervinientes en el régimen de contratación pública, muchas veces no se verifica en tal sentido. Así pues, mientras la supervisión enfocada en los actores no estatales en el régimen de contrataciones del Estado es sumamente gravosa, convirtiéndose las denuncias en procedimientos sancionadores sin más que un análisis que se queda en lo formal; la supervisión de los actos discrecionales de las Entidades es sumamente permisiva cuando no lo es omisiva en su totalidad.

Revisamos a fin de sustentar lo indicado, las clases de atribuciones de los órganos de la Administración: reglada, mediando conceptos jurídicos indeterminados y mediante discrecionalidad. Luego de ello, se tratan las técnicas de control de las decisiones discrecionales vía los principios de proporcionalidad y razonabilidad y demás principios generales del derecho para luego puntualizar los casos de defecto de supervisión de parte del OSCE: los casos de omisión arbitraria de las Entidades respecto de declarar la nulidad del contrato por fraude procedimental del particular y el fraude por direccionamiento mediando requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación discrecionales y arbitrarios.

²⁵⁶ MORÓN, Juan Carlos, “Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 36.

²⁵⁷ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 223°.1 *“(…) Las alegaciones y los hechos relevantes de la reclamación, salvo que hayan sido específicamente negadas en la contestación, se tendrán por aceptadas o meritadas como ciertas”*.

8.1. Principio de Legalidad. Atribuciones regladas, discrecionales y mediando conceptos indeterminados.

Si bien el principio de legalidad rige para la Administración Pública siendo imposible aplicar el de la autonomía de la voluntad propio de los particulares, el principio no solo importa la aplicación de supuestos de actuación predeterminados en la norma, puesto que existen también otros medios de habilitación de atribuciones para los órganos de la Administración, siendo éstos los de discrecionalidad y la aplicación de criterios jurídicos indeterminados contenidos en la normativa.

Antes de entrar al punto de la discrecionalidad conviene dar algunos tópicos respecto del principio de legalidad. Este principio parte del criterio de que ante el silencio del derecho positivo, la autoridad no puede entender que tiene habilitadas atribuciones de orden general, ello por cuanto debe respetarse la garantía de libertad de actuación de los particulares solo limitada por la ley, de tal forma que si la Administración decide mediante un acto administrativo respecto de los derechos de estos, esta potestad debe estar permitida por una ley, de lo contrario estaríamos ante lo que se conoce como vía de hecho, supuesto de actuación irregular de la Administración.

Ahora bien, como se ha indicado, no es posible prever toda la actuación de la Administración, es por ello que contenidas en la propia normativa aparecen supuestos habilitantes mediante conceptos indeterminados o vía discrecionalidad. Estas últimas no solo pueden fluir de manera expresa sino también de forma implícita, de las propias finalidades públicas encomendadas al organismo público o Entidad, apareciendo así el último modo de supuesto de atribución de un órgano, esto es, vía la competencia del organismo. Veamos con algún detalle los presupuestos básicos de la actividad reglada de la Administración, de la actuación vía conceptos indeterminados y mediando discrecionalidad.

a) Actividad Reglada

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma predetermina en forma concreta una conducta, es decir, el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto.²⁵⁸

Así, de acuerdo con García de Enterría y Tomás Ramón Fernández “(...) el ejercicio de las potestades regladas reduce a la Administración a la constatación de un supuesto de hecho legalmente definido de manera completa y a aplicar en

²⁵⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado*. 9ª edición. Buenos Aires. F.D.A., 2009, p. X 11

*presencia del mismo lo que la propia Ley ha determinado también agotadamente (...)*²⁵⁹

b) Conceptos jurídicos indeterminados. Discrecionalidad técnica.

Los conceptos jurídicos indeterminados, por su parte, son todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, *a priori*, un cierto margen de imprecisión pero que, y a partir de la realidad del caso concreto, deben determinarse por el órgano competente para emitirse una decisión. Así, Marín Hernández señala:

*“(...) los conceptos jurídicos indeterminados aluden a una realidad cuyos límites no es posible precisar completamente a través de su solo enunciado (caso de nociones como la de buena fe, buen padre de familia, confianza legítima, entre otras), aunque sí puede afirmarse que intentan delimitar un supuesto o serie de supuestos concretos que sólo en sede aplicativa serán puntualmente precisados”.*²⁶⁰

En esa misma línea, García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, indican:

“(...) con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no parecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. La Ley no determina con exactitud estos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosa, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad, no obstante que la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (...)”.²⁶¹

A diferencia de la discrecionalidad en donde puede elegirse de entre varias opciones todas válidas, en presencia de los conceptos jurídicos indeterminados, solo es posible una única opción que debe determinarse. Así un acto será para un caso concreto, utilizando el criterio indeterminado “buena fe”, de buena fe o no, no se admite otra posición, no existen buena fe a medias.

Un ejemplo de criterio jurídico indeterminado en la normativa de contratos del Estado puede tomarse del artículo 31° de la Ley de Contrataciones del Estado, en el que se enumeran las atribuciones del órgano calificador de propuestas y adjudicador del contrato, denominado en la ley peruana “Comité Especial”, estableciendo finalmente que es “competente” para “todo acto necesario para el desarrollo del proceso de selección hasta el consentimiento de la buena pro” (adjudicación). El criterio indeterminado “todo acto necesario”, habilita al Comité Especial a decidir

²⁵⁹ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. Thomson Civitas. Duodécima Edición. Tomo I, p. 461.

²⁶⁰ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Agosto 2007. p. 204.

²⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Ob. Cit. p. 465.

llegado el caso concreto que decisión será necesaria para el desarrollo del proceso. No se trata de una decisión discrecional pues solo se admiten dos posibilidades, el acto será necesario o innecesario. La diferencia con las decisiones discrecionales se hace también tangible a partir de los medios idóneos para el control de la decisión.

Finalizando el punto, dentro de los conceptos jurídicos indeterminados existen los que son asimilados por un sector de la doctrina, como discrecionalidad técnica, o como sostiene Desdentado Daroca, discrecionalidad instrumental jurídica técnica, que se presenta cuando se manejan criterios indeterminados cuya aplicación demanda una apreciación mediante la técnica y no conforme a criterios de experiencia común. En tal caso, sostiene la autora citada, a pesar del peso del criterio de razonabilidad económica implícito en la jurisprudencia española respecto de la revisión de decisiones en concursos, exámenes académicos y juicios de idoneidad que no se pronuncia a favor de la revisión —entiéndase control y al menos hasta el año 1997 donde terminó su investigación— y desde un punto de vista jurídico estrictamente, la decisión administrativa es revisable.²⁶²

c) Actuación discrecional.

Tal y como lo señala Marín Hernández,²⁶³ “ (...) tradicionalmente se ha definido a las potestades o los actos administrativos discrecionales por contraste con las facultades o los actos reglados, para significar que mientras tratándose de éstos la Administración se ve limitada a constatar la ocurrencia de las circunstancias que configuran el supuesto de hecho normativo para aplicar la correspondiente consecuencia jurídica, cuando estamos en presencia de las facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le conllevan a una mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica no ha sido agotado y plenamente completado por el legislador”.

Así, de acuerdo con García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, “(...) las potestades discrecionales de la Administración Pública implican la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular.”²⁶⁴ En tal sentido, “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente

²⁶² DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica. Editorial Civitas. Madrid. 1997, p. 36 y 145.

²⁶³ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Ob. cit.* p. 141.

²⁶⁴ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, *Ob. cit.* p. 461-462.

en criterios extrajurídicos (...) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.”²⁶⁵

En ese orden de ideas, Sánchez Morón indica:

“(...) es en principio el legislador quien posee el poder de decisión sobre los asuntos públicos y así viene a sancionarse en las constituciones democráticas, que además ponen límites a ese poder. Pero la Ley no puede regularlo todo ni con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (y, en cualquier caso, no lo regula así). De ahí que, en muchas ocasiones, las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté previamente determinada, al menos totalmente, por una norma jurídica, lo que no excluye que su decisión deba ser adoptada dentro de ciertos límites jurídicos generales. En esto consiste la discrecionalidad (...)”²⁶⁶

De conformidad con lo expresado, podemos señalar que la discrecionalidad administrativa consiste en la potestad que le otorga la Ley a la Administración para poder elegir entre varias opciones, todas igualmente válidas, al momento de efectuar una decisión.

Es preciso indicar que los actos discrecionales de la Administración pueden verificarse de manera explícita o implícita, es decir, los enunciados en el derecho positivo y los que de forma tácita se desprenden de él. Los explícitos, es decir los previstos en la ley, están definidos en cuanto sus condiciones básicas de ejercicio: la existencia misma de la potestad, su extensión, la competencia del órgano y el fin, pudiendo éste último hallarse implícito; los restantes elementos pueden ser reglados eventualmente: ocasión del ejercicio de la potestad, forma del ejercicio y procedimiento y por último, el fondo de la potestad.

En cambio, la discrecionalidad implícita fluye del texto legal infiriéndose esta. Ello se aprecia, por ejemplo, en la no existencia de disposición en la normativa de contrataciones del Estado, en donde se indique que el Comité Especial o el órgano encargado de las contrataciones tienen atribuciones discrecionales en torno a las menores cuantías y las exoneraciones. Sin embargo, ello puede desprenderse en cuanto que la elección del contratista puede realizarse libremente de entre el universo de empresas o personas capaces de contratar con el Estado y que puedan cumplir con el objeto contractual requerido.

²⁶⁵ *Ibidem.* p. 466-467.

²⁶⁶ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 92.

Ahora bien, en palabras de Gamba,²⁶⁷ citado por Valverde González, debe considerarse que existen pautas determinadas en la propia norma que delimitan el ejercicio de la discrecionalidad:

“(...)el legislador, al regular la actuación administrativa en determinados ámbitos, debe renunciar a encontrar la solución al caso concreto y conformarse con fijar medidas directrices, pautas, criterios, cánones, patrones, etc., que a la vez que permitan un control de su adecuación a los mismos por la Administración, limiten la discrecionalidad, pero sin impedir una continua adaptación a los cambios permanentes.”

Puede que los criterios existan claramente o estén ausentes, puede inclusive que no se vislumbre actuación discrecional alguna de una apreciación integral del ordenamiento especial, en esos supuestos, se hace más tangible el criterio de actuación discrecional por el interés público específico o por la finalidad pública encomendada por ley a la Entidad. Así pues, si no aparece delimitada alguna atribución de algún órgano del organismo público, primero de forma reglada, luego por medio de un concepto indeterminado o por medio de discrecionalidad explícita o implícita, queda siempre el camino de actuación respaldada por la finalidad pública específica, esto por los cometidos públicos de la Entidad estatal, finalidad esta que si se encuentra explícita en la ley. En ese sentido, si por ejemplo no están claras las atribuciones que deba asumir el órgano de Supervisión del OSCE respecto de determinadas actuaciones de la Administración o de un particular, va de suyo, que de todos modos, por tener el OSCE el cometido público de supervisar el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado y estando más cercano el órgano de Supervisión a tal tarea, es este órgano el que va tener que decidir si ve comprometido el cumplimiento de esos fines y emitir el acto administrativo correspondiente.

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede concluir que la discrecionalidad encuentra su esencia en el interés público a cuyo servicio debe encontrarse la actuación de la Administración Pública. A esa misma conclusión ha llegado Sainz Moreno, quien manifiesta que *“en el interés público se encuentra el núcleo de la discrecionalidad administrativa (...) y la esencia, pues, de toda actividad discrecional lo constituye la apreciación singular del interés público realizada conforme a los criterios marcados por la legislación.”*²⁶⁸

Estando de acuerdo con Rubio Correa, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés

²⁶⁷ GAMBA VALEGA, César. Breves apuntes sobre la discrecionalidad en el derecho tributario. En: *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*. Vol. 37. Diciembre, 1999, pág. 110. Citado por VALVERDE GONZÁLEZ, Manuel Enrique. Notas sobre el ejercicio o limitaciones de la Plena Jurisdicción respecto a la Discrecionalidad Administrativa. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Vol. 11. Junio 2012, p. 212-213.

²⁶⁸ SAINZ MORENO, F. Conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad administrativa. Madrid. Civitas. pág. 71. Citado por MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Ob.cit.* p. 153.

público; esto es, para que pueda tomar su decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometido sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.²⁶⁹

Ahora bien, ¿cómo se controla la discrecionalidad a fin que no devenga en arbitrariedad, en abuso de poder, en direccionamientos hacia fines distintos al interés público? Exponemos lo pertinente a continuación.

8.2. Control o supervisión de las decisiones discrecionales mediante los Principios Generales del Derecho. La función supervisora del OSCE

Las decisiones discrecionales admiten ser revisadas mediante los Principios Generales del Derecho a fin de determinar si el ejercicio de la potestad discrecional es tal o una arbitrariedad en perjuicio de su destinatario y del derecho.

El ejercicio de las facultades discrecionales no puede asimilarse a la arbitrariedad, de ahí que la doctrina haya realizado un vasto desarrollo del control del ejercicio de las atribuciones discrecionales citando para ello Principios Generales del Derecho y principios específicos del derecho administrativo reconocidos ambos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley de Contrataciones del Estado y por la Constitución Política del Perú, principios que por lo tanto son de obligatorio cumplimiento.

Los medios conocidos para determinar el ejercicio ilegal de la discrecionalidad y la carencia de efectos de esta, son diversos, algunos se subsumen en otros. Marín Hernández, indica al respecto:

*“Así pues, el ejercicio de la discrecionalidad deberá respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales”.*²⁷⁰

Sesín, refiere sobre lo mismo:

“(…) la actividad administrativa no se subordina solo a la ley, sino también a los principios generales del derecho, que pasan a formar parte del sector reglado o vin-

²⁶⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*; Fondo Editorial PUCP. p. 150.

²⁷⁰ Marín Hernández, indica además: *“El control por los principios generales del derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la ley y al derecho (art. 103.1CE), incluyendo dentro de este, como no podía ser de otra manera, la “condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vía jurídica” en que los principios se traducen, como de obligado entendimiento resulta a tenor de lo dispuesto por el artículo 1.4 del Código Civil Español, que les confiere “carácter informador del ordenamiento jurídico”.* MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. Primera Edición, p. 367.

*culado, al integrar el orden jurídico y poder ser aplicados en forma directa. El ejercicio de la facultad discrecional, al insertarse en el bloque de la juridicidad, debe necesariamente respetar los límites impuestos operativamente por los principios generales del derecho.”*²⁷¹

Otro punto previo es el relativo a la función supervisora del OSCE y su engarce con el control, es decir, como se aplica y en qué medida las técnicas de control de la decisión discrecional en la supervisión de la misma.

En principio, la supervisión a diferencia del control, es pre existente a esta última, la supervisión consiste en la vigilancia del cumplimiento de la normativa para encausar conductas tanto de la Administración como de los particulares durante todo el proceso de contratación, es decir en todas sus fases, la preliminar antes de la convocatoria, en donde se supervisará, de ser el caso, los actos de administración interna; en la de selección del contratista, en donde se vigilará los actos de los intervinientes y; la fase de ejecución del contrato en donde solo es posible actuar sobre el contratante y el contratista, específicamente, respecto del acto que decide ante una denuncia o solicitud simple sobre la declaración de nulidad del contrato por infracción del principio de presunción de veracidad, acto no generador de controversia con el contratista pero que puede ser fuente de la decisión de la Administración en el sentido de declarar la nulidad del contrato.

Se evidencia pues que la función supervisora implica en buena cuenta un control anterior o de tipo preventivo, por tanto son aplicables las técnicas que aparecen en la doctrina para el control de las decisiones discrecionales. Así pues, el OSCE debería realizar y de hecho lo hace –en algunos supuestos a medias–, exámenes de las decisiones discrecionales de las Entidades en su condición de licitantes y contratantes, a fin de alertarlas y, en su caso, comunicar de ello a la Contraloría para la respectiva acción de control y posterior sanción. Es obvio, que mediando la acción de supervisión del OSCE de forma decidida y respaldada en los test de proporcionalidad y de los principios generales del derecho, se reviertan arbitrariedades que están orientadas sino a actos de corrupción a un plurito de cumplir índices de gestión a como de lugar, con fines políticos o no, pero sin que cuente para ello los derechos y expectativas legítimas de los particulares intervinientes como postores o contratistas, hecho o conducta que el OSCE no puede permitir en su rol de supervisor objetivo e imparcial del cumplimiento de la legalidad, por lo que ante un acto discrecional la decisión del supervisor debe ser de tal claridad que lleve, de darse el caso, a la declaración de nulidad de oficio de la decisión materia de supervisión, enmendando rumbos la Administración supervisada bajo apercibimiento material de que la Contraloría inicie las acciones tendentes a establecer responsabilidades

²⁷¹ SESÍN, Domingo Juan, Administración Pública. *Actividad reglada, discrecional y técnica*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, segunda edición, págs. 340 y 341.

administrativas y en su caso penales, debiendo considerarse la conducta omisiva o contraria a lo decidido por el OSCE como agravante y sintomática de dolo. Si la acción de supervisión es sólida, no habrá lugar a oficios de parte de los supervisados ni intimidaciones vía denuncias de abuso de autoridad que desafíen la función del supervisor. La acción de supervisión, no está demás subrayarlo, debe dejar de lado una visión estatocéntrica, en donde lo importante es “salvar” el procedimiento de selección dada la urgencia de la ejecución oportuna del contrato, de su carácter estratégico o de la coyuntura política. Esas motivaciones no tienen cabida en la función supervisora debido a la finalidad pública encomendada. La imagen que debe proyectarse es la de un árbitro imparcial que solo se debe al cumplimiento de la ley, bajo responsabilidad.

8.2.1. Supervisión y control mediante los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Sesín, señala a la proporcionalidad como medio de control de la discrecionalidad, pero le da un trato conjunto con la razonabilidad y la congruencia, conceptos que pueden subsumirse. En efecto, lo proporcional va de la mano de lo razonable, de lo congruente. Así sostiene:

“La razonabilidad implica congruencia, proporción, adecuada relación de medio a fin; el exceso identifica lo irrazonable”

Por razonable se entiende todo aquello que es arreglado, justo o conforme a razón;²⁷² reconociéndose este término en el derecho administrativo nacional, específicamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General,²⁷³ mediante el cual las actuaciones de la Administración deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplearse y los fines públicos que se deban tutelar.

Es innegable que el punto orientador del principio de proporcionalidad, razonabilidad o congruencia, es la finalidad. De ahí que el criterio o también principio de eficiencia sea el norte de este, evidenciándose la interdependencia de los principios.

²⁷² Significado propuesto por el Diccionario de la Real Academia Española <http://buscon.rae.es/draeI/>

²⁷³ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...)

1.4. *Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)*

El principio de proporcionalidad ha sido dividido para su aplicación descendente en tres partes (test de proporcionalidad) aunque hay doctrina que también los denomina subprincipios. La primera parte es la relativa a determinar si el acto administrativo es adecuado para el cumplimiento de sus propios fines, la segunda tiende a la verificación de medidas menos perjudiciales para el destinatario del acto y que cumplan los fines de este, la tercera, la proporcionalidad propiamente dicha y que implica verificar si el resultado del acto es desproporcionado con los sacrificios sufridos por el particular. Desarrollamos:

- a) El juicio de adecuación, de idoneidad o de congruencia.

El test de adecuación va en sentido negativo, esto es, se debe determinar objetivamente y de forma clara que mediante el acto discrecional no se cumple el objetivo perseguido por la normativa. No se admite matices. De no conseguirse certeza respecto del incumplimiento de la finalidad pública querida, se realizará el siguiente juicio de necesidad. En palabras de Sarmiento Ramírez – Escudero, quien tiene un trabajo prolijo sobre el Principio de Proporcionalidad:

*“se trata de un juicio de manifiesta desproporción pues solamente aquellos supuestos en la que la medida sea claramente inadecuada para conseguir los objetivos citados entrarían dentro de la esfera aplicativa del test”.*²⁷⁴

En el test de adecuación no se debe descuidar el nexo causal, como si se tratase de casos de responsabilidad patrimonial, apunta Sarmiento Ramírez – Escudero. Debe analizarse si la Administración ha tomado en consideración hechos irrelevantes o si ha obviado los relevantes, con dicha apreciación se facilita el examen de la fractura entre el medio y el fin.

- b) El juicio de necesidad o de la medida menos restrictiva, la intervención mínima o de menor lesividad.

Aquí el juzgador o para el caso, el supervisor o contralor, debe determinar que el acto administrativo ha sido de entre las medidas posibles a tomarse para el cumplimiento de la finalidad pública, el menos gravoso para el particular. Ahora bien, la Administración supervisora, no podrá sustituirse en la decisión pero si podrá señalar, que el acto es desproporcional y debiera ser re examinado bajo responsabilidad.

Sarmiento Ramirez-Escudero, indica en relación a la delimitación de si la decisión es menos restrictiva, los siguientes criterios:

²⁷⁴ SARMIENTO RAMÍREZ - ESCUDERO, Daniel. *El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo*. Un análisis jurídico desde el Derecho español. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007. p. 171 y 172.

*“Para que una medida pueda actuar como término de comparación, debe conseguir el mismo resultado previsto para la medida impugnada. (...) La existencia de una medida menos restrictiva no puede suponer la imposición de cargas u obligaciones a otros ciudadanos, (...) La medida alternativa debe de encontrarse dentro de la legalidad, y en condiciones de ser ejecutada por una Administración competente”.*²⁷⁵

En el supuesto de recurrirse a la decisión discrecional de la Administración y también para el caso de la acción de supervisión y de control, es conveniente que se aporten las decisiones alternativas menos lesivas, de ese examen y de los fundamentos del acto se determinará el grado de lesividad del mismo.

c) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Debe establecerse si la decisión adoptada ha sido en función a un costo aceptable respecto del beneficio de interés público. Alvarez García, citado por Sarmiento Ramírez - Escudero, indica:

*“No se trata aquí de comparar la medida adoptada con otras posibles alternativas, sino únicamente de comprobar que la decisión de la Administración no tiene tantas desventajas que no se compensan las ventajas que la satisfacción del fin procura”*²⁷⁶

Marín, explica:

*“El subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohíba”*²⁷⁷

La labor de quien supervisa o controla es muy fina y debe realizarse atendiendo a la técnica de ponderación, la misma que constituye un parámetro a fin de determinar la constitucionalidad de la actuación de los poderes públicos.

8.2.2. Supervisión de las decisiones discrecionales de las Entidades públicas de parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

La parte ancha del embudo de la supervisión, en contraposición con el trato a los árbitros (al menos normativamente para estos), se encuentra constituido por la su-

²⁷⁵ SARMIENTO RAMÍREZ - ESCUDERO, Daniel. *Ob. cit.* p.193 y 194.

²⁷⁶ SARMIENTO RAMÍREZ - ESCUDERO, Daniel, *Ob. cit.* p. 206.

²⁷⁷ MARÍN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Ob. cit.* p. 410.

pervisión de las Entidades públicas en el cumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado.

No se pretende aquí obviamente agotar todos los supuestos de trato abiertamente favorable al lado público de la relación procedimental o contractual, se ha tomado los casos más claros y relevantes, esto es, la renuncia a supervisar verazmente la decisión discrecional que privilegia el mantenimiento de la validez del contrato y no su nulidad por infracción del principio de presunción de veracidad o fraude procedimental y, la supervisión deficiente en el caso de direccionamiento de la adjudicación por requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación arbitrarios.

8.2.2.1. El caso de omisión arbitraria de la Entidad, de declarar la nulidad del contrato por fraude procedimental del contratista. Omisión de supervisión de parte del OSCE

La Ley de Contrataciones del Estado respecto de la nulidad de los contratos por infracción del principio de presunción de veracidad, señala:

“Artículo 56. Nulidad de los actos derivados de los procesos de contratación

(...) Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

(...)b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato. (Se ha agregado el subrayado)”

Para ilustrar la interpretación errada sobre el artículo de parte de las Entidades y del OSCE, ponemos de ejemplo el caso de una denuncia en paralelo ante la Entidad licitante y el OSCE por declaración de información falsa y/o inexacta en relación a registros sanitarios de determinados productos y que debían consignarse en un procedimiento de selección para contratar servicios de limpieza.

La denuncia es realizada en dos momentos, el primero en relación a evitar que se suscriba el contrato, pues la Entidad, dando muestras de parcialidad, no comunicó a la denunciante ninguna acción que tienda a la verificación de lo denunciado y procede con la suscripción. El segundo momento se verifica ante el hecho consumado de la irregular suscripción, persistiendo la Entidad en su negativa de declarar la nulidad del contrato a pesar de haberse incluso entregado opiniones de la misma Dirección General de Salud confirmando la falsedad o inexactitud de los registros sanitarios presentados. Respecto del Organismo Supervisor de las Contrataciones

del Estado, este pudo haber verificado lo denunciado además de oficiar a la Entidad en relación a sus responsabilidades a fin que tomen las medidas correctivas del caso bajo apercibimiento de denunciar los hechos a la Contraloría. Sin embargo, proceden a emitir un oficio, que lamentablemente es reiterativo o de cliché para todos los casos similares, en donde se indica en buena cuenta que no pueden hacer nada pues es facultativo de la Entidad, es decir, discrecional, decidir o no la declaración de nulidad del contrato. Citamos textualmente:

(...) Así también, se reitera lo indicado en el acatado Oficio (...), relativo al artículo 56° de la Ley, según el cual, después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad, entre otros supuestos, cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección para la suscripción del contrato.*

Finalmente, considérese que el presente documento da por concluida la acción de supervisión relacionada con las comunicaciones y la denuncia de la referencia.

**Es decir, ello resulta facultativo.*” (El segundo subrayado es nuestro)

Ahora bien, el primer punto del análisis es determinar a la luz de los conceptos tratados si estamos ante un caso de atribución discrecional. Como se evidencia, no existen dos o más opciones igualmente válidas lo que puede hacer pensar, al menos en un primer momento, que no estamos ante una atribución discrecional; sin embargo, debe estarse a que la discrecionalidad implica también la elección que se debe tomar como resultado de confrontar y ponderar aspectos e intereses.²⁷⁸

Zanjado el tema de determinar la atribución discrecional, podemos abordar el punto de lo que entiende el supervisor por discrecionalidad. Para el caso específico, debemos entender que el criterio es el de una elección sin nada más alrededor, una elección que no tiene en cuenta criterios axiológicos o teleológicos, estando atrasado por tanto el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado medio siglo en el concepto de discrecionalidad, pues de la supervisión efectuada se desprende que ésta implica la decisión de los órganos de la Administración que no atienden sino a su criterio sin que medie parámetro alguno. Si esto no es así, estamos presenciando entonces una omisión de deberes flagrante. Entendemos que lo segundo toma forma, pues es el mismo OSCE quien ha resaltado muy recientemente mediante la Opinión N°109-2012-DTN, que:

“El primer párrafo del artículo 46° de la Ley establece que “Los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de

²⁷⁸ SESIN, Domingo. *Ob. cit.*, p. 138.

la presente norma y su Reglamento”; precisando en su segundo párrafo que “En caso que las normas permitan márgenes de discrecionalidad para la actuación del servidor o funcionario, éste deberá ejercerla de acuerdo a los principios establecidos en el artículo 4º del presente Decreto Legislativo.” (El subrayado es agregado).”

Es decir, al menos por una inducción elemental debería supervisarse las decisiones discrecionales, pues la norma refiere como medios para que esta clase de decisiones se encuentre de acuerdo a derecho, a los principios rectores de la propia norma, entre los que se incluye el de razonabilidad y también por extensión, dado el mandato del propio artículo citado,²⁷⁹ a los principios de proporcionalidad, de eficiencia y demás aplicables.

Así pues, debería ser un criterio asumido que en caso de decidir la Entidad no declarar la nulidad del contrato por infracción del principio de presunción de veracidad o lo que es lo mismo, por fraude procedimental, la Entidad tendrá que sustentar ello en los principios de razonabilidad, proporcionalidad y de eficiencia en la respectiva resolución, dado que lo contrario significaría premiar arbitraria e irracionalmente a quien cometió, sino una ilicitud penal, cuando menos una ilegalidad. Es claro que concederle efectos a un contrato nulo constituye una excepción que solo debe estar fundamentada en el interés público. Así pues, será claro que la decisión discrecional excepcional deberá tomarse cuando la construcción de, por ejemplo, una carretera, se encuentra avanzada en grado tal, que declarar la nulidad del contrato sería claramente perjudicial para los fines del Estado al verse comprometido el uso de la obra pública, estando a punto de culminarse.

El supuesto de superar por razones de interés público la nulidad de los contratos y mantener su ejecución, se encuentra previsto en el derecho comunitario europeo. Es ilustrativo que lo regulado se encuentre previsto en razones de interés público y sea excepcional y por lo tanto restrictivo.

Así pues la Directiva 89/665/CE modificada por la Directiva 2007/66/CE, indica que “*el poder adjudicador puede acordar mantener la eficacia del contrato anulado “por razones imperiosas de interés general”*”.²⁸⁰

²⁷⁹ El artículo 4º de la Ley que indica los principios aplicables en el régimen de las contrataciones del Estado señala: “*Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público.*”

²⁸⁰ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos II. Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011, p.99.

La normativa española, ha optado mediante el artículo 35.3 c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por permitir de forma excepcional la no declaración de nulidad no obstante la concurrencia de vicios determinantes de esta para evitar consecuencias desproporcionadas:

“Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un grave trastorno al servicio público, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquel y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”

Comentando el artículo, Hervás Más destaca que el criterio de servicio público debe entenderse en sentido amplio pero sin perder de vista la afectación que se realice del mismo, por lo que debe exigirse una valoración caso por caso.²⁸¹

Para nosotros es importante destacar la temporalidad probable de la medida en cuanto a la ejecución del contrato nulo, esto es, hasta que se concreten las acciones que evitan el perjuicio, claro está, si ello es posible. Esta temporalidad atiende pues, como fácilmente se deduce, a lo excepcional de la medida y es que no puede fácilmente y sin motivación basada en el interés público dejar sin efecto la nulidad que corresponde.

Comentando el artículo en cuestión pero sin perder de vista a la Directiva comunitaria que lo precede, Hortalá I Vallvé, sostiene que las circunstancias excepcionales deben estar vinculadas al objeto o fin del contrato o los intereses económicos afectar al propio servicio o a los ciudadanos directamente y no a intereses económicos vinculados al poder adjudicador.²⁸²

De otro lado, Italia aplica la normativa comunitaria mediante el Decreto Legislativo N° 163 de 2006, que aprueba el Código de Contratos relativos a obras, servicios y suministros (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture). Marina Jalvo, indica comentando el artículo 245°:

“La anulación del contrato resulta obligada en los supuestos de graves vulneraciones en los que el interesado no haya podido hacer uso de los medios ordinarios de recurso con carácter previo a la estipulación del contrato y, en consecuencia, haya visto frustradas sus expectativas de adjudicación del contrato. Sin embargo, como ya se ha adelantado, excepcionalmente, podrá mantenerse la eficacia del contrato, sin

²⁸¹ HERVÁS MÁS, Jorge y otros, “Régimen de Invalidez de los contratos”, en: La contratación de las administraciones públicas ajustada a la ley de contratos del sector público, Coordinador: CATALÁ MARTÍ, José Vicente, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, segunda edición, 2012, p.313.

²⁸² HORTALÁ I VALLVÉ, Joaquim, “La ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (V). Supuestos especiales de nulidad y la cuestión de nulidad”, en: Comentarios a las modificaciones de la legislación de contratos del sector público, Perez-Lorca, Bosch, Barcelona, 2012, p. 470.

*perjuicio de la sanción alternativa que corresponda, cuando concurren exigencias imperativas de interés general que así lo exijan.”*²⁸³

Nuevamente se evidencia razones de interés público para que no surtan efectos la nulidad del contrato estándose a que ello no enerva las responsabilidades que conlleve la vulneración del derecho.

Entender la locución “podrá”, utilizada por el artículo 56° de la Ley de Contrataciones del Estado, como sinónimo de discrecionalidad sin más, esto es sin motivación,²⁸⁴ sin atender al contexto, a los principios de eficiencia, de razonabilidad o de proporcionalidad, equivale además de dar carta libre a la arbitrariedad, avalar un comportamiento vedado en un Estado de derecho.

8.2.2.2. El fraude por direccionamiento de la adjudicación. Requisitos técnicos mínimos y factores de evaluación arbitrarios

A pesar que nuestro sistema de evaluación excluye totalmente técnicas que admiten un margen de apreciación de las ofertas técnicas más allá del sistema tasado de puntaje o del “cumple o no cumple”, sacrificándose con ello acceder en el caso de objetos contractuales complejos a tecnología ad hoc e innovaciones tecnológicas que respondan a necesidades puntuales o específicas de las Entidades licitantes, todo ello en el entendido que así se resguarda la transparencia y la objetividad de la evaluación; este sistema tasado no ha resuelto el problema del direccionamiento de la adjudicación del contrato que realizan los órganos evaluadores y adjudicadores del contrato a través de factores de evaluación de carácter “discrecional”, problema que viene acompañado de la manipulación o direccionamiento de las especificaciones técnicas o requisitos técnicos mínimos fijados de modo “discrecional” también por los órganos usuarios o áreas técnicas de las Entidades.²⁸⁵

²⁸³ MARAINA JAVO, Belén, “El derecho de la contratación pública en Italia”, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011, p. 287.

²⁸⁴ Tomás Ramón Fernández, al respecto indica: *La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que la sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal. Lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario (...)*. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, De la arbitrariedad de la Administración, Thomson, Civitas, Quinta edición ampliada, Navarra, 2008, p.81.

²⁸⁵ El problema tampoco ha sido resuelto por las Bases Estandarizadas aprobadas por el OSCE mediante Directiva N° 018-2012-OSCE/CD, pues las mismas no son sino pliegos de condiciones generales donde caben especificaciones precisas y factores de evaluación según el criterio de la Entidad. En efecto, de acuerdo a lo establecido en la referida directiva, si bien la sección general de las Bases Estandarizadas es inmodificable, la sección específica sí puede ser adecuada a las características particulares de lo que se pretende contratar.

Que ningún funcionario se escandalice por lo dicho, el escándalo debe ser que esto sea permitido por el propio OSCE, no como cómplice activo pero si mediante los límites que este mismo organismo se ha impuesto desde hace mucho en su función supervisora respecto de las decisiones “discrecionales” de las Entidades supervisadas, renunciando a un examen objetivo mediante las técnicas universales de control o supervisión de la discrecionalidad, pareciese que por temor a “obstaculizar” los procedimientos de selección y por tanto la gestión de la Administración o por temor a denuncias de los licitantes, pudiendo agregarse además la falta de preparación suficiente de sus cuadros o el número limitado de estos que se ven abrumados por la carga de observaciones a las Bases y denuncias planteadas además de una errada visión estatocéntrica y no de árbitro imparcial entre el Estado licitante y los particulares ofertantes.

Como ejemplo de lo indicado puede utilizarse un precedente de hace por lo menos 8 años. Se trata de un procedimiento convocado por ESSALUD, en donde una empresa norteamericana eleva las Bases al entonces CONSUCODE indicando que las especificaciones técnicas de un kit quirúrgico (aguja e hilo quirúrgico en empaque plástico esterilizado), no puede solicitarse con un hilo de “x” centímetros por sobre una medida estándar, habida cuenta que solo se puede utilizar la medida estándar del hilo debido a que la aguja luego de esa medida, al perder filo, no puede o no debe utilizarse en el paciente. El asunto tenía como agregado que los kits de empresas extranjeras venían con la medida de hilo quirúrgico estándar y que algunas empresas nacionales si podían implementar kits ad hoc al fabricarse estos localmente. El caso termina en que el CONSUCODE concluyó que tratándose de una decisión discrecional se sustraía de un pronunciamiento al respecto, siendo responsable de la decisión discrecional la Entidad licitante.

¿Cómo se debió operar en el ejemplo? Pues controlando la decisión discrecional técnica debiendo determinarse si la aguja sufría o no el desgaste indicado que hacía posible o imposible la utilización del hilo más allá de la medida estándar internacional, ello mediando estudios internacionales asequibles en internet o acudiendo a un banco de peritos en donde alguno de ellos, designado aleatoriamente, debe pronunciarse al respecto a costo del observante.

No sabemos cómo se desarrolló la ejecución del contrato y cómo se utilizaron los kits ni si la Contraloría controló asumiendo funciones al respecto. Nos inclinamos a pensar que pudo existir un direccionamiento, un favorecimiento ilegal y que ello pudo quedar impune con la participación del CONSUCODE.

La situación expuesta no ha cambiado mucho, del caso del kit quirúrgico podemos ir al caso reciente de la exigencia de una certificación extranjera de ruidos

mínimos solicitado para computadoras (está vez en perjuicio de fabricantes nacionales) que debieron usarse en la sede de una Entidad ubicada en plena avenida Abancay en el centro de Lima en donde la contaminación sonora es objetivamente alta y supera cualquier ruido de cualquier computadora, siendo por lo tanto insostenible el requisito exigido.

Los casos de omisión de supervisión de decisiones discrecionales que absuelven observaciones de factores de evaluación o de especificaciones técnicas y en donde los parámetros de “razonabilidad y congruencia con el objeto de la convocatoria” son insuficientes, se han estandarizado mediante fórmulas o párrafos cliché en los pronunciamientos del OSCE. Algunos ejemplos:

Pronunciamiento 063-2013 MINISTERIO DEL INTERIOR LP 033

“(...) Observación N° 1: Contra los requerimientos técnicos mínimos – Impresora multifuncional (...)

En ese sentido, de conformidad con lo indicado precedentemente, la Entidad convocante resulta competente para determinar los requerimientos técnicos mínimos, en la medida que posee la información y conocimiento de las necesidades que pretende satisfacer con la realización del proceso de selección.

Por lo expuesto, considerando que el observante pretende modificar los requerimientos técnicos mínimos del ítem N° 1, que la Entidad, a través del pliego absolutorio de observaciones, ha ratificado que los equipos requeridos deben cumplir con los requerimientos técnicos mínimos para satisfacer su necesidad, y dado que su determinación es competencia y exclusiva responsabilidad de ella, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la presente observación. (...)

Pronunciamiento 401-2013 ELECTRO SUR ESTE LP 14-2013

“(...) Cuestionamiento único contra la documentación de presentación obligatoria (...)

En el informe técnico remitido con motivo de la elevación de observaciones, el Comité Especial manifestó que se recogieron las exigencias de la normatividad vigente respecto de los equipos de calidad.

En virtud de lo expuesto, considerando que es competencia de la Entidad la determinación de los requerimientos técnicos mínimos así como los documentos con los cuales éstos serán acreditados, y siendo que el observante solicita eliminar el requerimiento del certificado de Clase A sin poseer facultades para ello, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER la observación formulada. (...)

Pronunciamiento 402-2013 GOB REG LA LIBERTAD LP 01-2012

“(...) Observación N° 1 Contra las especificaciones técnicas de los ítems N° 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15(...)

Al respecto, de la revisión realizada al pliego de absolucón de observaciones se observa que la Entidad ha decidido modificar el requisito en cuesti3n, en los siguientes t3rminos “Año de fabricaci3n: m3nimo 2012, unidad nueva de f3brica, sin uso, con m3ximo de 20 horas a la entrega en el almac3n perif3rico de la Entidad”.

En esa medida, siendo que es de responsabilidad de la Entidad la determinaci3n de las especificaciones t3cnicas de los bienes a adquirir, en funci3n de las necesidades que pretende satisfacer, y en tanto el observante persigue modificar una de las especificaciones t3cnicas previstas para los ítems N° 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 conforme con lo que él propone, sin poseer facultades suficientes para ello, este Organismo Supervisor decide NO ACOGER la presente observaci3n. (...)”

Pronunciamiento 411-2013 UNIV NAC DE PIURA LP 3-2013

“(...) Observaci3n N° 3: Contra los requerimientos t3cnicos m3nimos (...)

Ahora bien, al absolver el primer y segundo extremo de la Observaci3n N° 3 el Comit3 Especial señal3 que “En cuanto a las Maestrías y cursos de especializaci3n solicitados para el Jefe de Proyectos y Asistente de Ingeniería I, debemos precisar que, si bien la experiencia en la especialidad de los profesionales resulta determinante para la ejecuci3n de sus labores en la ejecuci3n de cualquier contrato, no puede desconocerse que los estudios de especializaci3n contribuyen a que las labores de los profesionales se ejecuten de una mejor manera; por lo que lo indicado por el observante carecería de sustento al desconocer la relevancia de los estudios de los profesionales.

En relaci3n al tercer extremo de la de la Observaci3n N° 3 el Comit3 Especial no se pronuncio al respecto.

En virtud de lo expuesto y siendo que es competencia de la Entidad la determinaci3n de los requerimientos t3cnicos m3nimos en atenci3n a sus propias necesidades, este Organismo Supervisor ha decidido NO ACOGER las observaciones formuladas. (...)”

Pronunciamiento 412-2013 FAP CP 2-2013

“(...) Observaciones N° 6 y 8 Contra los factores de evaluaci3n.(...)

Con relaci3n a la observaci3n formulada, debe indicarse que, de conformidad con el artículo 43° del Reglamento y tal como lo ha citado el participante, el Comit3 Especial determina los factores de evaluaci3n t3cnicos a ser utilizados, así como los puntajes y criterios para su asignaci3n, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria y siendo que el factor en cuesti3n resulta concordante con la normativa de contrataciones, corresponde NO ACOGER la Observaci3n N° 6. (...)”

La situaci3n descrita de omisi3n de los deberes de supervisi3n respecto de las especificaciones t3cnicas justificadas en la sola competencia exclusiva de la determinaci3n de las mismas de parte de las Entidades sin escudriñar que la decisi3n

discrecional contenga los presupuestos necesarios para ser funcional, razonable o adecuada utilizando las técnicas de control y/o supervisión de la discrecionalidad, constituye una práctica que va en contra de una de las principales funciones del OSCE. Por lo tanto, no debe continuar.

9. RÉGIMEN SANCIONADOR PARA LOS POSTORES Y CONTRATISTAS

La ley de Contrataciones del Estado prevé un régimen de sanciones para los postores y contratistas mediante el artículo 51°. Asimismo establece en el artículo 52° un régimen sancionador para los árbitros.

Se ha previsto como tipo administrativo entre otros, el no mantenimiento de la oferta hasta el consentimiento de la adjudicación del contrato o la no suscripción injustificada, del contrato o del convenio marco en su caso o la negativa de recibir también injustificadamente la orden de compra o servicio. Igualmente se ha previsto como sancionable la resolución del contrato por causa atribuible al contratista, la entrega del bien, prestación del servicio o ejecución de una obra con vicios ocultos previa sentencia o laudo firme. Asimismo, debe sancionarse la infracción del régimen de impedimentos para contratar con el Estado, el registro como participantes, la presentación de propuestas o la suscripción de un contrato o acuerdo marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; la suscripción de contratos de obras y consultoría de obras por montos mayores a la capacidad de libre contratación; la suscripción de contratos pese a haber sido notificados con la suspensión o nulidad del procedimiento de selección correspondiente; “la realización” de subcontrataciones sin autorización del contratante o por un porcentaje mayor al permitido; por prácticas que afecten la competencia; por la presentación de documentos falsos o información inexacta a las entidades licitantes, al OSCE o a su tribunal; por la interposición de recursos contra actos inimpugnables y por incumplimiento injustificado del contrato. En cuanto al régimen de sanciones previstas para los árbitros, este se encuentra relacionado principalmente con la infracción de los deberes de información y de abstención además de la “inaplicación sin sustento del régimen de prevalencia del derecho público sobre el derecho privado”.

9.1. Aplicación de la responsabilidad subjetiva en el procedimiento administrativo sancionador

El tema controversial en el régimen sancionador previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es el que atañe a la aplicación o no del criterio de culpa o responsabilidad subjetiva en la aplicación de la sanción.

El criterio, salvo excepciones, es expuesto de forma reiterada en el sentido que la normativa no ha previsto sino la responsabilidad subjetiva en lo referido a la graduación de las sanciones:

“Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que según ha señalado el Tribunal en la resolución recurrida, el supuesto de hecho contenido en la infracción recogida en el numeral 9 del Reglamento está referido a la sola presentación de documentos falsos o inexactos, de modo que para que la conducta infractora se consolide, únicamente se requiere acreditar que el documento presentado sea efectivamente falso, independiente de quién haya sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación. En tal sentido, para la configuración de dicha infracción, basta medir la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores externos como la intencionalidad o el daño causado, elementos que podrán entrar a tallar únicamente al momento de graduar la sanción, pero que en ningún caso serán determinantes para su imposición.” Resolución 273/2007.TC-SU

“4. En ese sentido, para la configuración de dicha infracción basta medir la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores como la intencionalidad, diligencia debida o el daño causado, los cuales podrán entrar a tallar únicamente al momento de graduar la sanción.” Resolución 1438/2007.TC-S3

“3. Respecto a la infracción prevista en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, es preciso indicar, como marco referencial, que, para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la referida norma, se requiere: (i) Participar en un proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores y; ii) Suscribir el contrato correspondiente sin tener inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores. Es decir, la infracción se configura con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro, sin que la norma requiera condiciones adicionales. Ambos supuestos acarrearán una responsabilidad objetiva²⁸⁶ del infractor, pues basta la constatación del hecho descrito para la comisión de la infracción.” Resolución 1667-2013-TC-S1 del 01 de agosto de 2013.

Ahora bien, adelantamos que no estamos de acuerdo con la doctrina del tribunal que se aleja de la doctrina y jurisprudencia comparada además de principios constitucionales que han sido materia de pronunciamientos por el propio Tribunal Constitucional.

²⁸⁶ A diferencia del Derecho Penal, ámbito en el que constitucionalmente está proscrita, en el Derecho Administrativo la *responsabilidad objetiva* (culpa sin intencionalidad) del imputado, puede ser utilizada por la Administración para efectos del ejercicio de la potestad sancionadora, sin vulnerar el *Principio de Culpabilidad* (base de la *responsabilidad subjetiva* o de la culpa con intencionalidad), siempre que las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del Derecho lo permitan. Consultar al respecto lo señalado por Marcial Rubio Correa sobre el *Principio de Culpabilidad* en *“La Interpretación de La Constitución Según El Tribunal Constitucional”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Lima, Segunda Edición, Octubre 2008. Páginas 87-88.

9.1.1. Del principio de culpabilidad y su importancia para la determinación de la imposición de sanción

Doctrinariamente se ha aceptado que el *ius puniendi* del Estado se ejerce no sólo en relación al Derecho Penal sino también en el Derecho Administrativo Sancionador, por lo que en ambos casos se exige el respeto de iguales o muy similares principios para garantizar la efectiva protección de los sujetos pasibles de sanción. Al respecto, es preciso citar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la Resolución 1873-2009 AA/TC, fundamento N° 12, sentencia en la que el máximo intérprete de la Constitución realiza una descripción de una serie de principios que con ciertos matices ha recibido el Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal:

“12. (...) Los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

- a. Principio de legalidad (...)
- b. *Principio de tipicidad, (...) la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales “de honor”, y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de “responsabilidad objetiva del administrado”, lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.*
- c. *Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente. (...)*
- d. *Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados.”* (El subrayado es nuestro)

Resulta pertinente resaltar lo expresado por el Tribunal Constitucional en relación al principio de culpabilidad, el mismo que implica la prohibición de imponer sanciones atendiendo a una responsabilidad objetiva. Así, la aplicación del referido principio ha sido reconocida en diferentes resoluciones: N° 05156-2006-PA/TC (fundamento 54°), N° 2192-2004-AA/TC (fundamento N° 4), 06301-2006-PA/TC (fundamento N° 10), 07320-2005-AA/TC (fundamento N° 61) y N° 2050-2002 AA/TC (fundamento N° 8):

“8. (...) es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, (...).”

En esa línea, el TC ha indicado que pese a que el principio de culpabilidad no se encuentra recogido en ningún precepto constitucional, deberá ser considerado en todo caso cuando el Estado haga uso de su potestad sancionadora, convirtiéndose en garantía para los sujetos pasibles de sanción, tal y como se aprecia en la Resolución 010-2002 AA/TC, fundamento N° 62:

“62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12° del Código Penal de 1991.” (El subrayado es nuestro)

De lo vertido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, se tiene que el principio de culpabilidad se erige como uno de los principios básicos de la potestad sancionadora del Estado, siendo, así, una garantía para los administrados cuyos derechos pueden verse enormemente afectados por la aplicación de un criterio meramente objetivo.

Lo señalado por el máximo intérprete de la constitución debe ser tomado en consideración por todos los poderes que conforman el Estado, a fin que se interpreten las normas de acuerdo a sus pronunciamientos, evitando así, decisiones injustas y a todas luces contrarias a la Constitución. Así lo ha expresado el propio Tribunal Constitucional en la STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 42:

“42. (...) Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”

Ello también ha sido resaltado en la Resolución N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento 61 y 62:

“61. Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Y ello es así porque la norma fundante básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.

62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra” (Subrayado agregado)”

Es decir, las sentencias del Tribunal Constitucional al integrarse también al sistema de fuentes constituyen parámetros para la interpretación y aplicación del derecho, por lo que las decisiones de los demás poderes del Estado deben estar conforme a ellas.

La doctrina y jurisprudencia comparadas se pronuncian también respecto de la aceptación de la responsabilidad subjetiva en materia sancionadora. Así, el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 70/1991 se pronuncia respecto de la inconstitucionalidad de una norma tributaria por vulnerar el principio de culpabilidad:

“La sanción tributaria participa de la misma naturaleza que las penas contenidas en el código penal, sin embargo, tras la reforma operada se suprime la exigencia de «voluntariedad» y se añade que serán sancionadas las infracciones «incluso a título de simple negligencia», modificaciones que suponen un inadmisibles «giro copernicano» en la materia. por el contrario, una vez sentado que los principios inspiradores del orden penal resultan de aplicación con matices al derecho administrativo sancionador, por ser ambos manifestación del derecho punitivo del estado (como se refleja en el art. 25.1 de la constitución y en una reiterada jurisprudencia del tribunal supremo y del tribunal constitucional), debe mantenerse que los citados arts. 38.1 y 77.1 son inconstitucionales, pues la responsabilidad criminal es siempre directa y personal y requiere de culpabilidad (bien por dolo o por culpa), y frente a esto se establece ahora en un sistema absolutamente objetivo de las infracciones tributarias. Este re-

sultado está en contradicción con la seguridad jurídica (art. 9.3 de la constitución) y con el principio de legalidad penal (art. 25.1 de la constitución).”

En Colombia, respecto de la inconstitucionalidad del artículo 41° de la Ley 633 de 2000 que regulaba la imposición de sanción sobre la base de la responsabilidad objetiva, la Sala Plena de la Corte Constitucional en el Expediente D-3860 indicó lo siguiente:

“3.4.1.1. (...) resulta pertinente para la Corte (i) recordar su jurisprudencia en materia de sanciones administrativas fundadas en la responsabilidad objetiva con el fin de precisar las condiciones bajo las cuales este tipo de sanciones, de manera excepcional según las especificidades de cada caso, se ajusta a la Constitución; y (ii) determinar si el decomiso de bienes en un establecimiento por violación al régimen aduanero conlleva, sin reparar en la existencia o ausencia de culpabilidad, a la necesaria imposición de la sanción de clausura del mismo contenida en el literal c. del artículo 657 del E.T., adicionada por el artículo 41 de la Ley 633 de 2000.

3.4.1.2. La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado sólo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva. En principio, esta Corporación ha afirmado que “conforme al principio de dignidad humana y de culpabilidad acogidos por la Carta (CP arts. 1° y 29), está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora”.

[...] Sin embargo, la posibilidad de la responsabilidad objetiva cuando el Estado ejerce poderes sancionatorios es absolutamente excepcional, pues en reiterada jurisprudencia esta Corporación ha establecido que los principios del derecho penal –como forma paradigmática de control de la potestad punitiva– se aplican, con ciertos matices, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. [...] Por todo lo anterior, la Corte considera que resulta desproporcionado y violatorio de los principios de equidad y justicia tributarios la consagración de una responsabilidad sin culpa en este campo, por lo cual considera que en este ámbito opera el principio de nulla poena sine culpa como elemento integrante del debido proceso que regula la función punitiva del Estado”

Ahora bien, en relación a la posibilidad de analizar la culpabilidad de una persona jurídica, en jurisprudencia española ésta ha sido aceptada en virtud de su capacidad de infracción, tal y como se expresa en la SSTC 246/1991, de 19 de diciembre-España:

“Esta construcción diferente de la imputabilidad de la autoría a la persona jurídica a la que corresponde estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico

protegido por la norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz” (El subrayado es nuestro).

También resulta ilustrativo lo expuesto por Hirsch:

“Por una parte, en el Derecho de las contravenciones se exige culpabilidad y, por otra, en ese contexto se reconoce capacidad de culpabilidad a las personas jurídicas, entonces como consecuencia lógica, también se puede hablar de una culpabilidad de aquellas en Derecho Penal, en la medida en que no hay diferencias cualitativas entre una y otra rama del derecho.”²⁸⁷

Habiendo quedado expuesta la importancia de la apreciación del principio de culpabilidad en materia sancionadora, lo cual ha sido resaltado en reiterados pronunciamientos por el Tribunal Constitucional, es pertinente referirnos en detalle a la postura que sobre la materia ha adoptado el Tribunal de Contrataciones del Estado. En relación a ello, cabe adelantar que éste último no ha aceptado el principio de culpabilidad de manera general, siendo que en ocasiones se ha valido de otras figuras a fin de evitar adoptar decisiones que a todas luces resultarían atentatorias de los derechos de los administrados.

Como ya se mencionó, el Tribunal de Contrataciones del Estado, en reiterados procedimientos sancionadores ha venido imponiendo sanciones únicamente sobre la base del análisis de una responsabilidad objetiva, lo que resulta contrario a los principios que rigen la potestad sancionadora del Estado y cuya importancia ha sido analizada por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, algunas resoluciones si bien rompen la regla, así en la Resolución N° 384-2012-TC-S2, fundamento 19°, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha resaltado la importancia del análisis del principio de culpabilidad del presunto infractor, no en la etapa de graduación de sanciones, sino más bien, en un momento anterior:

“19. En la dogmática administrativa, la culpabilidad como presupuesto para imputar una infracción en el derecho administrativo sancionador, constituye un elemento imprescindible en el análisis del comportamiento infractor (...).”

A mayor abundamiento, en el caso que ameritó la emisión de la Resolución N° 1289-2009 TC-S4, el administrado argumentó que el banco por política interna no pudo otorgarle la carta fianza en el plazo requerido para efectos de la suscripción del contrato con la Entidad:

²⁸⁷ H.J. HIRSCH, “La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas”, pág. 1110. Citado por GÓMEZ TOMILLO, Manuel – SANZ RUBIALES, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General teoría general y practica del derecho penal administrativo.

“10. Cabe señalar, asimismo, que el Postor cumplió con remitir, con fecha 5 de mayo de 2009, las cartas fianzas requeridas por la Entidad, aunque de manera extemporánea, lo que permite deducir que, como afirma, no tuvo la intención de faltar a su obligación de suscribir el contrato, sino que el retraso se debió incumplimiento de la Entidad Bancaria a la cual solicitó oportunamente la emisión de las mismas. Debe resaltarse, respecto de este punto, que entre los días 30 de abril de 2009 –fecha en la que la Entidad Bancaria entregaría las cartas fianzas– y el 5 de mayo del mismo año hubo hasta 3 días no laborables. Asimismo, el Postor señala que las cartas fianzas fueron remitidas a la Entidad sólo un día hábil después que fueron entregadas por el Banco.

11. En ese orden de ideas, es de opinión de este Colegiado que la circunstancia que impidió al Postor suscribir el contrato en los plazos indicados por el Reglamento, no fue su falta de diligencia o renuencia a suscribir el contrato, sino que se debió a hechos ajenos a su esfera de control, los cuales no pudieron haber sido previstos por éste aun cuando actuara de manera diligente.

12. En tal sentido, siendo que el Postor ha acreditado que la omisión de suscribir el contrato se debió a un hecho sobrevenido al otorgamiento de la buena pro, corresponde que se declare no ha lugar a la imposición de sanción en su contra.”

De la resolución citada, se aprecia que si bien el Tribunal de Contrataciones no hace referencia expresa a la culpabilidad, sí señala que el postor *“no tuvo intención de faltar a su obligación”*, lo que aunado a una serie de acontecimientos determinaron que no se le impusiera sanción administrativa.

En la Resolución N° 2839-2009-TC-S3, el Tribunal de Contrataciones en su fundamento N° 22; indica:

“22. En cuanto a la intencionalidad del infractor, se evidencia que en el presente caso el documento falso ha sido presentado por el trabajador de la empresa, tal como lo prueba la declaración jurada del mismo, lo que evidencia que lo que hubo es una falta de diligencia de la empresa Protección Seguridad y Vigilancia Técnica S.A. (Proteo S.A.) de revisar la documentación que presentó en el proceso de selección.”

Estando a lo anterior cabe preguntarse ¿Qué hubiera ocurrido si el contratista hubiera usado toda la diligencia debida (elemento subjetivo)? De afirmar que no bastaría el uso de toda la diligencia debida y reafirmar el uso de la responsabilidad objetiva ¿Acaso no se está pidiendo al contratista la realización de un hecho imposible o que está fuera de su dominio? De manera complementaria citamos lo expuesto por Baca Oneto, quien señala:

“(…) ¿Qué sucedería si un postor presenta, como parte de su propuesta un informe científico de conocimiento público (es decir, no contratado por él) realizado por un

importante grupo de investigadores, que luego es refutado convincentemente y se demuestra falso? Podría imaginarse incluso que dichos investigadores buscaron falsear intencionalmente los resultados de su informe. ¿Puede ser sancionado el postor por presentar información falsa o errónea? (...)”

En función a lo expuesto, si bien la culpabilidad no ha sido establecida de manera expresa en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento como condición para establecer si se ha de imponer o no sanción de inhabilitación al administrado, sino más bien como un criterio para la graduación de las sanciones, una interpretación acorde con los principios que rigen la potestad sancionadora del Estado, así como con los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional, obliga a concluir que la culpabilidad constituye un presupuesto necesario para la determinación de la aplicación de sanción.

Asimismo, debe estarse a que la responsabilidad objetiva no se encuentra establecida en ningún artículo de la Ley o del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aplicándose esta de modo genérico y salvo excepciones, solo a mérito de haberlo decidido así el Tribunal de Contrataciones del Estado.

9.1.2. De la importancia del “error” en materia sancionadora

Otro elemento subjetivo a tomarse en consideración para efectos de determinar la aplicación de sanción es el error, el mismo que puede conllevar a la exención absoluta de responsabilidad.

Ahora bien, en relación al error de tipo y de prohibición, Nieto²⁸⁸ señala:

“(...) supone que el autor tiene conocimiento equivocado de alguno de los elementos, tanto descriptivos como normativos del tipo (...) El error de prohibición supone que el autor desconoce que su acción es lícita, o sea, que ignora que este prohibida (...)”

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones en la Resolución 384-2012-TC-S2, fundamento 19°, ha indicado lo siguiente:

“En esa línea, el error se constituye como una causa exculpatoria de la infracción cometida: “(...) porque el desconocimiento de un hecho (...) relevante da lugar a una equivocada valoración y por ende a una conducta diversa de la querida si esa falla del intelecto no se hubiera producido.

El error se presenta entonces cuando existe una discordancia entre la conciencia del autor y la realidad. Resulta aplicable al derecho administrativo sancionador la figura

²⁸⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, Quinta edición totalmente reformada, 2012, Editorial Tecnos, pág. 356.

de error de hecho y error de derecho. En el error de hecho, la representación equivocada recae sobre los presupuestos fácticos del deber sustancialmente infringido, mientras que un error de derecho se configura cuando la representación equivocada recae sobre un elemento normativo o una valoración jurídica.²⁸⁹ Asimismo, la doctrina sostiene que estos errores son excusables cuando no se originan en la negligencia del que incurre en error; así la falta de conocimiento de los hechos y la valoración falsa son dos formas de error”.

De lo señalado por el Tribunal de Contrataciones en la resolución citada, se concluye que el análisis del error resulta relevante para determinar si se impone o no sanción administrativa, lo que dependerá si el error es vencible o invencible; para mayor abundamiento se cita también la RTF 039-3-98:

“(…) Las infracciones tipificadas en el Código tributario son predominantemente objetivas, por lo cual, en principio, la sola violación de la norma formal constituye la infracción, sin que interese investigar si el infractor omitió intencionalmente sus deberes o si lo hizo por negligencia, también es cierto que ello no obsta para que si se probase alguna circunstancia excepcional de imposibilidad material o error de hecho o de derecho, ajena a la voluntad del contribuyente, la infracción no se configure, ya que pese a prevalecer lo objetivo, no puede prescindirse totalmente del elemento subjetivo, así lo establece gran parte de la doctrina como reiteradas resoluciones del Tribunal Fiscal.”

En relación a ello, el artículo 14° del Código Penal D.L N° 635 establece criterios sobre la vencibilidad del error.

“Art. 14.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley.

El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuera vencible atenuara la pena”.

El código penal es claro al referirse que la sanción será atenuada ante un error vencible en el cual no se observó la diligencia debida; por otro lado, si el error es invencible corresponderá una exoneración de la sanción.

Lo expuesto ha sido confirmado por la Resolución N° 384-2012-TC-S2, emitida por el Tribunal de Contrataciones, que en su argumento 19° también distingue el error vencible del invencible:

“(…) Cabe anotar que con relación al error, la doctrina distingue entre error invencible y error vencible, dependiendo si el autor hubiera podido salir del error aplican-

²⁸⁹ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. En: Dogmática practicable del derecho disciplinario. Preguntas y respuestas. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2007. Pág. 94-96.

do esfuerzos razonables o si pese a poner la diligencia debida no hubiese podido salir del error. Respecto al primero de ellos, puede decirse que será causa de exoneración de responsabilidad, salvo que estemos frente a una responsabilidad objetiva normativamente determinada, como en determinados casos de responsabilidades objetivas establecidas legalmente en materia tributaria o ambiental; mientras que en virtud del error vencible se elimina el dolo, y en las infracciones culposas da paso a la culpa leve a fines de graduar la sanción. De modo tal que, para la exoneración de la responsabilidad, no sólo basta con la existencia del error en general, sino que además hay que demostrar su inevitabilidad (error invencible).”

Es oportuno hacer énfasis en otros tipos de errores derivados del error de prohibición en su versión invencible que son los que determinan la exoneración de las sanciones. Así, Gómez Tomillo, señala que cuando el error sea razonable, este debe estimarse como invencible, citando la complejidad técnica o normativa ambigua de considerable nivel, los supuestos de conductas propiciadas por asesoramiento de la misma Administración o cuando esta entrega información equivocada, confusa o insuficiente, por tolerancia de la Administración de situaciones análogas o cualquier tipo de actuación que genere confianza en la impunidad de la conducta, supuesto en donde encaja el principio de la protección de la confianza legítima del administrado.²⁹⁰

Al referirse al error excusable de interpretación por el principio de protección de la confianza legítima, Nieto señala:

“En esta misma línea se encuentran los supuestos en los que la Administración ha llegado a «aconsejar» a los infractores que actúen de una determinada manera. Éste es el caso contemplado en la STS de 23 de febrero de 2000 (3.ª, Ar. 7047) que revoca la multa impuesta por considerar que los sancionados obraron “en la legítima confianza de que actuaban de forma correcta” y de que «sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración aconsejaba».”

“En definitiva, el principio de la confianza legítima ha de ser aplicado «cuando se basa en signos externos producidos por la administración lo suficientemente concluyentes para que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad» (STS de 2 de noviembre de 2002 (3.ª, 2.ª, Ar. 1025 de 2003)): «la existencia de autorización administrativa para utilizar en el mercado de los contratos de autos disipa cualquier duda sobre la ausencia de culpa»”

(...) “se entenderá que se ha puesto la diligencia razonable de la norma cuando haya ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración tributaria competente en las publicaciones y comunicaciones escrita. (...) o en la contestación a una consulta formulada por otro obligado siempre que entre sus circunstancias y las mencionadas en la contestación a la consulta exista una igualdad sustancial que permita entender aplicables dichos criterios y estos no haya sido modificados”²⁹¹

²⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel-SANZ RUBIALES, Iñigo, *Ob. cit.* pp. 499-506.

²⁹¹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador, Ob. cit.* pp. 360-362.

A modo de ejemplo en relación a las implicancias sobre la situación de “disponibilidad” de los oficiales y el régimen de impedimento para contratar con el Estado, no se tiene certeza en relación a si un oficial en la situación indicada, podría participar como representante legal de una empresa en un procedimiento de selección de contratistas convocado por la institución castrense que le otorgó justamente los efectos de la “disponibilidad”.^{292 293}

Nieto, respecto de la situación descrita, indica:

Si el error de interpretación es producido por la desidia del legislador o de la Administración al no haberse preocupado de redactar claramente sus disposiciones, es lógico relacionarle con la figura del error producido directamente por una conducta de la Administración.”²⁹⁴

En virtud de lo señalado, se debe concluir que al igual que la culpabilidad, el error, bajo determinadas condiciones, debe ser tomado en consideración para efectos de determinar si se impone o no sanción administrativa.

Debe citarse asimismo, la aplicación del principio de Protección de la Confianza Legítima, principio consolidado en algunos países pero con poco estudio y aplicación directa en el derecho administrativo peruano.

Gómez Tomillo, sobre el principio en comentario señala:

“Se puede citar los supuestos en los que por cualquier tipo de actuación positiva administrativa que genere confianza en la impunidad de la conducta (...)” “(...) en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y

²⁹² Ley de Contrataciones del Estado D.L. 1017

Artículo 10°.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas.

(...)

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de la empresa del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;

(...)

i) En el ámbito tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;

(...)

²⁹³ Ley de situación militar de los oficiales de las fuerzas armadas

Artículo 30°.- Alcances generales

Disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, pudiendo retornar a ésta, desaparecidas las causales que originaron su separación del servicio activo, en concordancia con lo prescrito en los artículos 36° y 37° de la presente Ley.

²⁹⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador, *Ob. cit.* p. 362.

la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego-intereses individual o interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos prejuicios que no tiene porque soportar...” Sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración sancionadora aconsejaba, y así lo viene a reconocer implícitamente la propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia”. (...) “No se trata de un problema de jerarquía normativa, al que pretende relegarlo la sentencia recurrida, para dar preferencia a la norma de superior rango-artículo 53 LMV-sobre la inferior-Circular 6/189-. Se trata de una cuestión de culpabilidad, que exige para su apreciación que el sujeto infractor tenga conciencia clara de la conducta que se considera reprobable”²⁹⁵

De acuerdo con el autor, al existir en la Administración signos externos que permitan inducir razonablemente al administrado de la legalidad de la actuación administrativa, se configurará el principio de protección de la confianza legítima, puesto que este último no tiene porque desconfiar o cuestionar lo que indique la Administración y no debe padecer por los errores de ésta. (Véase también el punto 4.5 de este capítulo).

²⁹⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel- SANZ RUBIALES, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador: Parte general, Ob. cit. p. 504.

CAPÍTULO IV

CONTRATO DE OBRA PÚBLICA Y ARBITRAJE

1. OBRA PÚBLICA Y CONTRATO DE OBRA PÚBLICA

Debe indicarse preliminarmente que en absoluto, todos los conceptos aquí vertidos no son ni pretenden ser definitivos, sino que constituyen aportes para fomentar la discusión o la formación de ideas propias entre los lectores. Consecuentemente con ello, la tónica del presente capítulo es la de exponer distintos puntos de vista de la doctrina, legislación, jurisprudencia y pronunciamientos administrativos comparados. Así pues, lo escrito en torno a la obra pública, el contrato de obra pública, los adicionales de obra pública, la función administrativa y de control inmersas en los mismos, la aplicación o no del arbitraje respecto de la figura en cuestión y la aplicación o no de los principios de prohibición del enriquecimiento sin causa y el de igualdad ante las cargas públicas, entre otros, constituyen el fruto de un trabajo de investigación ubicado estrictamente en el plano académico, dejando sentado que todos los operadores de la Ley de Contrataciones del Estado deben sujetarse, como no puede ser de otra manera, a la aplicación estricta de la ley y el derecho y también en el caso de los árbitros, a los hechos y a las pruebas obrantes en cada caso en particular.

1.1. El concepto de Obra Pública

Para formarnos conceptos sobre las particularidades de los trabajos adicionales de obras públicas, las funciones administrativa y de control, el arbitraje y el enriquecimiento sin causa, todo en el marco de nuestra normativa, debe abordarse, en primer lugar, los conceptos de *obra pública* y *contrato de obra pública*.

Más allá de la distinción evidente entre obra pública y contrato de obra pública fundada en que lo primero constituye el objeto de lo segundo, la obra pública como concepto propio del derecho administrativo, admite distintos criterios constitutivos. Igualmente en el derecho comparado, si bien puede apreciarse puntos comunes, los matices saltan a la vista. Abordaremos en el presente trabajo, la legislación

argentina,²⁹⁶ chilena,²⁹⁷ colombiana,²⁹⁸ mexicana,²⁹⁹ y española,³⁰⁰ para luego compararla con la nacional. Este ejercicio doctrinario legislativo cobra especial relevancia a fin de exponer los puntos “públicos” del contrato de obra u obra a secas de la Ley de Contrataciones del Estado³⁰¹, ante quienes pretender aplicar un tratamiento civilista exclusivo y excluyente, poniéndose en relieve las razones por las cuales es inherente a la obra pública las funciones administrativa y de control con la particularidad local de aplicación del arbitraje sin materia indisponible, ello sin que esto signifique que nos situemos en posiciones basadas en “poderes extralegales” enfrentados a los principios de buena fe o de seguridad jurídica, cuestiones que más adelante retomaremos.

Al analizar el concepto doctrinario de *obra pública*, nos encontramos con que las aproximaciones a éste pueden tener diferentes aristas. En efecto, podemos acercarnos al concepto a partir de su configuración como objeto de un contrato de obra pública, como objeto parcial de una concesión de obra pública, como un conjunto de actividades materiales determinadas o como el resultado tangible de aquellas.

Con relación al contrato de obra pública, García de Enterría y Fernández³⁰² señalan que se trata de “(...) *la figura contractual más definida en el ámbito administrativo. Es aquél [sic] que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la Administración*”.

De lo anterior se desprende que la obra pública, como objeto del contrato indicado, consistiría en “(...) *la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo (...)*”.

²⁹⁶ Que cuenta con la Ley 13.064, Ley de Obras Públicas.

²⁹⁷ La regulación de las obras públicas en Chile se encuentra recogida en el Reglamento para Contrato de Obras Públicas, aprobado por Decreto Supremo MOP N° 75 de 2004, que reemplaza al Decreto Supremo MOP N° 15 de 1992.

²⁹⁸ El Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aprobado por Ley N° 80 de 1993, regula en Colombia al contrato de obra pública.

²⁹⁹ Los Estados Unidos Mexicanos tienen la denominada Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, cuya más reciente reforma fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) con fecha 16 de enero del 2012.

³⁰⁰ La Ley 3/2011, del 14 de noviembre del 2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁰¹ Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente a partir del 13 de febrero de 2009. Modificado por la Ley N° 29873 y el D.S. 138-2012-EF.

³⁰² GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Palestra – TEMIS, Lima – Bogotá 2006. Págs. 780 y 781.

Vásquez³⁰³ entiende que obra pública “(...) es todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o destrucción de un bien y las operaciones que le acceden realizadas por una entidad estatal o por su cuenta o por una entidad pública no estatal o por un particular con un fin de utilidad general independientemente del carácter público o privado de los recursos con los que se financie.”

Las definiciones citadas configuran a la obra pública como actividades materiales, trabajos de construcción, reparación u otros, es decir, como una actividad humana.

Por su parte, Gordillo³⁰⁴ señala que, la obra pública “(...) designa a un cierto tipo de muebles o inmuebles estatales afectados a fines de utilidad general: son ‘obras públicas’, en este sentido, los puentes, caminos, edificios públicos, etc.”

La cita precedente define a la obra pública como un resultado, en específico, como el resultado de las actividades materiales de las citas anteriores.

El propio Gordillo desprende una serie de elementos de la noción de obra pública. Los elementos mencionados, y que son comunes a las definiciones antes señaladas, corresponden a lo siguiente:

- a) La obra pública puede ser mueble o inmueble.
- b) Se trata de una cosa construida artificialmente.
- c) Es de propiedad del Estado.
- d) Debe estar afectada a fines de utilidad general.

Respecto de la naturaleza mueble o inmueble de la obra pública, la discusión puede centrarse en considerar como obra pública no sólo lo físico sino también los trabajos ejecutados. A modo de ejemplo en la región, la Ley 13.064 de Obras Públicas argentina señala en su artículo 1° lo siguiente:

“Artículo 1°.- Considerase obra pública nacional toda construcción o trabajo o servicio de industria que se ejecute con fondos del tesoro de la Nación, a excepción de los efectuados con subsidios, que se regirán por ley especial, y las construcciones

³⁰³ VÁSQUEZ, Cristina. “Modalidades de ejecución de la obra pública”. Universidad, Montevideo 1992; citada por DELPIAZZO, Carlos E. “Contratación Administrativa”. Universidad, Montevideo 1999. Pág. 268.

³⁰⁴ GORDILLO, Agustín A. “Obra Pública y Contrato de Obra Pública”. En: Contratos Administrativos: Régimen de Pago y Actualización - Tomo I. Astrea, Buenos Aires 1988. Pág. 46.

militares, que se regirán por la ley 12.737 y su reglamentación y supletoriamente por las disposiciones de la presente.”

Por su parte, el artículo 1° del Decreto N° 192/985 del 20 de mayo de 1985, de rango reglamentario, e inserto en el marco jurídico que regula la obra pública en la República Oriental del Uruguay, establece la noción de aquella de acuerdo con lo siguiente:

“(…) considérase obra pública todo trabajo de construcción, modificación, reparación, conservación, mantenimiento o demolición de un bien inmueble, sea que integre el dominio público o privado del Estado, realizado por una entidad estatal o por su cuenta, en cumplimiento de sus fines propios o por un particular atendiendo a los mismos fines, independientemente del carácter privado o público de los recursos con que se financie.”

En ésta acepción de “actividad material humana” es que la legislación mexicana ha conceptualizado la obra pública. El artículo 3° de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con éstas, reformado el 9 de abril de 2012, señala lo siguiente:

“Artículo 3.- Para los efectos de esta Ley, se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos:

- I. El mantenimiento y la restauración de bienes muebles incorporados o adheridos a un inmueble, cuando implique modificación al propio inmueble;*
- II. Derogado por el DOF del 28 de mayo de 2009.*
- III. Los proyectos integrales, en los cuales el contratista se obliga desde el diseño de la obra hasta su terminación total, incluyéndose, cuando se requiera, la transferencia, la transferencia de tecnología;*
- IV. Los trabajos de exploración, localización y perforación distintos a los de extracción de petróleo y gas; mejoramiento del suelo y subsuelo; desmontes; extracción y aquellos similares, que tengan por objeto la explotación y desarrollo de los recursos naturales que se encuentren en el suelo o en el subsuelo;*
- V. Instalación de islas artificiales y plataformas utilizadas directa o indirectamente en la explotación de recursos naturales;*
- VI. Los trabajos de infraestructura agropecuaria;*
- VII. La instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble, siempre y cuando dichos bienes sean proporcionados por la convocante al contratista; o bien, cuando incluyan la adquisición y su precio sea menor al de los trabajos que se contraten,;*

- VIII. *Las asociadas a proyectos de infraestructura que impliquen inversión a largo plazo y amortización programada en los términos de esta Ley, en las cuales el contratista se obligue desde la ejecución de la obra, su puesta en marcha, mantenimiento y operación de la misma, y*
- IX. *Todos aquellos de naturaleza análoga, salvo que su contratación se encuentre regulada en forma específica por otras disposiciones legales. Corresponderá a la Secretaría de la Función Pública, a solicitud de la dependencia o entidad de que se trate, determinar si los trabajos se ubican en la hipótesis de esta fracción.”*

En el mismo sentido, el numeral 2 del artículo 6° del Real Decreto Legislativo 3/2011 español señala que *“Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.”*

En aquellos casos en los que se define a la obra pública como un trabajo, de construcción, reparación, modificación, instalación, ampliación, adecuación, entre otros, se detalla las actividades específicas que corresponden a dichos trabajos.

En el caso mexicano, el propio artículo 3° antes señalado detalla las actividades que típicamente son consideradas, en dicho ordenamiento, como obras públicas. La legislación española hace lo propio en el Anexo I del Real Decreto 3/2011 así como la legislación argentina que mediante el Decreto 19.324/1949 detalla en su artículo 1° las actividades específicas que son materia de las construcciones, trabajos o servicios de industria que constituyen obra pública.

Con relación al carácter privado o público de los recursos con los que se financia una obra pública, debe decirse que nos inclinamos por, en efecto, prescindir de la naturaleza u origen de los fondos y centrarnos en la finalidad de la obra pública.

La propia Contraloría General de la República del Perú³⁰⁵, se ha manifestado³⁰⁶ en el sentido que es competente para *“Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento”*, en concordancia con el literal k) del artículo 22° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

³⁰⁵ Que de conformidad con el artículo 16° de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, *“(…) es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, (...), que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental (...)”*

³⁰⁶ Entre otros, en su portal institucional (<http://www.contraloria.gob.pe/>).

Como bien indica Delpiazzo,³⁰⁷ no debe tomarse en cuenta de dónde provengan los fondos, sino el destino de estos, ello en tanto que al estar abocados a un fin público, pueden calificarse también como tales, así provengan de donaciones particulares.³⁰⁸ Ahora bien, esto no implica desde nuestro punto de vista, que para el caso específico de los convenios con organizaciones internacionales, la Contraloría tenga competencia necesariamente para el caso de autorización de adicionales.

Volviendo a la finalidad a la cual se encuentra afectada una obra pública, ésta no es otra que la satisfacción del interés público, interés que se encontrará presente en distinto grado si es que se quiere conjugar el término con el de utilidad general. Por ejemplo, en el caso de la construcción o remodelación de parte de la sede de oficinas de una entidad pública, la misma no se encontrará afectada a un fin público con la misma claridad que una carretera, pero puede deducirse la utilidad pública en función del objeto o finalidad de la Entidad.

Ahora bien, el producto de la actividad a realizarse va de suyo que debe pertenecer al Estado, cuestión que comprende a las entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado.

Nos detenemos brevemente en el hecho que en la normativa peruana de contratos del Estado no se cuenta con una definición estricta de obra pública. En efecto, el concepto tímido que figura en el anexo de definiciones del Reglamento de la LCE,³⁰⁹ se encuentra referido escuetamente a “Obra”:

*“Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”.*³¹⁰

³⁰⁷ DELPIAZZO, Carlos E. “Contratación Administrativa”. Universidad, Montevideo, 1999, pág. 268 y 269.

³⁰⁸ Gordillo encuentra relevante las consideraciones en torno a la calidad de los fondos, ello en correspondencia a la Ley 13.064 de Obras Públicas que califica a la labor en función del dinero con el que se le paga (fondos del Tesoro de la Nación).

Fiorini por su parte indica: “Este artículo no sólo no define el contrato de obra pública; tampoco expresa una idea exhaustiva pues existen contratos de obras públicas sin necesidad de realizarse con fondos públicos. La definición del art. 1° de la ley 13.064 es deficiente y no tiene contenido lógico jurídico, pues confunde obra pública con contrato de obras públicas y destaca sólo un dato, cual es el origen de los pagos, que no tiene relevancia conceptual. Los fondos públicos distinguen el origen de los primeros, no se niega su importancia, pero hay fondos de fuente privada que pueden realizar obras públicas, y hay fondos estatales que sirven para construir obras públicas por el régimen de derecho privado.” GORDILLO, Agustín A. Ob. cit. Pág. 51. / FIORINI, Bartolomé A. “Derecho Administrativo”, Tomo I, 2^{da} edición actualizada. AbeledoPerrot, Buenos Aires 1976, págs. 620 y 621.

³⁰⁹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

³¹⁰ Modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 7 de Agosto de 2012.

El carácter público de la obra se desprende también de las disposiciones que establecen el ejercicio de la función administrativa sobre aquella y sobre las acciones directamente relacionadas a ésta. Así pues, entre otros, el artículo 41° de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 208° y 209° de su Reglamento, establecen que el Titular de la Entidad deberá autorizar de manera previa y mediante resolución administrativa, la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obra, además, el numeral 2 del punto V de la Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG,³¹¹ que aprueba la Directiva “Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, señala que la CGR ejerce control previo externo a las prestaciones adicionales de obra aprobadas por la Entidad, cuya incidencia acumulada supere el 15 % y no sea mayor del 50 % del monto del contrato original, emitiendo pronunciamiento motivado previo a su ejecución y pago. Se prevé además el caso especial de las prestaciones adicionales de obra con carácter de emergencia, las mismas que serán autorizadas por la CGR, previa al pago.

En lo referido a la verificación de los supuestos de hecho contenidos en la definición, resalta el criterio de la actividad material, la misma que en correspondencia con la naturaleza de la obra, deberá requerir de dirección técnica especializada.

Parecería entonces que no reviste dificultad determinar cuándo nos encontramos ante una obra pública para poder así aplicar la regulación específica contenida en la normativa y que se diferencia de los demás objetos contractuales desde la etapa de selección de contratistas,³¹² sin embargo, y de lo que se aprecia continuamente, ello no se verifica en el plano real, no sólo debido a que siempre existirán casos límite, sino también a la actitud renuente de la Administración de tener que elegir al contratista, en el caso de obras menores, sólo en atención al menor precio ofertado,³¹³ cuestión que no asegura una elección idónea, habiendo generado el sistema que, en última instancia, sea el azar el factor de elección, al definirse al contra-

³¹¹ Resolución de Contraloría N° 196-2010-CG, que aprueba la Directiva “Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, publicada el 23 de julio del 2010, cuyo anexo se publicó el 27 de julio del mismo año.

³¹² Los factores de evaluación o, en puridad, de adjudicación del contrato son diferentes para los casos de bienes, servicios y obras.

³¹³ El literal a) del artículo 68° del derogado Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, que aprobó el Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, disponía que, en los casos de contratación de obras “(...) que correspondan a adjudicaciones directas y de menor cuantía no se establecerá factores técnicos de evaluación, sólo se evaluará la propuesta económica de aquellos postores cuya propuesta cumpla con lo señalado en el expediente técnico” estableciéndose en el literal b) una serie de factores de evaluación para el caso de las Licitaciones Públicas. A la fecha el numeral 1 del artículo 47° del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece básicamente lo mismo que el literal a) del artículo 68° antes citado, pero limitando su aplicación al caso de las adjudicaciones directas “selectivas” y manteniendo el supuesto para las adjudicaciones de menor cuantía.

tista mediante un sorteo de entre una pluralidad, a veces impresionante, de postores empatados en la mínima oferta permitida (10% debajo del valor referencial).³¹⁴

Ante la realidad descrita – entre otras razones –, se ha estado prefiriendo optar por la normativa de selección de contratistas de organismos internacionales mediante convenios por los cuales se encarga el procedimiento de selección a un tercero, como en el caso de la UNOPS³¹⁵ o de la Organización de Estados Iberoamericanos – OEI o, de lo contrario, vía convenios de administración de recursos, como en el caso del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD.

Volviendo a la definición de la normativa nacional, debe decirse en síntesis que los elementos de la obra pública son tres; el objetivo, relativo a la actividad material especializada: “*Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos*”; el subjetivo, constituido por las Entidades sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado, partes del respectivo contrato de obra o a quienes se les entrega la misma cuando estas no ejecuten el procedimiento de selección respectivo y; el teleológico o de finalidad pública o de utilidad pública directa o indirectamente, de forma clara o tenue.

Ahora bien, terminado el punto, ¿es útil la distinción entre obra y obra pública? Somos de la opinión que sí, pero limitada al hecho de enfatizar la regulación pública que recae en la misma y que exorbita el régimen privado sólo en lo que de modo preciso se establezca en la normativa, sin admitirse tanto “principios contractuales sin base positiva”,³¹⁶ como la aplicación *prima facie* y de forma irrestricta de disposiciones contenidas en el Código Civil.³¹⁷

³¹⁴ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 39°.- Contenido mínimo

(...)

De conformidad con el artículo 33° de la Ley, las Bases deberán consignar el límite superior para determinar la admisión de la propuesta económica, el cual corresponde al cien por ciento (100%) del valor referencial en los procesos para la contratación de bienes, servicios y consultoría de obras, y al ciento diez por ciento (110%) del valor referencial en el caso de los procesos para la ejecución de obras. Asimismo, las Bases deberán consignar el límite inferior para determinar la admisión de la propuesta económica de noventa por ciento (90%) del valor referencial en el caso de los procesos para la ejecución y consultoría de obras.(...)”

³¹⁵ Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas o United Nations Development Program, por sus siglas en inglés.

³¹⁶ Cuya aplicación provenga de la antigua doctrina de los contratos administrativos en Francia y que en nuestra realidad sería fuente de inseguridad jurídica.

³¹⁷ Santisteban de Noriega recalca la aplicación del derecho público en el arbitraje aplicado a los contratos del Estado al interpretar el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Así queda fuertemente marcado el elemento público en el régimen arbitral especial pues, por encima de lo que pueden pactar las partes, la ley obliga a hacer prevalecer las normas de derecho público que puedan ser aplicables con preferencia sobre las de derecho privado. No hay duda que a voluntad del legislador ha

1.2. El contrato de Obra Pública

Como señalamos anteriormente, las obras públicas se caracterizan por su *artificialidad*, expresión que indica que aquellas son siempre producto de la acción del hombre, de un proceso de transformación específico conducido y ejecutado por él. Como tal, existe más de un mecanismo para llevar a cabo la tarea de construir obras públicas.

Dichos mecanismos son comúnmente conocidos como “modalidades” de ejecución de obras públicas: ejecución por “administración directa”, por “encargo”, mediando un contrato de “Concesión de obra pública”³¹⁸, o un “Contrato de obra pública”. Respecto de la administración directa, la realidad indica la prevalencia del principio de contratista interpuesto, por el cual la intervención directa de la Administración en la realización de obras públicas es excepcional, salvo a decir de Valcarcel Fernández, por razones de economía y eficiencia, factores de urgencia o imposibilidad de aplicar las técnicas contractuales, estando dentro de esto último y citando normativa española, los “*casos de obras en las que dada su naturaleza, sea imposible la fijación previa de un precio cierto o la de un presupuesto por unidades simples de trabajo*” y “*las obras de mera conservación y mantenimiento (...) si el menoscabo se produce en el tiempo por el natural uso del bien*”³¹⁹

El contrato de obra pública es la modalidad de ejecución de obras públicas más común. Lleva aparejada de manera intrínseca la discusión respecto del concepto “Contrato Administrativo”, “Contrato de la Administración”, “Contrato en la función Administrativa”, “Contrato Público” o “Contrato del Estado o Estatal”³²⁰. En

sido la de mantener, en un método de solución de controversias basado en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad para la regulación de las actuaciones arbitrales, un componente eminentemente público que nos lleva a concluir que se trata de un régimen arbitral con características propias del Derecho Administrativo. A esto es lo que equivale el lenguaje de la ley cuando el artículo 42 del D. Leg. N° 1017 se refiere al “derecho público” y a la obligación de mantener obligatoriamente un orden de preferencia de este sobre las normas de derecho privado.” SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge, El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado, Separata especial de Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 27.

³¹⁸ Preferimos aquí resaltar el aspecto contractual, prescindiendo del análisis de su aspecto como acto administrativo y reglamento (artículos 1, 3, 25 y 26 del Decreto Supremo N° 060-96-PCM).

³¹⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa, Fundación Caixagalicia, CIEF Centro de Investigación Económica y Financiera, Thomson, Civitas, Navarra, 2006, p. 182 y sgtes.

³²⁰ Desde hace un tiempo es preponderante en la doctrina peruana la tesis unitaria de los contratos del Estado. Asumimos dicha concepción desde la publicación del “El Contrato Estatal” en el 2001, posteriormente se publicó en la revista de Derecho Administrativo. Año 1, N° Marzo 2006 el artículo “El Contrato Administrativo en el Perú”. En el año 2008 se abordó el tema en el libro “Contratación Pública, Derecho local, internacional y de la Integración”, considerando las opiniones contrarias a la tesis unitaria vertidas por el profesor Baca Oñeto en su artículo “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica”, publicado en el libro *compiatorio*, El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el Tercer congreso Nacional de Derecho Administrativo, Grijley, Lima, 2008.

lo específico, Dromi define al contrato de obra pública como “(...) un *procedimiento*³²¹ mediante el cual el Estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. Constituye sólo uno de los medios o formas de realizar la obra pública”.³²² El mismo autor concluye: “La obra pública es un resultado querido por la Administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción”.³²³

1.2.1. Sistemas de contratación

Barra, indica en relación a los sistemas de contratación que los mismos constituyen modalidades de determinación del precio del contrato de obra y de medición y contabilidad de los trabajos ejecutados³²⁴. Siguiendo el orden de nuestra normativa, pasamos a indicarlos:

a) Suma alzada.

La modalidad también es conocida como ajuste alzado. De forma gruesa puede establecerse como el sistema por el que el postor deberá presentar su oferta económica o precio de forma global debido a que se cuenta con los elementos esenciales configurativos de la obra. La modalidad trae como consecuencia en principio, que el riesgo sea asumido por el contratista, sin embargo esto es solo referencial y se explica en los orígenes de la modalidad. Actualmente hay consenso en cuanto a que el efecto del ajuste alzado en torno a que la oferta no deba sufrir variaciones de forma absoluta, no tiene sentido. Así Crivelli,, citando a Marienhoff y Spota refieren su carácter puramente teórico y su aplicación absolutamente marginal o nula.³²⁵

Sobre la relatividad de la suma alzada en cuanto a la inalterabilidad del precio, Barra, afirma que el sistema dentro del ámbito de la contratación pública no puede ser absoluto pues además de la posibilidad que el riesgo sea de la parte estatal si se entrega la obra requerida pero con menor cantidad de trabajo o mayor aprovechamiento de los materiales –añadimos nosotros que por pericia o tecnología del contratista o por deficiencia del consultor encargado y/o de la Entidad contratante–; es de advertirse que no estamos ante un sistema que atiende estrictamente a los conceptos de inmutabilidad.

³²¹ A modo de aclaración, DROMI utiliza la palabra “procedimiento” al configurar el contrato de obra pública en su acepción de mecanismo indirecto de ejecución de obras públicas.

³²² DROMI, Roberto, “Licitación Pública”. Ciudad Argentina, Buenos Aires 1999. Pág. 563.

³²³ DROMI, Roberto, “Derecho Administrativo”, Hispania Libros, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Madrid, México, 2006, Décimo primera edición, p. 605.

³²⁴ BARRA, Rodolfo Carlos, Contrato de Obra Pública, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1988, T. 3, p. 878.

³²⁵ CRIVELLI, Julio César, el ajuste de precio en la locación de obra, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004, p. 52.

En efecto, se encuentra que para este sistema se aplica el régimen de los adicionales y reducciones de obra que más adelante se abordan y que para fines prácticos definimos aquí solo como la prerrogativa pública de la Administración de ordenar prestaciones adicionales o reducir las mismas en cuanto sean necesarios para conseguir la finalidad del contrato. Además, la relatividad se explica por la incidencia en el contrato de los regímenes establecidos de variación de precios por inflación o por variación de precios internacionales y también por cambios legislativos que incidan sobre el contrato (*factum principis*).³²⁶

Barra, refiere sobre la relatividad del sistema de suma alzada:

*“El sistema de ajuste relativo significa – en esta forma – todo lo contrario de lo que significó en su tiempo el ajuste alzado. El principio privatista consecuente del contrato a riesgo y ventura del contratista se encuentra en total crisis. Actualmente el contratista aparece responsable, pero el riesgo queda a cargo de la Administración, los precios se convienen para ser ajustados y el objeto lleva implícita la modificación. La expresión de sistema alzado provoca más confusiones que esclarecimiento.”*³²⁷

De lo expuesto surge de inmediato la pregunta, ¿Que asume entonces el contratista como riesgo en la Suma Alzada? Esbozamos como respuesta y luego en su momento trataremos el tema con alguna extensión, que debe asumirse el riesgo empresario, lo razonable, lo que debió preverse de acuerdo a la pericia ordinaria de cualquier contratista diligente.

En cuanto a lo que indica la normativa nacional, debe citarse el artículo 40° numeral 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que señala que el sistema de suma alzada es aplicable cuando:

“(…) las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas. El postor formulará su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.”

Luego se precisa:

“Tratándose de obras, el postor formulará dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida según

³²⁶ Crivelli indica: “Como veremos, las únicas alteraciones que pueden producirse en estas circunstancias derivan de la economía n general, o por cambios legales, o por una alteración en el proyecto introducida por la voluntad del comitente, o por alteraciones de la naturaleza. La circunstancias que derivan de la economía pueden ser de dos órdenes, a saber: Influencia de alteraciones en los precios provocados por la oferta y la demanda de algunos insumos, y alteraciones en los precios provocadas por la inflación.” CRIVELLI, Julio César, ob. cit., p. 51.

³²⁷ BARRA, Rodolfo Carlos, ob. cit., T. 3, p. 886.

los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra que forman parte del Expediente Técnico, en ese orden de prelación; considerándose que el desagregado por partidas que da origen a su propuesta y que debe presentar para la suscripción del contrato, es referencial. (...)”

b) Precios Unitarios

Atiende esta modalidad a la ejecución material de cada componente de la obra o partida, las que estarán referidas a una unidad de medida la misma que dependerá de la naturaleza de la partida. Así tenemos que para la partida “movimiento de tierras”, la unidad de medida será por volumen, en principio en metros cúbicos. Para los casos de las partidas “pavimento” o “pintado” u otros donde predomina la superficie, el elemento de medida puede ser el de metros cuadrados.

El sistema se define en el artículo 40° numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

“Sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, aplicable cuando la naturaleza de la prestación no permita conocer con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas.

En este sistema, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.

En el caso de obras, el postor formulará su propuesta ofertando precios unitarios considerando las partidas contenidas en las Bases, las condiciones previstas en los planos y especificaciones técnicas, y las cantidades referenciales, y que se valorizan en relación a su ejecución real y por un determinado plazo de ejecución.”

1.2.2. Modalidad de ejecución licitando el expediente y la obra. Del concurso oferta o proyecto y obra

El expediente técnico puede ser elaborado por la propia Entidad de contarse con un órgano especializado, puede ser encargado a un tercero mediando el procedimiento de selección pertinente o de lo contrario puede ser elaborado por el propio contratista. En ese último caso, es decir, cuando se licita tanto la elaboración del expediente técnico como la ejecución del contrato para ser adjudicado a un mismo contratista, estamos ante lo que se conoce técnicamente como la modalidad de ejecución de Proyecto y Obra. Nuestra normativa denomina de forma errada a esta modalidad como de Concurso Oferta, expresión que carece de sentido.

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

*“Artículo 41.- Modalidades de Ejecución Contractual
Cuando se trate de bienes u obras, las bases indicarán la modalidad en que se realizará la ejecución del contrato, pudiendo ésta ser (...)”*

“(...)”

2. Concurso oferta: Si el postor debe ofertar la elaboración del Expediente Técnico, ejecución de la obra y, de ser el caso el terreno. Esta modalidad sólo podrá aplicarse en la ejecución de obras que se convoquen bajo el sistema a suma alzada y siempre que el valor referencial corresponda a una Licitación Pública. Para la ejecución de la obra es requisito previo la presentación y aprobación del Expediente Técnico por el íntegro de la obra.

En el caso de obras convocadas bajo las modalidades anteriores, en que deba elaborarse el Expediente Técnico y efectuarse la ejecución de la obra, el postor deberá acreditar su inscripción en el RNP como ejecutor de obras y consultor de obras. En caso que el postor sea un consorcio, la acreditación de la inscripción en el RNP se efectuará de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva que el OSCE aprueba para tal efecto.”(El subrayado es nuestro)

1.2.2.1. Regulación deficiente del proyecto y obra en la ley nacional

El artículo 47° del Reglamento³²⁸ añade que “en los casos de contratación de obras bajo las modalidades por el alcance del contrato”, es decir y salvando la deficiente redacción, en los casos de contratos por “concurso oferta” o de expediente y obra

³²⁸ “Artículo 47°.- Factores de evaluación para la contratación de obras (...)”

“(...) 2. En las obras que correspondan a Licitaciones Públicas y Adjudicaciones Directas Públicas así como en los procesos de Adjudicación de Menor Cuantía derivados de Licitación Pública y Adjudicación Directa Pública Derivada de Licitación Pública y Adjudicación Directa Pública, deberán considerarse los siguientes factores de evaluación de la propuesta técnica:

- a) Experiencia en obras en general ejecutadas hasta en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un monto acumulado equivalente de hasta cinco (5) veces el valor referencial de la obra materia de la convocatoria.*
- b) Experiencia de obras similares ejecutadas hasta en los últimos diez (10) años a la fecha de presentación de propuestas, por un máximo acumulado equivalente al valor referencial de la obra materia de la convocatoria, siendo el valor mínimo de cada obra similar al quince por ciento (15%) del valor referencial. En las Bases deberá señalarse las obras similares que servirán para acreditar la experiencia del postor. La obra presentada para acreditar la experiencia en obras similares sirve para acreditar la experiencia en obras en general
La experiencia del postor se acreditará con copias simples de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad; contratos y sus respectivas resoluciones de liquidación; o contratos y cualquier otra documentación de la cual se desprenda fehacientemente que la obra fue concluida, así como su monto total..*
- c) Experiencia y calificaciones del personal profesión al propuesto, las que serán establecidas en forma objetiva en las Bases, las cuales establecerán los requisitos de conformación y permanencia del personal profesional propuesto.*
- d) Cumplimiento de ejecución de obras, el cual se evaluará en función al número de certificados o constancias que acrediten que aquella se efectuó y liquidó sin que se haya incurrido en penalidades, no pudiendo*

y en los de llave en mano, las Bases incluirán “*factores que permitan evaluar la calidad de las soluciones técnicas de diseño, de equipamiento o similares ofertadas por el postor*”.

De una revisión de todo el artículo podemos concluir que no existe ninguna referencia al modo cómo se deben incluir dichos factores, ello ante el enfrentamiento que acontece entre la evaluación eficiente de una propuesta de diseño o de equipamiento y del mandato de objetividad en la utilización de los factores de evaluación que sólo permite la presentación de documentos en donde se otorgará puntaje a quien presenta lo exigido, todo ello de acuerdo a lo que entiende el OSCE por objetividad a través de sus pronunciamientos, esto es la utilización de factores estrictamente tasados en donde no hay posibilidad de margen alguno de apreciación.

Puede afirmarse, entonces, que la normativa exige un imposible, la evaluación de los expedientes técnicos en cuanto a diseño, equipamiento o similares ofertadas por el postor. El resultado de este desencuentro es que no existe competencia real entre la elección de expedientes técnicos, todos los postores van a cumplir las condiciones o “factores” pues todos cumplen o presentan algún documento exigido o colocado como factor de evaluación. Da lo mismo un gran trabajo que uno sencillo, da lo mismo utilizar elementos regulares o tecnologías innovadoras. Llegado el punto, inclusive de ser posible la presentación de nuevas tecnologías ¿cómo se califican las mismas? ¿Cuál es mejor y cuál es peor si tenemos el corsé del “cumple o no cumple”? La discordancia se hace más evidente inclusive si estamos a lo enunciado la Ley de Contrataciones que define el principio de eficiencia como de la siguiente manera:

“f) Principio de Eficiencia: Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia.”

ser mayor de diez (10) contratos de obras en general y/o similares. Estos certificados o constancias deben referirse a las obras que se presentaron para acreditar la experiencia del postor.

La experiencia del postor se acreditará con copias simples de contratos y sus respectivas actas de recepción y conformidad.

En los casos de contratación de obras bajo las modalidades por el alcance del contrato, las Bases incluirán, además, factores que permitan evaluar la calidad de las soluciones técnicas de diseño, de equipamiento o similares ofertadas por el postor.

El plazo de ejecución, al ser un requerimiento técnico mínimo, no podrá ser considerado como factor de evaluación.

3. Las Bases deberán considerar los siguientes márgenes de puntaje para los factores de evaluación:

3.1 Experiencia en obras en general: De 15 a 20 puntos.

3.2 Experiencia en obras similares: De 30 a 35 puntos.

3.3 Experiencia y calificaciones de personal profesional: De 30 a 35 puntos.

3.4 Cumplimiento de ejecución de obras: De 15 a 20 puntos.

4. El único factor de evaluación de la propuesta económica será el monto total de la oferta.”

Parejo, indicando que el principio de eficiencia debe iluminar a todo el accionar de la Administración, señala con acierto que este, “*se subdivide en la eficiencia técnica (la relación entre los recursos físicos y los resultados asimismo físicos) y eficiencia económica (relación entre costes de utilización de los recursos con el valor de los resultados)*”.³²⁹ Es precisamente en este punto en donde se centra el problema, la desatención del largo plazo, del resultado final que económicamente no se certifica luego de la entrega o puesta en marcha de la obra sino luego de transcurridos varios años, en donde se verificará que el precio pagado, por las implicancias económicas medibles o por el servicio o finalidades públicas que se atienden, ha sido justo. Esto último no se comprueba necesariamente examinando solo el precio y con factores de evaluación sencillos que más hacen el papel de cumplir con la objetividad requerida por el órgano supervisor por imperio de la Ley y el Reglamento, que cumplir con el principio de eficiencia.

Como indica Safar Díaz, “*la transparencia no está en la libre concurrencia, porque ello puede ser muy costoso en tiempo y valoración de las calidades de los oferentes (...)*” “*(...)sino en el hecho de que lo que se contrata representa la mejor relación costo-beneficio a largo plazo, de modo que la práctica tácita de adjudicar al menor precio ante la ausencia de visión de la contratación como una herramienta de gestión a largo plazo debe erradicarse como política común por miedo a una eventual responsabilidad fiscal y disciplinaria.*”³³⁰

Ahora bien y siguiendo lo expuesto, ¿qué puede hacerse con el principio de trato justo por el que el OSCE ha interpretado que los factores deben ser del tipo tasado, es decir de tipo “cumple o no cumple”³³¹ y qué con el principio de eficiencia?

Debemos estar primero a que los principios del derecho no son absolutos, sino que tienen que revisarse entre sí y en función al cumplimiento de la finalidad última a la que se deben, al interés público. Así pues, al igual que una convocatoria pública que favorece la competencia y la transparencia y por consiguiente el logro de una mejor oferta, se torna por efecto de los plazos exigidos, nociva para el caso de una contratación por emergencia, así también en determinados casos los factores de evaluación que aseguran una calificación objetiva, se vuelven insuficientes y nocivos para evaluar objetos contractuales de mediana o gran complejidad en donde se requiere de un margen de apreciación técnica. Actualmente, los expedientes técnicos no son evaluados eficientemente, a lo sumo alguna aproximación se realiza con fórmulas imaginativas, privando a los contribuyentes del derecho de contar con una

³²⁹ PAREJO, Luciano. Eficacia y Administración. Tres estudios. Instituto Nacional de Administración Pública. Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1995. pág. 97.

³³⁰ SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente. Serie Derecho Administrativo N° 6. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009. pág. 75.

³³¹ Pronunciamento N° 781-2013/DSU del 26 de agosto de 2013

infraestructura pública de calidad, que aproveche innovaciones tecnológicas y que en el tiempo supere por los beneficios que aparece, el costo asumido.

El “cumple o no cumple” para los “concursos ofertas” y para los contratos complejos en general, se encuentra agotado, no sirve por ineficiente, es hora de contemplar otras soluciones, resulta absurdo que con la caja fiscal fuerte tengamos infraestructuras mínimas o no tengamos certeza que lo que se eligió no era la mejor opción. ¿Cómo cambiar el criterio adoptado de los factores “objetivos” por una evaluación con margen de apreciación sin que ello conlleve a la subjetividad y por cierto al fraude en la elección del contratista. Revisemos lo que implica jurídicamente la elección del contratista: una debida y pormenorizada motivación a cargo de un órgano calificador y adjudicador comprobadamente especializado sujeto a un control exhaustivo y oportuno.

2. ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. DERECHO INTERNACIONAL Y NORMATIVAS LOCALES.

A diferencia de lo que acontece en el plano de los contratos del Estado con inversores extranjeros en donde es posible el arbitraje de acuerdo al Derecho Internacional y a tenor de la letra de los propios contratos y de los tratados suscritos (Tratado Bilateral de Protección de Inversión Extranjera o Tratado de Libre Comercio) y dependiendo del tipo de controversia; este medio de solución de conflictos no es lo regular en el plano de las normativas locales, constituyendo la normativa peruana una excepción.

La restricción que se indica se debe a la llamada reserva del control de la legalidad de las materias relacionadas con las manifestaciones del poder del Estado, esto es, con las pretendidas potestades de la Administración en los contratos “administrativos” o con la ejecutoriedad de los actos administrativos que se dicten durante la ejecución contractual, cuestión que origina o se entrecruza, con las materias disponibles e indisponibles para el arbitraje.

2.1. Arbitraje y reserva del control de la legalidad

La primera dificultad de la implementación regular del arbitraje en los contratos del Estado es la llamada reserva del control de legalidad de parte del poder judicial respecto del ejercicio de potestades o prerrogativas públicas o de los actos administrativos,³³² reserva que puede estar contenida en un ordenamiento o inferir-

³³² FRAGA PITALUGA, Luis, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Ca-*

se mediante la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, concluyéndose que la vía idónea para la solución de controversias en los contratos del Estado es la administrativa y posteriormente la judicial, habida cuenta que las decisiones de la Administración relativas a la ejecución contractual constituyen actos administrativos.³³³

La reserva del control de la legalidad al poder judicial puede concordarse con el principio de legalidad. Se afirma entonces que para que proceda el arbitraje en los contratos suscritos por el Estado debe existir una autorización legal, de lo contrario, el proceso arbitral es inaplicable.

2.2. Arbitraje y materias disponibles e indisponibles aun en el supuesto de previsión legislativa según la doctrina comparada

Ahora bien, en el supuesto de estar previsto en el orden constitucional la solución de controversias contractuales del Estado, ello no significa para gran parte de la doctrina, que se encuentre superada la reserva del control de la legalidad. En efecto, en dicho caso, se sostiene que el arbitraje podrá aplicarse limitadamente, esto dependiendo de si la controversia se centra en materias por naturaleza disponibles o indisponibles. La Administración deberá practicar un análisis respecto de si la litis se ubica en la zona de disponibilidad o no, encontrándose dentro de esta última las “potestades propias de los contratos administrativos”. Se tiene entonces que sólo pueden someterse a arbitraje las controversias de los “Contratos Privados de la Administración” y no la de los “Contratos Administrativos”, sino únicamente en cuanto a cuestiones de carácter técnico, de hecho, o de tipo financiero patrimonial³³⁴.

2.3. Normativa peruana sobre arbitraje en los contratos del Estado. El arbitraje sin materia indisponible ¿Contradicción u opción legislativa?

Sobre los “contratos administrativos” en la idea de oposición a los “contratos privados de la Administración y en la concepción de que le son inherentes a los primeros potestades contractuales exorbitantes, incluso implícitas, no cabe sino remitirnos a lo ya expresado en anteriores ocasiones y al contenido del Capítulo II de este trabajo. Atribuir carácter de indisponibilidad arbitral a las controversias surgidas

rias”, La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 165.

³³³ La referencia está dada a los sistemas de jurisdicción unitaria en donde los actos administrativos son impugnables en sede administrativa y luego en sede judicial, sistema distinto a la dualidad de jurisdicción colombiana.

³³⁴ URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto, “Aspectos del Arbitraje Público en la Contratación Administrativa”, en *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 355.

dentro de un contrato administrativo atendiendo a las potestades que involucra por naturaleza y no por lo que dispone ley, equivale a trasladar dogmas, tradiciones, costumbres y jurisprudencia ajenas a nuestra realidad, a la propia ley y sobre todo al modo en que hace ya más de una década, se ha venido aplicando el arbitraje en los contratos públicos que celebra el Estado peruano.

Respecto de los argumentos centrados en la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos y al ejercicio sino de potestades ilimitadas, sí de prerrogativas públicas debidamente tasadas y otorgadas por ley, situación que determinaría la aceptación del arbitraje sólo para cuestiones técnicas, de hecho o patrimoniales; debe estarse a que dicha distinción es completamente doctrinaria y que no ha merecido en el Perú un pronunciamiento jurisdiccional, habida cuenta de la claridad de la normativa aplicable.

En efecto y para empezar, nuestra Constitución Política señala:

“Artículo 62. (...) Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”

El artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, publicado el 28 de junio de 2008, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, dispone:

“Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”

De otro lado, el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado, señala:

“52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

52.2 Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar al respectivo procedimiento dentro del plazo de quince(15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento(...)

Todos los plazos previstos son de caducidad (...)

(...)52.3 El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación de laudo.”

Por otro lado, el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, indica:

Artículo 17°

“(...) El Estado podrá someter las controversias de carácter patrimonial derivadas de las concesiones a las que se refiere el presente Texto Único Ordenado a arbitraje nacional o internacional, (...)”

El régimen de arbitraje en los Contratos del Estado es claro. No existe necesidad de distinguir materia disponible. La disponibilidad sin atender a la naturaleza de las decisiones de la Administración funciona porque se ha privilegiado la seguridad jurídica que implica el sistema arbitral por sobre la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos, esto último, si se quiere otorgar dicha calidad a las decisiones de la entidad pública contratante (no hay nada definido legalmente al respecto).

Ahora bien, en Colombia, a pesar de haberse instaurado el arbitraje dentro de la normativa de contrataciones públicas, este es limitado en cuanto a sus alcances, ello se desprende de la misma ley, de los pronunciamientos del Consejo de Estado colombiano que declaró inexequibles los artículos pertinentes y señaló la imposibilidad que los actos administrativos sean materia arbitrable y también por normas posteriores a la ley 80 de 1993.

De acuerdo a lo antedicho, de la propia redacción de la ley 80 de 1993 brotaba la contradicción en relación a la admisión amplia en lo temático como materia arbitrable pero restrictiva en relación a los actos administrativos. Así tenemos que mientras los artículos 70° y 71° disponían que las controversias que surgieran sobre la ejecución, desarrollo, terminación y liquidación del contrato podían ser susceptibles de ser sometidas a arbitraje, el artículo 77° señalaba que los actos administrativos que se dicten con ocasión de la ejecución contractual deberán resolverse en sede administrativa ³³⁵ :

“Artículo 70. De la cláusula compromisoria.

³³⁵ BENETTI SALGAR, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, Temis, Bogotá, 2001, segunda edición, p.241.

En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será de derecho. Los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro. (...)

“Artículo 71°.- Del Compromiso.

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un Tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.(...)”³³⁶

“Artículo 77°.- De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas.

En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

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

La ley vigente de arbitraje N° 1563 de 2012 Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional actualmente vigente y por el cual se derogó el artículo 70° de la ley 80 de 1993, refiere:

“Artículo 1°. Definición, modalidades y principios.

El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual difieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal. El Laudo puede ser de derecho, en equidad o técnico.

³³⁶ Los artículos 70° y 71°, fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C 1436 de 2000, bajo el entendido que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidas en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho.”

Es de verse, que la totalidad de diferencias por la celebración del contrato, de su ejecución, extinción o liquidación, pueden establecerse mediando actos administrativos al declararse la nulidad o anulabilidad del contrato, la resolución del mismo, la aprobación o denegación de una prestación adicional o de una ampliación de plazo, por lo que en realidad se disminuye considerablemente lo arbitrable con dicha restricción, relegándose el arbitraje a cuestiones de simple operatividad o diferencias de cálculo, incluso si se consideran los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de no darle calidad de actos administrativos a las liquidaciones y otros. Además, la labor de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado de Colombia ha marcado un derrotero desde siempre en cuanto a la excepcionalidad del arbitraje en materia administrativa:³³⁷

*“Este principio permite deducir que, en un Estado de Derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni trkansigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integrantes del orden público”*³³⁸.

“(…) no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de Derecho público, y el ejercicio del poder público. Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en donde se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquier otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una

³³⁷ HOYOS DUQUE, Ricardo, “El ámbito de aplicación del arbitraje en el contrato estatal”, en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 436.

³³⁸ Sentencia del Consejo de Estado colombiano, 8 de junio de 2000, Exp. N° 16793. Citado por CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, *El Arbitraje en el Derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 138.

*función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados”.*³³⁹

Al hilo de lo expuesto, debe decirse que al margen de la oposición o restricción de la que es objeto el sistema arbitral en los contratos del Estado, el argumento donde reposa su aplicación está dado por la propia la ley (caso peruano) y la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral³⁴⁰, esto último al menos en el Perú, Colombia, Costa Rica, El Salvador y Paraguay.³⁴¹ En efecto, los árbitros comparten los mismos derechos y obligaciones de los jueces. Ahora bien, si a los segundos les compete conocer de la actuación de la Administración, trátase de potestades o prerrogativas, ¿por qué a los primeros no? El propio Estado, como indica Bullard refiriéndose a los arbitrajes internacionales, ha consentido en el Arbitraje mediante su potestad legislativa.³⁴² Va de suyo que este consentimiento no solo es aplicable en el arbitraje internacional, sino también en el régimen nacional de los contratos del Estado.

La normativa es clara en el Perú, el Estado ha consentido en el arbitraje para solucionar las controversias que se presenten en los contratos que suscriba y se ha pronunciado sobre la materia arbitral: ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, eficacia o invalidez, cuestiones que seguirán siendo arbitrables se materialicen por medio de actos administrativos o a través de simples declaraciones de la Administración en el curso de la ejecución del contrato, si es que así se interpretasen las decisiones de la Entidad respecto del contrato.

³³⁹ Sentencia del Consejo de Estado colombiano, 23 de febrero de 2000, Exp. N° 16394. *Ibidem*, p. 140.

³⁴⁰ CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, *El arbitraje en el Derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 184. Molina, Carlos Mario, sobre el punto expresa: “*En efecto, según pronunciamientos constantes de las tres Altas Cortes colombianas, así no sea esta permanentemente, la fuerza jurisdiccional de los laudos arbitrales es reconocida, por cuanto sus decisiones son expresiones de función pública en derecho o en equidad y, además, son decisiones que terminan un conflicto, que luego de surtidas las respectivas impugnaciones, son pronunciamientos que hacen tránsito a cosa juzgada y sobre los cuales no cabe en principio ningún recurso*”. MOLINA, Carlos Mario, “Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia”, en: *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005, p. 55.

³⁴¹ Santisteban de Noriega, opina que a pesar de la jurisdiccionalización del arbitraje que la Constitución reconoce y que el Tribunal Constitucional admite, no es inadecuado fomentar una interpretación autónoma del arbitraje que emanen de la voluntad de las partes. Al respecto y obviamente sin agotar el tema en cuestión, creo que contar con el arbitraje a nivel jurisdiccional ha permitido que este se haya desarrollado en la contratación pública (SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge, “Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral in toto”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, 4/2007, Lima, p. 13.).

³⁴² “Si el tribunal arbitral cuenta con facultad para resolver un caso, es porque existe un acuerdo de las partes. Por ello, si el Estado acordó someter a un arbitraje una controversia, queda claro que renunció a la inmunidad soberana. La única pregunta relevante es entonces es si el Estado consintió o no, legítimamente, el ir a arbitraje. Por ello, normalmente no va a haber problemas de inmunidad soberana si existe un convenio arbitral”. BULLARD G. Alfredo, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en: *La Contratación Pública 2*, Hammurabi, Juan Carlos Cassagne, Enrique Rivero Ysern, Dirección, Buenos Aires, 2007, p. 1211.

Si bien es cierto, ayuda la tesis de considerar solo actos administrativos a aquellos actos en los que el Estado *ejercita sus potestades verdaderamente exorbitantes* y por la cual en Alemania las partes acuden al arbitraje en un contrato estatal estando de por medio la legalidad de la voluntad contractual del Estado pero no de un acto administrativo,³⁴³ posición que puede concordarse con la de Mairal³⁴⁴ y con la de la propia Corte Constitucional de Colombia;³⁴⁵ en el Perú, no ha sido necesaria

³⁴³ Mantilla - Serrano, refiere: “Alemania, a diferencia de Inglaterra, reconoce el derecho administrativo como un derecho autónomo. También consagra una noción de “acto administrativo”, aunque la limita fuertemente, de manera que solo abarque las manifestaciones del Estado cuando ejercita sus potestades verdaderamente exorbitantes. Es decir, aquellas que no podrían ser válidamente pactadas en un contrato “entre iguales” y en las que aparece manifiesta la subordinación entre la administración y el individuo y la protección de un interés general. Ese “acto administrativo”, que por su propia naturaleza no se da en la contratación estatal, solo puede ser examinado e invalidado por los tribunales administrativos. Por ello, el Estado alemán, así como las entidades estatales pueden acudir y acuden normalmente al arbitraje, aunque de por medio en la controversia se plantee la legalidad de las manifestaciones de voluntad contractuales del Estado. Tales manifestaciones no se consideran actos administrativos.” MANTILLA - SERRANO, Fernando, “El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea, en: Revista Internacional de Arbitraje, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, Bogotá, 2005, p. 84.

³⁴⁴ Mairal, indica: “Se hace necesario, entonces, distinguir entre los actos administrativos y que los que llamamos meros pronunciamientos administrativos, es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser por sí solos, 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, reconociéndoles solamente, y ello en algunas pocas hipótesis, el efecto meramente adjetivo de liberar al particular de una espera adicional para habilitar la vía reparatoria prevista en los artículos 30° al 32° de la Ley de Procedimientos Administrativos”. MAIRAL, Héctor A. “Los meros pronunciamientos administrativos”, en: *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 658.

³⁴⁵ Sentencia SU-174/2007 de la Corte Constitucional de Colombia: “En la presente providencia, la Corte reiterará la doctrina constitucional plasmada en la sentencia C-1436 de 2000, que se acaba de reseñar, en especial la distinción trazada por la Corte entre el control de la validez de los actos administrativos dictados con ocasión de la actividad contractual del Estado, por una parte, y la resolución de las controversias exclusivamente económicas que surjan entre las partes contractuales –sea con motivo de tales actos administrativos o por causa de otras circunstancias propias de la celebración, desarrollo, ejecución y liquidación de los contratos administrativos–, por otra. Es perfectamente factible que para la resolución de estas controversias exclusivamente económicas, los tribunales arbitrales no examinen la legalidad ni cuestionen en absoluto la validez de los actos administrativos; si la disputa es económica, los aspectos centrales de su resolución tienen que ver con asuntos como la existencia, el contenido, los alcances y las condiciones de la obligación pecuniaria objeto de controversia; en otros términos, si existe una deuda contractual, y cómo se ha de cuantificar. No es necesario efectuar pronunciamientos sobre la validez de actos administrativos contractuales para efectos de adoptar una decisión sobre estos puntos”. Además cabe señalar que el Consejo de Estado colombiano ha señalado “que el acto de liquidación de los contratos, aún en los eventos en que esta se hace en forma unilateral por parte de la administración pública, tiene una composición de contenido diverso o plural, y no necesaria o exclusivamente unilateral o fruto del ejercicio de autoridad, porque, bien puede suceder, y es lo usual y más frecuente, que contenga puntos o aspectos (...) que no entrañan ni constituyen el ejercicio de una prerrogativa o autoridad propia y exclusiva del poder público en uso de función administrativa, sino simplemente la voluntad estatal de reconocer, asumir o negar, una determinada prestación frente al particular contratista, en la misma forma que se desarrollan las relaciones contractuales entre particulares respecto de las cuales, frente al disentimiento o inconformidad que pudiera tener la parte afectada con tal decisión, bien puede este acudir al juez contenciosos o a arbitral para que dirima la controversia sobre dicho aspecto”. SALCEDO CASTRO, Myriam, *El arbitraje en los contratos concluidos por la*

tal distinción, habiendo sido pacífica la solución de controversias en los contratos públicos mediante la sede arbitral desde el año 1998.³⁴⁶

Conforme con lo expuesto debe decirse que las concepciones contrarias al arbitraje en los contratos públicos deben ceder posiciones en torno a dos cuestiones reales: el deficitario funcionamiento de los poderes judiciales latinoamericanos y la discriminación recaída en las empresas o inversionistas nacionales respecto del estatuto privilegiado que gozan las empresas extranjeras debido en su caso, al propio contrato o al régimen internacional de protección de inversiones foráneas en donde está asegurado un proceso arbitral internacional en el que no caben posturas relativas a actos de poder o potestades públicas,³⁴⁷ superando la realidad mercantil a los dogmas jurídico públicos.³⁴⁸

Caso que sirve de ejemplo respecto de lo antedicho es lo sucedido con el Estado francés, cuna del Derecho Administrativo, el cual en febrero de 1986, mediante el Tratado de Cantembury con el Reino Unido, consintió en la facultad de las personas públicas de acudir al arbitraje en caso de controversias entre el gobierno inglés, francés y sus concesionarios en la construcción del Túnel de la Mancha. Es más, ese mismo año y contradiciendo lo que el propio Consejo de Estado determinó en marzo³⁴⁹ y con ocasión de la negociación de la construcción del parque Eurodisney, el Estado francés mediante ley del 19 de agosto de 1986 estableció que “*por dero-*

administración. Estudio de derecho comparado francés y colombiano, Universidad del Rosario, Editorial, Bogotá, 2006 p. 242

³⁴⁶ Salcedo Castro, cita asimismo al propio Consejo de Estado colombiano respecto de que no todos las decisiones de la Administración en la ejecución contractual constituyen actos administrativos: “El Consejo de Estado al referirse al acto administrativo precisa que este “implica cambios en el mundo de las regulaciones del derecho, bien para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, sean estas generales o particulares. (...) Por ello, cuando, con ocasión de la celebración o ejecución de un contrato estatal, la autoridad pública contratante manifiesta su voluntad, adoptando alguna decisión que también podrían tomar los particulares en desarrollo de sus facultades negociales, no se produce realmente un acto administrativo” SALCEDO CASTRO, Myriam, “La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005, p. 121.

³⁴⁷ Me refiero a los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y a los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio en donde el ejercicio de “potestades implícitas” no tienen cabida, ya sea por ser contrarias a convenios de estabilidad jurídica que en el Perú tienen rango constitucional, o por no asegurarse respecto del acto expropiatorio directo o indirecto, una, pronta justa y efectiva compensación.

³⁴⁸ “*Posibles postulados de Derecho Público que no están en perfecta sintonía con el sometimiento del Estado a arbitrajes internacionales terminan cediendo a favor de la aplicación del arbitraje en estas relaciones jurídicas de este tipo comercial en que interviene la Administración, ante este empuje del mercado especialmente del mercado internacional*”. GONZALES-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *El Contrato Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003 p. 391 y 394.

³⁴⁹ “*El contrato realizado entre, de un lado, el Estado francés, la región Ile de France, el departamento de Val de Marne y el establecimiento público de planeación de Marne la Vallé, es considerado como un contrato público relativo al ordenamiento jurídico interno francés y no entra en el campo de aplicación de ninguna disposición legislativa que autorice excepcionalmente el recurso a la cláusula compromisoria. De una parte, a este contrato no le son aplicables los principios del arbitraje internacional. De otra parte, la Convención de Washington (...) no entraña ninguna consecuencia respecto a la facultad de una persona*

gación al artículo 2060 del Código Civil, el Estado, las entidades territoriales y los establecimientos públicos están autorizados – en los contratos que ellos concluyan conjuntamente con sociedades extranjeras para la realización de operaciones de interés nacional – a suscribir cláusulas compromisorias para solucionar, si es el caso definitivamente, los litigios relativos a la aplicación y a la interpretación de esos contratos”. Abundando, Francia ha suscrito 65 tratados de protección de inversiones en donde caben los arbitrajes internacionales; inclusive, y dependiendo de la letra del tratado, en controversias relativas a contratos públicos.³⁵⁰

Si para países desarrollados, los dogmas ceden a la realidad de ofrecer sino seguridad jurídica, dado el funcionamiento de sus sistemas; si en cambio, celeridad y especialidad mediante el arbitraje. ¿Cuanto más, economías emergentes dependientes de capitales foráneos en donde la racionalidad económica es imperativa?³⁵¹

Por lo dicho cabe entonces cuestionar otra vez porque el empresario local debe estar sometido a un régimen exorbitante del derecho común en materia contractual y a la imposibilidad de acceder al arbitraje sometiéndose a un poder judicial lento y en donde no está garantizada la especialidad, la independencia y hasta la imparcialidad, cuando el Estado ha renunciado a la aplicación de sus “potestades irrenunciables” para los inversores extranjeros³⁵².

Entre las razones para otorgar un régimen ventajoso para los inversores extranjeros está la del estado deficitario de nuestros presupuestos públicos y la escasez de capital nacional suficiente para afrontar a satisfacción, la urgente infraestructura pública indispensable para el desarrollo.

Ahora bien, las necesidades difieren sólo en volumen respecto del régimen de los contratos públicos no relacionados a los grandes proyectos de infraestructura. Cantidad, no naturaleza de las cosas. Es más, se puede ahondar en que también es beneficiosa para el mismo Estado y sus fines públicos la incorporación del arbitraje dado que disminuiría los costos de transacción de la contratación pública y fomentaría la mayor participación de empresas en los procedimientos de selección

pública de pactar arbitraje.” SALCEDO CASTRO, Myriam, El arbitraje en los contratos concluidos por la administración...ob. cit., p. 123.

³⁵⁰ SALCEDO CASTRO, Myriam, El arbitraje en los contratos concluidos por la administración, ob. cit., págs. 231 y 232.

³⁵¹ Arrarte y Paniagua indican al respecto: “*La opción por el sistema arbitral obedece a la constatación de que el arbitraje tiene ventajas de las cuales nuestro sistema judicial aún no goza, y que le permiten un mejor conocimiento del conflicto, y emitir una decisión en términos comparativos, muchos más breves, lo que resulta acorde con la “racionalidad económica” de las relaciones que se encuentran detrás del conflicto*”. ARRARTE, Ana María y PANIAGUA, Carlos, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra, en, *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna, Lima, 2007, p. 125.

³⁵² LINARES JARA, Mario, *El sistema de protección internacional de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Grijley, Lima, 2006.

de contratistas. A las empresas locales no se les puede asegurar en Latinoamérica mediante nuestros poderes judiciales³⁵³, los beneficios que implica la sede arbitral. Persistir entonces en postulados dogmáticos resulta además de discriminatorio atentatorio contra el propio Estado.

El arbitraje de derecho en los contratos públicos,³⁵⁴ no constituye por tanto una contradicción, tal como ha indicado Sanz Rubiales:

“En definitiva, no parece factible que la Administración, tampoco cuando contrata, se someta al arbitraje de terceros, si ejerce potestades públicas. Y en esto la ley peruana incurre en una clara contradicción, cuando admite, por una parte, las prerrogativas administrativas y por otra, el arbitraje obligatorio. (...)”

*“Por eso se plantean serios problemas: ¿Qué pasa cuando –durante la ejecución del contrato–, la Entidad contratante ejerce el ius variandi y el contratista se opone, planteando la correspondiente controversia? ¿deberá determinarse por un árbitro? Puede un árbitro determinar la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una determinada potestad administrativa unilateral y otorgada por ley, como es la del ius variandi?”.*³⁵⁵

Creo que es natural que desde la doctrina española y también desde un amplio sector de la doctrina argentina, lo aquí sostenido y lo que dispone nuestro ordenamiento, sea visto no como de forma mesurada Sanz Rubiales puede haber indicado, sino cuando menos, como un hierro inaceptable que atenta contra institutos básicos del Derecho Administrativo. Inclusive, el administrativista peruano Baca Oneto, para evitar que se afecte la indisponibilidad de los actos administrativos ha propuesto que los laudos en las controversias de los contratos públicos

³⁵³ CAMPAÑA MORA, Joffre, “La inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos Administrativos”, en *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”,* Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 292.

³⁵⁴ “No obstante en la práctica, el arbitraje respecto de contratos estatales tiene algunas características particulares. Por lo general, versa sobre contratos que dan origen a controversias en las que se discuten cuantías considerables y que versan sobre formas contractuales novedosas –contratos BOOT, de transferencia de tecnología, financiamiento externo fuera de balance, etc. –o propias de la actividad estatal –concesiones, servicios públicos, obras de infraestructura o desarrollo colectivo, etc. Estos asuntos envuelven complejas cuestiones de hecho y de derecho. También es posible que existan ciertas disposiciones que por su carácter de “lois de police” deben ser aplicadas por el árbitro en toda circunstancia –lo mismo acontece en otras materias no necesariamente relacionadas con contratos estatales. La existencia de estas disposiciones en nada afectan la “la arbitrabilidad” de la controversia. Los árbitros simplemente están obligados a aplicar tales normas y a sancionar el irrespeto de cualquiera de las partes involucradas en el proceso”. MANTILLA SERRANO, Fernando, *ob. Cit.*, p.93.

³⁵⁵ SANZ RUBIALES, “Algunos problemas de la regulación de los contratos en el Derecho peruano”, en: *Derecho Administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista editores, Lima, 2004, p. 658.

podrían limitarse a acoger o denegar las pretensiones sin anular acto administrativo alguno.³⁵⁶

Pues bien, es menester señalar que la indisponibilidad de materias en los arbitrajes relativos a los contratos el Estado, no versan –utilizando el ordenamiento español–, en una cuestión centrada en criterios o principios inalterables en su sustancia, sino que se trata de grados de aceptación, de tolerancia o de pragmatismo que no hacen sino la evolución del derecho local o su adaptación a la realidad global.

En efecto, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, Ley General Presupuestaria española, ha señalado:

“(...) no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente los derechos de la Hacienda Pública estatal ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.”

Como se aprecia, el arbitraje si es posible, de forma excepcional pero posible, siendo también posible en consecuencia la derogación de las prerrogativas administrativas en materia contractual.³⁵⁷ Por otro lado y respecto de los contratos de la Administración en el exterior, el Real Decreto Legislativo 3/2011, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su disposición adicional primera dispone:

*“Contratación en el extranjero
(...)3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje. Igualmente se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”*

Es de verse que el párrafo precedente permite que la Administración española se someta a la realidad de determinados mercados, creando islas o estirando conceptos al igual que en el caso colombiano y al igual que en el caso francés, respecto de materias “indisponibles por naturaleza”.

³⁵⁶ BACA ONETO, Víctor Sebastián, “Los medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)”, en: www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf p. 247

³⁵⁷ DÍAZ MADRERA, Beatriz, “El arbitraje y el derecho de la contratación pública”, en. Arbitraje. El Arbitraje en las distintas áreas del derecho, Primera parte, Palestra, Universidad Abat Oliba CEU, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, p. 165.

Debe decirse, siguiendo parcialmente a Gonzáles – Varas, que existe sino una tendencia, una inclinación, incipiente aún, a la utilización del arbitraje en los contratos públicos, inclinación que se ha centrado primero en el plano internacional por efecto de la realidad del mercado o de la globalización del capital y que de pronto, podría extenderse al plano de las normativas locales, como en los casos de Italia³⁵⁸ y Francia, cuna del derecho administrativo, que inclusive prevé la conciliación y el arbitraje de equidad.³⁵⁹ Por lo pronto, volvemos a indicar, que no existe problema para el caso peruano, la ley es clara y como refieren Castillo Freyre y Vasquez Kunze, saber que derechos son arbitrables depende del orden jurídico de cada Estado nacional.³⁶⁰

2.4. Régimen sancionador de los árbitros. Inutilidad y peligrosidad del régimen de nulidad del laudo basada en la infracción del mandato de prevalencia del derecho público

Debemos decir que los cambios operados en la normativa se deben en gran medida a la preocupante situación de perdedor que ostenta la parte pública del proceso arbitral, aunque según estudios recientes ello no es exacto,³⁶¹ cuando el Estado pierde existe la percepción que ello se debe principalmente a la actuación dudosa o parcializada de los árbitros o sino a la actuación de muchos de ellos apartándose del régimen legal de prerrogativas públicas, omitiendo las mismas y privilegiando la aplicación del derecho privado.

Hemos de decir que y a pesar que en efecto lo deducido ha podido acontecer, el diagnóstico es errado y sesgado pues soslaya la responsabilidad de la propia Administración y de su sistema de defensa. Es indiscutible que no existe responsabilidad de los árbitros por las decisiones erradas que se verifican de parte del Estado en la administración de los contratos. Lo mismo para el caso reiterado de expedientes

³⁵⁸ El artículo 241.1 del Código de contratos públicos prevé la solución de controversias mediante arbitraje de derecho, aunque como indica Marina Jalvo, el laudo no vincula directamente a las partes quienes deben suscribirlo expresamente. MARINA JALVO, Belén, “El derecho de la contratación pública en Italia”, en: El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, 2011, págs. 281 y 282.

³⁵⁹ El régimen peruano de arbitraje en los Contratos del Estado encuentra puntos de encuentro en el sistema italiano de contratación pública en donde los contratos suscritos entre el Estado y los particulares no constituyen necesariamente contratos administrativos y sus controversias se resuelven mediante el Código Civil y con la jurisdicción ordinaria a pesar de que Italia cuenta al igual que Francia y Colombia, con una jurisdicción administrativa, siendo posible la admisión del arbitraje. Es más, se ha previsto el arbitraje como medio de solución de controversias específicamente para las obras públicas. TRAVI, Aldo, “La contratación pública en Italia”, en: La Contratación Pública, T. 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, p. 355.

³⁶⁰ Castillo Freyre, Mario y Vasquez Kunse, Ricardo, Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Estudio Mario Castillo Freyre, Garrigues Cátedra, Universidad de Navarra, Palestra, 2006, p.76.

³⁶¹ Sobre una muestra de 400 laudos arbitrales de un total de 2,000 emitidos entre el 2003 y el 2002, pertenecientes al 65% a obras; según estudio realizado por el Centro de Arbitraje de la PUCP, existe un “empate técnico” entre el Estado y los contratistas. Véase Propuesta, año 9, N° 336, Set. 9, 2013 <http://sites.google.com/site/edicionespropuesta>.

técnicos defectuosos, que no son pocos. Por otro lado, se encuentran también como casos eximentes de responsabilidad, los referidos a la demora en otorgar adicionales por trámites internos de las propias entidades públicas.

Ahora bien, es conocido que no se verifica en la parte pública, supervisión y/o control respecto de la decisión discrecional de la elección de los árbitros. Lamentablemente muchos abogados e ingenieros se inician como árbitros siendo designados por la parte pública en procesos en que por cuantía, complejidad e importancia se debió recurrir a personas de experiencia comprobada tanto en el fondo de la controversia como en arbitraje. Muchos además son nombrados reiteradamente sin justificación.

No conocemos auditorías en el sentido expuesto y no sabemos de casos de denuncias de los contratistas ante el OSCE por la arbitrariedad de la decisión, que bien podrían impulsarse no por vulnerarse el régimen de inhabilidades para ser árbitros sino en atención a lo irrazonable o desproporcionado de la elección, que no solo puede afectar directamente a la Administración misma sino también al contratista en cuanto a la oportunidad y calidad del proceso y su resultado.

A todo lo dicho, hay que agregar como problema que las exigencias para que árbitros reconocidos permanezcan o se incorporen en el registro del OSCE, han devenido en inútiles verificándose más desincentivos que políticas que hagan atractivo pertenecer al registro y/o tener como sede arbitral al OSCE. Mientras que es posible acreditar experiencia con capacitaciones de dudosa idoneidad, estudios en materias sustantivas y experiencias reales tanto profesionales como académicas no son valoradas adecuadamente por privilegiarse formalidades por sobre la demostración fáctica de experiencia, formación, trayectoria y solidez académica, dejando por otro lado sin requisito alguno, la función arbitral en los casos de árbitros designados por las partes y de presidentes de tribunal no sujetos a las reglas de Sistema Nacional de Arbitraje administrado por el OSCE.

Debe decirse además que la mejora experimentada por las procuradurías es insuficiente. A las carencias que tienen por la carga procesal que deben administrar, se agrega que en muchos casos no cuentan con especialistas en contrataciones del Estado y en Arbitraje.

La solución al “problema del arbitraje”, desde la óptica estatal, se ha enfocado solo al control y coercitividad sobre los árbitros, como si fuesen estos los únicos responsables del sistema:

“Artículo 52. Solución de controversias (...)

3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado.

manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación del laudo.” (El subrayado es nuestro)

El numeral 8 del mismo artículo señala, además de la obligación de informar que tienen los árbitros sobre la verificación de causales de recusación, la obligación de sustentar alejarse del orden de prelación del derecho público sobre el derecho privado, además de establecer las sanciones administrativas de suspensión temporal o inhabilitación permanente de los árbitros:

“Artículo 52. Solución de controversias

(...) 8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje.

El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), según la sanción impuesta.

La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso.” (El subrayado es nuestro)

En concordancia con ello, el artículo 235° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado regula la potestad sancionadora del Tribunal del OSCE respecto de las infracciones de los árbitros:

“Artículo 235.- Potestad sancionadora del Tribunal

La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente a que se contraen los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal” (El subrayado es nuestro)

Asimismo, el artículo 238° señala que el Tribunal deberá determinar la configuración de la infracción aún en el caso en que no exista pronunciamiento sobre la recusación, habida cuenta de la renuncia del árbitro inclusive en el supuesto que no se haya presentado la recusación en el plazo correspondiente. Además, se dispone

que existirá también infracción si los árbitros no registran en el SEACE el laudo o si no informan al OSCE del estado del arbitraje cuando les es requerido.

Citamos el artículo:

“Artículo 238.- Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública

El Tribunal impondrá sanción de suspensión temporal o inhabilitación permanente a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incurran en las infracciones tipificadas en el numeral 52.8 del artículo 52 de la Ley.

La infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente. Asimismo, el Tribunal debe determinar la configuración de la infracción antes señalada aun cuando no exista pronunciamiento sobre el fondo de la recusación por renuncia del árbitro recusado o no se haya presentado recusación en el plazo correspondiente.

Asimismo, la infracción referida al incumplimiento de actuar con transparencia se configurará cuando el árbitro o el tribunal arbitral no cumpla con registrar en el SEACE el laudo emitido dentro de los plazos previstos en la Ley y el presente Reglamento, o no cumpla con informar al OSCE sobre el estado del proceso arbitral en la oportunidad en que se le requiera.

El Tribunal evaluará los actuados y, de ser el caso, sancionará a los árbitros, con suspensión temporal no menor de seis (6) meses ni mayor de dos (2) años para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y el presente Reglamento, con la consecuente suspensión en el Registro de Árbitros del OSCE, cuando formen parte de dicho Registro. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245 en lo que corresponda.

Cuando durante el procedimiento sancionador seguido contra un árbitro, el Tribunal constate, además de la responsabilidad del infractor, que éste ha sido sancionado en oportunidades anteriores con suspensión temporal cuyo tiempo sumado sea mayor a veinticuatro (24) meses dentro de un lapso de tres (3) años, le impondrá la sanción de inhabilitación permanente, con la consecuente exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, cuando forme parte de dicho Registro.” (El subrayado es nuestro)

Además de todo lo anterior el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado establece que se impondrán sanciones a las infracciones que se cometan respecto de las disposiciones señaladas en el mismo; sin embargo, no se detallan las infracciones que son pasibles de sanción.

Se aprecia de todos los artículos citados, que solo se cuestiona y de forma desafortunada, uno de los aspectos del problema: la actuación de los árbitros. Respecto de las Entidades y/o sus funcionarios no hay nada. Respecto de las deficiencias de las procuradurías, tampoco

Ahora bien, en el caso del Código de Ética, este no solo es inapropiado, sino que el mismo es inconstitucional y como tal inaplicable por un Tribunal Administrativo o un Juez, pues infringe el principio de reserva de Ley contenido en la Ley del Procedimiento Administrativo General además del principio de tipicidad.

A tenor de lo expuesto hasta aquí, es menester centrar el análisis en la Ley y el Reglamento y así demostrar que existe un exceso, una sobre regulación que trasciende lo ineficiente (que ya es bastante) y que se vuelve en contra de aspectos teleológicos y como tales sustanciales del sistema.³⁶²

Soporta lo que sostenemos, esto es, el exceso en la función de supervisión y de sanción, el hecho que las medidas dispuestas en torno a justificar los laudos que se alejen de la prevalencia dispuesta del derecho público sobre el privado, estén sujetos, al deducirse la nulidad del laudo, al control en sede judicial y, posteriormente, de tomarse el laudo como nulo por vulnerar el régimen de prevalencia indicado, al trámite de un procedimiento sancionador que tiene como órgano instructor y de sanción al Tribunal de Contrataciones del Estado.

El mecanismo indicado, lejos de apropiado y eficiente, es inútil y hasta peligroso, inútil pues no tiene sentido que se establezca o reitere una prevalencia del derecho público, si este se puede evadir “sustentadamente”; y, peligroso, porque así se sustente, el juez puede considerar que ello no ha sido así, estando la controversia entonces a los riesgos que se pretendieron evitar justamente con la instauración del arbitraje en los contratos del Estado, esto es la judicialización de las controversias. No hay que omitir el hecho que es factible deducir la inaplicación del artículo 52° en ejercicio del control difuso de Constitucionalidad, por la Sala Superior o por el propio Tribunal del OSCE, según corresponda y estando a que la disposición no resiste la aplicación de un test de razonabilidad o proporcionalidad. Todo lo contrario, se vuelve en contra de lo pretendido por la normativa al establecerse el arbitraje como medio de solución de controversias.

El otro punto en donde se hace manifiesto el exceso de supervisión es el relacionado a la inconveniencia y peligrosidad de someter a los árbitros, no solo a una deficiente regulación de recusaciones porque no contempla la realidad del arbitraje

³⁶² La sobre regulación que se señala no atiende necesariamente de forma exclusiva a un exceso en donde lo eficiente es la ausencia de regulación, sino al exceso que representa en comparación con la ausencia de regulación en los demás aspectos del problema y en los casos de ausencia de supervisión del OSCE.

en los contratos del Estado,³⁶³ sino también a un Tribunal que fuera elegido por concurso para funciones distintas a las ahora encomendadas.³⁶⁴

No se pierda de vista que el exceso de supervisión, resulta más claro de la comparación con la inexistencia de esta sobre las facultades discrecionales de la Administración (véase el punto 8 del Capítulo III), evidenciándose un trato diferenciado y discriminatorio en perjuicio de los actores particulares del sistema: contratistas y árbitros.

Ahora bien, llegado el punto, es de verse que las materias controversiales potenciales respecto de la aplicación de un derecho especializado, no pueden ser sometidas a jueces que integran Salas Comerciales. Pero, supongamos que los magistrados son duchos en el Derecho Administrativo y en el de la Contratación Pública, incluido el contrato de obra pública, igualmente los temas revisten un grado de complejidad que hace imposible que se defina una posición que pretenda ser objetiva; sin embargo, esto es lo que va acontecer con la actual regulación puesto que materialmente las salas comerciales van a funcionar como instancia segunda al deducirse la nulidad de los laudos que supuestamente se alejen de la prevalencia del derecho administrativo o no sustenten la inaplicación de la misma, tornándose lo decidido por el Poder Judicial como precedente materialmente vinculante y condicionando todo el sistema arbitral.

Que no se diga que el asunto está solucionado por el hecho que el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado indica que la nulidad se va a dar y la sanción para los árbitros también y el precedente vinculante de igual forma con la sola ausencia de sustentación de la inaplicación de la prelación del derecho administrativo. Más bien, con ello queda demostrada la inutilidad y la peligrosidad de lo regulado, inutilidad por cuanto con el solo sustento se puede cambiar la prevalencia querida

³⁶³ Ello por las disposiciones y por la aplicación de las mismas sin atender a que el régimen arbitral de los contratos del Estado no es excepcional. Siendo obligatorio y tratándose de cientos de dependencias públicas contratantes y siendo pocos los abogados conocidos en el medio por su especialización, estos confluyen reiteradamente como representantes, árbitros y abogados patrocinantes, no siendo pocas las veces en que el deber de revelación pueda ser omitido por confusión, sobre todo cuando la relación entre los árbitros, abogados o representantes es sobrevenida. Ahora bien, en cuanto el fondo del asunto y no al deber de revelación propiamente que se queda sin base porque tendría sino que revelarse hasta las ocasiones en que los profesionales indicados confluyen como profesores o conferencistas en el Perú o en el extranjero. ¿A alguien en sede judicial se le ocurriría recusar a un vocal porque este se conoce con otro? ¿Tiene sentido que un árbitro revele a mitad de proceso, que en otro proceso ajeno a las partes, ha sido designado arbitro y que en el tribunal tiene igual coárbitro que en el primero? ¿Cuál es el propósito de revelar ello? ¿No es acaso exagerado?

³⁶⁴ Además, por deficiencia normativa profesionales que no son abogados pueden ser miembros del tribunal del OSCE, cuestión irrazonable y que lesiona la dignidad del abogado pues el legislador ha entendido torpemente que cualquier profesional está capacitado para resolver controversias dentro del marco de una rama especializada del derecho. Dicha situación, sin par en la legislación comparada, desvirtúa el sentido de justicia y otorga inseguridad jurídica.

por la norma y sabemos que todo puede ser sustentable y de qué manera. Peligrosidad justamente por lo último, puesto que serán los jueces comerciales ajenos a la especialidad sustantiva materia del arbitraje quienes apreciarán esa sustentación. En conclusión se ha cometido un grave error que atenta contra la esencia misma del sistema.

2.4.1. Ilegalidad del régimen sancionador del Código de Ética para el arbitraje en materia de contrataciones del Estado

El exceso en este caso es palmario atendiendo a la ilegalidad de la fuente, puesto que por la vía de una resolución está negado establecer un régimen sancionador.

En efecto, mediante la Resolución N° 258-2008-CONSUCODE/PRE se aprueba el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado, estableciéndose causales para la amonestación, suspensión e inhabilitación para los árbitros, régimen distinto y paralelo al establecido por la Ley de Contrataciones del Estado. Sorprende por decir lo menos, como un organismo que posee función supervisora y que por tanto tiene como fundamento de su existencia velar por el cumplimiento de la legalidad, haya incumplido justamente ese principio.

Así, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece:

*“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

- 1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.”*

El Código de Ética en cuestión vulnera el principio de legalidad establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General y este hecho no cambia por la deficiente redacción del artículo 52° de la ley de Contratos del Estado:

*“Artículo 52.- Solución de controversias
(...)La sanción administrativa se aplica sin perjuicio de la que pudiera corresponder conforme al Código de Ética para el arbitraje administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)”*

La referencia es insuficiente, no existe incorporación al texto legal, distinto fuera si por una Ley expresa se hubiese aprobado el Código.

Además de todo lo anterior, el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones del Estado establece que se impondrán sanciones a las infracciones que se cometan respecto de las disposiciones cometidos en el mismo; sin embargo, no se detallan las infracciones que son pasibles de sanción, infringiendo así el principio de tipicidad que rige el derecho administrativo sancionador.

Nos relevamos de mayor análisis, sólo diremos que ningún miembro del Tribunal del OSCE puede sancionar en base a lo establecido en el Código de Ética teniendo más bien el deber legal de inaplicarlo bajo responsabilidad.

3. MATERIAS QUE SUSCITAN CONTROVERSIA EN LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

Desarrollamos temática que se verifica en la solución de controversias contractuales. Abordamos ante el silencio de la normativa, lo relativo a la naturaleza de las decisiones de la Administración en la ejecución del contrato, pues de ello depende el régimen que se aplique en un laudo.

3.1. Actos administrativos en la ejecución contractual

La normativa 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 que encuentran su campo de acción en una relación Administración – Administrado y no entre contratantes. En cuanto a la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG dispuesta por la normativa de contratación pública, se interpreta que esta es aplicable solamente a la fase preliminar de selección del contratista por tratarse de procedimientos administrativos especiales.

Por otro lado, es válido también sostener que si, en efecto, debe aplicarse en la relación contractual y de forma más precisa, en las decisiones de la Administración contratante, la Ley del Procedimiento Administrativo General 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. Se debe entender además que de ser los actos del contratante estatal actos administrativos, se otorga seguridad jurídica y garantías al contratista pues la Administración tendrá que restringirse a parámetros determinados contenidos en la normativa para determinados actos específicos. Debe considerarse además que en nuestro régimen

la seguridad jurídica indicada no tiene el correlato de la presunción de legitimidad y correspondiente ejecutoriedad pues estos actos administrativos contractuales, como se sabe, pueden ser deducidos como fuente de controversia y ser sometidos en consecuencia a un proceso arbitral en cuya sede se suspende la ejecución, cuestión esta, debe decirse, muy propia de nuestro régimen y que de seguro al lector foráneo le parecerá inconcebible por mutilarse de acuerdo a la doctrina comparada, potestades públicas basadas en el *ius imperium*.

Pues bien, el panorama está descrito, más debe decirse que la doctrina nos da mayores elementos de apreciación en torno al asunto abordado, cuestión que a continuación tratamos.

3.1.1. Los simples actos de administración y los actos administrativos contractuales: Teoría de la incorporación al contrato, de los actos separados y del acto administrativo contractual coligado

Retornamos a la interpretación de que las decisiones del contratante estatal no son actos administrativos puesto que la aplicación supletoria de la LPAG está referida de forma exclusiva a los procedimientos de selección del contratista y no a la ejecución contractual. Podría añadirse que dado que no hay un régimen exorbitante del derecho común propio de un contrato administrativo en su concepción francesa clásica con sus potestades explícitas o implícitas, sino ciertas ventajas o prerrogativas públicas o como indica García de Enterría, modulaciones de derecho público sobre el contrato, estando a ello y a que no se indica en la normativa especial un régimen administrativo para los actos contractuales de las entidades públicas, va de suyo entonces que no puede aplicarse la supletoriedad referida, que lo que se ha querido legislativamente es otorgar seguridades y garantías a los particulares de un régimen igualitario salvo las modulaciones a favor de las Entidades y que son la excepción y que como tales deben contenerse en la ley.

Ahora bien, puede que no estemos ante la negativa de plano de que ningún acto de la Administración contratante dentro de la ejecución del contrato, sea un acto administrativo, sino que existirán actos que lo sean y otros que no.

Mairal, 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 prerrogativas propias del acto administrativo:

“Se hace necesario entonces, distinguir entre los actos administrativos y los que llamamos meros pronunciamientos 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 si 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 (...)*³⁶⁵

Por otro lado, 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 respecto de la aplicación de la ley del procedimiento administrativo general en Argentina ante el vacío normativo de la ley de 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 7° de la ley y al régimen diseñado en la ley para las diversas vicisitudes del obrar administrativo.”*³⁶⁶

De otra parte Barra, 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,

³⁶⁵ MAIRAL, Héctor, Los meros pronunciamientos administrativos, en: Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.658.

³⁶⁶ GRECCO, Carlos Manuel. Procedimiento administrativo y contratos administrativos (Variaciones sobre el artículo 7° , párrafo final de la Ley N° 19.549). En: *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. 1999. p. 136.

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, para Sesín, el asunto está zanjado. Al comentar la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta del precedente de la Corte Suprema de la Argentina conocido como “Gyprobras”:

“En efecto, el sistema de revisión de los actos administrativos no deben ser diferentes cuando se dictan con motivo de la preparación o ejecución del contrato”³⁶⁷

Ahora bien, regresando a Mairal, debe decirse que este entiende como consecuencia inmediata de determinar que las decisiones de la Administración en relaciones especiales con los particulares no son actos administrativos, que el particular no se vea sometido a un régimen público mediante el cual se adquieren cargas lícitas que soportar.

Es decir, trasladando los conceptos al campo de la contratación pública, que si de este régimen específico, no se desprenden que actos se presumen legítimos y que tengan fuerza ejecutoria, no se les tiene porque dar dichas características mediante la aplicación supletoria de la ley de procedimientos administrativos.³⁶⁸

Sobre este mismo dilema, es decir tomar como acto administrativo o “*simples relaciones de coordinación o concertación*” de la administración los actos de las Entidades públicas dentro de la ejecución del contrato, González López, de manera específica refiriéndose al Estatuto de Contratación Pública de Colombia, Ley 80 de 1993, que por cierto, abandonó la tesis dualista del contrato público (contratos administrativos y contratos privados de la Administración) optando la unitaria (contratos del Estado), señala, que en efecto, no hay potestad o acto administrativo sin norma habilitante.³⁶⁹ Pero advierte también que lo anterior se aplica con relación a

³⁶⁷ SESIN, Domingo, “Los principios del derecho civil en la jurisprudencia sobre la contratación administrativa”, en: Derecho común y derecho administrativo. Diferencias y contactos, Lerner Editora, Córdova, 2009, p.138.

³⁶⁸ “El estudio del derecho comparado demuestra que los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y por ende deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible de crear la pretensión de crear tales conceptos con validez universal. (...) (...)Es que es tal la variedad de la actuación administrativa que todo intento de generalización debe ser un extremo cauteloso so pena de proponer reglas que solo se adecuan a un cierto tipo de relaciones jurídicas.” MAIRAL, Héctor, Ob. Cit. págs. 651 y 661.

³⁶⁹ 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. 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

las potestades relacionadas directamente con la organización administrativa y que para las potestades función se ejercitan mediante un criterio finalista que se ejercita 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:

“(...) 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 y eficiencia del servicio público, como criterio finalista del contrato elegido por el legislador, y además como criterio de interpretación de las reglas contractuales(...)”³⁷⁰

Ahora bien, en nuestro régimen de contratos del Estado estas cargas, con algunas variaciones respecto del derecho colombiano, existen de hecho con desdén de otorgarles o no categoría de acto administrativo. En efecto, se encuentran presentes las prestaciones adicionales, las reducciones o deductivos, la intervención económica o las penalidades legales, la facultad de resolver el contrato solo por obligaciones esenciales y el régimen sancionador administrativo. Por otro lado, no habría necesidad que los particulares teman o soporten un régimen propio de los actos administrativos pues el régimen recursivo de estos no sería el contenido en la LPAG y posteriormente la sede judicial en el proceso contenciosos administrativo, sino como se sabe, el proceso arbitral obligatorio, debiendo estarse por tanto a que el régimen de los actos administrativos no sería desfavorable a la Administración, sino todo lo contrario pues por un lado el régimen de contratos estatales no otorga presunción de legalidad y la autotutela en la ejecución de los actos contractuales de la Administración habida cuenta que deducida la controversia las prerrogativas no son ejecutorias, quedan suspendidas, ante la sola petición del arbitraje, volviéndose

sin norma específica que lo autorice y delimite. GONZÁLEZ LÓPEZ, Édgar, Naturaleza jurídica de los actos de la administración en un contrato estatal, en: *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, El régimen de las libertades, La responsabilidad de la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 881.

³⁷⁰ GONZÁLEZ LÓPEZ, Édgar, ob. Cit. P, 904.

por tanto el régimen del acto a favor del particular en su esfera de sometimiento al principio de legalidad y en su caso, de tratarse de decisiones discrecionales, a los principios generales del derecho y del derecho administrativo así como a la finalidad y proporcionalidad de la decisión.

Tal parece entonces que los contratistas no deberían temer que los actos contractuales sean en realidad actos administrativos contractuales. En efecto, en la doctrina argentina se habla inclusive 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.³⁷¹

Habiéndose expuesto las razones que invitan a concluir que las decisiones de la Administración contratante en la fase de ejecución contractual, constituyan en su caso,³⁷² actos administrativos especiales, esto es, actos administrativos contractuales cuyo régimen deviene en pro contratista pues subsistirá como es lógico la aplicación del principio de legalidad para que se emita el acto más no las prerrogativas del acto administrativo señaladas en la LPAG, corresponde ahora analizar si este acto administrativo contractual tiene efectos por sí mismo cada vez que se emite y debe ser o conviene ser impugnado en cada oportunidad de emisión o es que todos deben incorporarse al contrato o a una última decisión o si todos los actos se encuentran coligados entre sí como actos antecedentes de otro y/o consecuentes de otro además de estar coligado a las Bases y al propio contrato.

La teoría de la incorporación o de los actos no separables surge de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés en 1877³⁷³, esta se explica en cuanto:

“los actos de tutela administrativa, cuando han sido precedidos o seguidos de contratos que aprueban o autorizan, no pueden independizarse...de estos contratos que completan y en los cuales se confunden, para ser anulados directamente, bien por el Consejo de Estado en vía contenciosa, bien, y con mayor motivo, por la autoridad administrativa, de la cual emanan” (El subrayado es nuestro)³⁷⁴.

³⁷¹ MARCHETTI Luciano, 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*, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 1 era ed. 2007, Buenos aires, p. 458.

³⁷² Es obvio que no todos los actos serán administrativos, siempre existe la categorías de los actos de administración interna y hecho de la administración de conformidad con el artículo 1º inciso 1.2 numeral 1.2.1 y 1.2.2 respectivamente de la LPAG. Se hace referencia a la categoría de actos administrativos contractuales para aquellos que califiquen como tales en la medida que la Administración ejerce función administrativa que crea, reconoce, deniega, regula o extingue derechos.

³⁷³ Debe recordarse el sistema de dualidad de jurisdicciones en Francia, siendo el Consejo de Estado en lo Administrativo a lo que es la Corte Suprema en lo ordinario o privado.

³⁷⁴ DEL VALLE, Fabiola, Actos administrativos y contratos de la Administración Pública: Teoría General de la Conexión. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003, p. 29. Comentario del Comisario David del Consejo de Estado Francés con ocasión del arret de 2 de marzo de 1877 citado por Boquera Oliver, siendo este citado a su vez por Del Valle Fabiola.

Es decir, los actos administrativos por quedar incorporados al contrato, no podían ser impugnados de manera individual y diferenciada de este, siendo impugnable el contrato en la vía correspondiente según se tratase de contrato administrativo o contrato privado de la Administración³⁷⁵, solo por las partes contratantes, generándose indefensión respecto de los participantes en el procedimiento de selección.

La teoría de la incorporación o del todo indivisible cede en la primera década del siglo XX a la Teoría de la separación o de los actos separables o desprendibles en la que, en principio, los actos administrativos anteriores al contrato pueden ser impugnados de forma individual y separados del contrato, otorgándose así seguridad jurídica a los postores respecto al menos de los actos correspondientes a la fase licitatoria o preparatoria del contrato, sin que ello conlleve la exclusión de los actos posteriores. Cassagne, alude a una concepción clásica de la teoría en cuanto a su prevalencia respecto de los actos anteriores al contrato, indicando que en el derecho argentino, la teoría se ha extendido para los actos posteriores a la celebración del contrato.³⁷⁶

Ahora bien, la teoría de los actos separables es criticada pues no soluciona el problema de la nulidad del contrato habida cuenta de la nulidad de los actos anteriores puesto que la impugnación de estos actos en el régimen administrativo aplicable no conlleva efecto suspensivo del contrato que se entiende nulo.

La tercera teoría sobre los actos administrativos contractuales es la de los actos coligados. Barra, señala respecto de estos:

*“Se trata, entonces, de actos administrativos contractuales, pero que están en una relación recíproca, entre sí y con el contrato al que por naturaleza forman parte. Estos actos se ligan al contrato o, más exactamente, se coligan al contrato, ya que esta ligazón no solo ocurre entre cada uno de los actos entre sí, sino entre cada uno de ellos, y el conjunto de ellos, con el contrato (acuerdo obligacional, expresión de la relación jurídica querida por las partes)”*³⁷⁷

Es decir las decisiones de la Administración contratante se encuentran todas relacionadas además de entre sí, respecto del contrato y por lo tanto respecto de

³⁷⁵ Véase el punto I del Capítulo II.

³⁷⁶ “En el ordenamiento administrativo nacional argentino la cuestión debe resolverse en términos semejantes, aunque la solución sea la misma para el acto separable de la concepción clásica (los preparatorios y de adjudicación del contrato) que respecto de los actos posteriores, vinculados con la ejecución y modificación de los contratos administrativos, con algunas modalidades específicas de nuestro derecho positivo que conducen a una doble analogía” Vide. CASSAGNE, Juan Carlos, El Contrato Administrativo, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 170.

³⁷⁷ BARRA, Rodolfo Carlos, Los actos administrativos contractuales. Teoría del Acto coligado. Editorial Abaco, Buenos aires, 1989, p. 101.

las Bases o Pliegos de Condiciones y respecto de la oferta técnica y económica del contratista. Es el contrato por tanto, la fuente y guía de los actos administrativos y como no, el interés público inmerso en el grado que sea en el contrato además de la finalidad específica de la Entidad pública involucrada, sumándose obviamente la regulación específica de derecho público con que se cuente, de tal modo que si el acto incumple algún componente de este bloque de legalidad, incluida la Ley del procedimiento Administrativo General, este deviene en nulo.

3.1.2. Teorías del acto administrativo contractual. Régimen de caducidad del arbitraje

Expuestos los puntos anteriores, existen elementos importantes a considerar a favor de la existencia del acto administrativo contractual sin que ello sea, a pesar del peso a favor de este concepto, la única salida posible como se ha visto, siendo posible por tanto que atendiendo al caso concreto, los árbitros pueden arribar a otras conclusiones. Ahora bien, al margen de esto último, nos avocamos en ver en qué medida se aplica en nuestro medio la teoría de la incorporación, de los actos separados y de los actos coligados en el régimen del arbitraje, de modo preciso en lo que atañe a su caducidad.

Estamos a que si bien es cierto se han fijado plazos de caducidad por Ley y el reglamento respecto de la nulidad del contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidaciones del contrato, pagos y vicios ocultos³⁷⁸ tomando en cuenta la culminación del contrato, se estaría en esos supuestos tomando o, si se quiere, nuestra normativa calzaría, con la doctrina de los actos separables, pues para cada decisión de la Administración en la que no esté de acuerdo el contratista este debería solicitar el arbitraje como medio de solución. Sin embargo, aquí hay que resaltar que estamos ante el hecho solamente de cursar una solicitud, no de demandar. Es posible, como de hecho se da en la realidad, que se dilate el procedimiento previo de nombramiento del Tribunal o del árbitro único según corresponda, retrasándose así la impugnación por omisión del futuro demandado. También es posible que se alargue el proceso en su fase inicial por una recusación o por falta de pago de los honorarios provisionales de los árbitros, hechos estos todos que incentivan la acumulación de controversias en el mismo proceso, es decir, estamos formalmente en la doctrina de los actos separables y en los hechos, es posible encontrarnos en presencia de una especie muy particular de la teoría de la incorporación. ¿A cuenta de que entonces los plazos de caducidad? ¿No sería mejor incorporar los todos para su impugnación a una sola oportunidad siendo la más idónea la liquidación? Con

³⁷⁸ Artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF modificado por el D.S. N° 138-2012-EF.

ello se ahorrarían problemas de acumulación, cuando corresponde y cuando no, y como no, con ello ambas partes se ahorrarían tiempo y dinero y se evitaría, de no acumularse las pretensiones, la posibilidad de laudos contradictorios pues puede acontecer que distintos árbitros conozcan de distintas controversias que en realidad tienen un mismo hilo conductor.

De acuerdo a lo que antecede entonces podríamos concluir parcialmente que nuestra normativa recoge la teoría de los actos separables en la fase de ejecución contractual y que convendría que se opte por la de la incorporación, sin embargo, debe considerarse que hay desacuerdos que quizá no son deducidos como controversias y no se solicita el arbitraje en el momento en que se verifica la controversia pero que son factibles de presentarse en la liquidación de la obra tales como mayores gastos generales, reajustes, adelantos, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad, valorizaciones o metrados y pagos. En ese caso, es clara la aplicación de la doctrina de la incorporación, así que tenemos una posición sincrética, pero convendría optar por simplicidad, por la tesis de la incorporación. No tiene sentido acortar innecesariamente los plazos de caducidad, cuanto estos luego, materialmente, pueden ser obviados. No tiene sentido además desde la asimetría que se genera si tomamos en cuenta la facultad de la administración de declarar la nulidad de sus propios actos por si misma o mediando el Poder Judicial a través de la acción de lesividad. Mientras para ello cuenta con 3 años,³⁷⁹ el particular tiene 15 días para deducir el arbitraje. No tiene sentido igualmente considerando el principio de legalidad y el rol de colaborador que tiene el contratista. En efecto, con la impugnación no solo se defiende el interés particular sino que el recurso, fundándose en argumentos de derecho, contribuye con el control de las decisiones administrativas.

Al respecto, desde la realidad de impugnación judicial de los actos administrativos contractuales en la Argentina, la doctrina de ese país cita como precedente de la aplicación de la teoría de la incorporación, el fallo MEVOPAL de la Corte Suprema:

“Los actos administrativos, aún unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en

³⁷⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General mediante Ley N° 27444

“Artículo 202°.- Nulidad de oficio

(...)

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

(...)”

forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos y obligaciones emergentes de aquel, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos y obligaciones emergentes de aquel, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato, (...).”

Cassagne, comentando el fallo señala que este se explica en la teoría de las llamadas “*operaciones complejas*” mediante la cual los plazos de caducidad en materia contractual, se calculan a partir del acto de liquidación final, de recepción definitiva o, en su caso, del acto que resuelve el contrato en tanto que ello guarda coherencia con el principio de colaboración que debe existir entre el contratante y el contratista. Indica además que el mismo fallo MEVOPAL, la Corte Suprema advirtió la inconveniencia de una interpretación distinta: “*a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante (...)*” lo que implicaría, “*(...) un dispendio jurisdiccional inusitado (...)*”³⁸⁰

3.2. Adicionales de obra pública. ¿Prerrogativa pública o derecho del contratista? Características. Función administrativa y de control. El principio de prohibición del enriquecimiento sin causa

Situados ya en el marco de las obras públicas y el contrato de obra pública como una modalidad de ejecución de aquellas, corresponde llevar a cabo el análisis de los denominados “trabajos adicionales”, “adicionales de obra pública” o simplemente, “adicionales”.

En general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

Ya sea como prerrogativa de la Administración Pública (sujeta a control previo o no), como manifestación del *ius variandi*, como mecanismo para mantener el equilibrio económico financiero de un contrato de obra o como título habilitante para efectuar una contratación directa por parte de una entidad pública³⁸¹, el estudio de los adicionales de obra implica remitirnos, necesariamente, a una legislación específica.

Partiremos de la regulación que ha dado la Ley de Contrataciones del Estado:

³⁸⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, Ob. Cit. p. 184.

³⁸¹ Sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento concursal.

“Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales puede ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Respecto a los servicios de supervisión, cuando en los casos distintos a los de adicionales de obras, se produzcan variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, autorizadas por la Entidad, y siempre que impliquen prestaciones adicionales en la supervisión que resulten indispensables para el adecuado control de la obra, el Titular de la Entidad puede autorizarlas, bajo las mismas condiciones del contrato original y hasta por un monto máximo del quince por ciento (15%) del monto contratado de la supervisión, considerando para el cálculo todas las prestaciones adicionales previamente aprobadas. Cuando se supere el citado porcentaje, se requerirá la autorización, previa al pago, de la Contraloría General de la República, no siendo aplicable para este caso el límite establecido en el numeral 41.1 del presente artículo.

Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación del plazo se resuelven de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 40 de la presente norma.”

A partir de lo anterior y tomando en consideración a la Directiva N° 002-2010-CG/OEA “Control Previo Externo de las Prestaciones Adicionales de Obra”, de la Contraloría General de la República, podemos desprender una serie de caracteres de los adicionales de obra:

1. Constituye una prerrogativa pública, exorbitante del derecho común: “*La Entidad podrá ordenar y pagar directamente prestaciones adicionales (...)*”.
2. Se trata de “prestaciones”, es decir, implica una actividad material humana (artificialidad).
3. Deben ser indispensables para alcanzar la finalidad del contrato.
4. Tienen su origen en:
 - a. Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.
 - b. Errores del Expediente Técnico.
5. Su ejecución por parte del contratista requiere autorización previa.
6. Requiere disponibilidad presupuestal.
7. Habilita a la Entidad a sustraerse de la obligación de llevar a cabo un procedimiento de selección de contratistas.

3.2.1. Características de los Adicionales de Obra

- a) Constituye una prerrogativa pública.

En efecto, no es necesario que medie un acuerdo entre la Entidad y el contratista respecto de la ejecución de las prestaciones adicionales. Se trata de una prerrogati-

va de la Administración otorgada por la Ley a fin de resguardar intereses públicos comprometidos, para el caso, en las obras públicas en construcción. El artículo en cuestión no puede ser más claro, existe una orden de por medio, no una solicitud de la Administración.³⁸²

Ahora bien, la condición expuesta en nada es afectada si es que media para los adicionales de obra pública, una solicitud del contratista en ese sentido, siendo irrelevante que los supuestos que aparezcan un adicional sean detectados por la Administración o por el contratista y más allá de que sea este último quien comúnmente advierta su existencia.

En general, debe afirmarse que la decisión que se efectúen trabajos adicionales, es prerrogativa de la entidad pública. No se trata de un procedimiento administrativo que sea iniciado a instancia de parte.

Por el contrario, ante la noticia que tenga la Administración, independientemente de la fuente, de la necesidad de ejecutar trabajos adicionales, deberá llevar a cabo las indagaciones pertinentes para determinar si, en efecto, la necesidad indicada existe y si se verifican los demás elementos habilitantes de la prerrogativa pública, así como si esta decisión es conveniente, razonable, proporcionada y adecuada al fin perseguido y que además sea posible atendiendo a criterios presupuestales.

En la práctica profesional, se da el error de calificar a la comunicación que formula el contratista a la Entidad sobre la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales, como una solicitud que inicia un procedimiento administrativo a efectos de determinar si corresponde o no llevar a cabo dichos trabajos bajo la figura de adicionales de obra.

En forma estricta, la solicitud no sería tal, sino que seguiría la naturaleza de una “puesta en conocimiento”, sobre la base de lo cual la Entidad deberá adoptar las acciones del caso para determinar la pertinencia de llevar a cabo trabajos adicionales. Si la Administración decide no ejecutarlos, ello no necesariamente implicaría responsabilidad contractual; es posible que en atención a los antecedentes negativos del contratista en la ejecución del contrato la Administración decida que es mejor recurrir a un tercero para la ejecución de los adicionales o que estos sean ejecutados por la propia Entidad, cuestiones estas aunque muy difíciles no imposibles y que pasan además de las situaciones particulares del caso, por una decisión que deberá encontrarse minuciosamente fundamentada.

³⁸² Cassina, tratando el tema de los adicionales de obra y los mayores metrados, utilizando para ello la anterior normativa de contratos del Estado, indica que en caso los adicionales superen el 15% del valor total del contrato, debe mediar acuerdo entre las partes. CASSINA RIVAS, Emilio, “Obras adicionales y mayores metrados”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 6, Magna Editores, Lima, 2008, p.113.

b) Artificialidad de los Adicionales de Obra.

Al igual que la obra pública, las prestaciones adicionales requieren, necesariamente, la ejecución de una actividad material humana. La configuración de los adicionales como “prestaciones” nos indica también, que los trabajos que éstos implican, más allá de la existencia efectiva de una contraprestación correspondiente, son *debidos* por una de las partes del contrato de obra pública a su contraparte.

c) De su relación con la finalidad del contrato.

Los trabajos adicionales deben responder a la finalidad del contrato. Ahora bien, esta finalidad no siempre se encuentra definida claramente como trabajos que posibilitan la obra, como en el caso de que, comenzados los trabajos de excavación, aparecen rocas en lugar de tierra. Muchas veces los adicionales deben ser examinados en términos del cumplimiento de la legalidad y del principio de eficiencia. Un ejemplo de lo primero es el caso de un expediente técnico de un edificio en el que se haya omitido la escalera de incendios, dicho adicional es imperativo en cumplimiento del Reglamento Nacional de Edificaciones.³⁸³ En cuanto al principio de eficiencia, toda decisión de la Administración relativa al cumplimiento de finalidades públicas, debería contemplarlo. Así pues, puede entenderse que una carretera es tal así tenga o no cunetas o badenes, más estos deberán encontrarse previstos en zonas de lluvias. Por lo tanto, de no haberse contemplado en el expediente técnico, pero atendiendo a la eficiencia en el gasto de los recursos públicos, los trabajos adicionales podrían ser imperativos.

d) Situaciones imprevisibles detectadas con posterioridad a la suscripción del contrato, errores en el expediente técnico.

Desde la praxis, los adicionales de obra podrían ser calificados como una cuestión normal para determinadas obras públicas. Sin embargo, normativamente, deben tratarse como excepcionales habida cuenta del régimen habilitante restrictivo de las mismas. Pueden verificarse mediando situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato o deficiencias en el Expediente Técnico.

i) Situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato.

Es el caso de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. El artículo 1315° del Código Civil, define a la figura del “Caso Fortuito o Fuerza Mayor” como sigue:

“Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento ex-

³⁸³ De manera específica, en cumplimiento del Capítulo VI (Escaleras), del Título III.1 (Arquitectura) y que contempla la Norma A.010.

traordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

Así planteada la definición, las situaciones de fuerza mayor revisten las siguientes características:

- Son extraordinarias: Esto quiere decir que se encuentra fuera del orden o regla natural o común de las cosas.
- Imprevisibles: El concepto de “prever” implica conocer o conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Pues bien, la imprevisibilidad implica que no existe medio a través del cual se pueda conocer la ocurrencia futura de una situación determinada.
- Irresistibles: La característica de la irresistibilidad está relacionada con los efectos de las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. Bien podemos encontrarnos ante situaciones extraordinarias e imprevisibles y adoptar una serie de acciones para evitar sus efectos. La irresistibilidad implica que más allá de las provisiones adoptadas e independientemente de nuestra voluntad, las situaciones de fuerza mayor surtirán sus efectos.

De las características indicadas, es de verse que esta última no ha sido tomada de forma expresa por la regulación administrativa, por lo que no sería exigible por tanto para el caso del supuesto de “las situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato”. Tampoco estaríamos ante un caso de aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato en atención a los puntos configurativos específicos para los trabajos adicionales y también para el principio citado.

Lo relevante del presente apartado, es señalar que las situaciones de caso fortuito o fuerza mayor no preexisten ni se dan de manera simultánea a la suscripción del contrato, por el contrario, se suscitan con posterioridad a ello siendo perceptibles durante el período de ejecución contractual.

ii) Deficiencias en el Expediente Técnico

Marienhoff³⁸⁴ se refiere a las categorías “dificultades materiales imprevistas y al error en el proyecto” señalando lo siguiente:

“Si las dificultades [materiales] de la referencia son las que no pudieron ser ‘pre-

³⁸⁴ MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III – B. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1978. Págs. 564 y 565.

*vistas', mal podría hablarse en ese caso de 'error' en el proyecto. El 'error' reposa en hechos conocidos – o que razonablemente debieron conocerse –, pero que fueron equivocadamente valorados. En cambio, las 'dificultades materiales imprevistas' son las caracterizadas en el párrafo anterior, cuya aparición no le es imputable al Estado ni al cocontratante.*³⁸⁵

Además indica:

“Las 'dificultades materiales imprevistas' son de origen natural y constituyen fenómenos ocultos en el seno terrestre. (...) Las dificultades de origen humano (creadas por el hombre) no integran el expresado concepto de 'dificultades materiales imprevistas', pues siendo aquéllas [sic] 'manifiestas', u 'ostensibles', su existencia no permite considerarlas como 'imprevistas': el no haberlas tomado en cuenta o no haberlas considerado, trasunta un caso común de negligencia o culpa (...).”

Así, la necesidad de ejecutar trabajos adicionales puede sustentarse en la existencia de errores en el expediente técnico. En este caso, el error puede ser atribuible a la propia Entidad o a un tercero. Respecto de lo primero, la Entidad en atención a sus competencias y a la decisión de elaborar el expediente técnico, sería responsable del error u omisión. En el segundo, el consultor contratado podría asumir el vicio detectado a no ser que se demuestre y dependiendo de las condiciones contractuales, que el error habría sido causado al seguirse pautas contenidas en los estudios preliminares facilitados por la propia Entidad.

El tema de los errores en los expedientes técnicos debiera ser extraordinario, sin embargo, muchas veces la desactualización de los estudios y la impunidad de los responsables, han causado que este grave hecho tenga cierta regularidad en nuestro medio con el consiguiente perjuicio para el Estado.

e) Necesidad de autorización previa.

Ante la verificación de los supuestos habilitantes de los adicionales de obra pública la Administración puede o no ordenar su ejecución de acuerdo y como ya se indicara a los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, eficiencia y al cumplimiento de finalidades públicas.

f) Disponibilidad presupuestal.

Otro de los caracteres de los adicionales de obra es que su ejecución sólo puede ser autorizada en caso que la Entidad cuente con disponibilidad presupuestal, elemento este que debe contemplarse antes de tomarse la decisión de ordenar el adicional.

³⁸⁵ El contenido entre corchetes ha sido agregado.

g) Excepción a la ejecución de un procedimiento de selección de contratistas

Cumplidos los requisitos antes mencionados, la legislación nacional faculta a la Entidad contratante a ordenar la ejecución y el pago de adicionales de obra.

Independientemente de si es calificada expresamente como una excepción a la obligación de llevar a cabo un procedimiento de selección,³⁸⁶ o si simplemente se señala que es factible la contratación directa del adicional, la figura de los adicionales de obra, habilita a la Entidad Pública a no llevar a cabo un procedimiento concurrencial.

3.2.2. Función administrativa y de control en los adicionales de obra pública y la exclusión del arbitraje

Llegado el punto, es menester abocarnos en primer término, al hecho que en el Perú el régimen legal de solución de controversias en los contratos de obra pública, a mérito de la normativa especial de la materia, está dado por la conciliación y el arbitraje, régimen particular en comparación con los ordenamientos iberoamericanos en donde no existe sino excepcionalmente y con grandes limitaciones.

La práctica del arbitraje en los contratos públicos en nuestro medio no ha encontrado resistencia. Se prescinde del discernimiento o fijación de la sede arbitral o judicial, aplicándose sin más el régimen de arbitraje contenido en la normativa de contrataciones del Estado desde hace más de una década.³⁸⁷ Ahora bien y como en su oportunidad apuntó Cassina, pueden apreciarse espacios otorgados por la propia normativa para soluciones en sede judicial, siendo uno de ellos el relativo al desacuerdo que pueda suscitarse entre el contratista y la Contraloría General de la República, inclusive entre la Entidad y la misma Contraloría respecto de la desaprobación de adicionales que excedan el 15% del monto contractual y por lo cual asume competencia esta última para su aprobación de acuerdo no sólo a la propia normativa de contratos del Estado sino también a la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Ahora bien, ¿hasta qué punto es conveniente que la función de control que recae en la Administración Pública afecte a un particular? ¿esta medida encarece los costos de transacción y desincentiva la mayor participación de la empresa privada en las obras públicas? De no existir el control preventivo en los adicionales de obra pública que superen el 15% del contrato, ¿hasta qué punto se concederían adicio-

³⁸⁶ En la legislación argentina, el literal b) del artículo 9° de la Ley 13.064 de Obras Públicas, califica la figura de los trabajos adicionales como una excepción a la licitación pública.

³⁸⁷ LINARES JARA, Mario Ernesto. "Contratación Pública: Derecho local, internacional y de la Integración". Grijley, Lima 2008, págs. 61 y ss.

nales que no son tales afectándose los recursos del Estado? Esto último, ¿no revela un control posterior y un régimen punitivo ineficiente, debiendo centrarse en este punto las correcciones? ¿El sistema de habilitación residual del Poder Judicial para resolver las controversias suscitadas en el ejercicio del control preventivo afecta la dinámica de la ejecución contractual y al mismo interés público? ¿La extensión de la exclusión de la sede arbitral en la vigente normativa con relación al pronunciamiento de las Entidades aprobando o no los adicionales superiores al 15%, agrava el panorama descrito?

Las respuestas a las preguntas formuladas pueden alcanzar distintos grados y matices. En efecto, el control preventivo puede justificarse y es importante para evitar el indebido o ilícito manejo de los recursos del Estado por lo que se trataría, en todo caso, de una restricción al arbitraje fundada en consideraciones de interés público; más aún, podría sostenerse que no nos encontramos ante una restricción al régimen de arbitraje para la solución de controversias en materia de los contratos del Estado, toda vez que la decisión administrativa de aprobar o denegar la ejecución de adicionales por parte de la Contraloría no es tal en puridad, sino que se trata de una decisión de control o de un acto administrativo especial en ejercicio de la función de control de parte de un tercero ajeno a la relación contractual. Por otro lado, y sin atender a razones presupuestales o de especialización,³⁸⁸ el control preventivo que ha venido funcionando puede que no se ajuste a criterios de eficiencia. Tanto si se aplica el control preventivo de la Contraloría a la ejecución y pago de los adicionales de obra, como si se plantea su aplicación respecto de sólo el pago, el sistema puede ser tildado de ineficiente. En efecto, Arrarte y Paniagua³⁸⁹ han indicado que los dos sistemas aplicados han presentado problemas reñidos con este principio. Explican los autores que con relación a la aprobación previa para la ejecución y el pago de adicionales, si bien el contratista debe esperar la autorización de ejecución lo que le asegura el pago respectivo, la obra queda paralizada a la espera que termine el procedimiento de aprobación, pudiendo extenderse los plazos si el resultado no es favorable y si se procede a impugnar el mismo. En este caso, indican, el problema no sólo recae en el reconocimiento de gastos generales sino que todo ello puede tornar a la obra en inviable. Por el contrario, si la aprobación es

³⁸⁸ Ortega Piara ha señalado que: “(...) también es pertinente destacar que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la CGR contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, no solo en obras, lo cual significa convertir a la CGR en una suerte de supraorganismo público que sería sinónimo en los hechos, de ineficiencia, ya que el que pretende abarcar mucho, poco aprieta finalmente.” ORTEGA PIANA, Marco Antonio, “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública”, en: *Advocatus*, Nueva Época, N° 7, Lima 2002. Pág. 440.

³⁸⁹ ARRARTE A. Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos. “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna Ediciones, Lima 2007. Págs. 142 y ss.

sólo referida al pago, el problema se traslada al contratista, dado que deberá asumir el riesgo de que se determine la improcedencia del pago por los trabajos ejecutados.

Además de lo indicado, se aprecia que el problema no solo obedece a cuestiones tangibles sino que la ineficiencia se marca por el hecho que muchas obras públicas han “huido” del régimen de control preventivo mediante la aplicación de las reglas de organismos internacionales, sea que estos financien o no la infraestructura en construcción, ello a pesar de los criterios de la Contraloría General de la República y del OSCE.³⁹⁰

El tema debería encontrar un justo medio, uno que no sea sinónimo de freno a la dinámica del sistema de arbitraje para los contratos del Estado y que, al mismo tiempo, no permita que se festinen adicionales o se obligue a la Administración

³⁹⁰ Como regla general, las organizaciones internacionales (en adelante, OI) están exentas de la aplicación del derecho interno de los Estados de acuerdo con los privilegios que les hayan sido extendidos. No obstante, además de las inmunidades que hayan sido explícitamente concedidas, éstas gozan de privilegios derivados de la aplicación de los principios generales de derecho internacional. Uno de estos principios consiste en que las OI tienen el poder autónomo de establecer sus reglas de organización y de administración. El sustento a dicha regla es que un Estado no debe interferir en la esfera interna de una OI de tal forma que aquel no se encuentre en condiciones o posibilidades de poder frustrar el desarrollo de las funciones de aquella.

En el caso peruano, las OI no se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la LCE según se establece en su artículo 3°; tampoco se encuentran bajo el ámbito de control de la Contraloría General de la República, tal como está definido en la Ley No 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. El artículo 3° de la LCE limita su ámbito de aplicación a las entidades que enumera entre las que no se encuentran las OI. En consecuencia, es factible interpretar que las disposiciones relativas al requerimiento de prestaciones adicionales establecidas en su artículo 41° y las señaladas en su Reglamento, no les son aplicables a los OI que suelen contratar a particulares para la ejecución de obras públicas. Por otra parte, el artículo 3° de la Ley No 27785, al regular su ámbito de aplicación señala que “[l]as normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen”.

Asimismo, el literal g) del artículo 3° mencionado establece que el Sistema Nacional de Control es aplicable a “[l]as entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema.”

A partir de lo anterior, podría señalarse que los organismos internacionales estarían comprendidos dentro del ámbito de control de la Contraloría General de la República, sin embargo, debe apreciarse que en el artículo 4 de la propia ley se dispone lo siguiente: “Artículo 4.- Control de recursos y bienes del Estado fuera del ámbito del sistema. Las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, se encuentran obligadas a informar a la Contraloría General, sobre la inversión y sus resultados, derivados de la evaluación permanente que debe practicarse sobre tales recursos.”

A fin de resolver la contradicción entre el artículo 3° y el artículo 4°, puede ser útil diferenciar entre las “entidades internacionales” del literal g) del artículo 3° de las “entidades internacionales no sujetas a control” mencionadas en el artículo 4°. Esto se puede lograr interpretando los principios de derecho internacional señalados en la sección anterior relativos a cuándo se aplica el derecho interno de los Estados a la actividad de las organizaciones internacionales: el literal g) del artículo 3° se refiere a personas jurídicas de derecho privado constituidas según el derecho de algún Estado extranjero, mientras que el artículo 4° se refiere a entes soberanos de algún Estado o a OI creadas según el derecho internacional público.

a buscar soluciones de gestión al margen de la normativa regular. El debate está abierto, desde aquí se sugiere se contemple la pertinencia de un sistema paralelo de control posterior efectivo y uno de acompañamiento en la ejecución de obras sensibles por la magnitud de la inversión o por su trascendencia social, no descartándose la figura del “mediador”, funcionario designado específicamente para asegurar la buena marcha de la o las obras que se le encarguen. Igualmente, sería útil para el control posterior aleatorio de las obras restantes, la habilitación de denuncias cuya calificación y trámite sean céleres debiendo pasar todo ello, obviamente, por una reforma legislativa.

3.2.3. Adicionales de obra pública y los principios de prohibición del enriquecimiento sin causa e igualdad ante las cargas públicas

¿Debe la Administración pagar por adicionales de obra que no cuenten con las autorizaciones expresas que indica la ley o por prestaciones sin un contrato suscrito o siendo este nulo o habiéndose extinguido?

Surge de inmediato otro cuestionamiento ¿Está expedita la sede arbitral para solucionar controversias sobre el pago de los adicionales de obra sin autorización administrativa y/o sin el acto de autorización y/o de control de la Contraloría General de la República? Esbozamos algunas respuestas.

3.2.3.1. El enriquecimiento sin causa

Al margen de si se da por propia iniciativa, mediando una conciliación o un laudo, la Administración podría, en efecto, pagar por adicionales de obra o por cualquier prestación a pesar del incumplimiento de las formalidades, tanto de su parte como del particular. Esta obligación tendría como fundamento el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a expensas del empobrecimiento de otro sin causa justificada y el principio de derecho público de igualdad ante las cargas públicas.

Es mayoritariamente aceptado que la proscripción del enriquecimiento sin causa constituye un principio general de derecho, como tal, podría ser aplicable de forma directa en el ámbito de los contratos del Estado sin necesidad de analogías con el derecho civil, aunque ello haya sido también un medio para su aplicación.³⁹¹

³⁹¹ CRETILLA, JUNIOR, “Los principios fundamentales del Derecho Administrativo”, en: *Revista de Derecho Administrativo*, Año N° 2, N° 5, Buenos Aires, 1990.

Bandeira e Mello, quien cita a Bayle, indica que en el Derecho Administrativo encontramos que el principio tiene precedentes desde 1890 en el fallo Lemaire del Consejo de Estado francés:

“Que el derecho a la indemnización del cuasicontratante de la Administración podría fundarse en el principio general del derecho de que nadie puede enriquecerse a costa de otros, toda vez que se reúnan las condiciones particulares de su operatividad. Estas condiciones son en número de tres: es necesario que haya un asentimiento de la colectividad pública enriquecida, utilidad general del gasto realizado por la persona empobrecida y provecho extraído sin causa por la Administración”.³⁹²

Bandeira de Mello refiere cómo Bayle, al comentar el fallo, alude a que el asentimiento constituye una noción de hecho que puede manifestarse de forma explícita, tácita o presumida, citando textualmente lo siguiente:

“(…) el asentimiento simplemente presumido de la Administración sea suficiente para establecer la ligazón de hecho, necesaria para colocar como causa la responsabilidad cuasicontractual. Es lo que sucede cuando ella decide no oponerse a la oferta de colaboración de la contraparte, ya sea habiendo sido informada preliminarmente del cumplimiento de las prestaciones y lejos de prohibirlas se empeña en controlarla, ya sea por haberlas seguido, no habiéndose opuesto a su ejecución, o porque las operaciones fueron realizadas bajo su control y fiscalización al mismo tiempo. (...) El enriquecimiento sin causa tiene lugar aún en la hipótesis en la cual el contrato no es apenas nulo, sino inexistente”.

El autor bajo comentario, finalmente concluye:

“(…) no se puede admitir que la Administración se enriquezca a costa ajena y, según parece, el enriquecimiento sin causa – que es un principio general del derecho – que en tales casos se apoya en el derecho del particular de ser indemnizado por la actividad que provechosamente dispensó en pro de la Administración, aunque la relación jurídica se haya obstaculizado o aún contra la falta de cualquier formalidad, siempre que el poder público haya consentido con ella, incluso de forma explícita o tácita, comprendiéndose el mero hecho de haberla incorporado buenamente a su provecho, salvo si la relación surgiera de actos de incuestionable mala fe, reconocible en el comportamiento de las partes o simplemente del empobrecido”.

Pareciese que nuestra realidad no es exclusiva en cuanto a la colisión de las formalidades administrativas con las necesidades reales y urgentes, de una gestión pública eficiente. El precio del control de la cosa pública es a veces desproporcionado con el fin que se pretende alcanzar. Quien tenga algo de experiencia en la eje-

³⁹² BANDERA DE MELLO, Celso Antonio, “El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo”, en: *La Contratación Pública, Dirección: Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern, T. 2*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2006, p. 886.

cución de contratos del Estado no podrá rechazar la existencia de casos en los que la propia Administración requiere a ruego y al margen de consideraciones formales o mientras éstas se consolidan, la ejecución de prestaciones adicionales, contratos complementarios o simplemente prestaciones, sean o no de obra pública. Ante ello puede pensarse que es abiertamente contrario al principio de buena fe y a la moral, que la misma Administración pretenda desconocer lo que anteriormente (sean las mismas autoridades o no) solicitó o consintió. El principio general del derecho de proscripción del enriquecimiento sin causa podría ser de aplicación en los casos descritos, encontrando respaldo esta tesis inclusive, de parte de los organismos de supervisión o de control, como en el caso del OSCE y de la Contraloría General de Chile:

*“En el caso de prestaciones adicionales estas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella (...). El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas, no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios”.*³⁹³

*“Para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio.”*³⁹⁴

*“(...)la Entidad a favor de la cual un proveedor ejecuta determinadas prestaciones adicionales sin contar previamente con la autorización del Titular de la Entidad o del funcionario que cuenta con facultades para ello, tiene la obligación de reconocer al proveedor el precio de mercado de las prestaciones ejecutadas, el cual incluye la utilidad, ello en observancia del principio que proscribiera el enriquecimiento sin causa, recogido en el artículo 1954 del Código Civil; correspondiendo a cada Entidad decidir si reconocerá el precio de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a que el proveedor perjudicado interponga la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, siendo recomendable que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto.”*³⁹⁵

“No obstante el proceso licitatorio no se ajustó a los principios de estricta sujeción a las bases y se vulneró el principio de igualdad de los proponentes, en el caso que

³⁹³ Opinión N° 64-2002-GTN (Gerencia Técnica Normativa del Consucode).

³⁹⁴ Opinión N° 042-2010/DTN

³⁹⁵ Opinión N° 196-2012/DTN

*la empresa adjudicataria haya comenzado a prestar los servicios pactados en el contrato, la Entidad Licitante deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que ya se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación del referido proceso, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que participaron en la aludida licitación”.*³⁹⁶

*“En caso que la empresa adjudicataria haya prestado todo o parte de los servicios pactados en el convenio, antes de la total tramitación del acto aprobatorio del mismo, el Ministerio deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación de la referida contratación, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de la procedencia de hacer efectivas las responsabilidades que pudieren derivar de las irregularidades mencionadas”.*³⁹⁷

Ahora bien, ¿en qué se sustenta la posición contraria, esto es, que la figura del enriquecimiento sin causa no es aplicable en el régimen de los contratos del Estado?

Al respecto, es interesante el planteamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado colombiano en el caso Internacional de Administración y Aseo Ltda - INTERASED con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones - CAPRECOM, de fecha 30 de marzo de 2006, expediente 25.662,³⁹⁸ en el que ha indicado que no puede ampararse el principio de enriquecimiento sin causa en el supuesto que el empobrecimiento haya sido provocado por el mismo contratista, supuesto que se verifica si es que este, a sabiendas que existe un procedimiento y formalidades para contratar, realiza prestaciones al margen de ello. Esto se explica –sostiene el Consejo de Estado– debido a que el enriquecimiento sin causa tiene operatividad actualmente sólo ante las deficiencias del sistema normativo y que para el caso de los contratos del Estado, la ley ha previsto las condiciones y garantías mediante las cuales estos se celebran. Citamos textualmente:

“(…) la figura del ‘enriquecimiento sin causa’ es un elemento corrector de posibles situaciones injustas, cuya prevención y remedio han escapado de las previsiones jurídicas. De esta manera, el enriquecimiento sin causa nace y existe actualmente, como un elemento supletorio de las disposiciones normativas, que provee soluciones justas en los eventos de desequilibrios patrimoniales injustificados, no cubiertos por el Derecho.

(…) cuando el contratista de la administración acepte prestar un servicio, con pleno conocimiento de que está actuando sin la protección que el ordenamiento jurídico ofrece a los colaboradores de la administración, no puede aprovecharse posterior-

³⁹⁶ Dictamen N° 298, de 2008 de la CGR de Chile.

³⁹⁷ Dictamen N° 23616 de 2008 de la CGR de Chile.

³⁹⁸ http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=1

mente de su propia culpa, para pedir que le sea reintegrado lo que ha perdido como causa de la violación de la Ley”.

Si bien podría ser atendible la argumentación del Consejo de Estado colombiano, también debe contemplarse el hecho que y a pesar de la previsión legislativa puntual que pueda existir, ello no garantizaría necesariamente que no puedan verificarse situaciones anormales que generen un enriquecimiento del Estado y un empobrecimiento del contratista. En efecto, que exista culpa o no del contratista en la prosecución de un procedimiento, no necesariamente puede convalidar una situación injusta que, recordemos, puede haber sido causada por instrucciones de la propia Administración, situación en la cual entrarían a tallar los principios de buena fe y de confianza legítima en la Administración o bien la solución urgente de necesidades o finalidades públicas.

Podríamos encontrarnos en todo caso ante un enriqueciendo y empobrecimiento objetivo, inaplicable sólo por la conducta dolosa de las partes, no necesariamente por incumplir procedimientos administrativos. Esto no significa que se niegue la posibilidad de actuaciones de mala fe, de connivencia ilícita entre el particular contratista y entre funcionarios. Igualmente, y como ya se ha dicho aunque de forma indirecta, puede que acontezca que a pesar de la oposición de la Administración respecto de la ejecución de trabajos adicionales, el contratista persista en ello. Ante dichas situaciones, no sería de aplicación el principio de prohibición del enriquecimiento sin causa y el correspondiente resarcimiento para evitarlo, en el primer supuesto por razones obvias, en el segundo, en virtud a que va de suyo que el riesgo de una negación de las autorizaciones requeridas por el ordenamiento, sería asumido por el contratista. La casuística debe enriquecer a no dudar, el debate. Al margen de ello, debemos citar a Rebollo Puig, quien esquematiza la aplicación del principio de la prohibición del enriquecimiento sin causa a los supuestos de prestaciones siendo nulo el contrato; prestaciones sin que exista contrato, ya sea porque se cree que existe y no se ha perfeccionado o porque se cree que existe y se ha extinguido y; estando vigente un contrato. Nosotros nos quedamos con los supuestos que se verifican más en nuestra casuística, esto es en primer término, los relativos a las prestaciones sin contrato, no por la ignorancia de su existencia sino atendiendo a la concreción pronta de un acto administrativo que determine una contratación directa o por exoneración o una de menor cuantía o también, un contrato complementario. Es lo que Rebollo Puig denomina como la *“órbita alrededor del contrato, porque la prestación se ha realizado de alguna forma con la intención de cumplirlo, ante una apariencia, una expectativa, un título putativo, que siempre remite finalmente a un contrato”*³⁹⁹. En segundo lugar se encuentra el caso del enriquecimiento sin causa dentro del marco de un contrato pero por prestaciones del contratista superio-

³⁹⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 406.

res a las que estaba obligado. En este supuesto puede que exista el enriquecimiento a favor de la Administración pero a pesar de ello, no la obligación de satisfacer esa prestación mediante el pago, siendo que aquí el elemento dirimente es el carácter no de conveniencia o utilidad sino solo el de “imprescindibilidad” de las prestaciones. La sentencia del Tribunal Supremo español del 25 de febrero de 1991 citada por Rebollo Puig, es explícita:

“ En cuanto al pago de (...) pesetas en concepto de exceso de obra ejecutada, que según el dictamen pericial fue necesaria realiza por el contratista, sin que se opusiera la Administración, que las recibió sin pone reparos... y sin la cual no era ejecutable la contrata en alguno de sus tramos; lo que implica que el hormigonado, excavación y apoyo metálico tipo cigüeñal empleado en esas obras estaba implícitamente incluidos en el contrato, que obligan no solamente a lo expresamente pactado, artículo 1,258 CC, sino también a las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al usos y a la ley a cuyo efecto por este tribunal ... se ha sentado a doctrina de la exigibilidad al contratista del pago del exceso de obra necesario para completar el proyecto, acorde con la doctrina del enriquecimiento injusto que pudiera derivar de la ejecución de un obra para la Administración y del equilibrio económico que debe mantenerse en un contrato...”

Finalmente y respecto de lo aportado por el estudio profundo de Rebollo Puig, debe considerarse su opinión en el sentido que es obvio que la normativa de contratos de la Administración rechaza las prestaciones superiores a las inicialmente pactadas por cuestiones de orden presupuestal, pero que ello no supondrá un obstáculo para que prospere una acción fundada en el principio que se comenta ⁴⁰⁰.

Ahora bien y tal como se adelantó, la prohibición del enriquecimiento sin causa sustentada en la equidad, no constituiría el único soporte del derecho de resarcimiento al particular, debe también contemplarse el denominado principio de igualdad ante las cargas públicas, explicándose dicho principio de manera resumida en que la carga que se hace recaer sobre el contratista al no reconocérsele el pago de lo ejecutado en una obra pública, rompe el equilibrio de la distribución igualitaria de la misma entre todos los contribuyentes, al tener también el contratista tal calidad y tener que soportar además el costo de parte de la obra correspondiente a las prestaciones ejecutadas impagas.⁴⁰¹ Si bien en la Constitución del Perú, éste principio no

⁴⁰⁰ “A la vista de todo lo expuesto no cabe duda de que las prestaciones superiores a las realmente pactadas son rechazadas por la legislación de contratos administrativos en la que, en ningún caso, encontrarán derecho a una compensación. E importa destacar que ello está plenamente justificado en Derecho administrativo, pero que no supone un obstáculo a que despliegue sus efectos el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa a través de la actio de in rem verso que opera en otro plano y sobre la simple realidad de unos hechos a los que concede relevancia jurídica”. REBOLLO PUIG, Manuel, ob cit. , p. 436.

⁴⁰¹ GRANILLO OCAMPO, Raúl, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 146.

figura de manera literal, su existencia se deriva de una interpretación del principio de igualdad, cuestión que abordamos más adelante.

3.2.3.2. El enriquecimiento sin causa y sede arbitral

A pesar de lo indicado en el punto anterior, es factible interpretar que la controversia sustentada en un enriquecimiento sin causa no puede resolverse en sede arbitral, debido a que el Código Civil peruano ubica a la figura como fuente extracontractual de obligaciones. Por lo tanto, siendo que sólo las controversias contractuales se resuelven en la vía arbitral, ésta sería inaplicable.

Campos, rebate la conclusión anterior sosteniendo que es arbitrable el enriquecimiento sin causa en base a:

1. Que teniendo el enriquecimiento sin causa como base el principio de equidad, éste es de orden general, siendo inocua por lo tanto la ubicación meramente ordenatoria del Código Civil;
2. En aplicación de la tesis de interpretación extensiva de la cláusula arbitral y;
3. Debido a la aplicación de los principios *indubio pro arbitraje* y *kompetenz-kompetenz*, principio este último, –dice el autor–, que ha terminado de romper la equivocada identidad entre el contrato y el arbitraje, quedando el enfoque en la intención de las partes.⁴⁰²

Repasemos las disposiciones vigentes sobre el particular:

“Artículo 216.- Convenio Arbitral

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. La OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc. El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE.

⁴⁰² CAMPOS MEDINA, Alexander, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 3, Grijley, Lima, 2006.

En el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se aplicará lo dispuesto en el numeral 52.10 del artículo 52° de la Ley.

Si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje - OSCE, cuya cláusula tipo es:

“Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se referan a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.”

Cuando el convenio arbitral disponga que la organización y administración del arbitraje se encontrará a cargo del SNA-OSCE, se entenderá que las partes han aceptado sujetarse a las disposiciones de su Reglamento y a las decisiones de sus órganos.

Asimismo, en caso el convenio arbitral señale que la organización y administración del arbitraje estará a cargo de cualquiera de los órganos funcionales del OSCE, se entenderá que dicho encargo le corresponde al SNA-OSCE.”

Artículo 228.- Regulación del Arbitraje

En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente Reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre.

Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa.”

Los artículos citados, muestran que todas las diferencias derivadas de la ejecución del contrato deben resolverse mediante arbitraje, pudiendo interpretarse que se encuentran dentro de éstas, no solo como indica Campos, los casos de enriquecimiento sin causa por la ejecución impaga de adicionales de obra pública, sino también, las pretensiones indemnizatorias. Como se advirtiera al inicio de este capítulo, las discusiones en torno a las figuras tratadas quedan abiertas.

3.3. *Mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Antecedentes, regulación, aplicación.*

3.3.1. Teoría de la imprevisión.

Marienhoff indica al respecto:

“Esta teoría, también llamada por ‘riesgo imprevisible’, o de la ‘lesión sobreviniente’, es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles – posteriores a la celebración de un contrato administrativo-, pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera del contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante”⁴⁰³

Solo de forma preliminar diremos que ante situaciones anormales y exógenas que inciden en la equilibrio económico del contrato alcanzado mediante su adjudicación al particular y dado el interés público inmerso en su objeto, las partes tienden a su conservación, reconociéndose en mas o en menos los perjuicios sufridos de acuerdo a la normativa y/o doctrina que se asuma y aplique respectivamente.

3.3.2. “*Iustum pretium*” y principio del riesgo y ventura

En la edad media, los conflictos relativos a la inequidad en la relación contractual se solucionaban a través del “*iustum pretium*” (precio justo) de San Agustín. Aplicado ello al contrato de obra, si se superaba en más del 50% al valor pactado, el contratista podía solicitar que el contratante pagara el valor completo de la obra.⁴⁰⁴

En la edad media el *iustum pretium* (*precio justo*), desarrollado por San Agustín y aplicado largamente por el derecho canónico, prevalecía sobre el precio pactado constituyendo este un antecedente del principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, pudiendo concluirse que el “*pacta sunt servanda*” (lo pactado obliga) cedía ante el “*rebus sic stantibus*” (*mientras estén así las cosas*).

Rodriguez Rodriguez, también indica lo que aconteció en el siglo XIX en lugar del “*iustum pretium*”:

⁴⁰³ MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, t. III-A, p. 501.

⁴⁰⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, El equilibrio económico en los contratos – The economic balance in administrative contracts, *Derecho PUCP revista de la facultad de derecho*, N° 66, 2011, pág. 62 y sgts.

*“La consecuencia de esta concepción del contrato de la administración en el siglo XIX, especialmente en relación con el contrato de obra pública pactado a precio fijo o alzado, es la aplicación del principio del riesgo y ventura, conforme al cual el cocontratante de la administración tenía la carga de ejecutar el contrato en los términos económicos en que fue pactado, sin importar que la concreción de los riesgos –sin distinción alguna entre ellos– le hiciera mucho más onerosa la ejecución. En palabras de García de Enterría, “como el constructor ha de entregar la obra concluida a cambio de un precio alzado, asume el mayor (riesgo) o menor (ventura) onerosidad que pueda significar la obtención del resultado; lo único que importa es el resultado”.*⁴⁰⁵

Sobre el principio de riesgo y ventura aplicable a los contratos administrativos de obra pública, Escobar Gil indica:

*“La configuración del contrato de obra pública como un contrato a precio alzado con unas obligaciones de resultado, que dio origen a la teoría del riesgo y ventura, es la consecuencia jurídica de dos factores históricos y políticos plenamente determinados, como son la concepción liberal e individualista del contrato y la prevalencia del principio presupuestal de seguridad y certidumbre del gasto público.”*⁴⁰⁶

Escobar Gil aclara cuatro conceptos que hicieron prevalecer la concepción liberal e individualista del contrato cuales fueron a) La consagrada autonomía de la voluntad privada por la cual esta debía respetarse sin restricciones, b) El principio de *lex contractus* por el cual los convenios celebrados son ley para las partes, c) La equivalencia subjetiva o formal de las prestaciones recíprocas por lo cual lo relevante son los intereses que se tuvieron al momento de contratar y d) La seguridad jurídica que debía prevalecer sobre cualquier idea de justicia conmutativa.

Cabe agregar como motivo aparte, la seguridad y certidumbre presupuestal pues la administración pública no puede contraer obligaciones sin el debido presupuesto.

Ahora bien, Chase Plate,⁴⁰⁷ citando a Gordillo, advierte como consecuencia contraproducente del principio de riesgo y ventura:

“Si se obliga al contratista a soportarlo como riesgo empresario, lo único que se consigue en los hechos es que los oferentes calculen ese riesgo, bien o mal, e incrementen consecuentemente el valor de sus ofertas. En otras palabras, el único resultado práctico que ese criterio negador tiene es contribuir con otro factor más al encarecimien-

⁴⁰⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, Ob. cit, pág. 62 y sgts.

⁴⁰⁶ ESCOBAR GIL, Rodrigo, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis, Bogotá, 2003, p. 409.

⁴⁰⁷ CHASE PLATE, Luis Enrique, Los Contratos Públicos, Editora Litocolor SRL, 1997, pág. 150.

to de las cotizaciones que recibe el Estado en sus licitaciones públicas, en relación a iguales cotizaciones en el ámbito privado.”

Se aprecia pues la necesidad de un mecanismo o principio que pueda ser invocado en los casos que, en líneas generales, por acción externa e imponderable el contrato se hace oneroso en su cumplimiento de acuerdo a los términos pactados.

3.3.3. El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato. Fundamento y presupuestos constitutivos.

Es menester empezar el punto indicándose que el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato o del equivalente económico, no ha recibido mayor tratamiento doctrinario en el país y que su recepción legislativa y uso ha estado reservado para los contratos de concesión. Sin embargo ha de analizarse su aplicación en los contratos del Estado, incluido el de obra pública al amparo de principios constitucionales,⁴⁰⁸ siendo necesario referirse a la esencia misma del principio luego de lo cual se procederá a analizar el cumplimiento para el caso de los requisitos que aparecen como constitutivos.

La doctrina refiere que el principio nace mediante la labor jurisprudencial del Consejo de Estado francés, a través primero del *Arret Compagnie générale française des tramways*. Sobre un contrato de concesión y en donde aconteció que los usuarios se quejaron de la falta de vagones para el transporte a lo que la Administración exigió a la compañía concesionaria que aumentara el número de vagones y de este modo poder satisfacer las necesidades de la población; el comisario León Blum consintió y afirmó que corresponde otorgarle al contratista mayores beneficios por las pérdidas que tendría:

“(...) es de la esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que son acordadas al concesionario y las cargas que se le imponen (...) En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la equivalencia honesta entre lo que es acordado en beneficio del concesionario y lo que se exige de él. Es lo que se llama la equivalencia financiera y comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión”⁴⁰⁹

En dicha decisión tras sentar la idea que la Administración podía eventualmente imponer al concesionario un cambio en las condiciones contractuales ba-

⁴⁰⁸ A pesar de que la normativa de contrataciones del Estado no se refiere al contrato de obra pública como tal, existiendo la referencia solamente hacia el contrato de obra, fluye de la regulación misma de este contrato un tratamiento diferente al regulado por el ordenamiento civil.

⁴⁰⁹ HARIOU, La jurisprudence administrative de 1892 a 1929, T. III, p. 470 y siguientes. Citado por GRANILLO OCAMPO, Raúl, Distribución de los riesgos en la Contratación Administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 144.

sándose en el interés público comprometido, el Comisario de gobierno León Blum afirma que, en contrapartida [del poder del Estado], le asiste al contratista como un principio de equivalencia honesta, el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato.⁴¹⁰ Posteriormente en 1916, se consolida la doctrina mediante el *Arret Compagnie du Gaz de Bordeaux* referida a una controversia administrativa surgida entre el concesionario del alumbrado público y la municipalidad de Burdeos ante el alza desmedida del costo del carbón por efectos de bloqueos navales en el marco de la primera guerra mundial y por lo cual se ordena al municipio a mantener vigente el contrato compensando económicamente al concesionario por el aumento del precio del carbón.⁴¹¹

En la actualidad la doctrina generalmente indica (posición que no compartimos), que el principio se aplica a los casos del ejercicio del *ius variandi*, potestad o prerrogativa de modificar el contrato por razones de interés público, así como en la ocurrencia de hechos fortuitos o de fuerza mayor, existiendo diferencias en cuanto al riesgo que asume el Estado, esto es la colaboración parcial o el restablecimiento total del equilibrio.

Benavides,⁴¹² comentado jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano y coincidiendo con Granillo Ocampo, indica que ante situaciones imprevistas corresponde una indemnización integral, lo cual incluye incluso el lucro cesante:

“La Administración debe soportar el 100% de los efectos del hecho imprevisible, no sólo como consecuencia de la aplicación al caso de principios cardinales de la contratación administrativa, sino también como una garantía de objetividad e igualdad ante la ley(seguridad jurídica).”

La Sala Consideró, apartándose del criterio ya tradicional en algún sector de la doctrina extranjera e identificándose con el criterio del legislador colombiano en relación al primer párrafo del artículo 5° la ley 80 de 1993,⁴¹³ que el equilibrio eco-

⁴¹⁰ HORGUÉ BAENA, Concepción. La modificación del contrato administrativo de Obra. Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 151.

⁴¹¹ DROMI, Roberto. La imprevisión en los contratos de la Administración, en Contratos Administrativos Régimen de pago y actualizaciones. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Tomo I, p. 121

⁴¹² BENAVIDES, Jose Luis. El Contrato Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 396, 423.

⁴¹³ Ley N° 80 de 1993 Estatuto General de Contratación de la Administración Pública
Artículo 5°.- De los Derecho y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3° de esta ley, los contratistas:

1°. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de una situación imprevista que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

(...)

nómico del contrato comporta para el contratista una reparación integral, completa, plena y razonable de todos aquellos mayores costos en los que debió incurrir para lograr la ejecución del contrato.

En el anterior orden de ideas se considera que frente a una situación de desequilibrio financiero del contrato le corresponde a la Administración asumir en su totalidad el compromiso de colocar a su colaborador contratista en un punto de no pérdida y aun más, en una situación económica tal que sus expectativas vigentes a la celebración del contrato no se vean menguadas por causas ajenas a su propia voluntad. Por tanto, cuando los factores que generan ese desequilibrio económico, son extraños, ajenos al propio contratista, la única forma de mantener la ecuación financiera consiste en que la Administración asuma los costos necesarios para que su cocontratante no solo obtenga el monto de las inversiones realizadas dentro del curso ordinario y aun extraordinario de la ejecución del contrato, sino que además deberá reconocerle y pagarle sus utilidades, desde luego razonables y ceñidas a las condiciones iniciales de contratación.

Respecto a los fundamentos del principio o de la teoría, en primer lugar se encuentra la presencia del interés público conjugada con la buena fe en el contrato de la Administración, lo cual obliga a esta, a tender no por la resolución del mismo ante un *casus*, sino y como ya se ha visto, a su conservación. También encuentra justificación en los conceptos jurídicos de equidad y de proscripción del enriquecimiento sin causa. Respecto de esto último, Gonzales Varas Ibañez refiere que:

“soluciona el problema de garantizar debidamente al contratista cuando dicho problema no se resuelve aplicando el mecanismo de la revisión de precios. Esto ocurre por ejemplo cuando dicha revisión no está pactada en el contrato y por tanto no puede invocarse, (ya que dicha revisión no procede ex lege) pero es de justicia compensar de alguna forma al contratista evitando al mismo tiempo una indeseada aplicación del principio riesgo y ventura”.⁴¹⁴

Asimismo, se cita como soporte del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, el principio de igualdad ante las cargas públicas y la obligación de indemnizar los menoscabos al patrimonio o propiedad. Respecto de la igualdad ante las cargas públicas, Ariño Ortiz,⁴¹⁵ Monedero Gil,⁴¹⁶ Dromi,⁴¹⁷ Grani-

⁴¹⁴ GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, Gonzalo, *El Contrato Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 285.

⁴¹⁵ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, p. 303.

⁴¹⁶ MONEDERO GIL, José Ignacio. *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. 1977, p. 408.

⁴¹⁷ DROMI, Roberto. *La imprevisión... Ob. cit.* p. 122.

llo Ocampo,⁴¹⁸ así como Escobar Gil,⁴¹⁹ indican que el mismo es una derivación del principio de igualdad ante la ley y que se explica como la distribución equitativa a través de sistema tributario, del costo de la satisfacción de un bien o de un servicio público por lo que si ante un hecho imprevisible, se encarece el bien o el servicio sin que la contraprestación o tarifa se modifique asumiendo el particular el riesgo, se beneficia entonces de manera indebida a la comunidad más allá de lo inicialmente previsto, no existiendo ya una igualdad ante una carga que siendo de interés público debe distribuirse equitativamente ente todos los contribuyentes, incluido el contratista.

El derecho a la propiedad por su lado y siguiendo a Cassagne,⁴²⁰ debe respetarse ante un hecho fortuito en tanto que de no restablecerse el mismo se estaría generando un menoscabo patrimonial impuesto en beneficio del interés público.

En cuanto a los elementos constitutivos, mayormente la doctrina identifica a los siguientes: i) que el acontecimiento perturbador del equilibrio sea importante, ii) que sea sobreviniente, anormal e imprevisible, iii) que se trate de un contrato en ejecución y iv) posibilidad de cumplimiento del contrato.⁴²¹

Sobre el hecho que la ruptura del equilibrio deba ser importante, debe decirse que no es suficiente que el contratista haya sufrido un quebranto en los beneficios esperados; es preciso que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente oneroso o, incluso, ruinoso, que la lesión resulte desproporcionada con lo que el contratista pudo prever. Uslenghi, indica que para aplicarse la teoría no debe ser posible que la excesiva onerosidad sea paleada con el reconocimiento de las variaciones de costos pactadas⁴²².

En lo que atañe a la imprevisibilidad, resulta necesario precisar que el riesgo debe ser desbordante, es decir que escape del denominado riesgo empresario o riesgo de la empresa que en palabras de Benavides, “*Son los inherentes a la actividad previstos al momento de contratar tales como la inflación normal, las dificultades comunes del terreno o las condiciones técnicas o bien los riesgos del caso fortuito, concebidos bajo la noción civilista, como inherentes a la empresa, así los acciden-*

⁴¹⁸ GRANILLO OCAMPO, Raúl. La distribución del riesgo en la contratación administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 144.

⁴¹⁹ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Legis, Bogotá, 2003, p. 557.

⁴²⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 76.

⁴²¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. El Derecho Público y los Contratos de la Administración, en: Estudios de Derecho Administrativo II, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. 127.

⁴²² USLENGHI, Alejandro Juan. Aleas Administrativa y Económica en la Contratación Administrativa, en: Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 1999, p. 303.

*tes de trabajo o los defectos de los equipos que le pertenecen”.*⁴²³ Guardando estos requisitos es invocable el principio cuando el contrato se prolonga más allá de lo previsible. Palacio Hincapie indica al respecto: *“En cuanto a la primera condición se tiene que en cualquier precio establecido rige la ejecución del contrato durante una época o periodo determinado, por lo cual variará dicho precio si la obligación se cumple en un periodo posterior o antes de lo previsto. No solamente se debe conocer cuánto durara la ejecución de las obligaciones, sino cuando deberá darse comienzo a la ejecución. Si el tiempo previsto para su vigencia no se cumple, se produce una alteración del precio que obliga a su revisión para hacer su modificación a las circunstancias de ejecución de la obligación y reajustarlo con los nuevos costos que se presentan, independientemente de la existencia de las formulas de reajuste pues ellas son diseñadas solo para vigencia del contrato para mantener el valor del dinero, pero no lo defiende de la devaluación o de la inflación, no cubre los mayores costos, la mayor permanencia en obra, la menor utilización de equipos, los nuevos costos de mano de obra en el tiempo excedido, la administración, etc.”*⁴²⁴

No cabe duda entonces que si el factor tiempo se distorsiona, la ecuación financiera, por regla general, se desequilibra, afectándose la igualdad de las prestaciones imponiéndose su restablecimiento mediante el reconocimiento y pago de los nuevos costos o revisando los valores que se tuvieron en cuenta para el señalamiento de los precios ofrecidos, todo ello condicionado como ya se dijo, a la superación del riesgo ordinario empresarial.

El tiempo es también percibido por parte de la doctrina y legislación comparada como un requisito constitutivo del principio al indicarse que el riesgo de distorsión del equilibrio económico financiero es factible pero en los contratos de largo plazo como en los de concesión. A tenor de los principios de igualdad ante las cargas públicas y a la intangibilidad de la propiedad nos alejamos de tal posición coincidiendo con Rodríguez Rodríguez,⁴²⁵ quien señala que el equilibrio es una figura que se aplica a toda clase de contratos administrativos de tracto sucesivo y no solamente a los contratos de concesión y de obra pública.

Con relación al presupuesto de que el contrato se encuentra en ejecución, el mismo se exige en la medida que en un contrato resuelto ya no es posible opción alguna, salvo que esta resolución sea cuestionada en la vía correspondiente y quien demande su nulidad sea favorecido, para el caso nacional, con un laudo firme. Ade-

⁴²³ BENAVIDES, Ob. Cit. p. 404.

⁴²⁴ PALACIO HINCAPIE, Juan Ángel, “La Contratación de las Entidades Estatales”, p. 316-317.

⁴²⁵ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, El equilibrio económico en los contratos – The economic balance in administrative contracts, *Derecho PUCP revista de la facultad de derecho*, N° 66, 2011, pág. 66.

más, el contrato debe ser posible de ejecutarse, de lo contrario, nos encontramos ante un hecho de fuerza mayor en la teoría del incumplimiento.

3.3.4. Hechos que motivan la utilización del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato

a) Alea administrativa, factum principis o hechos de Estado

Los hechos del príncipe se constituyen por las decisiones sobrevinientes emitidas por el Estado en general y que inciden respecto de forma importante en la ecuación económica financiera del contrato, tal es el caso de cambios en el régimen laboral o tributario.⁴²⁶

Estando a lo anterior tomamos como factum principis un aumento en el monto de tributos, aumento de aranceles e incrementos de la remuneración mínima de los trabajadores, sobre todo cuando este factor se encuentra dentro de la estructura de costos del contrato.

Sobre esto último el OSCE mediante Opinión 104-2012/DTN ha indicado:

“Ahora bien, si el incremento de la remuneración mínima vital se produce durante la ejecución de un contrato cuya estructura de costos se encuentra determinada por los costos laborales, como en el caso de la prestación de servicios que implican intermediación laboral, y ello determina el incremento del costo de las prestaciones asumidas por el contratista, esto le ocasionará un costo adicional que no se encontraba previsto en su propuesta económica.

En este supuesto, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo a lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de restablecer la justicia contractual original, manteniendo el equilibrio económico financiero del contrato⁴²⁷, como de manera unánime reconoce la doctrina: “(...) el acto lesivo emanado de cualquier órgano o repartición estatal, sea o no de la autoridad pública que celebró el contrato, habilita al contratista para requerir una reparación integral, invocando para ello la teoría del hecho soberano (hecho del príncipe). Para configurar el hecho del príncipe la decisión debe provenir de cualquier autoridad pública y afectar el desarrollo del contrato.”⁴²⁸

⁴²⁶ DROMI, Roberto. Licitación Pública. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2° ed. Pág. 647.

⁴²⁷ Bandeira de Mello, brinda la siguiente definición: “*Entiéndase por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá*”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904.

⁴²⁸ DROMI, Roberto. Licitación Pública, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, 2ª ed., Pág. 647.

b) Hechos de la Administración

La doctrina reconoce como hechos de la Administración aquellos que tienen su causa en decisiones de la entidad pública contratante, comúnmente en el ejercicio de las denominadas potestades contractuales del Estado, entre ellas el *ius variandi*. Ahora bien, en el derecho nacional el *ius variandi* se encuentra regulado en la Ley de contrataciones del Estado mediante las prestaciones adicionales y reducciones, estableciéndose que en caso estas operen por decisión de la Administración los costos en caso de adicionales serán los mismos establecidos en el contrato según el artículo 41^{o429} de la Ley de Contrataciones y artículo 174^{o430} del Reglamento. Por lo que en condiciones ordinarias no corresponderá un aumento en el reconocimiento de costos sino solo en caso de que la prerrogativa pública se ejercite en paralelo con un incremento importante en los componentes de la estructura de costos, desbalance que deberá afectar la ecuación económica del contrato más allá del riesgo ordinario.

c) Hechos imprevisibles de carácter económico

Conformados por todos aquellos fenómenos económicos imprevisibles que afecten al contrato alterando la originaria equivalencia entre las prestaciones. Utilizando parcialmente el esquema que elabora Dromi para las “manifestaciones de la imprevisión”⁴³¹, dividimos esta alea en monetaria y de mercado.

- **Inflación.**- Actualmente es de difícil verificación un fenómeno de tipo inflacionario anormal. De ahí, que si se diese éste, el carácter de imprevisible sería

⁴²⁹ Ley de Contrataciones del estado D.L. N° 1017 modificado por Ley N° 29873.

Artículo 41°.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones.-

41.1. *Excepcionalmente y previa sustentación por el area usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.*

41.2. *Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.*

(...).

⁴³⁰ Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 174.- Adicionales y Reducciones

El costo de los adicionales se determinará sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determinara por acuerdo de las partes.

(...).

⁴³¹ *Ibidem*, p. 73.

incuestionable así como sus efectos de alteración del equilibrio del contrato en perjuicio del contratista.

- **Deflación.**- Consistente en la reducción brusca de la inflación, requiere de la existencia previa de esta última alteración económica.

El Estado se ve perjudicado con la deflación en contraposición al beneficio inesperado que experimenta el contratista, alterándose con ello el equilibrio previsto en el contrato. En efecto, la Administración, en las circunstancias expuestas, aceptó una oferta económica tendiente a la conservación del valor adquisitivo de la moneda previendo dentro de su estructura económica un sobreprecio sobre la base de los índices de inflación conocidos. La alteración del contrato por causa imprevisible es evidente.

- **Recesión.** Los efectos de la recesión de modo general están dados por la depresión de las actividades industriales y comerciales, significando el decrecimiento de producción, ventas, beneficios, trabajo, salarios, consumo, situación toda que evidentemente puede afectar una obra pública o concesión cualquiera. Si bien es cierto el nivel de los salarios disminuye por la excesiva oferta laboral, las demás variables afectan la economía del contratista, deviniendo el contrato en oneroso para éste, alterándose las condiciones y el equilibrio previsto a su suscripción.

3.3.5. Teoría del equivalente político

Expone Dromi, que el equilibrio contractual no solo se encuentra establecido en el aspecto económico, de forma precisa en la intangibilidad y estabilidad del precio; sino que también el equilibrio tiene un aspecto político referido a la intangibilidad y actualidad del interés público⁴³².

Existe pues no solo una posición por lo general a favor del particular cocontratante como es el caso del mantenimiento de la ecuación económica financiera del contrato, sino también una posición preponderantemente a favor del Estado por la cual se debe mantener el equilibrio político o del interés público del contrato estatal.

Dromi, precisa que para celebrarse el contrato existió un interés o necesidad colectiva y que el mismo debe mantenerse inalterable durante la vigencia del contrato, siendo posible la variación del interés público por la dinámica actual del mercado o la economía en general y por los adelantos tecnológicos; cambios que en

⁴³² DROMI, Renegociación y reconversión de los contratos públicos, cit., p. 51.

virtud de la globalización influyen de modo inmediato en todos los países, pudiendo deslegitimar un contrato estatal por la pérdida de su elemento político.

Cabe advertir que Dromi no enuncia la teoría del equivalente político para todos los contratos estatales sino sólo para los que él ha convenido en llamar contratos de transformación o de tercera generación y que son los de concesión de obras o de servicios públicos.

Los efectos de la teoría del equivalente político están dados fundamentalmente en la renegociación o reconversión de los contratos estatales, según la valoración del interés público. Excepcionalmente podría haber la resolución, pero una vez agotadas las etapas de renegociación o reconversión. En la renegociación se cambian las modalidades, el precio, el plazo, subsistiendo el mismo objeto del contrato; en cambio, en la reconversión existe una sustitución del objeto del contrato.⁴³³

Debe decirse que si bien es cierto el equivalente político aparece como factible, desde la óptica de la predictibilidad y del principio de legalidad, la facultad de renegociación o reconversión del contrato deberá estar incluida en el contrato o en la normativa correspondiente, al menos para su aplicación en contratos distintos a los de concesión.

3.3.6. Aplicación del principio en el derecho nacional. Comparación con legislación colombiana, argentina y española

El artículo 27° de la ley 80 de 1993, Estatuto de Contratación Pública de Colombia establece:

“Artículo 27°.- De la Ecuación Contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento. (...)”

En Argentina Granillo Ocampo indica que independientemente de que exista una ley que admita la existencia del principio de igualdad ante las cargas públicas, base del principio de equilibrio económico financiero en Argentina, la propia constitución ha aceptado el principio en su artículo 16, el cual leído sistemáticamente con el artículo 17° consolidan dicho principio.⁴³⁴

⁴³³ *Ibidem*, p. 120.

⁴³⁴ Constitución Nacional de Argentina

“Art. 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.”

En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periodica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que le reduzca o que aumente la contraprestación, a fin que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

En España, el Texto Refundido de La Ley de Contratos del Sector Público aprobado por real decreto legislativo 3/2011 del 14 de noviembre,⁴³⁵ dispone respecto del contrato de concesión de obras que este deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, estando a los supuestos de la modificación de la Administración por razones de interés público, por fuerza mayor o por actuaciones de la Administración o por los supuestos de revisión establecidos en el propio contrato.

En el Perú, existe una aproximación al principio a través del artículo 4° literal l) de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Principio de Equidad: Las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”.

La redacción es defectuosa, por sí mismo el texto es incompleto, además de anodino o soso. Sin embargo puede interpretarse a la luz de los artículos de la Constitución y a la doctrina antes citada y entendiendo que la relación de equivalencia y proporcionalidad se configura con el acto de adjudicación del contrato y que siendo este el contexto regular u ordinario del mismo; la referencia a la relación de equivalencia solo tendría sentido en el supuesto de su mantenimiento, cuando esta se distorsione. Sin embargo, el artículo puede estar referido también simplemente a que la equidad formada por la equivalencia y proporcionalidad entre prestaciones y derechos no se remece por el ejercicio de las prerrogativas públicas que posee la Administración contratante.

“Art. 17.- La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.”

⁴³⁵ Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público extraído desde <http://www.boe.es/boe/dias/2011/11/16/pdfs/BOE-A-2011-17887.pdf>

Lamentablemente no hay claridad en el texto citado y no se encuentra en la exposición de motivos que acompañó el proyecto respectivo referencia alguna que ayude.

Ahora bien, no es minoritaria la tesis de que el principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato es aplicable en ausencia de disposición legal expresa. En dicho sentido han opinado autores clásicos como Villegas Basavilbaso, Bielsa y Marienhoff,⁴³⁶ quien cita a los dos primeros y, relativamente reciente, Dromi,⁴³⁷ Sarmiento,⁴³⁸ Uslenghi,⁴³⁹ y Emili⁴⁴⁰. Todos los autores citados expresan entre otros como fundamento de la aplicación del principio del equivalente económico, los antes explicados principios constitucionales de igualdad ante las cargas públicas y de intangibilidad de la propiedad. Ahora bien, desde 2001 hemos venido sosteniendo la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato mediante la Constitución Política,⁴⁴¹ interpretando que ello es posible al ser derivado del principio de igualdad y por efecto del derecho de propiedad.

En efecto, Bidart Campos, al examinar el principio de igualdad, determina que la norma constitucional que la recoge implica la prohibición de tratar a los hombres de modo desigual, mas este sentido de igualdad es insuficiente por lo que debe hablarse de forma integral a través de la igualdad jurídica, la cual incluye a la igualdad ante el Estado, ante la ley, ante la Administración, ante la jurisdicción y ante entes particulares en la medida de lo posible y de lo justo, siendo por ello entonces que la igualdad ante la ley permite hablar de igualdad ante la Administración.⁴⁴²

Hermann Petzold, concluye de forma similar sosteniendo que el principio de igualdad está contenido en las normas fundamentales siendo universal pero mediante reglas jurídicas como la garantía de igualdad ante la ley y entre otros, el principio de la igualdad ante las cargas públicas.⁴⁴³

⁴³⁶ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tercera Edición, Tomo III A, p. 514

⁴³⁷ DROMI, Roberto. La imprevisión... Ob. Cit. p. 122.

⁴³⁸ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. El Derecho Público y los Contratos de la Administración, en: *Estudios de Derecho Administrativo II*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, p. 126.

⁴³⁹ USLENGUI, Alejandro Juan. Ob. Cit. p. 306.

⁴⁴⁰ EMILI, Eduardo O. El Equilibrio Contractual, en: *Contratos Administrativos*, Ismael Ferrando Director, Lexix Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

⁴⁴¹ LINARES JARA, Mario, El Contrato Estatal, 2001, Editorial Grijley, Pág. 194. La igualdad ante la ley se manifiesta en tres aspectos, equiparidad civil y política, ante las cargas públicas, equiparidad social. Véase: GARCÍA TOMA, Víctor, Análisis Sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Universidad de Lima, Lima, 1998, T I, p. 77.

⁴⁴² BIDART CAMPOS, Germán, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Francesa, Buenos Aires, 1986, T. I, p. 260.

⁴⁴³ PETZOLD PERNIA, Hermann, La noción de igualdad en el derecho de algunos Estados de América, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1974, p. 17.

García Toma, de otro lado afirma en relación al principio de igualdad ante la ley, que este se encuentra dirigida contra la discriminación, la cual implica un trato desigual a personas sujetas a condiciones iguales, ello mediante el otorgamiento de favores o por privilegiar la imposición de cargas, estando entre ellas la equiparidad ante las cargas pública.⁴⁴⁴

Como es de verse, el principio de igualdad ante las cargas públicas y del derecho a la propiedad sostienen la aplicación del principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato en sede arbitral, específicamente el primero como derivación del principio de igualdad ante la ley reconocido por la Constitución en el artículo 2º, numeral 2⁴⁴⁵ y mediando el artículo 3º⁴⁴⁶ de esta por el cual se reconoce que la enumeración de los derechos establecidos en ese capítulo no excluyen los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre y también, mediante el artículo 70º de la Constitución⁴⁴⁷, que señala que el derecho de propiedad es inviolable.

Se concluye, pues, que el principio de igualdad ante las cargas públicas ostenta rango constitucional. Si bien la aplicación de la teoría de la imprevisión sustentada en este principio puede revestir dificultades al no encontrarse delimitado el concepto “carga pública”, puede de hecho dilucidarse ello en todos los contratos del Estado pues estos se sustentan a través de tributos aportados por los contribuyentes. Así se entendió en el laudo COSAPI - TRANSLEI con PROVÍAS NACIONAL, Exp. N° 058.2005/CONSUCODE. En el caso, que gira en torno al alza del petróleo ocasionado por el conflicto bélico en Irak, el tribunal no considera que se esté analizando una “reparación integral por hechos imprevisibles externos al contrato”, como argumentó PROVÍAS NACIONAL (parte pública); sino propiamente

⁴⁴⁴ GARCÍA TOMA, Víctor, Análisis Sistemático de la Constitución peruana de 1993, Universidad de Lima, Lima, 1998, T. I, p. 77.

⁴⁴⁵ Constitución política del Perú.

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

⁴⁴⁶ Constitución Política del Perú.

Artículo 3º. La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

⁴⁴⁷ Constitución Política del Perú.

“Artículo 70º. El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.”

la compensación equitativa de un desequilibrio en el contrato ocasionado por un fenómeno de conocimiento público.

El laudo, expresa que la solución de la controversia no ha sido prevista en nuestra legislación positiva sobre contratos administrativos, pero si en la legislación civil en sus artículos 1440° y siguientes y el 1776°,⁴⁴⁸ con las restricciones propias de la naturaleza del contrato privado. El Tribunal Arbitral, en aplicación del artículo 139°, inciso 8,⁴⁴⁹ de la Constitución Política, expresó:

*“(…) es deber entonces de este tribunal Arbitral, en aplicación de[l] Artículo 139° inciso 8 de la Constitución Política del Perú de 1993,⁴⁵⁰ llenar el vacío legal que existe en cuanto a la compensación por desequilibrio económico-financiero en la legislación sobre contratos administrativos, cuidando de salvaguardar el interés público que subyace a éstos, recurriendo para ello a los principios generales del Derecho, a la doctrina y a las demás fuentes del Derecho peruano. Así, siguiendo a Roberto Dromi, afirmamos que la presencia del interés pública, representado por la Administración, faculta en el Derecho Público –más que en el Derecho Privado– a utilizar los principios generales aplicables a la teoría de la imprevisión”.*⁴⁵¹

Si bien el laudo no aborda de manera integral el principio de igualdad ante las cargas públicas reconociendo a favor del contratista su utilidad, constituye un precedente importante que debiera a estas alturas tener soporte positivo en la normativa especial tal cual se da en otras legislaciones.

⁴⁴⁸ Código Civil Peruano de 1984

Artículo 1440. En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que le reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Artículo 1776. El obligado a hacer una obra por ajuste alzado tiene derecho a compensación por las variaciones convenidas por escrito con el comitente, siempre que signifiquen mayor trabajo o aumento en el costo de la obra. El comitente, a su vez, tiene derecho al ajuste compensatorio en caso de que dichas variaciones signifiquen menor trabajo o disminución en el costo de la obra.

⁴⁴⁹ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(…)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

⁴⁵⁰ Constitución Política del Perú

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(…)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

⁴⁵¹ DROMI, Roberto. Renegociación y reconversión en los contratos públicos. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996. Pág. 71.

3.4. Liquidación del contrato de obra pública. Naturaleza y procedimiento

Carlos López, define a la liquidación del contrato de obra como un “*proceso de cálculo que tiene por objeto determinar los saldos a favor o en contra del contratista producto del valor de la obra ejecutada, de la aplicación de disposiciones contractuales (penalidades, intereses, gastos generales, etc.) y de los pagos efectuados por la Entidad, considerando retenciones y amortizaciones.*” “*(...) implica una revisión total de lo ejecutado, lo valorizado y lo pagado a fin de determinar si existen saldos pendientes a favor del contratista o de la Entidad.*”⁴⁵²

Tanto la Ley de Contratos del Estado como su Reglamento, tratan solo el procedimiento de la liquidación, no existiendo definición que aluda a su naturaleza jurídica.

A diferencia de nuestro sistema de valorizaciones, pagos y liquidación a cargo del contratista, los ordenamientos argentino y español, se basan en el sistema de certificados de valorizaciones, instrumentos de reconocimiento de deuda que si bien son susceptibles de ser cedidos para su cobro y como tal son fuente de financiamiento y que además por regla general son inembargables, tienen como característica su provisionalidad⁴⁵³. En efecto, luego de la recepción de la obra debe emitirse un certificado de obra final por parte de la Administración para lo cual utilizará la información entregada por el contratista, pudiendo alejarse o coincidir con esta⁴⁵⁴. Ahora bien, en el sistema de certificaciones igual tiene que practicarse una liquidación y siendo que esta se centra en operaciones de tipo técnico y contable de complejidad variable en función de cada contrato⁴⁵⁵ y que la normativa nacional regula el procedimiento de la liquidación, preferimos centrarnos en un análisis de esta, de la Ley del procedimiento Administrativo General y de los principios generales de Derecho Administrativo.

Dicho lo anterior debemos mencionar en primer orden que la liquidación en cuanto a su formulación y en principio, se constituye como una carga legal para el contratista. Sólo por omisión del contratista, ésta será formulada por la Entidad, en ese caso los gastos de la misma pueden ser imputados al contratista en la misma liquidación.

⁴⁵² LÓPEZ, Carlos Manual de Contratación Pública de Ejecución de Obras. Proyecto Transparencia en las adquisiciones estatales, CONSUCODE, 2005, pág. 198.

⁴⁵³ BARIOS, Juan y FUGARDO, José María. Derecho de crédito derivado de contratos administrativos. Las certificaciones de obra. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas. Madrid. 1996. pág. 51.

⁴⁵⁴ BARRA, Rodolfo. Contrato de Obra Pública. T. 3. Editorial A'bacó de Rodolfo Palma. Buenos Aires. 1988. pág. 951.

⁴⁵⁵ BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2007. pág.142.

En el procedimiento de liquidación se establece asimismo la técnica del silencio administrativo positivo para el caso que la liquidación presentada por el contratista o por la Entidad en defecto del contratista, no sea observada en el plazo de 15 días por la otra parte. Igualmente, mediante la técnica del silencio administrativo positivo, si las observaciones no son refutadas dentro del plazo de 15 días, la liquidación, esta vez integrada con las observaciones, quedará consentida.

Citamos los artículos pertinentes de la Ley y del Reglamento, respectivamente:

“Artículo 42.- Culminación del contrato (...) (...) Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales. (...)”

“Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación.

No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.”(El subrayado es nuestro.)

Se aprecia pues que existe un procedimiento para la liquidación, aunque de forma estricta, existen dos liquidaciones, una por cada parte. Si es que se verifica una conciliación al respecto, estaremos en presencia de lo que convenimos en llamar la liquidación final o conciliada, cosa ideal a la que se debiera arribar.

Ahora bien, cada liquidación difiere en cuanto a su naturaleza jurídica atendiendo al sujeto emisor. Así pues, la liquidación formulada por el contratista tiene la calidad de acto jurídico mientras que la emitida por la Administración importa un acto administrativo, debiendo estar cada una a su especial régimen legal.

En cuanto a la liquidación consentida, estando a lo vertido en el punto anterior, ésta puede interpretarse en el sentido que ostenta la calidad de acto administrativo presunto, recordemos que el silencio administrativo en sentido positivo da origen a un acto administrativo ficto cuyo propósito es otorgar una protección debida al administrado frente a las omisiones de la Administración.

Por tanto, puede asumirse que el consentimiento no implica que mecánicamente por el transcurso del tiempo el acto jurídico sea aceptado por la Administración sin más. Se ha verificado la ficción jurídica de un acto administrativo, la Administración ha “expresado” encontrarse de acuerdo con la liquidación del particular contratista. Este hecho que puede parecer intrascendente, es sumamente importante al momento de escrutar sobre la validez o no de una liquidación consentida.

3.4.1. Liquidaciones consentidas nulas

Bien, llegado el punto, cabe ahora analizar el caso probable de nulidad de la liquidación consentida. Aún con el riesgo que implica la sencillez de los ejemplos por la multiplicidad de casos que pueden verificarse, podemos estar ante un hecho de tal magnitud como que la liquidación presentada y consentida no goza de los parámetros ordinarios y mínimos de ésta a tenor de la normativa o de la costumbre, o

que, de lo contrario, importe una cantidad final descabellada en relación al avance de la obra, al plazo y a las valorizaciones pagadas. Ante ello, ¿el Estado sólo puede –cosa que nunca o casi nunca hace–, imputar responsabilidades y repetir respecto del daño causado?

Pareciera entonces que dos puntos de vista se enfrentan. Por un lado, la lógica, la razón, principios estos aplicables a todas las ciencias o disciplinas y por otro, la normativa especial que ha privilegiado la preclusividad, la técnica del silencio administrativo pro administrado, tuitiva respecto de este ante la displicencia o la pura omisión o negligencia de la Administración.

3.4.1.1. El silencio administrativo.

La institución surgió en Francia con ocasión de decreto del 2 de noviembre de 1864 (artículo 7°), que establecía que cuando se presentaban reclamaciones ante un ministro, por razón de decisiones de sus subordinados, éste debía pronunciarse en el término de cuatro meses desde la recepción de la reclamación; si transcurrido dicho plazo sin que se hubiere expedido una decisión, los interesados debían entender que su solicitud fue negada y podían actuar directamente ante el Consejo de Estado.⁴⁵⁶

Desde su surgimiento, una de las cuestiones que más ha captado la preocupación de los estudiosos de esta figura jurídica, ha sido el determinar si nos encontramos frente a un acto administrativo presunto o si se trata, simplemente, de una ficción legal.

Un sector de la doctrina sostiene que el silencio administrativo da origen a un acto administrativo ficto o presunto el cual se configura como un mecanismo para que la persona pueda acudir a la jurisdicción y cuyo propósito es otorgar una protección debida al administrado frente a las omisiones de la Administración, la cual constituye una herramienta concreta que le permite accionar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, ya no contra el acto manifiesto y determinado de la Administración, que precisamente no se ha producido, sino contra el acto que la ley presume.⁴⁵⁷

Morillo Velarde-Pérez, señala que tanto la doctrina y la jurisprudencia han considerado al silencio administrativo negativo como una denegación presunta contra la cual el particular ya tenía expeditas las vías del recurso pertinente hasta llegar

⁴⁵⁶ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Pontificia Universidad Javeriana. 2006. pág. 172.

⁴⁵⁷ AMOROCHO MARTÍNEZ, Fabio César. “El silencio administrativo y sus matices a la luz de la legislación y la jurisprudencia en un Estado Social de Derecho” en: *Revista Justicia*, N° 12, junio de 2008, Universidad ‘Simón Bolívar, Barranquilla, p. 50.

al contencioso-administrativo. Sin embargo, agrega, dicha concepción ha sido ya superada por cuanto produce importantes disfunciones o efectos secundarios de carácter negativo en el orden práctico no siendo sostenible en el plano teórico por no corresponder a la realidad.⁴⁵⁸

En el caso del silencio administrativo positivo se señala que se ha producido un acto presunto cuyo contenido será el de la petición si se ajusta al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, agotado el plazo legal, ha caído la potestad de la Administración para emitir una resolución en sentido negativo.⁴⁵⁹

Es preciso mencionar que en España, la Ley 30/ 1992 acogió la teoría del acto presunto tanto para el caso del silencio administrativo positivo como para el negativo, lo cual fue objeto de muchas críticas. Así, por ejemplo, el Dictamen 1.361/1993 de 25 de noviembre señaló que:

“La Ley 30/1992 de 26 de noviembre ha instaurado un sistema no exento de críticas en los debates parlamentarios y en la opinión de la doctrina, que pudiera hacer pensar que el acto presunto negativo (propriadamente presunción del acto), ha dejado de ser una mera ficción legal de efectos exclusivamente procesales, para pasar a ser un acto administrativo con los mismos efectos del acto administrativo desestimatorio”. Ley modificada por la Ley N° 4/1999, del 13 de enero, la cual cambia el tenor del Artículo 42, modificando “Actos presuntos” por “Silencios administrativos en procedimientos iniciados a solicitud del administrado”

En relación a nuestra normativa, Morón Urbina señala que *la manifestación de voluntad que produce el acto administrativo, debe ser expresa y formal, conteniendo el acto una serie de requisitos que deben manifestarse por escrito. Sin embargo, la Ley permite la figura de la manifestación de voluntad tácita de la Administración, derivada del silencio administrativo.*⁴⁶⁰

Actualmente, es preponderante la concepción del silencio administrativo positivo como acto administrativo presunto, no siendo ese el caso del silencio administrativo negativo, respecto del cual aún se discute si nos encontramos ante una mera ficción legal o ante un acto presunto.

⁴⁵⁸ MORILLO VELARDE-PEREZ, José Ignacio. El silencio administrativo, en: *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas S.A. 1993. pág. 164-165.

⁴⁵⁹ MARTÍN MATEO, Ramón. Actos tácitos y actividad autorizante. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 4. 1975. pág.25.

⁴⁶⁰ MORÓN URBINA, Juan. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima – Perú. Primera Edición 2001 pág. 65.

3.4.1.2. Nulidad de actos administrativo resultantes de aprobación automática

Ahora bien, tratado el punto del silencio administrativo positivo generador de un acto administrativo presunto, debe revisarse el régimen de invalidez contenido en nuestra ley del procedimiento administrativo general.

Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 10.- Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...)”

(...)3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

Siendo que existe, de acuerdo a la letra tanto de la Ley como del Reglamento, un acto, una decisión, resultante de silencio administrativo positivo, puede interpretarse que, éste deviene en nulo si es contrario al ordenamiento jurídico o no se constituye de acuerdo a sus requisitos constitutivos esenciales, de tal forma que una liquidación presentada por persona que no tenga la representación legal de la empresa o del consorcio según sea el caso, o que carezca de documentos probatorios, que contengan apenas afirmaciones sin sustento técnico alguno, de ningún modo podrá ser válida por más que haya transcurrido el plazo de observación y esta no se haya planteado.

Como es de verse, la dificultad no va por el hecho de deducir de un análisis cuando el acto presunto o la liquidación consentida es nula, el problema reside en qué ocasión o por qué motivo el tribunal arbitral que conoce de la controversia, puede examinar la liquidación presentada, ello estando a que si bien es cierto existe el régimen general del acto administrativo, por otro lado está presente también un régimen especial, el de contratación pública, que ha determinado que para otorgar dinamismo a su sistema y no entrapar el proceso contractual o que quede afectado el contratista por la inacción de la Entidad contratante, ha establecido con el riesgo que ello conlleva, la técnica del silencio administrativo positivo. De vulnerarse este sistema, se atentaría contra la ratio legis de la norma específica, generándose impredecibilidad.

El tema da para largo y puede centrarse entre la aplicación del ordenamiento general de los actos administrativos o de la aplicación de la normativa especial de contratación pública.

Una solución a la problemática expuesta podría ser la de optar por regla general por el consentimiento, más, sin embargo, cuando de las pruebas aportadas fluye de

manera inequívoca que se trata de un contrasentido, de una situación desproporcionada, de una fraude al ordenamiento legal, a la buena fe que debe primar en las relaciones contractuales, en esos casos, es factible pensar que la finalidad pública querida por la técnica del silencio administrativo no está presente y que su ausencia exige la intervención de los juzgadores no solo aplicando la ley, sino el derecho y sus principios generales.

Es decir, es factible interpretar que el silencio administrativo o el acto administrativo presunto se da en situaciones ordinarias y de buena fe, en donde la discusión se centra en conceptos o cifras en donde las partes legítimamente podrían discutir, no en cuestiones que a todas luces se pintan como, repetimos, contrarias a la buena fe. Así pues no podrán convalidarse por ejemplo una liquidación presentada por persona que no tenga la representación legal de la empresa o del consorcio según sea el caso, o que carezca de documentos probatorios, que contengan apenas afirmaciones sin sustento técnico alguno o con sustento manifiestamente ilegal consiguando cantidades exorbitantes. Este último punto, es la parte difícil, en donde los árbitros tendrán que decidir finalmente.

Refiriéndose al silencio administrativo en la contratación pública, Rodríguez Tamayo, comentando jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, refiere que además de la verificación del silencio de la Administración se debe desprender de los medios probatorios que aporte el contratista, que existe una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la Administración.⁴⁶¹

En efecto, la ley española en el auto de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, de fecha 31 de julio de 2,003, se indicó:

“(...) Con base en esos supuestos legales la Sala ha dicho que para que se configure el silencio administrativo mencionado no solo es indispensable que transcurra el término señalado en la ley sin que la Administración se pronuncie sobre una solicitud presentada a ella en el curso de la ejecución del contrato, sino que además es menester que el demandante aporte las pruebas que permitan deducir la obligación que se está reclamando. En otras palabras, el administrado tiene que demostrar que la solicitud elevada a la administración contratante se apoya en medios probatorios allegados al expediente, pues solo el transcurso del tiempo no puede ser constitutivo del fenómeno jurídico en estudio.”⁴⁶²

Esta petición que demanda el Consejo de Estado colombiano, se da en el marco del título ejecutivo contractual que se puede obtener con la misma, algo similar al requisito de eficacia para los actos presuntos derivados de silencio administrativo

⁴⁶¹ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Los procesos de ejecución contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2004, p. 34.

⁴⁶² RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. *Ob. Cit.* p. 33.

en el derecho español y en donde debe solicitarse a la Administración se certifique el acto administrativo presunto.⁴⁶³

En efecto la ley española N° 30/1992, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone:

“Artículo 44. Certificación de actos presuntos.

1. *Los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona natural o jurídica, pública o privada.*
2. *Para su eficacia los interesados o la propia Administración deberá acreditar los actos presuntos mediante certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente, procedimiento que debe extenderla inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa sin que se pueda delegar esta competencia específica. (...) (...) La no emisión, cuando proceda de la certificación dentro del plazo y con los requisitos establecidos una vez solicitada en debida forma, será considerada como falta muy grave.*
3. *La certificación que se emita deberá ser comprensiva de la solicitud presentada o del objeto del procedimiento seguido, de la fecha de iniciación del vencimiento del plazo para dictar resolución y de los efectos generados por la ausencia de resolución expresa.*

Si la certificación no fuese emitida en el plazo establecido en el número anterior los actos presuntos serán igualmente eficaces y se podrán acreditar mediante la exhibición de la petición de la certificación sin que quede por ello desvirtuado el cometer estimatorio o desestimatorio legalmente establecido para el acto presunto.”

La doctrina española se encuentra dividida respecto de la certificación de los actos administrativos presuntos. Aquí diremos que nos parece un contrasentido, que se trata en realidad de la renovación del plazo otorgado inicialmente, que se puede deducir la existencia de dos silencios administrativos, el primero referido al acto administrativo presunto y el segundo a su eficacia. Rescatamos sin embargo y solo como punto a discutirse, la posibilidad de que en nuestro medio sean los árbitros quienes deberán en la praxis “certificar” el acto por el interés público inmerso en él y por la impericia, negligencia o dolo de la Administración o sus agentes que puedan comprometer ese interés cuando se advierta ilegalidad manifiesta, mala fe o desproporcionalidad.

⁴⁶³ GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa. Editorial COLEX. Madrid, 2da Edición. 1997, p. 167.

BIBLIOGRAFÍA

- AMADO, José Daniel y MIRANDA Luis G, “Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62° de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público”, en *Thémis*, N° 40, 2000.
- AMOROCHO MARTÍNEZ, Fabio César. El silencio administrativo y sus matices a la luz de la legislación y la jurisprudencia en un Estado Social de Derecho. *Revista Justicia* N° 13. Junio 2008. Universidad Simón Bolívar. Barranquilla. Colombia.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Contrato y poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en *Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968.
- ARRARTE, Ana María y PANIAGUA, Carlos, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra, en, *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna, Lima, 2007.
- ARTEAGA ZEGARRA, Mario, ”La contratación pública en el marco del TLC Perú – EE.UU.”, en *Derecho & Sociedad*, Año XVIII, N° 29, Lima, 2007.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián, “La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho Peruano. Notas para una polémica”, en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Grijley, Lima, 2008.
- BACA ONETO, Víctor Sebastián, “*Los medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)*”, en: www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf

- BACA ONETO, Víctor, *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano*, ponencia del IV congreso de Derecho Administrativo realizado en Mendoza, Argentina, los días 15, 16 y 17 de setiembre de 2010.
- BACACORZO, Gustavo, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 1997.
- BACA ROMERO, Mario A., “La importancia de contar con eficientes mecanismos de publicidad y difusión para el adecuado conocimiento de las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, como garantía de su aplicación”, en *OASIS (Observatorio de Análisis de los Sistemas Internacionales)*, Período 2006/2007, N° 12, Bogotá.
- BADELL MADRID, Rafael, *Régimen jurídico del contrato administrativo*, www.badellgrau.com.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de Derecho Administrativo*, primera edición en español, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, “El principio del enriquecimiento sin causa en el contrato administrativo”, en: *La Contratación Pública, Dirección: Juan Carlos Cassagne y Enrique Rivero Ysern*, T. 2, Editorial Hammurabi, Buenos Aires 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- BARIOS, Juan y FUGARDO, José María. *Derecho de crédito derivado de contratos administrativos. Las certificaciones de obra. Cuadernos Civitas*. Editorial Civitas. Madrid. 1996.
- BARRA, Rodolfo. *Contrato de Obra Pública*. T. 3. Editorial A’baco de Rodolfo Palma. Buenos Aires. 1988.
- BARRA, Rodolfo Carlos, *Los actos administrativos contractuales. Teoría del Acto coligado*. Editorial Abaco, Buenos aires, 1989.
- BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2007.

- BARTRA CAVERO, José, Licitaciones y concursos públicos. Contratos administrativos, 4ª ed., Huallaga Editorial, Lima, 1999.
- BELTRAN GAMBIER, “El principio de igualdad en la licitación pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Nº 19-20, Depalma, Buenos Aires, 1995.
- BENAVIDES, José Luis, El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- BENAVIDES, José Luis, “La internacionalización de los contratos públicos”, en: *Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010
- BENETTI SALGAR, Julio, El arbitraje en el derecho colombiano, *Temis*, Bogotá, 2001, segunda edición.
- BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría general de los contratos administrativos, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1980.
- BIDART CAMPOS, Germán, Tratado elemental de Derecho constitucional Argentino, Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Francesa. Buenos Aires, 1986.
- BREWER CARIÁS, Allan, “La evolución del concepto de contrato administrativo”, en Libro homenaje al profesor Antonio Morales C. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981.
- BREWER CARIÁS, Allan, Principios del Procedimiento Administrativo en América latina, Legis, Universidad del Rosario, Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Santiago, Caracas, Lima, 2003.
- BREWER CARIÁS, Allan R., “Sobre los contratos del Estado en Venezuela”, en: *Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- BULLARD G. Alfredo, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en: *La Contratación Pública 2*, Hammurabi, Juan Carlos Cassagne, Enrique Rivero Ysern, Dirección, Buenos Aires, 2007.

- BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto, “La contratación del Estado en el Perú (un caso lamentable de vacío jurídico)”, en *Thémis*, N° 4, PUCP, Lima, 1989.
- CAMPAÑA MORA, Joffre, “La inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos Administrativos”, en *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2005.
- CAMPOS MEDINA, Alexander, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje N° 3*, Grijley, Lima, 2006.
- CANDA, Fabián Omar, “El elemento objetivo en la contratación administrativa: ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?” en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas”, en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1996.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981.
- CASSAGNE, Juan Carlos, “En torno a la categoría del contrato administrativo (Una polémica actual)”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Buenos Aires, 2000.
- CASSINA RIVAS, Emilio, “Obras adicionales y mayores metrados”, en: *Revista Peruana de Arbitraje N° 6*, Magna Editores, Lima, 2008.
- CASARINI, Luis, “*El procedimiento licitatorio y la locución oferta más conveniente*”. (¿O la debilidad de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados?), en *RAP (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública)*, Doctrina Pública, XXVII-2, Ediciones RAP SA, Buenos Aires, 2006.
- CASTIGLIONI GHIGLINO, Julio César, *El presupuesto municipal*, Gráfica Horizonte, Lima, 1999.

- CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNSE, Ricardo, Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Estudio Mario Castillo Freyre, Garrigues Cátedra, Univesidad de Navarra, Palestra, 2006.
- CERVANTES ANAYA, Dante, *Derecho Administrativo y Administración Pública*, Editorial F.D. UNSA, Arequipa, 1996.
- COMADIRA, Julio Rodolfo, La licitación pública. Nociones, principios, cuestiones, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- COSTERO GASTET – BELLOCQ, Marta, “Las prerrogativas administrativas en materia contractual”, en: La contratación de las administraciones públicas ajustada a la ley de contratos del sector público, Civitas, Thomson Reuters, Navarra, segunda edición, 2012.
- COVIELLO, Pedro J. J., ¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actualidad jurídica de los contratos estatales, en: *Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- COVIELLO, Pedro, El contrato administrativo como regla del derecho. ¿*Lex inter partes* o *ius variandi*?, en: *Fuentes del derecho administrativo, IX Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010.
- COVIELLO, Pedro José Jorge, “El Contrato Administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, 1999.
- CRETELLA, Junior, Los principios fundamentales del Derecho Administrativo, en *Revista de Derecho Administrativo*, Año N° 2, N° 5, Buenos Aires, 1990.
- CRIVELLI, Julio César, *El ajuste del precio en la locación de obra*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2004.
- CHASE PLATE, Luis Enrique, Los contratos públicos, Intercontinental Editora, Asunción, 1998.

- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “Notas acerca de la potestad sancionatoria de la Administración Pública”, en *Ius et veritas*, Revista de Derecho, Año V, N° 10, PUCP, 1995.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “Comentarios al Proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos”, en *Thémis, Revista de Derecho PUCP*, N° 39, 1999.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, “El Régimen de los contratos Estatales en el Perú”, en *Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2007.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, “Las cláusulas exorbitantes”, en *Thémis, Revista de Derecho N° 39*, PUCP, Lima, 1999.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999.
- DELPIAZZO, Carlos E., “Contratación Pública electrónica en Europa y América Latina”, en: *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho N° 66*, 2011, Lima.
- DELPIAZZO, Carlos E., *Panorama de la contratación pública en Uruguay*, Universidad Externado, Bogotá. portal.uexternado.edu.co/pdf/.../Carlos%20E.%20Delpiazzo-Panorama.p...
- DELPIAZZO, Carlos E. “Los principios generales en la contratación pública”, en *La contratación Pública, Juan Carlos Cassagne, Enrique Rivero Ysern*, T. 1, Dirección, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- DEL VALLE, FABIOLA, *Actos administrativos y contratos de la Administración Pública: Teoría General de la Conexión*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2003.
- DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Editorial Civitas. Madrid. 1997.
- DIAZ COUSELO, José, *Los principios generales del Derecho*, Editorial Pus Ultra, Buenos Aires.
- DÍAZ MADRERA, Beatriz, “El arbitraje y el derecho de la contratación pública”, en *Arbitraje. El Arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Primera parte, Pa-

lestra, Universidad Abat Oliba CEU, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007.

DIEZ, Manuel María, Derecho Administrativo, 2ª ed., Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 2ª ed., Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, 11ª ed., Hispania Libros, Madrid-México, Buenos Aires, 2006.

DROMI, Roberto, El Derecho Público en la hipermodernidad, Servicios de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Hispania Libros, Madrid – México, 2005.

DROMI, Roberto, El procedimiento administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

DROMI, Roberto, Instituciones de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

DROMI, Roberto. La imprevisión en los contratos de la Administración, en Contratos Administrativos Régimen de pago y actualizaciones. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988, Tomo I, p. 121

DROMI, Roberto, La licitación pública, 2ª ed., Editorial Astrea. Buenos Aires, 1980.

DROMI, Roberto, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

DROMI, Roberto, Modernización del Control Público, Hispania Libros, Madrid – México, 2005.

DROMI, Roberto, Renegociación y reconversión de los contratos públicos, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

DUGUIT, León, *Las transformaciones del Derecho Público y privado*, Editorial Heliasa, Buenos Aires, 1975.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Introducción al Derecho comunitario latinoamericano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.

- ELGASSI, Alberto A., *El Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2006.
- ELLIOT, Kimberly Ann, *La corrupción en la economía local*, Limusa Noriega editores, México D.F. 2001.
- EMILI, Eduardo O. *El Equilibrio Contractual*, en: *Contratos Administrativos*. Ismael Ferrando Director, Lexix Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.
- ESCOBAR GIL, Rodrigo, *Teoría General de los contratos de la Administración Pública*, Legis, Bogotá, 2003.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Compendio de Derecho Administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, T. II.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1989.
- ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Depalma, Buenos Aires 1979.
- EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español. Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *De la arbitrariedad de la Administración*, Thomson, Civitas, Quinta edición ampliada, Navarra, 2008.
- FIORINI, Bartolomé A. “Derecho Administrativo”, Tomo I, 2da. edición actualizada. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1976.
- FRAGA PITALUGA, Luis, “El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos”, en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer-Carías”*, La Relación jurídico administrativa y el procedimiento administrativo. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998.
- GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Pontificia Universidad Javeriana. 2006.
- GARCÍA - ANDRADE GÓMEZ, Jorge, *Derecho Administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. ¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota. En: *Revista de Administración Pública*. RAP N 124 – 1991.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1989.
- GARCIA LUENGO, Javier. El principio de protección de la confianza. En: Los principios jurídicos del derecho administrativo. La Ley. España - 2010.
- GARCÍA TOMA, Víctor, Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1998.
- GOMEZ TOMILLO, Manuel SANZ RUBIALES, Iñigo: Derecho Administrativo Sancionador Parte general, editorial Thomson Reuters, Segunda edición, 2010.
- GONZALES-VARAS IBAÑEZ, Santiago, El Contrato Administrativo, Civitas, Madrid, 2003.
- GORDILLO, Agustín, “Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo”, en *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, *Fundación de Derecho Administrativo*, ARA, Lima, 2003.
- GORDILLO, Agustín, “La mutación del Contrato Administrativo”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.
- GORDILLO, Agustín A. “Obra Pública y Contrato de Obra Pública”. En: *Contratos Administrativos: Régimen de Pago y Actualización - Tomo I*. Astrea, Buenos Aires 1988.
- GONZÁLES LÓPEZ, Edgar. El pliego de condiciones en la contratación estatal, la reforma consagrada en la ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, Universidad Externado de Colombia, Serie de Derecho Administrativo N° 10, Bogotá, 2010.
- GONZÁLES LÓPEZ, Edgar, Naturaleza jurídica de los actos de la administración en un contrato estatal, en: *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, El régimen de las libertades. La responsabilidad de la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

- GRANILLO OCAMPO, Raúl, La distribución del riesgo en la contratación administrativa, Astrea, Buenos Aires, 1990.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl, Derecho Público de la Integración, Editorial Abaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2007.
- GRECCO, Carlos Manuel. Procedimiento administrativo y contratos administrativos (Variaciones sobre l artículo 7º, párrafo final de la Ley Nº 19.549). En: *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*. 1999.
- GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia. El silencio administrativo. El control judicial de la inactividad administrativa. Editorial Colex. Madrid, 2da Edición. 1997.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Roberto, “La Ley Modelo de la Uncitral sobre la Contratación Pública de Bienes, Servicios y Obras: Orientación, Concurrencia y Discrepancia”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo, AEDA*, Grijley, Lima, 2006.
- HERVÁS MÁS, Jorge y otros, “Régimen de Invalidez de los contratos”, en: La contratación de las administraciones públicas ajustada a la ley de contratos del sector público, Coordinador: CATALÁ MARTÍ, José Vicente, Civitas, Thomsom Reuters, Navarra, segunda edición, 2012.
- HORGUÉ BAENA, Concepción. La modificación del contrato administrativo de Obra. Marcial Pons, Madrid, 1997.
- HORTALÁ I VALLVÉ, Joaquim, “La ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (V). Supuestos especiales de nulidad y la cuestión de nulidad”, en: Comentarios a las modificaciones de la legislación de contratos del sector público, Perez-Lorca, Bosch, Barcelona, 2012.
- HOYOS DUQUE, Ricardo, “El ámbito de aplicación del arbitraje en el contrato estatal”, en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- HUERGO LORA, Alejandro, “El derecho de los contratos públicos en Alemania”, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, 2011.

- HUNDSKOPF, Oswaldo, “Las PYME en la contratación con el Estado: Beneficios y expectativas”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*, AEDA, Grijley, Lima, 2006.
- ISASI CAYO, Juan Felipe, *Introducción al Derecho Administrativo*, Isasi & Ruiz Eldredge Abogados, Lima, 1999.
- JEZE, Gastón, *Principios generales de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1990. Traducción de la 3ª edición francesa 1934.
- KINGSBURY, Benedict, KRISH, Nico y STEWART Richard, “El surgimiento del derecho administrativo global”, en: *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, Institute for international law and justice, New York University School of Law, Universidad de San Andrés, Cuadernos RPA, Ediciones Rap, Buenos Aires, 2009.
- LAUBADERE, André, *Manual de Derecho Administrativo*, 11ª ed., Temis, Bogotá, 1984.
- LESMESS ZABALEGUI, Santiago, *Contratación Pública y discriminación positiva*, dial-net.unirioja.es/servlet/fichero/_articulo?codigo=141957&orden=75627.
- LINARES JARA, Mario Ernesto. “Contratación Pública: Derecho local, internacional y de la Integración”. Grijley, Lima 2008.
- LINARES JARA, Mario, *El sistema internacional de protección de las inversiones extranjeras y los contratos públicos*, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo-AEDA, Grijley, Lima, 2006.
- LINARES JARA, Mario, “El contrato administrativo en el Perú”, en *Revista de Derecho Administrativo. Círculo de Derecho Administrativo*, Lima, 2006.
- LINARES JARA, Mario, “La expropiación indirecta y constructiva y los contratos de concesión de infraestructura y de servicios públicos”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico N° 2*, Lima, 2007.
- LINARES JARA, Mario, “Arbitraje sin materia indisponible en el régimen peruano de los contratos del Estado”, en: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Grijley, Lima, 2007.

- LÓPEZ, Carlos, Contratación Pública de Ejecución de Obras. Proyecto Transparencia en las adquisiciones estatales. CONSUCODE. 2005.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas, Atelier administrativo, Barcelona, 2000.
- LUCERO ESPINOZA, Manuel, La licitación pública, Editorial Porrúa, México D.F. 1993.
- MAIRAL, Héctor A. “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo”, en *El Derecho*, diario del 18 de septiembre de 1998.
- MAIRAL, Héctor A. “Los meros pronunciamientos administrativos”, en *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- MAIRAL, Héctor A., *Las raíces legales de la corrupción o de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*, Cuadernos rpa, ediciones rap, Buenos Aires, 2007.
- MAMBERTI, Carlos Enrique, “La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Profesor Doctor Agustín A. Gordillo*, Librería Editora Platense, La Plata, 2003.
- MANTILLA - SERRANO, Fernando, “El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje, Legis, Bogotá, 2005.
- MARCHETTI, Luciano, 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*, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, 1 era ed. 2007, Buenos aires, p. 458.
- MARIENHOFF Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, T. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires/Numeral 8 del Artículo 75° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- MARIENHOFF, Miguel S. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III – B. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1978.

- MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho administrativo, Buenos Aires, 1970, T. III-A.
- MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad Administrativa. Universidad Externado de Colombia. Agosto 2007.
- MARINA JAVO, Belén, “El derecho de la contratación pública en Italia”, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011.
- MARTÍN TIRADO, Richard, “La naturaleza del Contrato Estatal”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, AEDA, Grijley, Lima, 2006.
- MARTÍN MATEO, Ramón. Actos tácitos y actividad autorizante. *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 4. 1975.
- MATA, Ismael, “Adjudicación y discrecionalidad”, en *Cuestiones de Contratos Administrativos*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007.
- MEILÁN GIL, José Luis, La estructura de los Contratos Públicos, Iustel, Madrid, 1 Edición, 2008.
- MEILAN GIL, José Luis, “Teoría del Contrato administrativo: Origen, evolución y situación actual”, en *Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, 1999.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Eva M., Régimen jurídico de la contratación Pública en Francia, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*. Lex Nova, Universidad de Alcalá, primera edición, Valladolid, 2011.
- MIR PUIGPELAT, Oriol, Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo, Thomson, Civitas, Madrid, 2004.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco. El derecho de la Contratos Públicos en España, en: *El Derecho de los Contratos Públicos y los estados miembros*, Lex nova y universidad de Alcalá, Valladolid, 1 Edición, diciembre, 2011.
- MOLINA, Carlos Mario, “aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia”, en: *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005.

- MONEDERO GIL, José Ignacio, *Doctrina del Contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.
- MORENO MOLINA, José Antonio, *La Contratación Pública en los países de la Comunidad Andina: Un estudio comparado con el Derecho de la Unión Europea*, Secretaría General de la Comunidad Andina, Proyecto de Cooperación UE-CAN, Bellido Ediciones, Lima, 2007.
- MORILLO VELARDE-PÉREZ, José Ignacio. El silencio administrativo. En: *El procedimiento administrativo en el Derecho Comparado*. Editorial Civitas S.A. 1993.
- MORÓN, Juan Carlos, “Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General”, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2001.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Estado. Procedencia de la excepción de contrato no cumplido en la contratación administrativa”, en *Actualidad Jurídica*, *Gaceta Jurídica*, Lima N° 138, 2005.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Las compras corporativas del Estado: Análisis de una estrategia necesaria para un estado eficiente”, en *Revista Peruana de Derecho Administrativo*, AEDA, Grijley, N° 1, Lima, 2006.
- NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Quinta edición totalmente reformada, 2012, Editorial Tecnos.
- ORTEGA PIANA, Marco Antonio, “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública”, en: *Advocatus*, Nueva Época, N° 7, Lima 2002.
- PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, “La Contratación de las Entidades Estatales”.
- PARADA, Ramón, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1994.
- PARRA GUTIÉRREZ, William René, *Los contratos estatales*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- PAREJO, Luciano, *Eficacia y Administración*. Tres estudios, Instituto Nacional de Administración Pública, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- PAREJO ALFONSO, L. *Derecho Administrativo*. Ariel. 2003.

- PETZOLD PERNIA, Herman, La noción de igualdad en el derecho de algunos estados de América, Universidad de Zulia, 1974.
- PINILLA CISNEROS, Antonio, Los contratos ley en la legislación peruana, Universidad de Lima, Lima, 1999.
- PLEITE GUADAMILLAS, Francisco; MORENO MOLINA, José Antonio; MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco. Procedimiento y proceso administrativo práctico. La Ley 2006.
- REBOLLO PUIG, Manuel, El enriquecimiento injusto de la Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Democracia, Estado y Economía de Mercado en América Latina”, en: El Estado de Derecho Latinoamericano. Integración Económica y Seguridad Jurídica en Iberoamérica, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2003.
- RODRIGUEZ, Libardo, Derecho Administrativo. General y Colombiano, 12ª ed., *Temis*, Santa Fé de Bogotá, 2000.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, El equilibrio económico en los contratos – The economic balance in administrative contracts, *Derecho PUCP revista de la facultad de derecho N° 66*, 2011.
- RODRIGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. Los procesos de ejecución contractual ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2004, p. 34.
- RODRIGUEZ - ARANA MUÑOZ, Jaime, “Los principios de la contratación pública en el derecho administrativo local”, en: *Derecho administrativo iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2010, p. 401.
- ROMERO PÉREZ, Jorge E., “Los tribunales en materia de contratación administrativa”, en: *Derecho Administrativo Iberoamericano, IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, 2010, Mendoza, Argentina, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2011.
- RUBIO CORREA, Marcial. El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; Fondo Editorial PUCP.

- RUIZ ELDREDGE, Alberto, *Manual de Derecho Administrativo. Temática esencial*, Cultural Cuzco, Lima, 1990.
- RUIZ GARCÍA, Laura, *Contratos administrativos*, Flores Editor y Distribuidor, México D. F., 2010.
- SAFAR DÍAZ, Mónica Sofía. *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Serie Derecho Administrativo N° 6. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009.
- SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, “El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú”, en *Derecho & Sociedad*, Año XVIII, N° 29, Lima, 2007.
- SALCEDO CASTRO, Myriam, “La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje”, en: *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2005.
- SALCEDO CASTRO, Myriam, *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración*. Estudio de derecho comparado francés y colombiano, Universidad del Rosario, Editorial, Bogotá, 2006.
- SÁNCHEZ, Alberto M., *Derecho de la integración, un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004.
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. En: *Dogmática practicable del derecho disciplinario*. Preguntas y respuestas. Ediciones Nueva Jurídica. Segunda Edición. 2007.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Tecnos, Madrid, 1994.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos II. Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación pública”, en: *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus estados miembros*, Lex Nova, Universidad de Alcalá, Valladolid, primera edición, diciembre 2011.

- SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge, “Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral in toto”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, 4/2007, Lima.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Delitos de celebración indebida de contratos. Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, Universidad Externado de Colombia, segunda reimpresión, Bogotá, 2002.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo. Contratación Indebida, T. IV, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- SANZ RUBIALES, Iñigo, “Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho Peruano”, en: *Derecho Administrativo, Asociación Peruana de Derecho Administrativo*, Jurista editores, Lima, 2004.
- SARMIENTO RAMÍREZ – ESCUDERO, Daniel. El principio de proporcionalidad en el Derecho administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.
- SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa S.A. México, 1995, décima sexta edición.
- STORTONI, Gabriela, “Actos Administrativos y Reglamentos Comunitarios”, en *Acto Administrativo y Reglamento, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2002.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge (dir), Derecho Público, Ciudad Argentina. Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1997.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., “El *ius variandi* y los contratos de la Administración”, en *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, 1999.
- SESÍN, Domingo Juan, Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de Control Judicial, Lexis Nexis - Depalma, Buenos Aires, 2004.
- SESÍN, Domingo, “Los principios del derecho civil en la jurisprudencia sobre la contratación administrativa”, en: *Derecho común y derecho administrativo. Diferencias y contactos*, Lerner Editora, Córdova, 2009.

- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo, “*La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Contratación Pública de bienes, obras y Servicios frente a la ley 80 de 1983*”, en: www.contratos.gov.co/Archivos/CINCO/seminario/SEMINARIO_UNCITRAL_GSB.pdf
- SUÁREZ BELTRÁN, Gonzalo- Laguado Giraldo, Roberto, *Manual de contratación pública electrónica para América Latina Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad*, CEPAL – Colección Documentos de proyectos.
- SUÁREZ M. Jorge Luis, *El Derecho Administrativo en los procesos de integración: La Comunidad Andina*, CEDEP, *Fundación de Estudios de Derecho Administrativo*, Caracas, 2005.
- TAWIL, Guido, “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones, la responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional”, en AA.VV., *Servicios Públicos*, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Mendoza, 2001.
- TRAVI, Aldo, “La contratación pública en Italia”, en: *La Contratación Pública*, T. 1, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto, “Aspectos del arbitraje público en la Contratación Administrativa”, en *Los Contratos Administrativos “Contratos del Estado”, VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo. “Allan Randolph Brewer-Carías”*, Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005.
- USLENGHI, Alejandro Juan. *Aleas Administrativa y Económica en la Contratación Administrativa*, en: *Contratos Administrativos, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho*, Buenos Aires, 1999.
- VALCARCEL FERNÁNDEZ, Patricia, *Ejecución y financiación de obras públicas. Estudio de la obra pública como institución jurídico-administrativa*, Fundación Caixagalicia, CIEF Centro de Investigación Económica y Financiera, Thomson, Civitas, Navarra, 2006.
- VALBUENA HERNÁNDEZ, Gabriel. *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2008.

- VALENCIA RESTREPO, H., Nomoárquica, principalística jurídica o los principios generales del Derecho, *Temis*, Santa Fe de Bogotá, 1993.
- VALVERDE GONZÁLES, Manuel Enrique. Notas sobre el ejercicio o limitaciones de la Plena Jurisdicción respecto a la Discrecionalidad Administrativa. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Vol. 11. Junio 2012.
- VEGA, María del Carmen, “Convenios Internacionales de Promoción y Protección de Inversiones”, en *Guía legal de negocios*. (faltan datos)
- VÉLEZ GARCÍA, Jorge, Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público comparado, 2ª ed., Institución Universitaria Sergio Arboleda, Santa Fe de Bogotá, 1996.
- VIDAL PERDOMO, Derecho Administrativo, 8ª ed., *Temis*, Bogotá, 1985.
- YMÁZ VIDELA, Esteban M., Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales, La Ley, Buenos Aires, 1999.
- YOUNES MORENO, Diego, Curso elemental de Derecho Administrativo, 4ª ed., Ediciones Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, 1994.
- ZEGARRA VALDIVIA, Diego, El contrato ley. Los contratos de estabilidad jurídica, Gaceta Jurídica, Lima, 1997.
- ¡Compras ecológicas! Manual sobre la Contratación Pública Ecológica*. Comisión Europea, 2005, en: ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf
- Compras públicas ecológicas. Manual para convertir su ayuntamiento en Amigo de los “bosques primarios”*, Greenpeace, 2004, en: <http://www.greenpeace.org/raw/content/espana/reports/compras-p-blicas-ecol-gicas.pdf>
- Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, 2ª ed., (ampliada), Buenos Aires, T. III.
- Ley Modelo sobre Contratación Pública a los ordenamientos que aun no la utilizan y también para la actualización de los países que aplican la Ley Modelo de 1994*. Visto en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/pre-guide-2012.pdf>.

CONTRATACIÓN PÚBLICA
DERECHO LOCAL, INTERNACIONAL Y
DE LA INTEGRACIÓN

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
OCTUBRE DE 2013, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

ISBN: 978-612-46561-0-1
Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-15913

ISBN: 978-612-46561-0-1



9 786124 656101

