

# Aspectos jurídicos de la contratación estatal

JUAN CARLOS MORÓN  
ZITA AGUILERA



ASPECTOS JURÍDICOS  
DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

## Colección **Lo Esencial del Derecho** 9

### **Comité Editorial**

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

JUAN CARLOS MORÓN URBINA / ZITA AGUILERA B.

ASPECTOS JURÍDICOS  
DE LA  
CONTRATACIÓN ESTATAL



FONDO  
**EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

Morón Urbina, Juan Carlos, 1965-

Aspectos jurídicos de la contratación estatal / Juan Carlos Morón Urbina, Zita Aguilera B.-- 1a ed., 3ra reimpr.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019 (Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa).

195 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 9)

Bibliografía: [185]-191.

D.L. 2019-04922

ISBN 978-612-317-238-1

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Contratos públicos - Aspectos legales - Perú 3. Procedimiento administrativo - Aspectos legales - Perú 4. Derecho administrativo - Perú- Interpretación y aplicación 5. Delitos contra la administración pública - Perú I. Aguilera B., Zita II. Pontificia Universidad Católica del Perú III. Título IV. Serie

*Aspectos jurídicos de la contratación estatal*

Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.

© Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B., 2017

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 9

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

Primera edición: marzo de 2017

Tercera impresión de la primera edición: abril de 2019

Tiraje: 1000 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-238-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-04922

Registro del Proyecto Editorial: 31501361900407

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## Índice

PRESENTACIÓN	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO 1	
NOCIONES GENERALES SOBRE CONTRATOS DEL ESTADO	17
1. La trascendencia contemporánea de la contratación estatal	17
2. Los principales actores en la contratación estatal	18
3. Un aspecto terminológico esencial: ¿contrato del Estado, contrato estatal, contrato administrativo, contrato público o contrato de la administración?	20
4. El contrato estatal y las escuelas del derecho administrativo	22
5. Las características del contrato administrativo	24
6. Elementos de la contratación administrativa	26
6.1. Ausencia de libertad estipulativa en su formación y ejecución	26
6.2. Función instrumental al servicio del interés público	27
6.3. Sujeción del contrato a la planeación estatal	28
6.4. Desigualdad reglada entre las partes o subordinación jurídica del contratista	29
6.5. Prerrogativas exorbitantes respecto a la contratación común	30
6.6. La publicidad y la transparencia como reglas	31
6.7. Acceso de los potenciales contratistas al contrato en condiciones de igualdad	32
6.8. Formación del consentimiento bajo el esquema de una invitación a ofertar	33
6.9. El contrato administrativo suele ser de duración prolongada	34

6.10.La mutabilidad unilateral del contrato	34
6.11.La interpretación finalista del contrato administrativo	35
6.12.El efecto natural del contrato administrativo frente a terceros	35
6.13.La trascendencia del procedimiento de selección en la formación del contrato	35
6.14.La necesidad de perfeccionamiento documental	36
6.15.La función de la regulación contractual	36
6.16.Los contratos típicos son categorías propias de la contratación administrativa	36
6.17.Los intereses plurales involucrados en la contratación administrativa	37
6.18.El equilibrio económico financiero del contrato	40
7. La asignación de los riesgos contractuales entre las partes	40
8. Conclusión: ¿a pesar de todo, es posible hablar de contrato administrativo?	43
9. Preguntas	44

## CAPÍTULO 2

### EL UNIVERSO CONTRACTUAL DEL ESTADO 45

1. El universo de acuerdos bilaterales que puede pactar la administración	45
1.1. Los contratos habilitantes de actividades en recursos naturales	46
1.2. Los contratos relativos a la administración del patrimonio estatal	46
1.3. Contratos de asociación público-privada (APP) y otras formas de promoción de la inversión privada	47
1.4. Los contratos del servicio civil	50
1.5. Los contratos financieros o de endeudamiento	50
1.6. Los contratos de aprovisionamiento ( <i>public procurement o marches publics</i> )	51
1.7. Los contratos administrativos por extensión	51
2. Los convenios administrativos	52
2.1. Los convenios interadministrativos o interinstitucionales	52
2.2. Los convenios de cooperación con administrados	53
2.3. Los convenios sobre funciones administrativas	53
3. Preguntas	54

### CAPÍTULO 3

#### ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS

#### ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

	55
1. Clasificación de los contratos administrativos	55
1.1. Contratos nominados e innominados	55
1.2. Los contratos de atribución y de colaboración	56
1.3. Los contratos de pasivo, contratos de activo y contratos neutros	57
1.4. Los contratos de medios y de fines	57
1.5. Los contratos a iniciativa del Estado y a iniciativa del particular	58
1.6. Los contratos de colaboración, de integración y de transformación	59
2. Los contratos administrativos típicos	59
2.1. La adquisición de bienes	59
2.2. El suministro	59
2.3. La locación de servicios	60
2.4. El contrato de obra pública	62
2.5. El contrato de consultoría	66
2.6. El contrato de supervisión	67
2.7. El contrato de concesión	69
3. Preguntas	74

### CAPÍTULO 4

#### LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

	75
1. Concepto de principio	75
2. Las funciones de los principios de la contratación estatal	75
3. Las fuentes de los principios de la contratación estatal	76
4. Los principios de derecho administrativo con aplicación especial en contratos del Estado	77
4.1. El principio de integridad	77
4.2. El principio de imparcialidad	77
4.3. El principio de transparencia y publicidad	78
4.4. El principio de libre concurrencia o competencia	78
4.5. Los principios de eficacia y eficiencia	81
4.6. El principio de economía	82
4.7. El principio de vigencia tecnológica	83

4.8. El principio de trato justo e igualitario	84
4.9. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad	85
4.10. El principio de sostenibilidad ambiental	86
4.11. La promoción del desarrollo humano a través de la contratación estatal	87
4.12. El principio de equidad	88
5. Preguntas	89

## CAPÍTULO 5

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL	91
1. Los elementos esenciales del contrato estatal	91
2. Los sujetos del contrato estatal	91
2.1. La entidad pública	92
2.2. El contratista del Estado	93
3. El consentimiento y el perfeccionamiento del contrato	96
4. El objeto contractual	98
5. Los procedimientos para la formación del contrato estatal	99
5.1. El sistema cerrado de contratación estatal y el contrato por concurso	99
5.2. El procedimiento de formación del contrato por iniciativa del sector privado	101
5.3. Los procedimientos de formación de contrato por iniciativa estatal	103
5.4. Los procedimientos de contratación y la territorialidad del régimen de contratación	113
6. La duración y el plazo contractual	114
7. El documento contractual	116
8. Preguntas	117

## CAPÍTULO 6

EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	119
1. Las fases interna y externa de la contratación estatal	119
2. Las actividades anteriores al proyecto de inversión: Sistema Nacional de Programación Multianual y gestión de inversiones	120
3. Las actividades preparatorias del proceso de selección	120
3.1. El plan de adquisiciones	121
3.2. El requerimiento	121

3.3. La determinación del tipo de procedimiento contractual: contratos de aprovisionamiento	121
3.4. La organización administrativa y la aprobación del expediente de contratación	122
3.5. El estudio de mercado	122
3.6. La disponibilidad presupuestal	123
3.7. Las bases del proceso de selección	124
4. Las actividades de selección	128
4.1. La convocatoria o invitación a ofrecer	128
4.2. Las consultas	129
4.3. La absolución de consultas	129
4.4. Las observaciones a las reglas contenidas en las bases	129
4.5. La absolución de las observaciones	130
4.6. La integración de bases	130
4.7. La oferta del postor. Condiciones jurídicas, exigencias y modalidades de ofertas	130
4.8. La presentación de la propuesta	131
4.9. Las aclaraciones y la subsanación de la oferta por el postor	133
4.10. La admisión o el rechazo de la oferta	134
4.11. La valoración de ofertas. Descalificación y empate de propuestas	135
4.12. La adjudicación de la buena pro	136
5. Las actividades de perfeccionamiento del contrato. Las posibilidades de frustración del contrato. La suscripción del contrato	137
6. Los supuestos patológicos en los procesos de selección	139
6.1. El proceso desierto	139
6.2. La cancelación del proceso de selección	139
6.3. La nulidad de oficio del proceso de selección	140
7. Aspectos jurídicos de la ejecución contractual	140
7.1. Las reglas básicas en la ejecución contractual	141
7.2. El sub-ciclo de la ejecución contractual	154
7.3. Los derechos del contratista en la ejecución contractual	157
7.4. Los deberes de la administración contratante	158
7.5. Los contratos complementarios	159

8. La terminación de los contratos del Estado	159
8.1. El cumplimiento de las prestaciones	159
8.2. El vencimiento del plazo contractual	160
8.3. La resolución del contrato	160
8.4. El rescate de la concesión	163
8.5. La nulidad del contrato	163
8.6. La situación particular de la falta de presupuesto	164
8.7. El mutuo acuerdo	164
8.8. La renuncia	164
8.9. La muerte, incapacidad o extinción de la personalidad jurídica del contratista	165
9. Preguntas	165

## CAPÍTULO 7

LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS ACTOS INDEBIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN	167
1. Los vicios precontractuales en que puede incurrir la administración	167
2. Los instrumentos de protección del postor y del adjudicatario	170
2.1. La denuncia ante OSCE	171
2.2. Las observaciones a las bases del proceso	171
2.3. El recurso de apelación contra las actuaciones precontractuales	172
3. Los vicios emblemáticos en fase contractual	176
4. protección del contratista de los vicios de la administración en la ejecución del contrato	176
4.1. La conciliación administrativa	176
4.2. El arbitraje administrativo	179
4.3. El arbitraje de conciencia o peritaje técnico	181
4.4. El amigable componedor	181
4.5. La junta de resolución de disputas, panel de expertos o <i>dispute boards</i>	182
5. Preguntas	182
BIBLIOGRAFÍA	185

## PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

«Lo Esencial del Derecho» también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

El proyecto es realizado por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Fondo Editorial PUCP

## INTRODUCCIÓN

Ha sido una feliz coincidencia que la Pontificia Universidad Católica del Perú me haya propuesto colaborar con esta biblioteca jurídica a través de esta monografía sobre la contratación estatal, pues desde hace ya algunos años venía organizando y actualizando mis notas de clase y reflexiones académicas sobre esta interesante pero desatendida materia con el secreto propósito de consolidarlas en una obra académica. Por ello, este texto es resultado de reflexiones académicas forjadas en los últimos años asociadas con una práctica profesional intensa en el amplio campo de la contratación del Estado.

Indudablemente la contratación estatal es un fenómeno complejo que necesita ser abordado desde distintas profesiones, y la jurídica es solo una de esas perspectivas. Por ello esta visión no la agota como objeto de estudio, pues comprender la contratación del Estado en su génesis y funcionamiento de manera cabal implica conocer aspectos técnicos, económicos, de ingeniería y hasta de políticas públicas. En esta área del derecho administrativo cobran particular actualidad tres de las características modernas de nuestra disciplina: su función instrumental, su marcada tendencia pragmática y la tendencia al equilibrio.

El ordenamiento de los contratos estatales no configura una finalidad en sí mismo; por el contrario, tiene una función instrumental y teleológica, dado que es un instrumento jurídico que se requiere para conformar

y ejecutar políticas para el cumplimiento de intereses públicos, mejor cobertura de servicios y funciones estatales, promoción de inversión, desarrollo de infraestructura, entre otros. El ordenamiento de los contratos estatales no es un conjunto de normas que asegure prerrogativas públicas e imponga cargas para los contratistas, sino un ordenamiento equilibrado que busca alcanzar el interés público pero sin extinguir el interés privado y articular las prerrogativas públicas indispensables con el resguardo de los derechos de los contratistas, como el debido proceso, equilibrio económico, igualdad, etcétera. A la vez, impone limitaciones a la propia administración pública en aras del Estado de derecho a través de la transparencia, libre competencia, procedimientos de selección, etcétera. Finalmente, el ordenamiento de las contrataciones estatales debe ser pragmático, útil y eficiente —de modo que no caiga en ritualismos formales, arbitrariedades o irracionalidades— para obtener el mejor valor por dinero en cada adquisición y que este redunde en alcanzar los propósitos de la gestión pública.

En este marco, esta obra tiene el acentuado propósito de poner a disposición de los lectores una fuente de consulta concisa, reflexiva y actual acerca de los principales temas de la contratación del Estado en el Perú, con la expectativa de ser un documento permanente que no esté asociado a un determinado marco legal. Confiamos haber alcanzado ese propósito, que esperamos complementar con una obra más amplia en el futuro.

Finamente quiero testimoniar mi agradecimiento a mi colega y adjunta de cátedra en la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesora Zita Aguilera Becerril, por haber compartido conmigo reflexiones para seleccionar los temas que esta obra aborda y por su aporte en la investigación doctrinaria, en la formulación de los textos y en la dedicada labor de revisar las anotaciones de curso que nos sirvieron de base para la preparación de este libro.

*Juan Carlos Morón Urbina*

## CAPÍTULO 1

### NOCIONES GENERALES SOBRE CONTRATOS DEL ESTADO

#### 1. LA TRASCENDENCIA CONTEMPORÁNEA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La administración contemporánea ha sumado a la forma autoritaria y unilateral tradicional de relacionarse con los ciudadanos diversas figuras de negociación bilateral que se producen mediante acuerdos, contratos o pactos de diverso contenido. Estas formas de relacionamiento —otorgar en concesión un servicio público, ejecutar un proyecto de inversión pública en asociación con un privado o el aprovisionamiento de bienes o servicios— son muy importantes para alcanzar las tareas públicas en diversos sectores como infraestructura, seguridad, educación, salud, saneamiento o minería. Con ese fin, las entidades adquieren bienes y servicios, crean infraestructura y se valen de colaboradores privados para que asuman cometidos públicos. En conjunto, la intervención de las entidades con sus relaciones contractuales, tiene un alto impacto en el desarrollo y la economía del país, pues a través de ellos se busca satisfacer las necesidades de la población, se dinamiza el tráfico comercial, se genera empleo y se incide directamente en el producto bruto interno del país.

En esta medida, las contrataciones que celebra el Estado son herramientas que le permiten intervenir en la economía del país de manera directa, pues en periodos de recesión suele inyectar recursos públicos para

dinamizar la economía y procurar el tráfico comercial, mientras en épocas de escasez de recursos el Estado opta por reducir el gasto público.

Parte importante de la industria de bienes y servicios tiene como principal cliente al Estado, debido a la envergadura, cuantía y carácter continuado de sus necesidades, que se atienden mediante contrataciones que permiten a los empresarios planificar el crecimiento de su organización y su producción. En cierta medida, el Estado se convierte en el más importante cliente en mercados como productos farmacéuticos, seguros, maquinaria, construcción, supervisores de obra, entre otros.

## **2. LOS PRINCIPALES ACTORES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

En este relacionamiento contractual aparecen de un lado las diversas personas jurídicas que conforman la administración estatal y del otro los agentes económicos, que —bajo diversas personerías jurídicas— acuden a pactar estos contratos estatales. Por ello, los principales actores que intervienen en la contratación estatal son el Estado y el sector privado, que concurren para celebrar los contratos respectivos y brindar el servicio público encomendado, ejecutar el proyecto de inversión pública acordado o entregar los bienes, servicios u obras requeridos.

Por el lado del Estado coexisten agentes plurales que interactúan en estos procesos con diversos roles: el Ministerio de Economía y Finanzas; el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE); Proinversión; los organismos concedentes; organismos reguladores; las propias entidades que convocan procesos de selección para contratar bienes, servicios u obras; y la Contraloría General de República. Cada uno tiene funciones distintas pero determinantes para el sistema de contratación estatal.

Por parte del sector privado, existen diversos actores:

- Interesados: personas naturales o jurídicas que tienen interés en participar en un proceso de selección determinado;
- Postores: aquellos que deciden presentar propuestas en el marco de un proceso de selección;

- Adjudicatario: aquel, que luego del proceso de competencia, obtuvo el mejor puntaje total y por ello resulta adjudicado con la buena pro de un proceso de selección;
- Contratista o concesionario: aquella persona natural o jurídica que contrata con el Estado;
- Subcontratistas: personas naturales o jurídicas que, sin tener vínculo con el Estado, ejecutan, por encargo del contratista y en el marco de una relación de derecho privado, parte de las prestaciones que serán entregadas al Estado; y
- Los gremios que representan a los contratistas, tales como la Cámara Peruana de la Construcción, Asociación Peruana de Consultoría, Cámaras de Comercio, etcétera.

Igualmente, se aprecia una creciente influencia supranacional en la contratación del Estado a través del derecho internacional de las contrataciones del Estado. Dicha influencia proviene de diversas fuentes, como el Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, la Ley Modelo sobre Contratación Pública de las Naciones Unidas y, con fuerza legal, los tratados de libre comercio y, cada vez más, los arbitrajes internacionales. En los últimos años nuestro sistema se ha visto influenciado por la acción del derecho supranacional a partir de los denominados tratados de libre comercio o acuerdos bilaterales de inversión aprobados por el Congreso de la República y suscritos por el Poder Ejecutivo<sup>1</sup>. Dichos acuerdos incorporan reglas vinculantes en materia de contratación estatal, a través de las cuales los Estados se obligan

---

<sup>1</sup> El Perú ha firmado acuerdos bilaterales de inversión con Australia, China, Corea, Malasia, Singapur, Tailandia, Japón, Canadá, Estados Unidos, Cuba, El Salvador, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Alemania, Bélgica y Luxemburgo, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Suiza. Perú tiene tratados de libre comercio firmados con China, Singapur, Canadá, Estados Unidos, Chile. Países con Acuerdos vigentes: China, Singapur, Estados Unidos, Canadá y el MERCOSUR.

recíprocamente a que su régimen de contratación cumpla con principios de no discriminación (trato nacional a los postores del otro país), transparencia y debido proceso. Por ejemplo, se incluyen obligaciones recíprocas de proveer información relevante y de fácil acceso para postular, difusión de normas, jurisprudencia administrativa y judicial en esta materia, difusión oportuna de planes de contratación, convocatorias, pliegos, adjudicación y no divulgación de información confidencial. En cuanto al debido proceso, se establecen obligaciones para regular los registros de participantes, la revisión de pliegos, los plazos de impugnación, el acceso a autoridad independiente para revisar impugnaciones, etcétera.

Esta proyección supranacional también se encuentra presente por medio de *softlaw*, referido a la globalización de las compras públicas, como los reglamentos de organismos multilaterales (*guidelines*), la ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública (2011)<sup>2</sup>, el acuerdo sobre contratación pública de la Organización Mundial de Comercio (OMC), revisado en 2012<sup>3</sup>; los Modelos de Contratos FIDIC (Federación Internacional de Ingenieros Consultores), que contienen las condiciones contractuales para trabajos de construcción de ingeniería civil; condiciones contractuales para trabajos eléctricos y mecánicos, incluida la instalación *in situ*; y condiciones contractuales para contratos de proyecto y obra y llave en mano.

### **3. UN ASPECTO TERMINOLÓGICO ESENCIAL: ¿CONTRATO DEL ESTADO, CONTRATO ESTATAL, CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONTRATO PÚBLICO O CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN?**

En la doctrina solemos encontrar terminología y contenido disímiles para referirse al estudio de los acuerdos entre los organismos administrativos y los agentes económicos. Algunos se refieren a ellos como contrato estatal

---

<sup>2</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/procurement\\_infrastructure/2011Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/procurement_infrastructure/2011Model.html)

<sup>3</sup> [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/gproc\\_s/gp\\_gpa\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm)

o del Estado; otros prefieren hablar de contrato administrativo; algunos mencionan a los contratos de la administración; en algunos acuerdos se prefiere hablar de los contratos públicos; por último, otros prefieren diferenciar a los contratos de los acuerdos o convenios entre las mismas partes. ¿En todos estos casos nos estaremos refiriendo a los mismos fenómenos? Ciertamente no es posible dar una respuesta universal o que se pueda aplicar en cualquier etapa de la evolución de la institución.

En nuestro entendimiento, apegándose al derecho administrativo nacional postulamos que el término «contrato de la administración» debe ser empleado como una categoría general que implica que una de las partes del acuerdo es la administración, sin distinguir aún sobre la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre ellos.

A su vez, el término «contrato administrativo» debe considerarse como una subcategoría que alude a aquellos contratos celebrados por la administración pero que tienen —en mayor o menor medida— un régimen jurídico diferenciado del contrato privado. Este régimen diferenciado tiene por objetivo asegurar el adecuado y oportuno alcance de fines públicos sujetos a acuerdos con particulares, preservando la capacidad de dirección contractual a cargo de la administración y evitando el riesgo de que los acuerdos puedan frustrarse por el sistema de garantías concurrentes que el derecho común permite a las partes.

Por defecto, entonces, tendríamos el contrato de derecho privado, que nos permite identificar a aquellos contratos de la administración pública cuyo contenido y formas de contratación se sujetan a la regulación común, como los contratos de fideicomiso o bancarios la parte contratante sea la administración e involucre recursos públicos, se rigen en su formación y ejecución por las reglas de derecho común.

Por último, tenemos los convenios administrativos, que son una categoría general que comprende diversas expresiones de relaciones convencionales entre organismos públicos y privados, pero sin tener un contenido patrimonial.

#### 4. EL CONTRATO ESTATAL Y LAS ESCUELAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Contrariamente a lo que podría pensarse de ordinario, la adopción del contrato administrativo como institución no es uniforme en el derecho administrativo de los diversos países. Por el contrario, podríamos afirmar que hay dos tendencias: aquellos que la acogen y aquellos que, bajo diversas consideraciones, la niegan.

La noción del contrato administrativo, conocida como la teoría de la sustantividad del contrato, nació jurisprudencialmente en Francia, a través del Consejo de Estado. Este afirma que el contrato administrativo se debe regir por reglas diferenciadas propias e inherentes que permitan que sus controversias sean conocidas por el fuero especial de la administración (Consejo de Estado). Aunque a lo largo del tiempo se fueron atribuyendo algunos criterios diferenciadores para sustentar la noción del contrato administrativo, los principales son la naturaleza de las partes, el fin inmediato de la utilidad pública, el objeto del servicio público asociado al contrato, la subordinación del contratista, la existencia de prerrogativas exorbitantes, etcétera. Para esta teoría se admite la existencia residual de contratos administrativos sujetos al derecho privado. Esta teoría ha llegado a todo Centro y Sudamérica.

Otra vertiente la representa la escuela alemana —también denominada del unilateralismo— por la cual las relaciones jurídico-públicas son presididas por la noción de carácter unilateral (acto administrativo) y fundadas en la exclusiva voluntad del Estado. En ese sentido, la administración siempre se relaciona con el ciudadano a través de relaciones de superioridad y no de coordinación, por lo que existe imposibilidad jurídica de hablar de un contrato administrativo con particulares porque estos suponen igualdad. En esta línea de pensamiento únicamente se admiten relaciones jurídico público bilaterales en los denominados «contratos de derecho público», que comprenden los contratos de colaboración entre las propias entidades administrativas; y los contratos

de entidades con privados pero con el objeto de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas típicas de la función administrativa —como convenios expropiatorios o subvenciones—, en los que la figura contractual aparece como alternativa a los actos administrativos. En esta posición, cuando la administración adquiere bienes o servicios lo hace sujetándose al derecho privado.

Próxima a esta posición se encuentra la escuela italiana, para la cual la administración contrata bajo el régimen contractual común y asume que la idea del contrato de la administración yuxtapone dos actos unilaterales: el acto administrativo de la entidad de adjudicar y el acto privado de la aceptación. La eficacia del primero estaría supeditada al segundo.

Finalmente, tenemos las escuelas inglesa y norteamericana, que asumen como principio que cuando la administración se relaciona bilateralmente con privados lo hace bajo el régimen ordinario de los contratos (*ordinary law of contract*) y, por ende, las discrepancias se sujetan al Poder Judicial ordinario. De este modo se niega —como posición de principio y categoría general— la existencia de un régimen jurídico especial para el contrato administrativo. Pese a ello, en las instrucciones de servicios internos (guías para la administración dadas por los gobiernos) sí se incorporan normas especiales derivadas de las prerrogativas de la Corona, que por sectores y tipos de contratos incorporan algunos poderes propios del contrato administrativo como el poder de fiscalizar la ejecución del contrato, la decisión unilateral ejecutiva, la rescisión unilateral por conveniencia, la sustitución al contratista en caso de incumplimiento, etcétera. Así, se afirma que, como individuos y empresas privadas, el gobierno goza de la libre autoridad para procurarse bienes que necesita, para decidir con quién va a contratar y para fijar los términos y condiciones de la relación. Sin embargo, dado que tiene que actuar por necesidad a través de sus agentes, el gobierno puede, a fin de mantener su propia casa en orden, sentar algunas directrices que crean obligaciones respecto del gobierno.

De este modo, también en la jurisprudencia americana se ha llegado a aceptar esas particularidades a los contratos de la administración,

pero no como un régimen general sino como regulaciones especiales de algunos contratos en particular.

## 5. LAS CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En este estado del análisis, conviene preguntarnos cuál es la característica que hace que un contrato sea calificado como administrativo y lo diferencia del contrato privado. ¿Será la determinación expresa de la ley, la voluntad administrativa que se plasma en el contrato o la naturaleza misma de la relación que precede al contrato mismo?

A lo largo de la evolución de la disciplina se han ido empleando y descartando diversos criterios:

- Criterio subjetivo. Reconoce al contrato administrativo como categoría especial en razón del sujeto que lo celebra: la administración pública. Así, se caracterizaría al contrato administrativo por la participación de un sujeto público (estatal o no estatal) en ejercicio de la función administrativa como parte del contrato. Como parece obvio, la existencia de contratos celebrados por los organismos públicos, pero bajo régimen privado, desmiente este criterio.
- Criterio de la jurisdicción. Inicialmente fue el criterio más empleado, porque entiende que debemos reconocer al contrato administrativo según la jurisdicción aplicable, según sea el Consejo de Estado o el fuero común, para conocer los contenciosos que se generen en su ejecución. Este criterio, de origen francés, ya no corresponde con la realidad actual, pues de acuerdo a diversas legislaciones las controversias que surgen en la ejecución de un contrato administrativo deben ser resueltas por el Poder Judicial en vía contencioso-administrativa; o en otros casos, como el nuestro, mediante arbitraje y conciliación.
- Criterio formal. Según este criterio, la categoría de contrato administrativo la determina el modo de formación del contrato,

esto es, el proceso de selección previo (licitación o concurso público) para seleccionar al contratista. No obstante, cabe precisar que hay contratos celebrados entre privados que también se derivan de un proceso de selección, así como contratos del Estado en vía directa, por lo que no consideramos que este criterio sea el que determine la categoría de contrato administrativo.

- Criterio teleológico. Por este criterio se afirma que el contrato administrativo y la necesidad de un régimen especial queda atribuida por la finalidad de servicio público y de atención de necesidades de interés público que estos contratos persiguen.
- Criterio de los recursos públicos involucrados. Conforme a este criterio se considera que, al involucrarse recursos públicos en su ejecución, el contrato administrativo requiere de una normativa específica distinta al derecho común. No obstante, los contratos de asociaciones público-privadas y concesiones que no involucran recursos dinerarios —de pasivo o activo del Estado también son administrativos.
- Criterio del objeto. Para quienes afirman esta posición, lo determinante para calificar a un contrato como administrativo es el objeto creado, las obligaciones públicas.
- Criterio de legalidad. El criterio más neutro es el que afirma que el contrato administrativo se deriva de la voluntad del legislador, quien califica a un contrato como administrativo por una decisión discrecional que crea el régimen particular.
- Criterio de relación entre las partes. En esta tesis los contratos administrativos se identifican como tales cuando en ellos existen cláusulas o prerrogativas exorbitantes para los organismos públicos, que determinan una subordinación particular del contratista. Entre las prerrogativas exorbitantes se reconocen la prerrogativa de interpretación administrativa del contrato, es decir la de dictar al contratista resoluciones interpretativas vinculantes

desde que son emitidas; la prerrogativa sancionadora por incumplimientos del contratista; la prerrogativa de cancelar procesos de selección; la prerrogativa de anular actos contractuales; la prerrogativa de resolución contractual directa; la prerrogativa modificatoria unilateral de las prestaciones; la prerrogativa de reasumir la prestación en caso de incumplimiento; y la prerrogativa de dirección y control de la ejecución contractual, es decir la posibilidad de dar órdenes, instrucciones y mandatos vinculantes a la otra parte.

## 6. ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Es necesario distinguir algunas de las características que distinguen al contrato estatal del contrato de derecho común, pues este ejercicio permite comprender la necesidad de singularizar esta institución a partir de modelos arquetípicos. Es claro que no toda la gama de contratos del Estado participa de estas características con la misma intensidad; del mismo modo, no todo contrato privado presenta de modo uniforme la libertad contractual y la igualdad entre las partes, como los contratos de consumo y determinados contratos de adhesión.

Los elementos de la contratación administrativa son los siguientes:

### 6.1. Ausencia de libertad estipulativa en su formación y ejecución

Contrato administrativo	Contrato privado
El contenido sustantivo se funda en el principio de legalidad; es decir, la norma habilita la actuación de las partes y es presupuesto para su validez el cumplimiento de lo establecido en la normativa.	El contenido sustantivo del contrato se funda en la autonomía privada, y el ordenamiento jurídico constituye un límite negativo; es decir, lo único que no se puede incluir en el pacto es aquello que esté prohibido por la norma.

Así, en el contrato administrativo la formación de la voluntad contractual (oferta y aceptación o consentimiento) se genera por algún procedimiento

objetivo regulado por normas positivas que deben ser seguidas por todos los partícipes.

Por parte de la autoridad, actúa siguiendo el principio de legalidad que le señala los tipos de contratos a realizar, los objetos contractuales posibles de concertar, el presupuesto posible de comprometer, el tipo de procedimiento de selección a aplicar a cada caso y las reglas de ejecución contractual. Aun en las zonas en las que la administración actúa con discrecionalidad (preparar bases, evaluar propuestas, negociar modificaciones al contrato, etcétera) cada decisión debe ser motivada y sujetarse siempre a principios establecidos en la normativa.

Dicha situación es aplicable igualmente —aunque en concurrencia con el derecho privado— a los postores y contratistas. Por ejemplo, para que sus actos sean válidos no solo deben cumplir con las reglas del derecho privado sino también con el derecho administrativo. Así, para ser contratistas deben contar con registro especial habilitante —Registro Nacional de Proveedores—, registrarse obligatoriamente como participante, adherirse necesariamente a las bases, acreditar debidamente requisitos, no puede realizar contrapropuestas dentro de un proceso de licitación ni puede negociar bilateralmente los términos del contrato.

## 6.2. Función instrumental al servicio del interés público

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>El contrato administrativo tiene como objetivo servir de instrumento para alcanzar el fin público relevante de realización inmediata o directa que se incorpora como finalidad del contrato (ej. infraestructura, salud, educación).</p> <p>El interés público es causa del contrato y la regulación persigue la previsibilidad de la ejecución para evitar incumplimientos y buscar el mejor valor por dinero.</p>	<p>El contrato privado se agota en el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.</p>

La causa de los contratos administrativos no es la voluntad de obtener la prestación específica que asume el contratista (aspecto inmediato), sino que el acuerdo al que se arriba y su ejecución deben ser adecuados para atender la necesidad pública mediata que reclama la actuación estatal, con el modo y el alcance cabalmente exigidos por esa necesidad. Esta finalidad de la contratación no se cumple si, por ejemplo, los bienes adquiridos son mantenidos en los almacenes de la entidad o los medicamentos obtenidos, por problemas de distribución, no resultan apropiados para atender una epidemia.

Con los contratos administrativos las entidades buscan el cumplimiento de los fines de servicio y función pública, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas. En esa misma línea, los contratistas, además de obtener su utilidad —cuya protección garantiza el Estado— colaboran con el Estado en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica también obligaciones particulares como colaboradores de la administración.

### 6.3. Sujeción del contrato a la planeación estatal

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>El contrato administrativo está sujeto a la regla del planeamiento de las actividades gubernativas, a fin de identificar necesidades, prioridades y oportunidad de ejecución, así como el costo y calidad de la prestación, y evitar con ello el dispendio, la superposición, la improvisación de los funcionarios o negocios en mero interés del proveedor. Por ello, existe un ciclo contractual en el que se planifican y programan las etapas siguientes del contrato hasta su liquidación.</p> <p>Expresiones de esta planeación estatal son, por ejemplo, los estudios preliminares de inversión pública (perfil, factibilidad), estudio de mercado (posibilidades de pluralidades de oferentes, costos, tecnologías); estudio de financiamiento (presupuesto, financiamientos, etc.); estructura previsor de la ejecución de negocio (ej. disponibilidad del terreno para la obra, expediente técnico, lugares y forma de entrega, etapas de ejecución, etc.); estudio y asignación de riesgos en el contrato distribuyendo los riesgos previsibles en el contrato, la obligación de contar con un plan de trabajo, calendario de ejecución de la obra, etc.</p>	<p>El contrato privado puede obedecer indistintamente a la espontaneidad del adquirente, a una liberalidad o a la búsqueda de atender una necesidad planeada por una o ambas partes. Resulta indistinto el origen de esta necesidad para la validez del contrato mismo.</p>

En el corto o en el largo plazo, el contrato administrativo es una inversión pública, y, por ello, es el resultado de un proceso cuidadoso y sucesivo de planeamiento estatal con la finalidad de optimizar el uso de los recursos y poder celebrar contratos que impliquen inversiones que sean socialmente rentables, técnicamente viables, sostenibles en el tiempo y compatibles con los planes estatales. Para ello, varios sistemas administrativos se involucran para la preparación de un contrato del Estado: los sistemas de inversión pública, presupuesto, endeudamiento, etcétera), y en la fase de ejecución, la propia entidad a través de una adecuada gestión contractual.

#### 6.4. Desigualdad reglada entre las partes o subordinación jurídica del contratista

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>En el contrato administrativo las partes están sujetas a las normas legales, por lo que no poseen libertad contractual y, conforme al ordenamiento legal se atribuyen al organismo convocante y al contratista una desigualdad jurídica. Mientras la entidad tiene prerrogativas en la formación del contrato y en la ejecución, el contratista queda sometido a ellas mediante cargas (ej. prestación de garantías), soportar la dureza contractual derivada del fuerte control de la administración sobre el cumplimiento de las prestaciones, exigiendo al contratista la diligencia ordinaria y especial.</p>	<p>En la contratación privada se asume como regla esencial la igualdad entre las partes del contrato, dado que expresa una relación de coordinación de intereses privados y libertad de contratación, sustentada en la libertad individual y en la autonomía de la voluntad. Por ende, las partes en el contrato privado tienen las siguientes expresiones de la libertad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Libertad de contratar, que permite a las partes decidir con quién y cuándo contratar, y de concluir o no el contrato. Se contrata porque se quiere y se hace con la persona que se quiere.</li> <li>b) Libertad contractual, que reconoce el derecho de las partes de elaborar el contenido contractual: condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos, y demás particularidades que regirán la relación jurídica creada por el contrato.</li> <li>c) Libertad de elección, que permite a las partes elegir el tipo contractual entre los ofrecidos por las normas o tratados, o la práctica comercial.</li> <li>d) Libertad de creación, que faculta a las partes a crear, libremente, otros tipos contractuales cuando ninguno de los ofrecidos responde a sus necesidades.</li> </ul>

En la contratación administrativa las partes carecen de libertad de contratar, porque es la ley y, en su defecto, cada organismo convocante plantea las reglas para contratar, objetivamente, no con quien el Estado quiere sino con quien presente la propuesta más conveniente. El postor únicamente tiene la libertad de postular o no. Tampoco hay libertad contractual porque las partes no elaboran el contenido contractual de mutuo acuerdo, sino que es impuesto unilateralmente por el organismo y aceptado plenamente por el postor. Tampoco encontraremos libertad de creación de tipos contractuales, porque siguiendo el principio de legalidad, solo disponen de los tipos autorizados expresamente por la normativa.

El contratista se encuentra en una relación de subordinación o sujeción jurídica frente al organismo contratante, respecto del cual debe soportar las prerrogativas de control que el ordenamiento le atribuye: supervisar las prestaciones del contratista, interpretar el contrato y obligar al cumplimiento de esta interpretación ejecutiva del contrato, anulación unilateral del contrato, resolver unilateralmente el contrato, modificar unilateralmente de las prestaciones (deductivos y adicionales), etcétera. Sin embargo, la subordinación no implica desprotección absoluta, porque cuenta con derechos como el debido proceso, recurrir al arbitraje, notificación previa, entre otros.

## 6.5. Prerrogativas exorbitantes respecto a la contratación común

Contrato administrativo	Contrato privado
En el contrato administrativo las entidades públicas tienen —como regla general— capacidades inusuales sobre la actividad del contratista que le permiten una determinada dirección estratégica del contenido del contrato y control de su ejecución.	El contrato privado posee en su base la regla de la igualdad de las partes, por lo cual solo de manera excepcional y mediando aceptación de la otra parte, una de ellas tiene capacidad singular para imponer deberes a la otra y dirigir sus prestaciones.

Durante siglos se ha mencionado a las prerrogativas exorbitantes como elementos caracterizadores de los contratos administrativos, pero

actualmente no tienen la misma dimensión y alcance que en sus orígenes. Los organismos tienen, conforme a ley, capacidades que no son usuales en la contratación privada que representan una suerte de ejecutoriedad administrativa unilateral —institucionalizada al interior del contrato que se celebra con el Estado y es incorporada como un régimen jurídico general por el ordenamiento legal— para dirigir y controlar la ejecución del contrato. Entre esas capacidades inusuales tenemos las de supervisar las prestaciones del contratista, interpretar administrativamente el contrato (prerrogativa de decidir la interpretación ejecutiva del contrato), anular unilateralmente el contrato, resolver unilateralmente el contrato, modificar unilateralmente las prestaciones (deductivos y adicionales), reasumir la prestación en caso de incumplimiento, sancionar al contratista por la comisión de infracciones, revocar el contrato por inconveniencia, etcétera.

Finalmente, las preguntas que debemos hacernos sobre las denominadas prerrogativas exorbitantes o capacidades inusuales de los organismos son: ¿estas capacidades nacen de la ley o están implícitas por ser contratos del Estado?, ¿las capacidades deben constar en el contrato mismo o pueden crearse por norma aparte?, ¿las capacidades exorbitantes son tales por ser inusuales, por ser prohibidas o simplemente por ser excepcionales en la contratación privada?, ¿el ejercicio de las prerrogativas admiten o no limitaciones o compensaciones?, y ¿las prerrogativas exorbitantes se presentan uniformemente en todos los contratos con el Estado?

## 6.6. La publicidad y la transparencia como reglas

Contrato administrativo	Contrato privado
El contrato administrativo debe generarse, concretarse y ejecutarse de modo transparente, público y auditable por todos.	El contrato privado interesa solo a las partes y está comúnmente asociado a la privacidad del intercambio patrimonial.

Por la naturaleza del quehacer estatal, las decisiones en torno a la contratación del Estado, desde su planeamiento hasta su conclusión y aun después, deben ser de acceso público para toda la colectividad

de modo permanente y activo. No solo hablamos del derecho de acceso a la información que podría tener cualquier persona respecto de una contratación sino al deber de los funcionarios y de los participantes de ser transparentes y someter sus acciones a la publicidad suficiente. Para ello, los organismos contratantes deben adaptar su organización hacia la transparencia y designar a responsables para que publiciten oportunamente la información pertinente en los portales correspondientes y se obliguen a responder todas las solicitudes de información y suministrar la información requerida —aclaraciones a las bases, atención a las observaciones, selección del postor, etcétera— y a agotar los medios de búsqueda de la información, custodiar la información del proceso, proveer la información requerida a los peticionarios o instancias de control, y sujetar sus decisiones discrecionales a la opción más ajustada a la transparencia posible.

### 6.7. Acceso de los potenciales contratistas al contrato en condiciones de igualdad

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>La administración debe respetar el derecho a la igualdad que tienen los potenciales contratistas y la libre competencia entre ellos.</p> <p>La administración debe seleccionar motivada y objetivamente al contratista.</p>	<p>En la contratación privada quien tiene la iniciativa puede elegir libremente y sin necesidad de motivar a terceros al contratista de su conveniencia. Es parte de su libertad de contratar. Ninguna contraparte puede reclamar un derecho a ser considerado.</p>

En la contratación administrativa todos los agentes económicos tienen el derecho de participar en las opciones de contratar con el Estado. Sea persona natural o jurídica, peruano o extranjero, gran empresa o pequeña empresa, o cualquier otra circunstancia, pueden concurrir en la medida en que cumplan las exigencias que se exijan en las bases. Por ello, los organismos convocantes deben adecuar sus decisiones contractuales —determinación de necesidad, estudio de mercado, preparación de requisitos mínimos o factores de competencia, fechas de convocatorias,

etc.— a las alternativas que mejor resguarden este derecho. Los organismos convocantes no pueden contratar con quien deseen sino con quien en un plano de igualdad haya demostrado tener la propuesta más conveniente para el interés público.

Este derecho de acceso en condiciones de igualdad no solo demanda procedimientos y reglas transparentes de elección, sino una activa promoción que atraiga a más y mejores potenciales postores.

### 6.8. Formación del consentimiento bajo el esquema de una invitación a ofertar

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>En el contrato administrativo, la administración invita a presentar ofertas, y los agentes privados deben adaptarse a una fórmula y cláusulas preestablecidas unilateralmente por ella, sin tener capacidad para alterarlas, condicionarlas o presentar contraofertas.</p> <p>No hay libertad de estipulación contractual, negociaciones, discusión u contraofertas.</p>	<p>El procedimiento de contratación del contrato privado puede adoptar diversas fórmulas, siendo la regla la libre negociación de su contenido, condiciones y las diversas cláusulas que contendrá.</p>

Los contratos administrativos siguen en su formación el esquema de la invitación a ofrecer, por lo que es la entidad la que invita y fija las reglas, mientras los privados presentan su propuesta sometidos a las reglas predispuestas y agregando aquellos aspectos necesarios para formar un acuerdo integral (como el precio, el personal a asignarse, mejoras, etcétera). Finalmente es la entidad la que, verificando el cumplimiento de las reglas, adjudica la buena pro a la mejor propuesta o más conveniente.

Esta formación de consentimiento es excepcional en el derecho privado, donde se prefiere fórmulas más tradicionales y flexibles.

## 6.9. El contrato administrativo suele ser de duración prolongada

En la amplia mayoría de contratos administrativos el tiempo es esencial para el cumplimiento de sus respectivos objetos, de modo que se produzcan los efectos deseados por el organismo convocante y adheridos por el postor y finalmente se satisfaga la necesidad pública que los indujo a contratar. Así sucede con la obra pública, la concesión, el suministro, la prestación de servicios, la supervisión, etcétera.

Todos estos contratos nacen para durar y así permitir atender las necesidades continuadas o permanentes de la colectividad, que necesitan de una intervención prolongada. De este modo, las prestaciones están determinadas desde el inicio pero están sujetas a revisión permanente, lo que produce un equilibrio dinámico de las prestaciones, que demandan su adaptabilidad a un entorno cambiante. Por eso estos contratos necesitan diseñarse anticipando los cambios o eventos que justifican la mutación de manera objetiva, asignando adecuadamente los riesgos que son previsibles según su naturaleza. En esa medida, el contrato debe crear reglas procedimentales para anticipar estos riesgos previsibles y regular cómo se abordarán y producirán los cambios.

## 6.10. La mutabilidad unilateral del contrato

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>El contrato administrativo admite como regla general su mutabilidad unilateral (para la administración), para adaptarlo a las necesidades públicas, reducirlo e incluso dejarlo sin efecto para actuar conforme al interés público, sin requerir aceptación del contratista (ej. prestaciones adicionales o deducciones respecto a lo contratado).</p> <p>El contrato administrativo es inmutable para el contratista. El contrato es inmutable en cuanto sus fines originarios para las partes.</p>	<p>El contrato privado se rige por la regla <i>pacta sunt servanda</i> y la revisión —por causas exógenas— es excepcional.</p>

### 6.11. La interpretación finalista del contrato administrativo

Contrato administrativo	Contrato privado
En la interpretación de los términos contractuales predominan los criterios de conformidad legal del acuerdo y la búsqueda de la finalidad del contrato.	Predomina criterio voluntarista (intención de las partes).

### 6.12. El efecto natural del contrato administrativo frente a terceros

Contrato administrativo	Contrato privado
Los contratos administrativos producen naturalmente efectos sobre terceros no partícipes en el pacto (trabajadores del contratista a los que se le establecen algunos beneficios, los usuarios de la concesión que sufragan las tarifas según las reglas acordadas, las personas que deben ser sujetos de reasentamiento o de liberación de áreas para ejecutar la obra, afectados por derechos de superficie necesarios para la obra, etcétera).	Los contratos privados no pueden afectar a un tercero que no ha sido parte en el mismo, sus efectos se limitan a los derechos y deberes que se crean entre los partícipes ( <i>res inter alios acta</i> ).

El contrato administrativo constituye título suficiente para que el contratista haga valer sus derechos contractuales frente a terceros, en especial el de cobrar las tarifas, precios, peajes u otros sistemas de recuperación de las inversiones.

### 6.13. La trascendencia del procedimiento de selección en la formación del contrato

Contrato administrativo	Contrato privado
En el contrato administrativo existen procedimientos de selección debidamente reglados para escoger al contratista (licitación pública, subasta pública, subasta inversa, concurso público, convenio marco, etcétera). Por su trascendencia, el correcto procedimiento determina la validez del contrato.	En la contratación privada no existe ni es usual el cumplimiento de un procedimiento determinado para formar el consentimiento y seleccionar al contratista. Prevalece la libertad y la reserva mental.

### 6.14. La necesidad de perfeccionamiento documental

Contrato administrativo	Contrato privado
El contrato administrativo requiere un perfeccionamiento documental luego de haberse producido el consentimiento con la buena pro. Solo queda perfeccionado con la suscripción formal.	El contrato privado se perfecciona con el consentimiento o <i>traditio</i> (solo consenso obliga).

### 6.15. La función de la regulación contractual

Contrato administrativo	Contrato privado
Respecto al contrato administrativo, la ley de la materia es imperativa, su observancia da validez al contrato y no se puede pactar contra ella.	Respecto del contrato común, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes.

### 6.16. Los contratos típicos son categorías propias de la contratación administrativa

Los contratos típicos a los cuales acuden las entidades responden a sus particulares necesidades, por lo que son diferentes a los previstos en el derecho privado común. Por eso podemos preguntarnos ¿Es igual la concesión privada a la concesión administrativa? Indudablemente no. ¿Corresponde el contrato típico de obra privada al de contrato de obra pública? No, porque el contrato de obra pública es fundamentalmente uno de construcción y el contrato privado comprende tanto obra física como intelectual. ¿El contrato de locación de servicios es idéntico al contrato de prestación de servicios privado? ¿Existen en el derecho privado contratos típicos similares a los de consultoría o de supervisión?

La falta de correspondencia entre los contratos típicos privados y los contratos típicos administrativos ha sido producto de las distintas necesidades de ambos escenarios, y aun cuando algunos tengan orígenes comunes, su evolución posterior, las ha conducido por matices distintos. De ahí que haya que tener bastante cuidado en la aplicación supletoria

de reglas privadas a los contratos administrativos, a pesar de que puedan parecerse por su denominación.

Por ejemplo, el contrato de concesión privado implica que el concesionario —que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros— se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido, como es el caso de los concesionarios de vehículos o de estaciones de gasolina. Esto no es ni cercano a lo que representa el contrato de concesión administrativa, en la cual se transfieren al contratista privado derechos y deberes de prestador de servicios públicos o explotador de infraestructura pública.

El contrato de obra privada comprende a su vez la obra intelectual y la obra física y forma parte de la categoría más amplia de prestación de servicios. En la contratación administrativa el contrato de obra es más bien un contrato de construcción de obra física y está separado del contrato de prestación de servicios; por ello que se rige por reglas distintas a la locación de servicios. Algo similar acontece con los contratos administrativos de consultoría y de supervisión, que no guardan correspondencia con figuras contractuales existentes en el derecho privado, aunque pertenezcan a la categoría amplia de prestación de servicios.

## 6.17. Los intereses plurales involucrados en la contratación administrativa

Contrato administrativo	Contrato privado
En la conformación y ejecución del contrato administrativo se atienden distintos intereses: de las partes contratantes, usuarios, consumidores, proveedores, subcontratistas y trabajadores. Además, debe atender los intereses éticos, políticos, medioambientales, tecnológicos, financieros y, cada vez más, el interés supranacional.	En la conformación y ejecución del contrato privado se atienden los intereses de las partes.

En la conformación y ejecución del contrato administrativo se atienden intereses plurales: de las partes contratantes, usuarios, consumidores, proveedores, subcontratistas, trabajadores, y además debe ser compatibles con otros intereses, como el de la ética pública, el político, el medioambiental, el tecnológico, el financiero y cada vez más el interés supranacional.

En principio, el contrato administrativo —como todo contrato— debe atender a los intereses de las partes con las variantes que implican el interés público y el carácter de colaborador del contratista. A esos intereses también deben sumarse la situación y protección de los usuarios, los consumidores, los proveedores, los contratistas, los subcontratistas y los trabajadores de contratistas. Así, sería indebido que un organismo contratante hiciera economías y obtuviera ahorros a costa de los salarios de trabajadores de su proveedor o tolerara malas prácticas laborales. Del mismo modo, cuando se diseña un contrato de concesión es parte esencial exigir índices de servicios a los usuarios de la carretera, sus formas de verificación y de reclamo, puesto que el interés directo y concreto de los usuarios y consumidores se mide por el libre acceso al mercado de la prestación —es decir, del servicio público— y en las condiciones de calidad y oportunidad en que llega a sus destinatarios.

El contrato administrativo, tanto en su formación como en su ejecución, debe cuidar el interés de la ética pública y de la ejemplaridad. Por ello, en la contratación destaca el principio de integridad —que impone el deber para la administración y los contratistas de actuar con honestidad, veracidad, transparencia y ética, evitando conflictos de interés o información privilegiada— y se establecen limitaciones para ser contratistas o supervisores, impedimentos para ser subcontratista, causales de nulidad de contrato en caso de fraude, etcétera.

El contrato administrativo, por su nivel de inversión y búsqueda de sostenibilidad en el tiempo, debe atender el interés tecnológico, privilegiando el desarrollo, la modernidad y la tecnología actualizada para los bienes, equipos y obras a contratarse, evitando incurrir en

la ineficiencia y obsolescencia en la prestación de servicios públicos. Es indispensable entonces exigir a los concesionarios la actualización de la tecnología a aplicarse, la concordancia y utilidad tecnológica entre lo preexistente y lo que se va adquirir, y evitar en lo posible que implique una dependencia tecnológica con el proveedor.

El contrato administrativo por antonomasia debe considerar los diversos aspectos de la protección ambiental. Los contratos administrativos propenden a la conservación de la naturaleza y actúan como elemento armonizador con el desarrollo de la industria, pues la actividad contractual del Estado no puede incidir de manera negativa sobre el medio ambiente. Así, los valores referenciales deben incluir los costos ambientales de la actividad y se deben exigir reglas de protección y renovación ambiental.

El contrato administrativo —por ser esencialmente conmutativo— debe atender al interés económico, por lo que debe preservar el equilibrio económico entre las prestaciones que debe cumplir el contratista y las obligaciones a cargo de la entidad, garantizando, mediante diversas técnicas, la intangibilidad del precio.

El contrato administrativo también presenta una necesaria asociación con el interés financiero del Estado. Ello es así cuando se trata de contratos en los que el organismo financia tanto como en aquellos por los que los organismos perciben ingresos. De este modo, todo contrato administrativo debe procurar el equilibrio entre la provisión de recursos y presupuesto del Estado con los gastos e inversiones que se pretenden ejecutar en cada ejercicio presupuestal.

El componente internacional es cada vez más importante en la contratación administrativa, que ya dejó de ser un fenómeno únicamente nacional o territorial. Es importante para las necesidades nacionales conocer las alternativas de productos en el mercado internacional y atraer inversionistas extranjeros con capital y tecnología nueva para proyectos de inversión. Por ello, conocer las normas que contienen los tratados de libre comercio y diversos pactos bilaterales o multilaterales es cada vez más necesario para definir las reglas de los procesos de selección, porque estos

documentos establecen condiciones especiales de plazos, mecanismos de impugnación, tratos hacia postores nacionales, etcétera.

### 6.18. El equilibrio económico financiero del contrato

Contrato administrativo	Contrato privado
<p>El contrato administrativo da mayor protección patrimonial al contratista que el derecho común.</p> <p>Garantiza el derecho a la utilidad, bajo condiciones normales, a través del equilibrio financiero, formulas automáticas de actualización de valor, etcétera.</p>	<p>En el contrato privado la totalidad del riesgo del negocio corresponde a las partes, que actúan en plano de igualdad.</p> <p>Excepcionalmente cabe la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación para balancear equilibrios o resolver el contrato.</p>

El equilibrio económico financiero hace alusión al balance o equivalencia que existe entre las prestaciones a cargo del Estado y su contratante, y que determinan que bajo las condiciones pactadas el contrato sea beneficioso para el Estado, de acuerdo a sus objetivos, y rentable para su contraparte.

La ruptura o alteración del equilibrio económico financiero durante la ejecución del contrato —es decir, la equivalencia o correspondencia de las prestaciones— determina el derecho de la parte afectada de exigir a su contraparte que se tomen las medidas necesarias, generalmente previstas en el propio contrato, para restablecer el equilibrio perdido.

## 7. LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS CONTRACTUALES ENTRE LAS PARTES

Como consecuencia de que el contrato administrativo tiene la característica de ser un instrumento al servicio del interés público, sujeto a la planeación estatal y habitualmente de duración prolongada, la estructura del contrato estatal debe anticiparse a los posibles riesgos que se puedan presentar en su ejecución, a fin de asignar estos riesgos a las partes de manera adecuada para que, si estos ocurrieran, la ejecución no se vea afectada en su oportunidad y calidad por negociaciones intempestivas o frustrada por la inexecución del contrato. Dado que es la administración la que planifica y define el

contrato, está en su ámbito de responsabilidad identificar, prever y asignar a alguna de las partes los riesgos, que pueden ser de diseño, construcción, económicos, sociales o políticos, operacionales y de mantenimiento, de ingresos o comercial, financieros, regulatorios, de caso fortuito o fuerza mayor, ambientales, tecnológicos y arqueológicos.

Los riesgos de diseño más comunes son los errores en especificaciones técnicas dadas por el Estado, errores en el diseño entregado por el postor, una equivocada supervisión estatal, etcétera. Los riesgos de construcción pueden ser las variaciones de precios en la construcción debidas a los precios de materiales o equipamiento, riesgos geológicos, necesidad de partidas no previstas, demora en entrega de terrenos, falta de licencias o permisos administrativos, demora en aprobación de obras o pruebas, retraso en expropiaciones, demora en obtención de Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos (CIRAS), modificaciones pedidas por el Estado, defectos en ejecución de obra o hallazgo de restos arqueológicos. Los riesgos operacionales consisten en la variación de costos operativos por la complejidad de la operación o la disminución de niveles de eficiencia. Los riesgos económicos son los derivados del comportamiento del mercado, como la fluctuación de los precios de los insumos, el desabastecimiento y especulación, entre otros. Los riesgos sociales son, por ejemplo, la oposición de grupos sociales específicos, como gremios, sindicatos, pobladores, etcétera. Los riesgos políticos son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales, de periodos electorales o cambios de autoridades y de cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato, oposición al contrato, ruptura o emergencia política. Los riesgos operacionales son los referidos a la operatividad del contrato por suficiencia del presupuesto oficial, del plazo o los derivados de procesos, procedimientos, parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes. Los riesgos de ingresos para el proyecto se refieren a cambios tarifarios, alteraciones en la demanda, la oferta o la calidad del servicio ofrecido. Los riesgos financieros son el riesgo de obtención de financiación o liquidez para obtener recursos y cumplir con el objeto del contrato, y el riesgo de deterioro

de las condiciones financieras establecidas para la obtención de los recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías, y refinanciaciones, entre otros. Los riesgos regulatorios son los cambios normativos, reglamentarios o de interpretación normativa que afecten el equilibrio económico del contrato. Los riesgos de la naturaleza —temblores, inundaciones, lluvias, sequías, incendios— son eventos previsible que puedan tener impacto en la ejecución del contrato. Los riesgos ambientales son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo o de permisos y autorizaciones ambientales, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control de pasivos ambientales, entre otros. Los riesgos tecnológicos son los derivados de la suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que se deben tomar en cuenta para la ejecución del contrato, la obsolescencia tecnológica, exposición a cambios tecnológicos y demanda de reinversiones.

En la labor de preparación del contrato administrativo, a la administración le corresponde la determinación de la probabilidad de ocurrencia de los posibles riesgos en cada proyecto; la determinación de su posible impacto, esto es, estimar su magnitud sobre el equilibrio contractual; la determinación de su ponderación o relevancia; y, finalmente, en defecto de la regulación específica, la asignación del riesgo, en todo o en parte, al contratista (riesgo a transferir) o a la propia administración (riesgo a retener) y darle un tratamiento específico en el contrato. Las reglas que debe tener en cuenta para ello son, como principio, la preservación de la conmutatividad del contrato —de modo que no se puede afectar esa equivalencia por la ocurrencia del riesgo—, la asignación a la parte que mejor lo pueda vigilar, evaluar, controlar y administrar, y la asignación a la parte que tenga mayor acceso a los instrumentos de protección, atenuación o diversificación, entre los cuales suele considerarse la asunción por parte del Estado de los riesgos anormales, y la compensación cuando los riesgos asumidos por el contratista rebasan las consecuencias estimadas. Es de tener en cuenta que esta asignación de riesgos tiene como límites, de un lado,

la responsabilidad fiscal —dado que todo riesgo asumido por el Estado constituye una obligación contingente para el fisco— y, de otro lado, la bancarización del proyecto, porque si el operador asume tanto riesgo le va a impedir o dificultar obtener el financiamiento para el proyecto. Al respecto, el Decreto Legislativo 1012, Ley marco de asociaciones público-privadas para la generación de empleo productivo, dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada y considera como uno de sus principios la asignación adecuada de riesgos, entendiendo que debe existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado, debiendo ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.

## **8. CONCLUSIÓN: ¿A PESAR DE TODO, ES POSIBLE HABLAR DE CONTRATO ADMINISTRATIVO?**

A pesar de todas las peculiaridades y diferencias que venimos anotando, ¿podemos seguir llamando contrato a estas relaciones bilaterales que pactan los organismos estatales? Consideramos que sí, porque nos encontramos frente a una categoría especial de contrato que se rige por reglas, principios y procesos propios, en los que existe acuerdo de voluntades sobre un objeto cierto, consentimiento de las partes y creación de derechos y obligaciones recíprocas entre ellas.

Sin embargo, es conveniente tener presente que todos los contratos del Estado están sujetos a un régimen de derecho público, aunque existen grados dentro de ese régimen: algunos están más próximos al derecho común, como la donación de bienes en favor del Estado o el arrendamiento de locales por parte del Estado, y otros se insertan plenamente dentro del régimen administrativo clásico, como la concesión de servicios u obras, o las obras públicas. La supletoriedad del régimen común respecto de estos contratos debe apreciarse cuando ambos sean compatibles en su naturaleza jurídica, lo cual no implica necesariamente guiarse por su denominación típica.

Esta supletoriedad es para cubrir los vacíos que no pueden solucionarse con la aplicación de los principios de las contrataciones y los principios de derecho administrativo, y se ha visto reforzada por la institución arbitral, la cual en defecto de normas administrativas considera con frecuencia figuras del derecho común, tales como el enriquecimiento sin causa, la excesiva onerosidad de la prestación, el carácter conmutativo del contrato, etcétera. Precisamente para evitar desviaciones se considera como causal de anulación de laudo que «se incumpla con el orden de preferencia en la aplicación del derecho», por lo que se prefieren las normas de derecho común antes que las de derecho público y sus principios.

## 9. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son los principales actores en la contratación estatal?
2. ¿Los conceptos contrato del Estado, contrato estatal, contrato administrativo, contrato público y contrato de la administración son sinónimos?
3. ¿La concepción del contrato administrativo o la teoría de la sustantividad del contrato administrativo es uniforme en la doctrina y el derecho comparado?
4. ¿En qué consiste la teoría de la sustantividad del contrato administrativo?
5. ¿Cuál o cuáles considera son los criterios más relevantes para caracterizar a un contrato como administrativo?
6. ¿Cuáles elementos distintivos de la contratación administrativa respecto de la de derecho común considera más importantes?
7. ¿Los contratos típicos a los que acude la administración son los mismos a los establecidos en el derecho privado común?

## CAPÍTULO 2

### EL UNIVERSO CONTRACTUAL DEL ESTADO

#### **1. EL UNIVERSO DE ACUERDOS BILATERALES QUE PUEDE PACTAR LA ADMINISTRACIÓN**

La realidad contemporánea hace evidente que cada vez son más amplios y variados los sectores en los que los organismos estatales emplean la técnica contractual. Una visión desde la perspectiva del ordenamiento legal peruano nos muestra dos grandes rubros de acuerdos convencionales: los contratos propiamente dichos, en los que el elemento patrimonial es el relevante, y los convenios administrativos, en los que el acuerdo se instrumentaliza como una técnica para administrar los intereses públicos que conciernen en cada caso.

Podemos encontrar diversas formas de contratos del Estado: contratos que habilitan actividades en recursos naturales, contratos relativos a la administración del patrimonio estatal, contratos de asociación público-privada (APP) y otras formas de promoción de la inversión privada, contratos relativos al servicio civil, contratos financieros del Estado, contratos de aprovisionamiento y los contratos administrativos por extensión.

Por su parte, los convenios administrativos aparecen bajo forma de convenios interadministrativos o interinstitucionales, convenios de cooperación con administrados y convenios cuyo objeto es el ejercicio de algunas funciones administrativas.

### **1.1. Los contratos habilitantes de actividades en recursos naturales**

Con relación al otorgamiento de derechos respecto a los recursos naturales, el contrato con el Estado se convierte en el título habilitante específico que permite, según las leyes sectoriales, otorgar derechos de aprovechamiento privado como la explotación, la exploración, el uso, la venta, etcétera, de recursos que conforman el patrimonio de la nación. En cierta medida, estos contratos surgen como técnicas alternativas que permiten superar el uso de los tradicionales actos administrativos utilizados para otorgar licencias o autorizaciones —que resultan unilaterales y precarios para dichos derechos— y tienen las ventajas de otorgar carácter conmutativo a la relación, exteriorizar derechos y deberes de las partes, incluir pactos arbitrales para casos de discrepancia y otorgar así mayor confiabilidad y seguridad jurídica a los inversores.

Constituyen ejemplos de estos contratos regulados por diversas leyes sectoriales —forestal, hidrocarburos, telecomunicaciones, actividades turísticas en zonas protegidas, entre otras— los siguientes: contrato de concesión única de servicios de telecomunicaciones, contrato de licencia, contrato de servicios para exploración y explotación de hidrocarburos, contrato de concesión para el transporte de hidrocarburos, contrato de concesión para la distribución de gas natural por ductos, contrato de concesión para el aprovechamiento de flora y fauna silvestre (por ejemplo, concesiones con fines maderables, para productos forestales diferentes a la madera, de conservación, para ecoturismo, de fauna silvestre), contrato de concesión en patrimonio cultural de la nación para su aprovechamiento turístico sostenible.

### **1.2. Los contratos relativos a la administración del patrimonio estatal**

La administración también celebra contratos con los privados respecto de sus propios bienes de dominio privado del Estado (muebles e inmuebles) y de dominio público (como la concesión de bienes), de manera complementaria o sucesiva al acto administrativo que otorga derechos

reales al particular, pero sujetos a reglas de derecho administrativo. Entre estos contratos destacan el contrato de compraventa predial, el contrato de arrendamiento predial, el contrato de permuta predial y el contrato de transferencia en dominio fiduciario.

### **1.3. Contratos de asociación público-privada (APP) y otras formas de promoción de la inversión privada**

La categoría de contratos de asociación público-privada es ajena a la tradición francesa de nuestro derecho administrativo, pues proviene del derecho inglés, por lo que presenta algunas inadecuaciones a nuestro ordenamiento, que veremos posteriormente. En principio, la denominación de asociación público-privada comprende una amplia variedad de contratos en los cuales se incorpora la participación de la inversión privada mediante su experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada o innovación tecnológica.

Las asociaciones público-privadas tienen por objeto la construcción, operación y mantenimiento de infraestructura pública en general —redes viales, aeropuertos, puertos, plataformas logísticas, la infraestructura urbana y de recreación, la infraestructura penitenciaria, de riego, de salud y de educación—; los servicios públicos —telecomunicaciones, energía y alumbrado, agua y saneamiento u otros de interés social relacionados a la salud y el ambiente, como el tratamiento y procesamiento de desechos—; la educación; los proyectos de investigación aplicada o innovación tecnológica, entre otros.

Desde la perspectiva de su financiamiento o respaldo público, estos contratos pueden ser autofinanciados o sostenibles y cofinanciados. La modalidad autofinanciada será aquella APP que tenga una demanda mínima o nula de garantía financiera por parte del Estado o cuando

dichas garantías no financieras tengan una probabilidad nula o mínima de demandar el uso de recursos públicos. Por su parte, las APP cofinanciadas serán aquellas que sí requieran del cofinanciamiento o del otorgamiento o contratación de garantías financieras o garantías no financieras por parte del Estado que tengan una probabilidad significativa de demandar el uso de recursos públicos.

Desde la perspectiva jurídica, aparece la particularidad de que estos contratos no tienen un *numerus clausus* o tipología, sino que son más bien una categoría abierta de acuerdos, según lo requiera el proyecto en particular. Por ello, en algunos casos suelen superponerse a otros contratos típicos preexistentes o incluso permiten encausar el acuerdo hacia fórmulas no típicas de contratos del Estado. Ahora bien, esa amplitud permite considerar al interior de esta categoría a la concesión, asociación en participación, contratos de gerencia, contratos de riesgo compartido, contratos de especialización, así como cualquier otra modalidad contractual permitida por ley. A pesar de esa amplitud, no participan de esta categoría aquellos contratos cuyo único alcance sea la provisión de mano de obra, de oferta e instalación de equipo o de ejecución de obras públicas, que son contratos de aprovisionamiento por antonomasia.

### ***1.3.1. La concesión***

Es el contrato por el cual la administración (concedente) otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras (concesionario) el derecho y obligación de crear, ejecutar y explotar determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de servicios, por un plazo determinado. Por este contrato, el concesionario percibirá como compensación la tarifa, precio, peaje u otro sistema de recuperación de la inversión establecido, preferentemente de privados.

Las concesiones de obras públicas de infraestructura (puertos, aeropuertos, carreteras, vías férreas, trenes, etc.) pueden ser de la modalidad BOOT (*Build-Own-Operate-Transfer*), en la que la empresa privada construye con sus propios recursos la infraestructura de interés, lo cual

le da un derecho de propiedad sobre esta. Posteriormente la opera durante el tiempo previsto en el contrato, para finalmente transferir su propiedad al gobierno. Otra modalidad es BOT (*Build-Operate-Transfer*), en la que la empresa privada construye y opera un nuevo elemento de infraestructura para prestar un servicio público por un tiempo determinado, transcurrido el cual la propiedad del bien revierte al sector público.

Por su parte, la concesión también puede recaer sobre actividades reguladas y calificadas como servicios públicos: telecomunicaciones, electricidad, energía, saneamiento y gas (distribución por ductos).

En cualquiera de los dos casos la concesión puede ser gratuita u onerosa; es decir, puede o no imponer concesionario una contribución determinada en dinero o una participación sobre sus beneficios a favor del Estado.

### *1.3.2. La asociación en participación*

Es la modalidad contractual mediante la cual una empresa estatal —denominada asociante— concede a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras —denominadas asociados— una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante a cambio de una determinada contribución.

### *1.3.3. El contrato de gerencia*

Es la modalidad contractual mediante la cual el Estado cede temporalmente a otra u otras personas jurídicas o naturales, nacionales o extranjeras, la dirección, administración o gestión de una empresa estatal, transfiriendo el manejo o gerenciamiento de la misma.

### *1.3.4. El contrato de riesgo compartido (joint venture)*

Es la modalidad contractual mediante la cual el Estado celebra un acuerdo con una o más personas jurídicas nacionales o extranjeras para llevar a cabo, de manera conjunta, una operación económica empresarial

y por el cual ambas partes adquieren el compromiso de compartir, por un plazo determinado, costos de inversión, costos operativos, riesgos empresarios, entre otros.

### ***1.3.5. El contrato de especialización de servicios (outsourcing)***

Modalidad contractual mediante la cual el Estado celebra un acuerdo con una o más personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, transfiriéndoles una parte integral del proceso productivo de una o varias empresas estatales o de las actividades de las mismas, bajo la condición de que el inversionista privado asuma por su cuenta y riesgo las tareas contratadas.

## **1.4. Los contratos del servicio civil**

La técnica contractual también se ha convertido en el instrumento mediante el cual las entidades incorporan a personas naturales bajo subordinación para el ejercicio de las funciones públicas permanentes. Cabe precisar que este instrumento no agota los mecanismos de incorporación de personal al servicio público, puesto que concurren también la elección popular (cargos políticos) y las designaciones por actos administrativos (cargos directivos).

Así encontraremos algunos contratos en esta categoría, como el contrato de servidores de actividades complementarias, los contratos de servidores de confianza, los contratos de servidores (temporal o permanente), el contrato administrativo de servicios, el contrato temporal para proyectos especiales, etcétera.

## **1.5. Los contratos financieros o de endeudamiento**

Los contratos financieros del Estado son aquellos por los cuales la administración obtiene recursos económicos adicionales y complementarios a otras fuentes para el cumplimiento de sus fines (a excepción de gastos de carácter permanente) y se regula por reglas de los sistemas de la administración financiera.

Pertenecen a esta categoría los contratos de endeudamiento externo, con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país; y los contratos de endeudamiento interno, con personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país. Por su naturaleza, son contratos de endeudamiento del Estado los préstamos, la emisión y colocación de bonos, la adquisición de bienes y servicios a plazos, los avales, las asignaciones de líneas de crédito, el leasing financiero, las titulizaciones de activos o flujos de recursos, etcétera.

### **1.6. Los contratos de aprovisionamiento** (*public procurement o marches publics*)

Un componente clásico de los contratos administrativos son los denominados contratos de aprovisionamiento, por medio de los cuales los organismos de la administración, ejecutando presupuesto público, obtienen de manera inmediata los instrumentos (bienes, servicios, obras) y otros conexos (supervisión, consultorías, etc.) necesarios para cumplir directamente con sus funciones y objetivos de política. Son conocidos en los Estados Unidos de América como *public procurement* y en Francia como *marches publics*.

Dentro de esta clasificación ubicamos los siguientes contratos: adquisición de bienes, prestación de servicios, consultoría, arrendamiento, obras, suministro y supervisión.

### **1.7. Los contratos administrativos por extensión**

También es posible afirmar que existen adicionalmente otros contratos que sin ser estatales en su origen son «administrativizados» por el ordenamiento jurídico. Se trata de relaciones contractuales reguladas intensamente por el derecho administrativo (negociación, contenido, límites, etcétera), pese a que las partes que la celebran no son personas jurídicas que conforman la administración pública sino privados o bajo personería privada. Tampoco implican la ejecución de recursos públicos directamente. Así, reciben esta

denominación debido a que se les aplican reglas de derecho administrativo por extensión, no obstante se trata de contratación entre privados.

Los contratos que se encuentran en esta calificación son los que celebran las empresas del Estado que no ejercen función administrativa, como por ejemplo los contratos de obra que celebra SEDAPAL, los sujetos privados subvencionados por el Estado en sus contratos con cargo a dicho financiamiento, los contratos entre concesionarios (por ejemplo los contratos de interconexión entre empresas de telecomunicación), entre concesionarios con usuarios de infraestructura o servicio público (como los contratos de acceso de usuarios a infraestructura pública como aeropuertos) y la subcontratación de una prestación de un contratista del Estado con un privado que tiene una regulación eminentemente privada.

En todos estos casos los aspectos administrativizados suelen ser los procedimientos de contratación —que son públicos y transparentes—, las preferencias —que se alinean a las políticas públicas— y las exclusiones —que atienden circunstancias de interés público—.

## **2. LOS CONVENIOS ADMINISTRATIVOS**

Los convenios administrativos constituyen técnicas convencionales empleadas por la administración para alcanzar objetivos de interés público, pero sin que exista ánimo de lucro en la contraparte ni un contenido patrimonial como eje fundamental de la relación. En esta clasificación se incluyen los convenios interadministrativos o interinstitucionales, los convenios de cooperación con administrados y los convenios sobre funciones administrativas.

### **2.1. Los convenios interadministrativos o interinstitucionales**

Son convenios en los que convergen entidades públicas que aplican diversas modalidades de colaboración o cooperación entre ellas en los que están ausentes las prerrogativas exorbitantes. Las controversias se resuelven según los principios administrativos de competencia, jerarquía y unidad de acción

estatal, no requieren de licitación o concurso público para su realización ni aplican sanciones económicas entre entidades públicas. Estos convenios están regulados por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Constituyen convenios interinstitucionales, por ejemplo, los convenios de colaboración para el intercambio de información o los convenios de gestión entre entidades.

## **2.2. Los convenios de cooperación con administrados**

Son convenios que celebran la administración y un particular para realizar actividades de interés público, pero sin la existencia de ánimo de lucro en el privado. Tal es el caso, por ejemplo, de una asociación para colaborar en la administración de un colegio.

## **2.3. Los convenios sobre funciones administrativas**

Son convenios que celebra la administración con particulares a fin de regular por vía bilateral actos y prerrogativas administrativas. A pesar de que estas regulaciones se pueden imponer de manera unilateral sobre el particular, se considera conveniente en estos casos emplear una técnica contractual, como sucede cuando se establece, por ejemplo, un fraccionamiento tributario en vez de la cobranza de deuda tributaria, un convenio de estabilidad jurídica, el uso público de inmuebles, el reasentamiento voluntario en lugar de la expropiación, un convenio de compromiso de cese en vez de la aplicación de sanciones, etcétera.

Los convenios con funciones administrativas constituyen una técnica de administración que persigue alcanzar el mismo interés público pero no de manera imperativa, atendiendo principios de eficacia, economía procedimental o celeridad, pero en ningún caso la renuncia al ejercicio de la función pública. En esta categoría podemos encontrar los convenios de pago fraccionado de deudas tributarias, los convenios urbanísticos, el contrato ley, los convenios de reasentamiento con motivo de una obra pública, y el compromiso de cese en materia sancionadora.

### 3. PREGUNTAS

1. ¿La técnica del contrato de la administración es intercambiable con las técnicas de autorización que también aplica la administración?
2. ¿Cuáles son los contratos comprendidos en el concepto de asociación público-privada?
3. ¿La concesión es un contrato de aprovisionamiento? ¿Por qué?
4. ¿Cuáles son los contratos administrativos por extensión?
5. ¿En que se parecen y diferencian los convenios administrativos y los contratos administrativos?

### CAPÍTULO 3

## ESTRUCTURA DE LOS PRINCIPALES CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

Tal como se ha comentado, todos los contratos administrativos tienen como características ser acuerdos bilaterales, con contenido económico, de carácter sinalagmático (reciprocidad de prestaciones), conmutativos y esencialmente formales.

### 1. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

La doctrina emplea diversos criterios para clasificar los contratos administrativos según los diversos enfoques. Por nuestra parte, consideramos necesario diferenciarlos en función de la utilidad que nos reportan, entre los siguientes:

#### 1.1. Contratos nominados e innominados

Los contratos nominados hacen referencia a todos los contratos que aparecen habilitados por la normativa para que puedan ser celebrados por la administración o, en vía supletoria, por leyes especiales o acogidos al Código Civil, de ser el caso. Lo relevante es que cuentan con una denominación legal, tipificación y régimen normativo preexistente. Es el caso de los contratos de obra, donación, suministro, consultoría, endeudamiento, etcétera. Aun cuando el contrato presente elementos de uno y otro contrato típico, existen las reglas para que ese contrato

se rija por el régimen de mayor incidencia en el negocio. Los nominados son la regla general en los contratos administrativos. Por el contrario, los contratos innominados se caracterizan por su atipicidad, dado que no poseen elementos regulados pues no son objeto de ninguna reglamentación legal previa. Estos contratos no tienen presencia en la contratación pública salvo que alguna norma legal habilite expresamente a las entidades a concertarlos, como es el régimen de las asociaciones público-privadas. En este caso se amplía la categoría de contratos celebrables a cualquier relación contractual en la que se incorpore la participación de la inversión privada mediante su experiencia, conocimientos, equipos o tecnología; y se distribuyen riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objetivo de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública, proveer servicios públicos o prestar los servicios vinculados a estos que requiera brindar el Estado, así como desarrollar proyectos de investigación aplicada o innovación tecnológica.

## **1.2. Los contratos de atribución y de colaboración**

La clasificación más tradicional de contratos administrativos es aquella que diferencia las distintas funciones que desempeñan las partes en función de cuál es la prestación principal o fundamental del contrato que a su turno expresa la esencia de la relación contractual. En base a este criterio se reconocen a los contratos de atribución, en los cuales la prestación fundamental (por atender el fin público) es la del Estado asignándole una ventaja al contratista; este retribuye, accesoriamente, por esa ventaja que recibe. Tal es el caso, por ejemplo, de la concesión de bienes de dominio público o de recursos naturales.

Por otro lado, tenemos los contratos de colaboración, como se denomina a aquellos en los que la prestación fundamental (por atender directamente el fin público) es la del contratista hacia la entidad o hacia la sociedad, según el caso. El contratista en este caso recibe una contraprestación accesoria del Estado o de terceros, como en la contratación de obras públicas, la concesión de servicios, suministros, supervisión,

concesión de infraestructura, etcétera. Aquí aparece el contratista como un colaborador de la administración, por lo que se determinan diferentes consecuencias en la forma de interpretar los contratos, en el grado de protección que se debe prodigar al contratista, etcétera.

### **1.3. Los contratos de pasivo, contratos de activo y contratos neutros**

Desde la perspectiva presupuestal o de los ingresos y gastos públicos, los contratos pueden diferenciarse en contratos de pasivo y contratos de activo.

Los contratos de pasivo son aquellos en los que la obligación de la administración es pagar las prestaciones ejecutando fondos públicos como contraprestación al contratista. Al vincularse con el presupuesto público, obviamente existe interés relevante en seleccionar cuidadosamente los proyectos en los que se va a invertir, anticipar cabalmente el riesgo financiero del Estado, promover la búsqueda del menor costo, etcétera. Tal es el caso de contratos de obra, concesión cofinanciada, supervisión, entre otros.

Esas circunstancias no se presentan en los contratos de activo, que son aquellos más bien en los que la administración percibe recursos del contratista como contrapartida por la explotación autorizada o bien trasferido. Es el caso de la venta de bienes, activos, acciones del Estado, subasta de tierras, concesiones onerosas, etcétera.

Finalmente, también tenemos los contratos denominados neutros presupuestalmente, que no originan movimientos de fondos hacia o desde la administración, representando técnicas de administrar intereses o transformar infraestructura, como las concesiones gratuitas.

### **1.4. Los contratos de medios y de fines**

Desde la perspectiva de la inmediatez para la satisfacción de las necesidades públicas, los contratos administrativos pueden ser diferenciados en los contratos de medios y los contratos de fines.

Los contratos de medios, son aquellos en los cuales la prestación del contratista constituye un insumo en favor de la entidad, para que sea esta la que cumpla con sus funciones y servicios hacia la colectividad. Así sucede, por ejemplo, con los contratos de endeudamiento, de servicio civil, suministros de bienes, arrendamiento de locales, locación de servicios, etcétera.

Por otro lado, tenemos los contratos de fines, mediante los cuales la prestación del contratista constituye de modo directo una actividad en favor de la colectividad sin la intermediación de la administración, la que se reserva el rol de financiador o supervisor de la actividad. Como ejemplo de este tipo de contratos podemos mencionar la concesión de servicios, la tercerización de atenciones médicas, la concesión de infraestructura—incluyendo su operación—, el contrato de gerencia de empresa pública de servicios, etcétera.

### **1.5. Los contratos a iniciativa del Estado y a iniciativa del particular**

Desde una perspectiva histórica, el modelo originario y casi único de los contratos administrativos surgió por iniciativa de las propias entidades, que identificaban la necesidad, diseñaban la solución, planeaban cómo alcanzarla, buscaban recursos y convocaban postores, fundándose en la necesidad de cumplir sus actividades y fines de interés público. En la actualidad ha surgido la categoría de contratos a iniciativa del particular, al haberse consagrado la figura de «iniciativas privadas» o «propuestas no solicitadas», que permiten más bien a los particulares identificar una necesidad de interés público no satisfecha, analizar la forma de atenderla, y diseñar y realizar un planteamiento serio a la autoridad competente, para que previo análisis de convergencia con el interés público pueda llevarse a cabo bajo modalidad contractual.

## **1.6. Los contratos de colaboración, de integración y de transformación**

Los contratos de colaboración o de asistencia fueron originalmente contratos con privados que colaboran en la gestión de las entidades para, por ejemplo, construir una obra o suministrar bienes. Luego surgieron los contratos de integración, donde el contrato se muestra más bien como una técnica de integración de mercados o intereses. Finalmente, los contratos de transformación son aquellos en los que el contratista sustituye al Estado en sus deberes frente a la colectividad, como es el caso de las concesiones y las asociaciones público-privadas.

## **2. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS**

### **2.1. La adquisición de bienes**

Es el contrato por el cual la administración adquiere la propiedad de bienes muebles o inmuebles del proveedor a cambio de pagar su precio en dinero con recursos públicos para el cumplimiento de sus actividades y funciones. Los bienes a adquirirse pueden ser muebles o inmuebles, existentes o futuros, consumibles o elaborados a pedido, para consumo institucional o para los ciudadanos, comunes o sofisticados, o de consumo, intermedios y bienes de capital. A diferencia de lo que sucede en ámbito de los contratos privados —cuando la administración adquiere bienes y cuando los vende a privados—, acude a ordenamiento, procedimientos y reglas distintas, pues se trata de dos contratos distintos: adquisición de bienes privados y venta de bienes estatales.

### **2.2. El suministro**

Es el contrato por el cual el proveedor se obliga a entregar a la administración bienes materiales o servicios durante un periodo pactado en forma de tracto sucesivo (continuado o intermitente) a cambio de una retribución. Se trata de un contrato único pero con prestaciones

independientes, y es complejo debido a la pluralidad de prestaciones involucradas y su duración prolongada. Es aplicable para la contratación de servicios públicos, papel, combustible, armas, materiales de construcción, medicamentos, etcétera.

El contrato de suministro se distingue de la compraventa, pues el suministro es un contrato de tracto sucesivo mientras la compraventa es un contrato instantáneo. Además, el contrato de suministro sí puede tener por objeto la prestación de servicios, mientras la compraventa solo permite la transacción sobre bienes. El contrato de suministro puede ser traslativo de dominio, uso o disfrute y tener por objeto la prestación de servicios personales; en cambio la compraventa solo es traslativo de dominio.

Desde un punto de vista conceptual, el contrato de suministro posee ventajas relevantes respecto del contrato de adquisición de bienes. Estas son la eliminación de la pluralidad de contratos; la seguridad al suministrado en cuanto a la recepción de los bienes que necesita; el hecho de que el suministrador pueda calcular y prever la colocación de su producción en periodos largos; y mantener en el proveedor el riesgo de entrega en oportunidad y la existencia del bien, evitando el costo de almacenamiento y traslado que suelen asumir las entidades.

### **2.3. La locación de servicios**

Es el contrato por el cual el proveedor se obliga, sin estar subordinado a la entidad, a prestarle sus servicios (obligación de hacer) por cierto tiempo o para una actividad determinada, a cambio de una retribución con cargo a recursos públicos. En este tipo de contratos la actividad a pactarse puede estar sujeta a resultados, como sería por ejemplo la cobranza de una deuda o el éxito en un proceso judicial.

Las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato de locación son:

- a) Servicios de simple apoyo a la gestión. No requiere habilitación especial para su prestación, y son llamados servicios comunes. Ejemplos: servicios de seguros, seguridad, limpieza, mantenimiento,

- instalación, reparaciones, encuestas, publicidad, impresiones, transporte, limpieza, etcétera;
- b) Servicios profesionales o técnicos. Es el caso de servicios contables o jurídicos, clínicas, servicios médicos, informáticos, ingeniería;
  - c) Servicios para la ejecución de trabajos artísticos. Solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales, como publicistas, por ejemplo; y
  - d) Servicios profesionales o técnicos de notoria especialización. Como serían los servicios para realizar investigaciones complejas o la capacitación en un *software* de última generación.

El contrato de locación de servicios se diferencia de otros contratos —como el contrato de servicio civil y el de contrato de obra— por lo siguiente:

- En el contrato de locación de servicios no hay subordinación. La autonomía del locador desde el aspecto científico y técnico es connatural al contrato, dentro del plazo y estipulaciones pactadas, lo cual lo distingue del contrato de servicio civil.
- El contrato de locación de servicios es un contrato de actividad y no de resultado, como sí lo es el contrato de obra. La remuneración del contrato de locación de servicios suele estar asociada al tiempo de duración del servicio; en cambio la remuneración del contrato de obra está asociada al resultado o unidad de medida. El riesgo se mantiene en el comitente, mientras en el contrato de obra el riesgo es asumido por el contratista hasta que se produce la entrega, oportunidad en la cual se traslada al propietario de la obra.

Como veremos luego, este contrato posee una relación de género-especie con los contratos de consultoría y supervisión, pues estos últimos son prestaciones de servicios calificadas especialmente por el objeto.

## 2.4. El contrato de obra pública

Cuando las entidades necesitan la ejecución de una obra o construcción pueden acudir a cinco alternativas: i) por administración directa, en la cual es la propia entidad la que con su personal, presupuesto y equipo acometen su ejecución; ii) con contrato único de obra, por la que se encarga la ejecución a un contratista experimentado; iii) con contrato principal de organización (integrador), cuando se contrata a una empresa especializada en gerencia de proyectos de construcción para que ella realice cuantos contratos sean necesarios para lograr el resultado, incluyendo a los ejecutores de la obra propiamente dicha, el supervisor, los proveedores, etcétera; iv) la concesión de obra, cuando dentro de un acuerdo de inversión privado se encarga la construcción a un privado para que recupere la inversión por medios de peaje u otros cobros a los usuarios; y, v) obras por impuestos, que consiste en un régimen legal para fomentar que inversionistas privados asuman voluntariamente el financiamiento o la ejecución de proyectos de inversión pública en infraestructura calificados previamente por el Estado como viables y con impacto regional y local, con cargo a que el costo final le sea deducido —en el futuro— de las sumas que les corresponda pagar por concepto de impuesto a la renta. En este caso, un contribuyente se compromete voluntariamente a invertir en obras públicas previamente calificadas de interés por el Estado y a transferirlas a gobiernos locales y regionales, entre otros, con cargo a aplicar el monto invertido contra futuras deudas tributarias por impuesto a la renta de tercera categoría.

En principio, la realización de la obra pública mediante autoconstrucción, administración directa o *in house* es empleada únicamente para actividades menores y no para los grandes proyectos, dados los implícitos problemas de ineficiencia que acarrea. La obra por administración directa es ejecutada por la misma entidad solo cuando cuenta con el íntegro de la disponibilidad presupuestal, posee por sí misma la capacidad técnica, recursos materiales y logísticos para ejecutar

obras, y la experticia necesaria para realizar la adquisición de los recursos y suministros necesarios (materiales y otros) de manera oportuna bajo la ley de contrataciones. De lo contrario se corre el riesgo de descontrol de la obra, despido de recursos e impericia profesional.

La forma más usual de ejecutar las obras públicas es a través de contratos de obra por los cuales la entidad encarga al contratista realizar —con su propia actividad, organización y medios— una o más prestaciones de ingeniería civil, sujeta a medidas por el resultado sobre inmuebles y a un proyecto o expediente técnico previamente aprobado. A cambio, la entidad se obliga a pagar al contratista una retribución económica.

Para la ejecución de estos contratos se requiere dirección técnica, expediente técnico previo —memoria descriptiva, especificaciones, planos, metrados, calendario, etcétera—, mano de obra y equipo, con predominio del costo de materiales sobre la mano de obra. Estos costos se invierten en el caso de servicios, donde prima el costo de la mano de obra sobre los materiales.

Las prestaciones que se pueden involucrar en este tipo de contratos son: construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles. También en lo que se conoce como la «fuerza atractiva del contrato de obra» pueden comprender en su alcance otro tipo de prestaciones, tales como: diseño del expediente técnico, suministro de bienes o equipamiento, servicio de replanteo del proyecto o elaboración del expediente en caso de modificaciones de obras.

#### *2.4.1. Clasificaciones de los contratos de obra pública*

En atención a su objeto, los contratos de obra pueden tener las siguientes modalidades: i) proyecto y obra (concurso oferta); ii) obra completa; iii) llave en mano; y iv) rendimiento garantizado.

- a) El concurso oferta es la modalidad por la cual los postores deben formular sus propuestas considerando la información que consta

en los estudios con los que se obtuvo la viabilidad, que forma parte de las bases del proceso de selección respectivo. Del mismo modo, una vez suscrito el contrato el contratista debe elaborar el expediente técnico sujetándose a los parámetros previstos en los estudios. El concurso oferta solo 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

- b) La obra completa implica que la entidad le entrega al contratista el expediente técnico (planos, memoria descriptiva, presupuesto, etcétera), para que este solo se encargue de su construcción.
- c) Llave en mano es la modalidad mediante la cual la entidad no solo busca la construcción de una infraestructura, sino que su requerimiento se encontrará satisfecho si esa infraestructura se encuentra equipada, para que así, inmediatamente después de la recepción de la obra, la entidad pueda poner en funcionamiento la misma. Además, según la normativa del contratista, puede incluirse como parte de las prestaciones de cargo del contratista también la elaboración del expediente técnico.

Es propio de su naturaleza que, además de las obligaciones antes señaladas, la modalidad de contratación llave en mano pueda incluir obligaciones particulares, tales como la realización de un periodo de pruebas de puesta en servicio y operación experimental; posibilidad de formación de personal y la asistencia técnica luego de la ejecución de la obra; entrega de planos de equipamiento y manuales de operación definitivos en la oportunidad de entrega de la obra. Además de la responsabilidad por vicios ocultos, los contratos bajo esta modalidad suelen requerir de pólizas de seguros o garantías que deben mantenerse vigentes por un periodo mayor al de la duración del contrato.

- d) Rendimiento garantizado es un sistema que tiene un alcance aún mayor que el de suma alzada, pues además de construir la obra,

equiparla y entregarla en funcionamiento, el contratista debe garantizar determinados rendimientos, como por ejemplo que, en la construcción de una central hidroeléctrica, además de entregar la obra operativa, esta produzca una cantidad determinada de energía por periodos, y sin interrupciones de servicio.

En atención al sistema de determinación de precios, los contratos de obra pueden ser: i) precios unitarios; ii) suma alzada; iii) esquema mixto (precios unitarios y suma alzada, según partidas); iv) tarifas o porcentajes. Los sistemas de determinación de precios más empleados en la industria son el de precios unitarios y de suma alzada. En los precios unitarios, por unidad de medida o serie de precios, es cuando se realiza un cómputo métrico de la obra y se paga en función del precio por unidad de medida efectivamente ejecutado; mientras que la suma alzada implica un precio global, total, previo e invariable para la realización de toda la obra, independientemente de los costos y plazos reales, pero siempre que se respete el proyecto de obra y el plazo en función de los cuales se pactó el precio.

#### *2.4.2. Las obligaciones de las partes en el contrato de obra pública*

Las obligaciones de la administración contratante son contar con la titularidad de un derecho sobre el predio, que permita la construcción; contar con disponibilidad del predio y dar acceso al constructor; contar con la previsión presupuestal para cancelar los pagos; designar al supervisor de la obra; entregar el expediente técnico de la obra; entregar los adelantos dinerarios (de estar previsto en las bases o pliego de condiciones); facilitar la documentación e información previa necesaria para la ejecución del proyecto; gestionar y obtener las licencias y autorizaciones administrativas para la ejecución de las obras permanentes; recibir la obra cuando esté conforme.

Por su parte, las obligaciones del contratista constructor son: ejecutar la obra con sujeción al proyecto, a la legislación aplicable (por ejemplo,

el Reglamento Nacional de Edificaciones) y a las instrucciones de la entidad contratante y del supervisor, a fin de alcanzar la calidad exigida en el proyecto; ejecutar la obra en el plazo previsto y entregar un programa detallado del proceso constructivo; organizar un procedimiento constructivo (accesos, tránsito, medio ambiente) con el fin de ocasionar el menor impacto posible a terceros o mitigar los efectos; designar al jefe de obra (ingeniero residente) que asumirá la representación técnica del constructor; asignar a la obra los recursos humanos, equipos, insumos y materiales comprometidos y necesarios; advertir de los defectos de suelos, del expediente y condiciones física imprevisibles que afecten el proceso constructivo; asumir responsabilidad por la idoneidad, estabilidad y seguridad del proceso constructivo, obras temporales y definitivas; advertir cualquier reclamación que indirecta o directamente pueda tener algún efecto sobre el objeto del contrato o sobre sus obligaciones y cualquier circunstancia jurídica, social, económica, técnica, ambiental o de cualquier tipo, que pueda afectar la ejecución del contrato; obtener las licencias —para manejo de explosivos, importación de equipos, conformidad de obra, etcétera—; ejecutar la obra por su riego y cuenta. El contratista asume el riesgo hasta la entrega del resultado —la obra—, por lo que debe tomar los seguros necesarios para cubrir los riesgos de su actividad.

A su vez son derechos del contratista recibir el expediente técnico aprobado por la entidad; cobrar el precio contractual (actualizado según el contrato) por medio de pagos a cuenta de valorizaciones periódicas, con cargo a liquidación final. En obras a suma alzada, las valorizaciones se formulan en función de los metrajes ejecutados contratados con los precios unitarios del valor referencial; y en obras a precios unitarios se valorizará hasta el total de los metrados realmente ejecutados.

## **2.5. El contrato de consultoría**

El contrato de consultoría tiene por objeto la prestación de servicios altamente calificados cuyo objeto está centrado en el desarrollo de actividades de carácter eminentemente intelectual, y con la particularidad

de que tales esfuerzos están dirigidos, específicamente, al cumplimiento de cometidos vinculados a proyectos de desarrollo o inversión.

En nuestro ordenamiento, existen dos tipos de contratos de consultoría: consultoría general y consultoría de obra. La consultoría general es la prestación de servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos: en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, asesorías, auditorías, estudios previos del proyecto; estudios básicos, preliminares y definitivos, y asesoramiento en la ejecución de proyectos distintos de obras. Por su parte, la consultoría de obra involucra las prestaciones de servicios profesionales altamente calificados vinculadas al desarrollo de infraestructura. Esta consiste en:

- a) Elaboración de expediente técnico. El expediente técnico es el conjunto de documentos que comprende la identificación de riesgos, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrajés, presupuesto, valor referencial, calendario de avance de obra valorizado, fórmulas polinómicas, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental y otros complementarios.
- b) Supervisión de obras. Se trata del contrato por el cual la entidad encarga a un proveedor independiente y especializado —al que se le denominará supervisor— la verificación, control y vigilancia de las prestaciones técnicas y contractuales del constructor o concesionario, con el objeto de garantizar a través del desarrollo de su actividad el cumplimiento del ejecutor de obra y el servicio.

## **2.6. El contrato de supervisión**

El contrato de supervisión, de inspección o de interventoría, se caracteriza por ser un contrato de prestación de servicios calificado, ser un contrato principal, autónomo pero conexo a otro, generalmente de obra y concesión. Así, el supervisor representa a la entidad frente al constructor

de la obra; controla, vigila e inspecciona el proceso, desarrollo y finalización del constructivo para velar por que se cumpla con el diseño del proyecto, las normas y especificaciones técnicas y de seguridad, el presupuesto asignado, la calidad de materiales, maquinaria y equipos, idoneidad del personal y tiempo pactado. El supervisor instrumenta conocimientos técnicos, científicos, tecnológicos análogos o mayores al ejecutor de la obra, le da instrucciones, asesora, absuelve consultas, aprueba sus trabajos e informa al propietario de la obra, pero no es competente para modificar el contrato.

Son obligaciones del supervisor:

- Antes del inicio de la obra, revisar los documentos relacionados con el terreno, estudios e investigaciones, permisos y trámites oficiales.
- Velar porque el cumplimiento de la obra esté bajo el concepto según el cual fue diseñado, indistintamente de las circunstancias o inconvenientes que puedan presentarse durante el desarrollo de la misma.
- Coordinar y vigilar el correcto desempeño de la obra, de manera que todas las actividades se realicen bajo el total cumplimiento de las normas y especificaciones técnicas y de seguridad, siguiendo así de la mejor manera posible el diseño planteado en los planos del proyecto.
- Proporcionar indicaciones oportunas, eficaces y aptas, en su calidad de asesor.
- Velar por que el desarrollo de la obra se realice bajo el presupuesto, los costos y los tiempos calculados para la misma o a lo sumo lo más parecido a dicha proyección.
- Revisar los contratos y los conocimientos técnicos responsables de los contratistas.
- Recabar todo tipo de documentos generales de consulta y control.
- Realizar el debido control de calidad en materiales, maquinaria y equipos dispuestos para el proyecto.

- Recomendar a la administración las medidas que corresponda adoptar, como aprobaciones o rechazos adicionales al contrato, aplicación de penalidades, ampliaciones de plazo y resolución del contrato.
- Otras señalados en el ordenamiento (Reglamento Nacional de Edificaciones) y el contrato.

## 2.7. El contrato de concesión

La concesión es el contrato por el cual la entidad encarga o delega en una persona, temporalmente, la ejecución de servicios públicos o de obras de infraestructura, otorgándole el ejercicio de prerrogativas públicas para asegurar su funcionamiento y asumiendo el concesionario los costos y riesgos de la ejecución y operación.

El auge de las concesiones en nuestro país se debió, entre otras causas, a la incorporación de capitales privados a través del proceso de concesiones, que permite liberar recursos públicos para orientarlos a proyectos y programas de alta rentabilidad social. La concesión propende hacia el desarrollo y mejoramiento de la eficiencia en la producción y gestión de infraestructura pública, y descentraliza la producción y gestión de la infraestructura generando niveles de servicio por los cuales los usuarios estén dispuestos a pagar. A través de la concesión se independiza la gestión del servicio de las decisiones políticas, propias de las entidades, y se promueve la pluralidad de ofertas en los servicios.

Tanto el contrato de concesión de servicios públicos como el contrato de concesión de infraestructura tienen como notas comunes ser contratos típicos, bilaterales (obligaciones recíprocas), onerosos, *intuitu personae*, de ejecución sucesiva y ser un contrato de atribución.

### 2.7.1. Los derechos y obligaciones de las partes

Son atribuciones de la administración exigir el cumplimiento del servicio público o la ejecución de la obra, controlar y dirigir el servicio o proceso

constructivo a cargo del concesionario, modificar y reglamentar la actividad sujeta a concesión, aprobar tarifas, sustituir al concesionario o reasumir la concesión, por causas justificadas.

Son obligaciones de la administración prestar el servicio o ejecutar la obra según el contrato y las normas técnicas, conservar las obras y sus vías de acceso, señalización y servicios en condiciones normales de utilización, prestar el servicio en forma continuada y cumpliendo con los principios del servicio público (continuidad, progreso, universalidad, uniformidad, etcétera), explotar directamente la concesión y no cederla a terceros sin autorización del concedente, velar por el orden en la prestación del servicio, indemnizar los daños que causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la prestación del servicio público o la explotación de una obra pública.

Por su parte, el concesionario, en virtud del contrato suscrito con la entidad, asume la función de prestar el servicio público o ejecutar, operar y mantener la obra de infraestructura. Por su calidad, se beneficia de los siguientes privilegios: supresión de concurrencia de terceros en la actividad. (monopolio) y el compromiso del Estado de no otorgar otras concesiones (exclusividad).

### *2.7.2. Las relaciones jurídicas que surgen del contrato de concesión*

Dada la naturaleza compleja del contrato de concesión, del contrato surgen seis relaciones sujetas bien al ordenamiento administrativo o al derecho común:

- Concedente-concesionario (contrato de concesión).
- Concesionario-regulador (relación administrativa).
- Concesionario-trabajadores (relaciones privadas).
- Concesionario-usuarios (relación administrativa).
- Concesionario-financistas (relaciones privadas).
- Entre concesionarios (relación privada sujeta a regulación administrativa).

La relación entre el concesionario y los usuarios es de naturaleza jurídico pública, pues el concesionario ejerce una función pública en nombre y por autorización del Estado.

Son obligaciones del concesionario frente al usuario: brindar acceso al servicio; asegurar el funcionamiento del servicio de manera permanente; brindar información a los usuarios y a quienes deseen acceder a los servicios; atender, de manera fundamentada, las reclamaciones de los usuarios; permitir la participación de los usuarios en audiencias públicas (tarifas, renovaciones, etcétera). El usuario, a su vez, tiene la obligación de pagar las tarifas y acatar las reglas que disciplinen la prestación del servicio.

### 2.7.3. Extinción o caducidad del contrato de concesión

El contrato de concesión se extingue cuando cesan de manera definitiva sus efectos jurídicos, lo cual se puede producir por las siguientes causales:

- Muerte, quiebra o desaparición del concesionario. Debido a que el contrato es *intuitu personae*, en el que se toma en cuenta las características y cualidades del concesionario, al producirse la desaparición del concesionario se extingue el contrato.
- Vencimiento del plazo. Las concesiones son de carácter temporal, por lo que al término del plazo pactado se extingue la concesión, lo cual no enerva la posibilidad de que las partes pacten una prórroga de acuerdo a las normas.
- Renuncia. La renuncia es posible en el caso de concesiones de uso de dominio público otorgadas en interés particular del concesionario, por lo que si este renuncia al derecho que le fue otorgado se producirá la extinción de la concesión.
- Resolución por incumplimiento. Las partes, de común acuerdo o de manera unilateral, por motivos fundamentados, pueden poner término al contrato antes de su vencimiento. La resolución unilateral puede producirse por incumplimiento del concedente, por incumplimiento del concesionario, por caso fortuito o fuerza mayor.

- Revocación o rescate. La entidad puede revocar una concesión o disponer su rescate por razones de mérito o conveniencia previstas en el contrato, con indemnización para el concesionario.

#### *2.7.4. El contrato de concesión de infraestructura*

El contrato de concesión de infraestructura tiene por objeto la construcción, conservación o explotación de obras públicas nuevas, pero también puede tener por objeto la explotación, administración, reparación, ampliación, conservación o mantenimiento de una obra preexistente. Los objetos sobre los cuales puede recaer un contrato de concesión de infraestructura pueden ser redes viales (carreteras, autopistas), aeropuertos, puertos (fluviales, marítimos, lacustres), plataformas logísticas, infraestructura urbana y de recreación, infraestructura penitenciaria, infraestructura de riego, infraestructura de salud, infraestructura de educación, entre otros.

En este tipo de contrato el Estado no remunera al concesionario directamente, sino que le otorga el derecho a explotar la obra por un plazo determinado, como por ejemplo sucede con los peajes. El subsidio estatal cabe solo de manera excepcional, a título de cofinanciamiento.

El contrato de concesión de infraestructura se diferencia del contrato de obra pública por lo siguiente:

Contrato de concesión	Contrato de obra pública
El concesionario financia la construcción y recupera la inversión mediante el cobro de las tarifas pagadas por los usuarios de la obra.	La administración abona directamente al contratista el importe convenido como contraprestación por la ejecución de la obra.
El concesionario se encarga de mantener y operar la construcción.	Luego de la construcción, la administración recibe la obra y se encarga de modo directo de su mantenimiento y operación.
Las relaciones jurídicas exceden ese marco y se extienden a los administrados que utilizan la obra una vez concluida.	Crea relaciones jurídicas entre el Estado y el constructor.

La opción de concretar una obra de infraestructura mediante administración directa, mediante un contrato de obra pública o a través de un esquema asociativo tipo concesión es una decisión difícil. Para elegir entre las dos últimas se han desarrollado metodologías económicas (como el comparador público-privado o el análisis costo-beneficio) que pretenden comparar el costo neto en valor presente y ajustado por riesgo para el sector público, proveer un proyecto mediante obra pública con el costo del mismo proyecto ejecutado a través de una asociación pública privada, y así poder elegir la mejor alternativa de ejecución.

#### *2.7.5. El contrato de concesión de servicios*

Es un contrato a título oneroso, celebrado por escrito, en virtud del cual una entidad confía por un plazo determinado la prestación y la gestión de servicios destinados a la colectividad a uno o más operadores económicos. El concesionario, en contrapartida, tiene derecho a explotar los servicios objeto del contrato de manera exclusiva, y en algunos casos este derecho le es otorgado con un subsidio.

Los contratos de concesión de servicios públicos pueden ser de servicios de electricidad y energía en general, servicios de saneamiento, servicio de telecomunicaciones, servicio de limpieza pública y servicios relacionados a la salud y el ambiente, como por ejemplo, el tratamiento y procesamiento de desechos.

#### *2.7.6. Contrato de concesión mixta*

También se admiten en la clasificación de contratos de concesión los contratos de concesión mixta, que involucran servicios y obras. Según la normativa peruana, las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán y ejecutarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato.

### 3. PREGUNTAS

1. ¿Los contratos administrativos son primordialmente contratos nominados o innominados? ¿Por qué?
2. ¿Los contratos de obra pública y de concesión de servicios son de colaboración o de atribución?
3. ¿El contrato que se celebra con ESSALUD y este paga, para que la empresa de atención médica o realice análisis clínicos a sus pacientes es un contrato de medios o fines?
4. ¿Cuáles son las ventajas del contrato a iniciativa del particular?
5. ¿Cuáles son las diferencias entre el contrato de locación de servicios y el de obra pública?
6. ¿Cuáles son las diferencias entre las obras contratados por proyecto y obra (concurso oferta), obra completa; llave en mano; o rendimiento garantizado?
7. ¿El supervisor por el contrato asume la calidad de funcionario público?
8. ¿Cuáles de las seis relaciones que surgen entre las partes en el contrato de concesión quedan reguladas por el derecho administrativo?

CAPÍTULO 4  
LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS  
EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL

**1. CONCEPTO DE PRINCIPIO**

El principio es una fórmula capaz de explicitar positivamente los valores sociales, éticos y políticos que fundamentan un conjunto de normas de la contratación estatal, que como estándares permanentes y potenciales deben concretarse mediante las actuaciones específicas de los administradores —responsables de las áreas usuarias y de logística, integrantes del comité, máximas autoridades administrativas y responsables de la ejecución del contrato— y los administrados —interesados, postores y contratistas—.

Cada principio de la contratación administrativa constituye una declaración que cada operador debe maximizar, debido a su dinamismo potencial para ser aplicado a un sinnúmero de supuestos de hecho posibles de acontecer en el desarrollo de las contrataciones estatales.

**2. LAS FUNCIONES DE LOS PRINCIPIOS  
DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Los principios de la contratación cumplen una triple función para el mejor desenvolvimiento de las decisiones cotidianas de las diversas fases de la contratación administrativa, desde su planeamiento hasta la liquidación contractual. Cumplen, en primer lugar, un rol de función teleológica

general, en la medida que coadyuvan a identificar cuáles son las finalidades que deben atender las normas de contrataciones, de modo que las reglas de selección, ejecución y liquidación, por ejemplo, no pueden entenderse sin comprender cabalmente los principios de la contratación administrativa.

Luego, cumplen una función interpretativa integral del ordenamiento sobre la materia, de manera que una regla de las bases de un proceso de selección no puede interpretarse de modo literal o de manera aislada sino en función precisamente de los principios que le inyectan una personalidad y sentido propio. Finalmente, cada principio cumple una función integradora respecto a los vacíos que pueda presentar el ordenamiento sobre la materia contractual.

### **3. LAS FUENTES DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Los principios de la contratación estatal tienen diversas fuentes originarias. Por ejemplo, la más representativa es la fuente constitucional, debido a que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido en su jurisprudencia que todo régimen de contrataciones que utilice recursos públicos debe respetar los principios de eficiencia, transparencia en el manejo de recursos, imparcialidad y trato igualitario a los postores, para ser constitucional. Ahora bien, los principios tienen una base legal ordinaria —como la Ley de Contrataciones del Estado o, en vía supletoria y respecto a la fase de selección, la Ley del Procedimiento Administrativo General— que contiene un listado de principios que son de aplicación a los contratos administrativos; en particular, el debido procedimiento, el informalismo moderado, la presunción de veracidad, la búsqueda de la verdad material, así como los principios contenidos en el Decreto Legislativo 1012, referidos a las asociaciones público-privadas. Finalmente, encontramos algunos principios en materia de contratación que han sido desarrollados por la jurisprudencia y doctrina, pero que encuentran acogida por vía arbitral. Tales son los casos del equilibrio económico-financiero del contrato, la confianza legítima, los actos propios y buena fe contractual.

## **4. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO CON APLICACIÓN ESPECIAL EN CONTRATOS DEL ESTADO**

### **4.1. El principio de integridad**

Según este principio, los actos de los sujetos que intervienen en cualquier etapa del proceso de la contratación estatal —tanto la administración como los administrados— están guiados por la honradez y veracidad, evitando cualquier práctica indebida. Sin embargo, en caso de que esta se produjera, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.

La aplicación de este principio se verifica en el cumplimiento de impedimentos y prohibiciones para ser postor o integrante del comité especial; las reglas de conflictos de intereses o información privilegiada; la exigibilidad de responsabilidad en caso de infracción; la prohibición de enriquecimiento sin causa (como cuando las entidades solicitan la presentación de muestras del producto y no las devuelven a los postores luego de culminado el proceso de selección); la prohibición de ir contra sus propios actos (como cuando el comité especial que tiene a su cargo el proceso de selección evalúa las propuestas de los postores actuando de forma contraria a lo que anunció al absolver las consultas).

### **4.2. El principio de imparcialidad**

De acuerdo con este principio, las decisiones y resoluciones de los órganos de la administración que intervienen en la contratación pública deben atender a criterios técnicos objetivos y sujetarse a la norma.

En tal sentido, este principio prohíbe emplear conceptos jurídicos cuyo contenido no sea contradictorio o términos en las bases que puedan conducir a apreciaciones de valor subjetivas; establecer métodos de evaluación de propuestas que carezcan de base objetiva demostrable, como por ejemplo la degustación para evaluar la calidad de productos alimenticios; o considerar calificaciones subjetivas como: «satisfactorio»,

«regular», «bueno»; y dejar sin definir en qué consisten las «prestaciones similares» o las mejoras que darán lugar a la asignación de puntaje.

### **4.3. El principio de transparencia y publicidad**

Este principio ordena que se brinde acceso a los participantes del proceso de selección a las bases del proceso de selección y todo aquel documento vinculado a su desarrollo, tales como las actas de asignación de puntaje y resultados.

Se vulnera este principio cuando no hay claridad en la metodología de evaluación de propuestas o en lo que respecta al cumplimiento de las prestaciones contractuales, como las formalidades y plazos para los pagos y condiciones de entrega de los bienes que darán lugar penalidades; cuando se omite información indispensable para que los postores logren presentar sus propuestas o cuando la entidad se niega a entregar información a los postores durante el proceso (estudios de mercado, la resolución que aprueba las bases o que designa al comité); cuando se niega o retarda la entrega de la copia de las propuestas de otros postores luego de adjudicada la buena pro; cuando las consultas que formulan los participantes de un proceso de selección son absueltas de modo evasivo, contradictorio o sin que sustente su posición de manera clara e inequívoca.

### **4.4. El principio de libre competencia o competencia**

Según este principio las reglas del proceso de selección, su interpretación y aplicación deben fomentar la pluralidad de concurrentes al proceso de selección, es decir, estimular que haya el mayor número de postores o posibles interesados al proceso (precio atractivo, inexistencia de cargas u obligaciones costosas o irracionales); promover que la competencia de postores tenga amplitud, objetividad e imparcialidad (calidad de los postulantes); y permitir un desenvolvimiento libre de los postores con respecto a su competitividad, tanto para el acceso al proceso como dentro del proceso licitatorio (dimensión dinámica de la competencia dentro

del proceso). A dicho efecto, una política de compras públicas alineada con este principio debe identificar y suprimir los diversos factores que impiden, desalientan e intimidan a los postores para el acceso a las compras públicas. Los hay de origen técnico, como requisitos técnicos mínimos complejos o condiciones desproporcionadas o irracionales; económicos, como cuando existen costos que se deben asumir aun sin ser adjudicatarios de contrato alguno, por ejemplo garantías que deben mantenerse vigentes hasta que el contrato se extinga o aun con posterioridad a ello; demoras en los pagos del Estado; prórrogas de calendarios, tasas y registros; costos por presentar documentos irrelevantes o que la entidad ya posee; trabas administrativas o legales, como la necesidad de obtener de certificaciones complejas, traducciones, copias, etcétera; trabas informativas a través de la complejidad de normas y modalidades de contratación; profusión de fuentes e instrumentos normativos; necesidad de tener una experticia distinta para compras públicas, etcétera.

Este principio aplica por ejemplo cuando la administración, ante una convocatoria desierta, antes de realizar una segunda convocatoria, analiza, detecta y corrige aquellos factores que hubieren incidido en la ausencia de postores válidos, a fin de propiciar que en la nueva convocatoria haya mayor y mejor concurrencia de postores. También aplica en los casos en los que se da la consideración excepcional y con criterio restrictivo de figuras que permitan a la entidad evitar la libre competencia, como las exoneraciones a los procesos de licitación o la estandarización de marcas. Otro ejemplo es cuando se exige que las características técnicas sean congruentes con el bien, servicio u obra requerida y con su costo o precio, y se prohíbe establecer características desproporcionadas o incongruentes con el mercado y el objeto de la convocatoria. También se aplica el principio de libre competencia cuando se prohíbe ampliar causales de inhabilidad o limitaciones para ser postor distintas a la que señala la ley de la materia, como sucede cuando se prohíbe participar a quienes tienen procesos judiciales en curso con entidades públicas.

En ese orden, este principio prohíbe:

- Considerar como postor hábil o calificar como experiencia válida solamente a quien ha vendido bienes, prestado servicios o ejecutado obras idénticas al objeto de la convocatoria o a determinados clientes (por ejemplo, solo con entidades públicas o con el sector al cual pertenece la entidad o a la propia entidad) o en determinado ámbito geográfico (una región o provincia).
- Considerar como postores hábiles únicamente a personas jurídicas que cuenten con un objeto social específico o solo a los representantes autorizados en el país, y no a cualquier postor que pueda comercializar los bienes objeto de la convocatoria, aun sin ser representante oficial del fabricante.
- Impedir la postulación de consorcios o limitar su conformación o alcances por razones de nacionalidad, capital, número de consorciados, etcétera.
- Incluir como requisito técnico mínimo en los procesos de selección certificaciones de calidad como normas internacionales ISO, FCC, CE, etcétera o incluirlas como factores de evaluación cuando ello no guarde correspondencia con el objeto del proceso o la necesidad de la entidad, u asignando un puntaje desproporcionado por su acreditación.
- Considerar como requerimiento técnico mínimo factores que deberían ser aspectos de evaluación, como por ejemplo que el postor o su personal cuente con experiencia en actividades similares o durante un periodo de tiempo determinado.
- Considerar como factor de evaluación que el postor presente alguna información relevante de un tercero (por ejemplo, la conformidad de servicios de clientes o la declaración de garantía del fabricante del producto que distribuye) en un determinado formato, sin admitir fórmulas alternativas.

- Considerar los años de constitución de las personas jurídicas como factor de evaluación para medir la experiencia, sino correlacionarlo con otros factores como facturación o contratos prestados a satisfacción.
- Incluir plazos de entrega reducidos que otorguen ventaja a quienes posean stock del producto.

#### 4.5. Los principios de eficacia y eficiencia

Conforme a estos principios, el proceso de contratación y las decisiones que se adopten en su ejecución deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos para que tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de las personas —así como del interés público— bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos. Por este principio es necesario realizar un estudio de mercado previo al proceso de selección, para indagar las mejores posibilidades de calidad, precio y plazo de entrega de las prestaciones requeridas por la entidad, así como la regulación prolija de las formas y reglas para la recepción y conformidad de servicios.

Además, de acuerdo con este principio se debe admitir que el contratista pueda, luego de suscrito el contrato, entregar bienes o servicios distintos a los ofertados, siempre que se cuente con aceptación de la entidad y reúnan mejores características técnicas que no impliquen un incremento en el precio cuando se produzcan situaciones como el desabastecimiento del bien, la desaparición de la marca, la obsolescencia del modelo, el encarecimiento desproporcionado del bien ofrecido, etcétera.

Este principio ordena suprimir requisitos técnicos mínimos o factores de evaluación que puedan conllevar a la adquisición de bienes que no cuenten con un perfecto estado de mantenimiento y funcionamiento. Se estaría afectando el principio de eficiencia y eficacia, por ejemplo, si se calificara en forma separada la operatividad de los componentes

de vehículos —chasis, motor, cabina, luces, torque, frenos y dirección— en lugar de hacerlo de manera integral, de modo que se asegure que los bienes cumplan de manera integral con la calidad necesaria que permitan una adecuada prestación del servicio.

#### 4.6. El principio de economía

Por este principio la entidad convocante debe conducir sus actos con simplicidad, austeridad y ahorro de recursos, evitando el costo administrativo que significa la duplicidad, reiteración, redundancia o dispersión de procedimientos y trámites administrativos.

Así, de acuerdo al principio de economía la entidad debe concentrar su demanda de bienes, servicios y obras, y convocar un solo proceso de selección por cada tipo de necesidad, evitando el fraccionamiento. Del mismo modo, la entidad debe contratar los bienes y servicios de manera conjunta con otras entidades, mediante las compras corporativas; recurrir a la contratación a través del catálogo de convenio marco de precios; y, respecto de aquellos bienes denominados comunes deberá utilizar el mecanismo de subasta inversa.

En el caso de los postores, el principio de economía opera a su favor, pues quedarán liberados de incurrir en costos innecesarios para postular dado que se proscriben exigencias como la presentación de traducciones oficiales, documentos originales o copias autenticadas, así como la presentación de aquella información con la que la entidad ya cuenta.

Una de las expresiones contemporáneas del principio de economía en las contrataciones públicas es *value for money*, expresión de origen anglosajón que se refiere a la búsqueda de la mejor alternativa posible con los recursos disponibles a la necesidad de que en las decisiones en materia de compra y contratación pública se busque satisfacer la necesidad identificada obteniendo el mayor valor de cada unidad de medida monetaria asociada a tal decisión, por lo cual debe tenerse en cuenta la calidad, la oportunidad y la relación costo-beneficio durante la vida útil del bien, obra o servicio adquirido.

#### 4.7. El principio de vigencia tecnológica

Este principio constituye una extensión del principio de eficiencia, pues indica que los bienes, servicios u obras contratadas deben satisfacer dos condiciones:

- Al momento de su contratación, reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológica necesarias para los fines requeridos por la entidad; y,
- Permitir la posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse con el avance tecnológico durante su periodo de duración o funcionamiento.

Según este principio, las bases deben establecer la contratación de prestaciones accesorias por parte del proveedor y la reparación o mantenimiento del objeto del contrato, garantizando su fiel cumplimiento.

En base a este principio, las entidades deben requerir que los bienes sean preferentemente de primer uso y no reciclados, recuperados o ensamblados de partes de origen dudoso. En caso se requiera adquirir bienes usados por razones presupuestales o de mercado —por ejemplo, si alguna biblioteca pública requiera adquirir libros usados no reeditados— los requerimientos técnicos mínimos deberán atender a que el desgaste o uso de los bienes no afecte su funcionalidad y permitan satisfacer las necesidades de la entidad. Aun cuando la entidad haya convocado un proceso de selección para la adquisición de bienes usados, no será compatible con este principio restringir la presentación de ofertas de proveedores de bienes nuevos en las condiciones indicadas en las bases.

Este principio se encuentra más afianzado en aquellos objetos contractuales que se vinculan con la tecnología, tales como equipamiento, *software*, etcétera. En el caso del *software*, por ejemplo, si una entidad desea adquirir un *software* a medida, deberá prever en las bases las condiciones contractuales necesarias para hacerse de los derechos de propiedad que le permitan actualizar, adaptar o modificar el *software* respectivo.

#### 4.8. El principio de trato justo e igualitario

De acuerdo con este principio, todo 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.

En la legislación comparada y en los acuerdos internacionales también se recoge el principio de trato justo e igualitario como uno de los principios rectores en la contratación estatal.

Por este principio solo es posible diferenciar a los postores en razón del mérito de su oferta y no por razones de orden subjetivo. Por tanto:

- Las bases de los procesos de selección deben establecer reglas generales e impersonales y no discriminatorias.
- El órgano que tiene a cargo el proceso de selección debe permitir que todos los participantes en el proceso tengan la misma oportunidad de formular sus consultas y observaciones a las bases y obtener, en el mismo plano de igualdad, las respuestas correspondientes.
- Cuando las bases son modificadas por la absolución de las consultas, el nuevo contenido (bases integradas) deber ser puesto en conocimiento de todos los participantes oportunamente, sin admitir que se favorezca a ninguno.
- Debe otorgarse idéntico plazo a todos los participantes para que presenten sus ofertas, y no se debe permitir a los postores que alteren o modifiquen el alcance de sus ofertas una vez presentadas.
- La entidad debe admitir todas las propuestas que cumplan con los requisitos establecidos en las bases, sin descalificaciones arbitrarias como omisiones o defectos irrelevantes que no impiden entender el contenido y alcances de la oferta.
- En la evaluación de las ofertas, la entidad debe sujetarse estricta y uniformemente a las bases que han servido de referente al postor para formular su mejor oferta posible, sin modificarlas, alterarlas o completarlas, y evaluando integralmente la oferta.

- En la subsanación de ofertas, todos los postores pueden subsanar los errores intrascendentes de sus ofertas, y ninguno puede hacerlo respecto de los errores esenciales que afecten la competitividad.
- En la estipulación del contrato adjudicado no está permitido introducir alteraciones al modelo de contrato que forma parte de las bases distintas a las estrictamente derivadas de las ofertas, de las aclaraciones y las observaciones, etcétera.

Ahora bien, el principio de trato justo e igualitario no excluye a las denominadas compras estratégicas, en las que se usa la contratación como vía de apoyo y promoción de políticas públicas concretas: políticas económicas (diferentes estrategias en épocas de crisis y expansión económica), políticas sociales (empleo, pymes, compras verdes), políticas de inclusión de minorías (personas con discapacidad y minorías) y políticas de protección de industrias. La clave es realizar este fomento de modo racional, proporcional y temporal. En algunos casos se emplea una o más de estas técnicas de fomento: sistema de cuotas rígidas o reserva de mercados para determinados proveedores (mypes, empresas nacionales, empresas regionales), sistema de puntaje adicional o bonificación, el sistema de facilitación (información, costos), sistema de trato preferencial en caso de empate, entre otros.

#### **4.9. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad**

De acuerdo con este principio, en todos los procesos de selección el objeto de los contratos debe ser razonable, en términos cuantitativos y cualitativos, para satisfacer el interés público y el resultado esperado.

«Razonable» significa, según el Diccionario de la Real Academia Española, «adecuado, conforme a razón», «proporcionado o no exagerado». Si recurrimos al desarrollo que efectuó el Tribunal Constitucional<sup>1</sup> respecto de los principios de razonabilidad y proporcionalidad en torno a actos

---

<sup>1</sup> Sentencias expedientes 048-2004-PI/TC y 0050-2008-PA/TC.

de gravamen que impone la administración a los administrados, y lo concordamos con el principio de razonabilidad que recoge el artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, apreciaremos que tal razonabilidad se vincula con la exigencia de cumplir y no desnaturalizar la finalidad de la contratación, manteniendo la proporción entre los medios y los fines para los que se convoca el proceso de selección, que es satisfacer el interés público y el resultado esperado en términos cuantitativos y cualitativos.

#### **4.10. El principio de sostenibilidad ambiental**

Por este principio, en toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia. Esta sostenibilidad ha tenido tanto desarrollo que ha dado lugar a influencia en las denominadas compras públicas verdes o ecológicas, que resultan aplicables particularmente a contratos de construcción, suministro de comida, servicios de transporte y vehículos, suministro de energía, equipos de oficina, uniformes, servicios de limpieza, entre otros.

La clave en estas compras verdes es cómo aplicarlas para que sean compatibles con otros principios de la contratación estatal. Se ha mencionado que la sostenibilidad ambiental ha de apoyar la definición de los objetos contractuales y las especificaciones técnicas, de modo que se definan de manera prioritaria objetos contractuales sustentables. Sin embargo, las consideraciones ambientales también pueden tener presencia en la determinación de bienes, servicios o diseño de obras a contratar, como es el caso de otorgar mejor calificación a aquellos que cuenten con un impacto medioambiental reducido durante su ciclo de vida, de escoger productos en función de su composición, contenido, envoltorio, las posibilidades de que sean reciclados, el residuo que generan o su eficiencia energética. Igualmente, se toman en cuenta en la preparación de las bases, de modo de bonificar a proveedores ecológicos que posean certificaciones ambientales (ISO 140000) o a los que ofrecen bienes reciclados o reciclables. La valoración de la sostenibilidad ambiental

también se manifiesta a través de la exigencia de condiciones ecológicas para la ejecución del contrato —independientemente de qué postor sea adjudicado—, como por ejemplo la disposición de residuos, reducción de impacto sonoro o eficiencia energética. Existen disposiciones para preferir objetos contractuales ecológicos<sup>2</sup> dentro de una política general de adopción de medidas de ecoeficiencia: la adquisición de lámparas ahorradoras y dispositivos que maximicen la luminosidad, la exigencia de contar con estudios de impacto ambiental para las obras públicas y la necesidad de que las entidades opten preferentemente por productos y servicios de reducido impacto ambiental negativo que sean durables, no peligrosos y susceptibles de reaprovechamiento.

#### **4.11. La promoción del desarrollo humano a través de la contratación estatal**

La contratación debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares aceptados sobre la materia. De este modo, la administración o contratante debe actuar como promotora de políticas sociales inclusivas de los proveedores y como un garante del cumplimiento de estándares laborales aplicables en el mercado. En atención a este principio se puede exigir al contratista mantener registros de obligaciones laborales durante la ejecución del contrato y el sometimiento a inspección de estas obligaciones; la conversión de una falta laboral en un incumplimiento contractual con la administración; y la previsión de mecanismos de reacción de la administración contratante frente al contratista-infractor en materia laboral, sea como condición habilitadora o excluyente para poder postular, como un factor de ponderación positivo, como factores de desempate en los procesos de selección o como condición para la ejecución de sus prestaciones contractuales, bajo riesgo de penalización o resolución de contrato.

---

<sup>2</sup> Decreto Supremo 009-2009-MINAM.

#### 4.12. El principio de equidad

Este principio dispone que las prestaciones y derechos de las partes deban guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. El principio de equidad hace referencia a criterios propios del carácter conmutativo de todo contrato celebrado en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado. Por el carácter conmutativo del contrato, las partes han establecido una equivalencia entre las obligaciones recíprocas y, además, han asumido el compromiso de que esta equivalencia se mantenga hasta la conclusión del contrato.

Así, el carácter conmutativo del contrato se verifica cuando ambas prestaciones se corresponden, es decir, el pago del precio y la ejecución de la prestación resultan equivalentes entre sí. Con ello, es dicha equivalencia la que determina que las partes celebrarán el contrato, dado que si dichas prestaciones no se debieran la una a la otra, no se hubiera celebrado el mismo.

Por otra parte, el principio de buena fe contractual —que también se vincula con el principio de equidad— impone a las partes el deber de actuar con ética en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos. Por ello, la ley otorga validez y obligatoriedad a los contratos siempre que los acuerdos se basen en la buena fe de ambas partes. Así pues, sobre la base del principio de buena fe contractual las partes deben otorgar a las cláusulas del contrato el sentido que confluja a mantener el equilibrio económico del contrato.

Así, en razón del principio de equidad —recogido en la Ley de Contrataciones del Estado— se refleja el carácter conmutativo del contrato y del principio de buena fe contractual. La obligación del contratista debe guardar plena equivalencia con la retribución que deberá abonarle la entidad.

## 5. PREGUNTAS

1. ¿Cuáles son las fuentes jurídicas originarias de los principios de la contratación administrativa?
2. ¿De qué principio se deriva la prohibición de enriquecimiento sin causa?
3. ¿De qué principio se deriva la prohibición de emplear factores de competencia de apreciación subjetiva es las bases de los procesos?
4. ¿Qué principio se afecta cuando se absuelven las consultas de los postores en forma evasiva?
5. ¿De qué principio es una expresión la noción del mayor valor por dinero?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 5

### LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL

#### 1. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL

El Diccionario de la Real Academia Española define como esencial aquello que es «sustancial, principal, notable». Así, los elementos esenciales de un contrato son los componentes imprescindibles que lo caracterizan y que determinan su existencia. En los contratos estatales constituyen elementos esenciales los sujetos del contrato, el consentimiento y su perfeccionamiento, el objeto contractual, los procedimientos para la formación del contrato, la duración contractual y el plazo del contrato, y el documento contractual.

#### 2. LOS SUJETOS DEL CONTRATO ESTATAL

En el contrato estatal encontramos distintas personas con intereses propios que convergen. En principio, tenemos a las entidades públicas y al contratista privado —que muta desde el estatus de adquirente de bases al de postor, luego al de adjudicatario y finalmente al de contratista—, pero alrededor de ellos aparecen los proveedores del contratista, los financistas del proyecto, los trabajadores del contratista, los subcontratistas, entre otros.

## 2.1. La entidad pública

Dado que el contrato estatal tiene la finalidad de satisfacer necesidades públicas, en primer lugar, debemos identificar a la persona jurídica pública que tiene la necesidad a ser atendida, presupuesta su costo, diseña el contrato, conduce el proceso de selección y ejecuta el contrato hasta su liquidación. Es un actor principal del contrato, para lo cual actúa a través de diversos funcionarios y servidores públicos con competencias diferenciadas de modo que los actos contractuales queden sujetos a instancias de control interno, segregación de funciones y especialidad. De ahí que en cada entidad existan las áreas usuarias, los comités especiales, las áreas logísticas, las máximas autoridades administrativas y los titulares de entidad, con competencias diferenciadas a lo largo del ciclo de las contrataciones.

Las entidades públicas deben tener personería jurídica y capacidad para contratar para poder ser sujetos de contratos administrativos. La capacidad de contratar no siempre coincide con la personería de derecho público, porque por conveniencia administrativa se suele permitir que unidades ejecutoras o programas —sin personería jurídica propiamente dicha— tengan personería jurídica para fines contractuales. También debe tomarse en cuenta que el modelo tradicional de la entidad pública —que presupuesta, diseña el esquema contractual, conduce el proceso de selección, contrata y ejecuta el contrato— puede no ser integral, dado que existen casos en los que atendiendo razones económicas o de especialidad existen varias modalidades por las que sujetos distintos a la entidad pública destinada a percibir la prestación del contratista realizan el proceso de selección.

Las situaciones más comunes en las que no coinciden los sujetos de entidad contratante con la encargada de conducir el proceso de selección son las siguientes: i) procesos de selección por encargo a otra entidad pública o privada, nacional o internacional u a organismos internacionales; ii) compras corporativas por las que varias entidades acumulan su demanda de bienes y servicios para adquirirlos en forma conjunta a través de un proceso único encargándose a una entidad específica; iii) compras a través de una agencia estatal especializada que se denomina Central de

Compras Públicas-Perú Compras (Decreto Legislativo 1018) para realizar compras corporativas obligatorias, compras corporativas facultativas y otras adquisiciones que le encarguen otras entidades del Estado; iv) la agencia de las compras de las Fuerzas Armadas, especializadas en adquisiciones de secreto militar y defensa.

## 2.2. El contratista del Estado

El contratista estatal es considerado un colaborador en el desarrollo de los fines estatales porque mediante el contrato recibe el encargo de realizar una actividad o una prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, para conseguir materialmente los cometidos públicos a la entidad. En esa línea, el contratista debe apoyar y colaborar con la administración en el buen desarrollo contractual para que su objeto se cumpla; a su vez se espera de él un comportamiento leal, honesto y correcto con la administración, más allá del solo cumplimiento de obligaciones legales o convencionales. De otro lado, el contratista como colaborador del interés público merece que la entidad contratante vele por la efectividad de sus derechos e intereses, en particular, la utilidad, fuente del equilibrio económico-financiero.

Sin embargo, el rol del contratista como colaborador de la administración no significa de modo alguno que el contratista sustituya a la administración en sus deberes con la colectividad; que el contratista deba ejecutar directamente los fines estatales; que el contratista adquiera el estatuto de funcionario público o ejerza función pública; o que el contratista deba sacrificar su patrimonio o utilidad esperada por el cumplimiento del contrato celebrado.

El contratista estatal puede ser una persona natural o persona jurídica, un consorcio de ellas, sociedades con propósito exclusivo (por ejemplo, asociaciones público-privadas) o con múltiples negocios (por ejemplo, constructores de obras). Para ello, el contratista debe tener capacidad para obrar, no debe estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado, y debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional

de Proveedores (RNP), que es un registro habilitador para poder participar en los contratos estatales. A diferencia de otros ordenamientos, nuestro régimen no exige para ser contratista estatal que su objeto social corresponda con el objeto de convocatoria, solvencia económica, o estar al día con sus obligaciones tributarias.

Los impedimentos para contratar con el Estado son limitaciones al derecho de contratar con el Estado que se fundan —con alcance total o parcial— en evitar algún aparente conflicto de interés entre el rol de contratista y la función anterior o concurrente que desempeña, porque cuenta con información privilegiada que puede otorgarle ventajas para postular al proceso de selección, por contar con una prohibición anterior y vigente para contrata o por inferirse que se trata de una persona jurídica por medio de la cual se intenta evadir el cumplimiento de una sanción anterior vigente. Tales impedimentos son circunstancias excepcionales y tasadas que son plasmadas en normas con rango de ley, por aplicación del principio de legalidad. Por razones de conveniencia administrativa, la normativa extiende tales impedimentos a familiares y a las empresas en las que participe, pueda participar o haya participado el impedido, y se extiende en el tiempo (periodo de carencia o sospecha) y por ámbito geográfico. La transgresión a la prohibición de contratar con el Estado genera, a su vez, una sanción de inhabilitación para el sujeto infractor.

A continuación, se exponen algunos ejemplos de aquellos que se encuentran impedidos para contratar con el Estado:

- Los funcionarios públicos: presidente y los vicepresidentes, congresistas, los ministros y viceministros, vocales de la Corte Suprema, los titulares de organismos constitucionales autónomos; presidentes, vicepresidentes y los consejeros de los gobiernos regionales; alcaldes y regidores; titulares de entidades, etcétera.
- Las personas naturales o jurídicas que hayan tenido intervención en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de bases, la selección y evaluación de ofertas de un

proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso.

- Las personas naturales o jurídicas ya sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente.
- Las personas naturales o jurídicas sobre las cuales se determine —por las personas que las representan, constituyen o participan en su accionariado o cualquier otra circunstancia comprobable— que son continuación, derivación, sucesión o testaferrero de otra persona impedida o inhabilitada o que de alguna manera esta posee control efectivo sobre ellas, independientemente de la forma jurídica empleada para eludir dicha restricción, como fusión, escisión, reorganización, transformación o similares.
- Las personas naturales o jurídicas cuyos representantes legales o personas vinculadas hubiesen sido condenadas, en el país o en el extranjero, o hubiesen admitido o reconocido la comisión de los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, delitos cometidos en remates o procedimientos de selección, o delitos equivalentes en caso estos delitos hayan sido cometidos en otros países.
- Aun cuando comúnmente el contratista es un agente privado, de manera excepcional una entidad del Estado —salvo que sea empresa del Estado— también puede actuar como contratista. Para ello su objeto social debe corresponder al objeto del contrato; la prestación a su cargo debe ser técnicamente viable de prestarse por él; los costos de oportunidad deben ser mejores que aquellos que se verificarían de realizar la contratación con un privado y tal actividad debe ser brindada con carácter subsidiario, es decir, en observancia de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

En este punto es importante mencionar a los subcontratistas, quienes son personas naturales o jurídicas que celebran un contrato privado con el contratista del Estado, y en razón de ello se encargan de ejecutar parte

del objeto del contrato público, pero sin tener vínculo directo con la Entidad estatal. La subcontratación es definida por la doctrina como la práctica contractual en virtud de la cual el contratista encarga a otro —el subcontratista— la realización de parte del objeto del contrato.

Distinto es el caso de los proveedores del contratista, que simplemente proveen de medios o insumos para que el contratista cumpla con sus prestaciones. En efecto, a los contratos que celebra el contratista para agenciarse de los bienes y servicios que requiere para cumplir con su prestación se les denomina contratos de aprovisionamiento, y no constituyen subcontratos. Estos contratos tienen características que los aproximan al subcontrato, tales como su carácter sucesivo en el tiempo respecto al contrato base o principal, y estar funcionalmente dirigidos a permitir el cumplimiento del mismo; sin embargo, las prestaciones pactadas en los contratos de aprovisionamiento no corresponden a prestaciones contenidas en el objeto del contrato base, celebrado entre la entidad del Estado y el contratista.

### **3. EL CONSENTIMIENTO Y EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO**

A diferencia del contrato privado, en el contrato estatal el consentimiento se forma por la fusión de la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, desarrolladas a través de procedimientos sustancialmente reglados en los que ambas manifestaciones de voluntad se van sucediendo hasta concretar el acuerdo dentro del marco legal. Ahora bien, ese consentimiento difiere del consentimiento propio de los contratos privados, porque no basta el consentimiento para conformar un acuerdo exigible dado que en el derecho público al acuerdo sigue una necesaria fase de perfeccionamiento contractual, que es donde el contrato queda formalizado.

No debe perderse de vista que en derecho público el contrato no nace en virtud del ejercicio de la libertad contractual, sino que cada contrato es el resultado de la búsqueda por alcanzar ciertos cometidos estatales —previstos desde la Constitución, los planes de gobierno e institucionales,

los presupuestos asignados, etcétera— que se concretan por medio de estrategias contractuales. Por ello, el contenido del contrato, en gran medida, viene predeterminado por el ordenamiento. Esta normativa define el objeto del contrato, los posibles adicionales, las posibles reducciones, las posibilidades de modificación, las formas de solución de controversias, cuándo surge el deber de pago e intereses, las garantías exigibles, las responsabilidades por defectos de prestación, las penalidades aplicables, los supuestos de incumplimiento y sus consecuencias, las causales de resolución contractual, los modos de conclusión del contrato, el plazo máximo de duración, etcétera. De este modo, la voluntad de la administración no puede ser otra que una voluntad vinculada positivamente a la ley y con un contenido típico, pues de otro modo sería un pacto ilegal. Incluso el contenido no predeterminado explícitamente por la normativa de contrataciones —que podemos denominar lo discrecional del contrato— debe respetar principios del propio ordenamiento de contrataciones, con lo cual sigue estando sujeto al derecho. Además, existen reglas legales —por ser *ius cogens*— en materia de contrataciones que aplican aun cuando el contrato no las incluya expresamente; y no es posible contradecirlas, bajo sanción de declararse la nulidad del contrato. En esa medida, es muy diferente la formación del consentimiento en los contratos estatales y en los contratos privados, precisamente por la ausencia de libertad contractual.

Desde la perspectiva del contratista la situación tampoco es igual a la del contrato de derecho común. La voluntad del contratista también debe desenvolverse de modo sublegal para poder ser válida y forjar un consentimiento reconocible por el derecho público. Así, por ejemplo, requiere estar inscrito ante el Registro nacional de proveedores para habilitarse como postor; registrarse en cada proceso que le interese; adherirse al pliego de bases; acreditar el cumplimiento de las condiciones que les solicitan y la forma que se le pide; cumplir con perfeccionar el contrato en el modo y lugar que se le exige. En suma, por lo general el contratista no puede negociar los términos del contrato. Los márgenes de libertad propositiva con que cuenta el postor son escasos —proponer ofertas con mejoras,

proponer el precio, sugerir modificaciones contractuales— pero siempre están sujetos a la decisión final de la administración. De manera preponderante, la formación de voluntad del contratista se produce por la simple adhesión a las condiciones prefijadas por el Estado. A lo sumo, el contratista tiene la posibilidad de sugerir o inducir a la administración a que se avenga a alguna condición distinta a la determinada originalmente mediante sus propuestas para el estudio de mercado, las consultas, las observaciones a las bases, el diálogo competitivo o audiencias públicas, pero siempre estas propuestas quedarán sujetas a la decisión final de la administración.

En esa línea, la voluntad administrativa entendida como la forma de asentimiento del Estado también muestra algunas particularidades. Si bien como regla general —en concordancia con las manifestaciones de voluntad del derecho privado— es necesario un asentimiento expreso de parte del funcionario competente para que se pueda entender que hay una decisión válida en la fase precontractual, el propio ordenamiento puede optar en determinados casos por sustituir la inercia u omisión de la autoridad administrativa en definir una propuesta del contratista, y producir un asentimiento tácito excepcional a cargo de las autoridades durante la fase de ejecución, en caso de que no respondan oportunamente a algún planteamiento contractual del contratista. Así surge la aplicación de la técnica del silencio administrativo positivo en la ejecución contractual, como sucede con las ampliaciones de plazo, la liquidación de obra, etcétera.

#### **4. EL OBJETO CONTRACTUAL**

Cada uno de los contratos administrativos tiene un objeto contractual típico o nominal expuesto por el propio ordenamiento. Así, podemos diferenciar los contratos de bienes, de servicios y de obras. Ese objeto está constituido por las prestaciones y derechos recíprocos existentes entre la administración y el contratista para alcanzar una finalidad pública pero siempre determinados por la normativa. Puede haber contratos de objeto mixto —cuando el objeto del contrato son adquisiciones de bienes, pero además servicios—, en cuyo caso se sigue la naturaleza de aquel objeto que

tenga mayor incidencia o valor. Del mismo modo, puede haber contratos con objetos plurales o en paquete en los que se agrupan, como objeto del proceso, la contratación de varios bienes o servicios de igual o distinta clase, considerando que su contratación conjunta es más eficiente que efectuar contrataciones separadas de esos bienes o servicios. Tal es el caso de la elaboración de los estudios previos al proyecto.

Además, el objeto contractual debe atender una necesidad administrativa de manera integral y no solo una parte de ella, por lo cual el fraccionamiento de objetos contractuales se encuentra vedado.

A continuación, presentamos diferencias, en lo que respecta al objeto contractual, entre el contrato estatal y el contrato de derecho común:

Contrato estatal	Contrato privado
El objeto del contrato es en esencia mutable, adaptable a la realidad y a las necesidades públicas, dentro del marco legal. Así surge la cláusula del progreso, las prestaciones adicionales, etc.	El objeto del contrato es inmutable, salvo acuerdo voluntario entre las partes para actualizarlo.
El objeto del contrato produce naturalmente efectos favorables o negativos respecto a terceros que no son parte del contrato (por ejemplo los índices de servicios, el pago de peajes, la imposición de servidumbres, etcétera).	El objeto del contrato únicamente produce efecto sobre las partes signatarias.
Las prestaciones del contrato recaen sobre bienes dentro y fuera del comercio (por ejemplo servicios públicos, bienes de dominio público, recursos naturales, etcétera).	Las prestaciones del contrato recaen únicamente sobre bienes dentro del comercio.

## 5. LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA FORMACIÓN DEL CONTRATO ESTATAL

### 5.1. El sistema cerrado de contratación estatal y el contrato por concurso

Debido al mandato del Artículo 76 de la Constitución Política del Perú nuestro régimen asume el sistema cerrado de contratación estatal.

Conforme a este artículo «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades».

Este sistema cerrado significa que las entidades públicas carecen de habilitación para concertar directamente contratos con privados, por lo que deben seguir un procedimiento arquetípico, el contrato por concurso, que se caracteriza por:

- a) Tener la estructura de una invitación a ofrecer, con redacción predispuesta y unilateral de las reglas esenciales del contrato futuro.
- b) La libre concurrencia de quienes quieran ser postores ante la entidad, en condiciones de igualdad.
- c) La comparabilidad de opciones por oposición en función a factores de competencia conocidos y establecidos por la propia entidad estatal.
- d) La automaticidad de la decisión a partir de factores objetivos predeterminados, lo cual limita la discrecionalidad que pudiera darse en la selección de la oferta más conveniente.

El eje de este sistema es mantener una estructura lógica de una formación contractual a partir de un esquema de invitación a ofrecer, donde se plasma como regla implícita que el interés esencial es alcanzar el objeto del contrato en los mejores términos y no en función de la persona con quien se contratará. Este esquema de invitación a ofrecer que siguen todos los procedimientos de formación del contrato administrativo nos muestra tres declaraciones de voluntad sucesivas:

- a) El anuncio del negocio, donde las reglas esenciales del contrato piden a terceros indeterminados que fijen el o los elementos

- restantes del contrato (precio, mejoras, equipos, plan de trabajo, etcétera).
- b) La formulación libre de posturas por cualquier interesado, quien se adhiere a las reglas del proyecto, muestra sus credenciales y completa los elementos que faltan al contrato (factores de competencia)
  - c) La adjudicación del contrato (selección de la mejor oferta a partir de la comparación entre los factores de competencia predispuestos, las capacidades demostradas y los elementos diferenciadores que los postores han presentado).

Las ventajas del sistema de contratación por licitación o concurso son indudables: obtiene mejores ofertas; dificulta acuerdos subalternos entre entidad y postores, como cuando hay negociación directa; preserva la moralidad administrativa; evita decisiones subjetivas o irreflexivas; fomenta la competencia en el mercado de proveedores públicos; favorece el control de las decisiones gubernamentales, al dotarle de objetividad a la selección del contratista. Sin embargo, el sistema cerrado también tiene desventajas que no pueden dejar de advertirse: permite el tiempo y lugar para la concertación entre postores; se aplica de manera ineficiente en mercados donde no hay competencia natural; dilata la toma de decisiones para las entidades; y encarece los precios de venta al Estado por los costos asociados al proceso.

## **5.2. El procedimiento de formación del contrato por iniciativa del sector privado**

La iniciativa privada o propuesta no solicitada es una forma de tratativa preliminar entre el iniciador y la administración que tiene por finalidad un eventual contrato de contenido público. Esta figura otorga al iniciador la capacidad de colaborar en la identificación y diseño del objeto de un probable contrato con el Estado presentando propuestas no solicitadas. Así, el procedimiento de iniciativa privada está dirigido a identificar, diseñar y determinar el objeto de un proyecto de inversión a contratarse. Los beneficios de la apertura a la iniciativa privada son los siguientes:

- El incentivo al sector privado para invertir en la identificación de proyectos viables con contenidos de interés público («instrumento de apoyo a los distintos niveles de gobierno en la formulación de proyectos públicos de inversión privada»).
- Facilita la posibilidad de promover infraestructura y servicios públicos con tecnologías modernas e innovadores, acudiendo a la iniciativa privada.
- Libera recursos actualmente comprometidos en labores de planificación administrativa para invertirlos en la evaluación de proyectos propuestos.

Las iniciativas privadas pueden referirse a obras públicas de infraestructura que pudieran ser concesionadas —carreteras, aeropuertos, etcétera—, actividades de servicios conexos o no a obras de infraestructura que pudieran ser concesionables —servicios de saneamiento o limpieza pública—, recursos públicos —construcción sobre predios públicos— o para concretar negocios con el Estado mediante la venta de activos, la concesión, la asociación en participación, el contrato de gerencia, *joint ventures* y la especialización de servicios (*outsourcing*).

El procedimiento de formación del contrato consiste en: 1) la convocatoria por parte del Estado a la presentación de iniciativas; 2) la presentación del proyecto por el iniciador; 3) la calificación del interés público por parte de la administración; y 4) la determinación del procedimiento de selección. En caso de haber declaración de interés favorable al proyecto se realiza adicionalmente un concurso integral de proyectos o licitación pública especial. La calificación de interés público de la iniciativa es la verificación de que el proyecto es socialmente rentable, es decir, aporta al bienestar de la colectividad; es sostenible, es decir el proyecto tiene la capacidad para mantener un nivel aceptable de beneficios netos durante su existencia; y es compatible con las políticas públicas aplicables respecto de la actividad económica o mercado sobre el cual recaerá el proyecto, aspectos medioambientales, etc.

Si la iniciativa privada no es declarada de interés por la administración, el iniciador seguirá siendo el único propietario intelectual sobre los estudios y las técnicas a aplicarse en la ejecución; por tanto, la administración no podrá emplear sus estudios para formular una iniciativa pública de inversión o convocar algún proceso de selección bajo las mismas características. Cuando la iniciativa privada es declarada de interés por la administración, se publicará tal declaratoria a fin de determinar si otros agentes del mercado tienen interés en desarrollar el proyecto de inversión. De no haber concurrencia, se adjudicará el proyecto directamente al iniciador. Si uno o más agentes del mercado expresan interés en el proyecto, se convocará un proceso de selección a fin de adjudicar el proyecto a la oferta más competitiva. Los tipos de procesos de selección que se pueden convocar son los siguientes: concurso de proyectos integrales o licitación pública especial.

### **5.3. Los procedimientos de formación de contrato por iniciativa estatal**

Los procedimientos más usuales en la contratación estatal son aquellos que se efectúan por propia iniciativa de las entidades para atender sus planes y programas. Estos procedimientos presentan una fase interna de preparación y una fase externa de formación del consentimiento propiamente dicho. En esta fase externa, aparecen algunos hitos relevantes como la aprobación de bases o términos de referencia (objeto contractual, requisitos de postulación, factores de competencia, organización del proceso); la convocatoria; el registro de participantes; la formulación y absolución de consultas, la formulación y absolución de observaciones; la integración de bases; la presentación de ofertas; la calificación y evaluación de ofertas; el otorgamiento de buena pro; y el perfeccionamiento del contrato. Los principales procedimientos de formación del contrato son:

### *5.3.1. La licitación pública*

La licitación pública es un procedimiento administrativo, dirigido a un número indeterminado e ilimitado de postores que cumplen las condiciones básicas de admisibilidad al proceso, a fin de seleccionar la mejor propuesta en bienes, suministros y obras (de mayores montos), para lo cual, por lo general, se evalúan las condiciones económicas y las condiciones técnicas ofrecidas por los interesados (factores de competencia).

### *5.3.2. El concurso público*

El concurso público es un procedimiento administrativo dirigido a un número indeterminado e ilimitado de postores que cumplan las condiciones básicas de admisibilidad al proceso, para seleccionar la mejor propuesta en servicios, consultorías y similares de mayores montos, donde el factor de competencia más importante es la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística de los competidores. Esto se da por ejemplo para elegir personal, caso en el que tienen un peso mayor los factores personales o intelectuales.

### *5.3.3. La adjudicación simplificada*

Son procesos de selección que se realizan para contratar bienes, servicios —con excepción de los servicios brindados por consultores individuales— y obras de menor valor que se distinguen de la licitación pública y el concurso público por la cuantía involucrada, la duración del proceso, la complejidad, exigencias y etapas procedimentales.

### *5.3.4. Selección de consultores individuales*

Se utiliza para la contratación de servicios de consultoría en los que no se necesita equipos de personal ni apoyo profesional adicional, y cuando los requisitos de experiencia y calificaciones de la persona natural que prestará el servicio son requisitos primordiales.

### *5.3.5. Comparación de precios*

Se utiliza para la contratación de bienes y servicios de disponibilidad inmediata, distintos a los de consultoría, que no sean fabricados o prestados siguiendo características técnicas o indicaciones de la entidad contratante, siempre que sean fáciles de obtener o que tengan un estándar establecido en el mercado.

### *5.3.6. La contratación directa (exoneraciones)*

La regla del sistema cerrado asume tres presupuestos necesarios para aplicarse: un presupuesto lógico —la existencia de pluralidad de ofertantes y bienes o servicios no singulares—, un presupuesto jurídico —la aptitud para seleccionar la oferta más conveniente—, y un presupuesto factico —la existencia de interesados en competir por el contrato—. Sin embargo, cuando alguno de estos supuestos no aparece, surge la necesidad de ir a la contratación directa del proveedor.

En ese sentido, la contratación directa se realiza previa aprobación de la exoneración del proceso de selección por la autoridad superior de la entidad, y constituye un procedimiento específico, excepcional y subsidiario de selección directa del contratista por parte de la administración, sin concurrencia o competencia de otros postores. Las contrataciones directas son permitidas por nuestra legislación debido a que, por causales específicas previstas en la ley se hace imposible o es inviable realizar la selección del contratista en el marco de competencia. Las causales de exoneración más usuales son:

- Contratar a otra entidad pública, siempre que en razón de costos de oportunidad resulte más eficiente y técnicamente viable para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.
- Situación de emergencia derivada de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o que afecten la defensa

y seguridad nacional que exijan a la entidad actuar inmediatamente de modo preventivo y asistencial.

- Situación inminente, extraordinaria e imprevisible de desabastecimiento de un bien o servicio —debidamente comprobada— que afecte o impida la continuidad de las funciones, servicios, actividades y operaciones de la entidad.
- Compras con carácter de secreto —secreto militar o por razones de orden interno— por parte de las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Inteligencia, que deban mantenerse en reserva conforme a ley.
- Cuando exista a nivel nacional proveedor único de bienes o servicios que no admite sustitutos o cuando por razones técnicas o relacionadas con la protección de derechos se haya establecido la exclusividad del proveedor.
- Servicios personalísimos prestados por personas naturales con la debida sustentación objetiva de que se trata de un proveedor especializado, cuenta con recocida experiencia en la prestación objeto del contrato y se trata de un objeto contractual complejo.
- Servicios de publicidad que prestan medios de comunicación televisiva, radial, escrita, entre otros.
- Servicios especializados de asesoría legal, contable, económica o afín, para la defensa de funcionarios, ex funcionarios, servidores, ex servidores, y miembros o ex miembros de las fuerzas armadas y policiales, por actos funcionales a los que se refieren las normas de la materia.
- Servicios de capacitación de interés institucional con entidades autorizadas u organismos internacionales especializados.
- Servicios de consultoría distintos a las consultorías de obra, que son la continuación o actualización de un trabajo previo ejecutado

por un consultor individual a conformidad de la entidad, siempre que este haya sido seleccionado conforme al procedimiento de selección individual de consultores.

- Cuando exista la necesidad urgente de la entidad de continuar con la ejecución de las prestaciones no ejecutadas derivadas de un contrato resuelto o de un contrato declarado nulo, siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación.

Tal como hemos mencionado, para contratar directamente se debe aprobar previamente la exoneración del proceso de selección, para cuyo efecto debe contar con los informes técnico y legal que justifiquen la causal. La aprobación de la exoneración debe efectuarse con resolución del titular de la entidad, acuerdo del directorio, en el caso de empresas del Estado, acuerdo del consejo regional o del concejo municipal, según se trate de gobiernos regionales o locales. La resolución que aprueba la exoneración debe publicarse en el SEACE. Una vez aprobada la exoneración, la entidad debe identificar al proveedor que cumpla con los requisitos de las bases, y luego proceder a su contratación.

### ***5.3.5. La subasta pública o remate***

Es el procedimiento que aplica para actos de disposición de patrimonio público (inmuebles, acciones, vehículos, bienes dados de baja, etc.) a través del cual se pretende determinar el comprador y el precio según un sistema de competencia a partir de un precio base, adjudicando el contrato al postor que ofrezca mayor precio. En la subasta pública participa un agente especializado (martillero), quien sobre la base de la determinación objetiva de un precio base (tasación oficial) promueve las posturas sucesivas mediante lances verbales de los interesados hasta alcanzar la propuesta más conveniente.

### *5.3.6. La subasta inversa*

Es el procedimiento de selección para adquirir bienes o servicios comunes cuyas características técnicas ya han sido previamente determinadas por la autoridad (Central de Compras Públicas - PERUCOMPRAS) mediante fichas técnicas, invitando a postores a que compitan únicamente en función de la mejor propuesta económica, que se entiende como la más baja.

Este procedimiento comprende dos fases sucesivas: la interna y la externa. La fase interna es el procedimiento de generación de las fichas técnicas de bienes y servicios comunes (a cargo de PERUCOMPRAS, las entidades y mediando exposición pública). Luego sigue una fase externa —presencial o virtual— en la que cada entidad convoca al proceso verificando que el bien o servicio está incluido en fichas técnicas y aplica el procedimiento de licitación o concurso según objeto y monto.

Los bienes o servicios que pueden ser adquiridos por subasta inversa son aquellos cuyos patrones de calidad y de desempeño pueden ser definidos de manera objetiva por características o especificaciones usuales en el mercado o han sido estandarizados como consecuencia de un proceso específico realizado por el Estado. Las características de tales bienes o servicios se aprueban oficialmente en fichas técnicas aprobadas de modo centralizado por PERUCOMPRAS, de modo que los postores se adhieren a ofertar esos bienes y solo compiten por el precio. Los bienes y servicios comunes (fichas técnicas oficialmente aprobadas) a los cuales se aplica esta modalidad son: alimentos, bebidas y productos de tabaco; combustibles, aditivos para combustibles, lubricantes y materiales anticorrosivos; componentes y suministros de construcciones, estructuras y obras; componentes y suministros de fabricación; componentes, equipos y sistemas de acondicionamiento y de distribución; equipo de laboratorio, medición, observación y comprobación; material, accesorios y suministros de plantas y animales vivos; medicamentos y productos farmacéuticos; servicios financieros y de seguros.

Ventajas	Desventajas
Simplificación de procesos.	Congelamiento de mejoras técnicas por falta de actualización de fichas.
Competencia objetiva: por precio.	Uso restringido a bienes o servicios comunes.
Eficiencia para lograr reducción de precios.	Prácticas anticompetitivas de proveedores.
	Precios predatorios.
	Discriminación en la elaboración de fichas.

### 5.3.7. *El convenio marco*

El convenio o acuerdo marco es el procedimiento por el cual PERUCOMPRAS, de manera centralizada, a través de una licitación o un concurso público, selecciona a uno o más proveedores por cada bien o servicio (precios y condición de compra) y pacta con ellos las condiciones técnicas, comerciales y económicas que regirán los futuros contratos que todas las entidades contratarán directamente con ellos durante el periodo de vigencia del convenio, sin necesidad de realizar un proceso de selección individual, y que serán a través del catálogo electrónico que administra PERUCOMPRAS. Tal es el caso de los útiles de escritorio, materiales de oficina y papelería en general, impresoras, consumibles y accesorios, computadoras de escritorio, portátiles, proyectores y escáneres.

El convenio marco consta de dos fases: centralizada y descentralizada. La fase centralizada es la etapa dirigida a producir el convenio marco, y a dicho efecto PERUCOMPRAS convoca y adjudica un convenio a uno o más proveedores para vender a las entidades sus productos —únicamente bienes y servicios— durante un determinado plazo. Por dicho acuerdo se fijan las condiciones técnicas, comerciales y económicas que regirán los contratos que las entidades les pueden adjudicar durante un período determinado (largo plazo) y PERUCOMPRAS difunde los postores adjudicados en su portal (catálogo electrónico de convenio marco). La fase descentralizada es la dirigida a la adjudicación de contratos específicos

una vez que se encuentra vigente un convenio marco, y para ello cada entidad envía sus pedidos de compra a los contratistas incluidos en el convenio marco, bajo las condiciones ahí pactadas. La elección del contratista por parte de la entidad entre todos los que aparecen en el catálogo electrónico es discrecional, por lo que trae la necesidad de explicar las razones de una elección y no otra. Excepcionalmente, si la entidad encuentra que en el mercado existen propuestas más convenientes que las obtenidas en el convenio marco, previo procedimiento puede adjudicar el contrato a otros proveedores.

Ventajas	Desventajas
Agregación de la demanda y rendimientos a escala: reducción de precios.	Consecuencias negativas para medianos y pequeños proveedores, y creación o fortalecimiento de oligopolios o proveedores dominantes.
Reducción en los costos de múltiples procesos por entidades.	Riesgo de afectar competencia dado el tamaño del mercado. Generación de proveedores dominantes (eliminación de competencia, impedir desarrollo de proveedores, etcétera).
Reducción del tiempo de contratación: entidades pueden contratar desde la apertura de su presupuesto.	Desprotección del consumidor final.
Entidades evitan el desgaste administrativo y los riesgos de corrupción.	Discrecionalidad absoluta de la entidad para elegir al proveedor entre los que han sido seleccionados por OSCE.

### ***5.3.8. Las compras corporativas y la centralización de la demanda***

La compra corporativa es el procedimiento de contratación por el cual, mediante convenios interinstitucionales o por mandato normativo, las entidades adquieren bienes y servicios generales en forma conjunta o agregada— a través de un proceso de selección único, aprovechando los beneficios de la economía de escala en las mejores y más ventajosas

condiciones para el Estado. En esta modalidad, las entidades que participarán en la compra corporativa encargan a una de ellas el desarrollo, la ejecución y la conducción del proceso de selección, que les permita seleccionar al proveedor o proveedores que les brindarán los bienes requeridos.

Entre los beneficios de la centralización de las compras públicas se obtienen precios propios de economía de escala y ofertas con beneficios adicionales; se reducen costos administrativos y financieros, pues ya no se realizan múltiples procesos de selección para que las entidades compren lo mismo, liberando recursos y personal para otras fases del contrato, propendiendo a una mejor supervisión de la ejecución de los contratos; y, al estandarizar requerimientos y especificaciones se mejora la posibilidad de negociación con los proveedores a fin de obtener beneficios para el Estado.

Asimismo, al haber mayor volumen de demanda y utilidad, los proveedores concentran su fuerza de venta, disminuyendo el costo de acceso a compras públicas, y pueden planificar la producción de bienes y servicios.

Entre las limitaciones a las compras corporativas se advierte que solo aplican a bienes o servicios de uso común o generalizado; solo se puede agregar demanda homogénea; se centraliza el proceso de selección pero no la suscripción ni ejecución de contratos; se producen recelos institucionales a unificar requerimientos y a que sean funcionarios de otra entidad quienes se encarguen de seleccionar al proveedor; se hace más complejo el proceso de agregación de demanda; se dificulta la promoción de un número mayor de ofertantes debido al volumen del requerimiento; se promueve el centralismo geográfico en desmedro de las ofertas locales; y disminuye el volumen de negocio para ofertantes, pues se establecen mercados con alta participación del Estado.

Por su parte, los principales desafíos que este procedimiento implica para la gestión pública son la tendencia a demorar en la adquisición (acumulación de la demanda, homogenizar especificaciones técnicas, factor de evaluación, observaciones); la necesidad de facilitar

el perfeccionamiento del contrato (cierre contractual, firmas, documentos, fianzas, etc.); los costos para valor referencial (transporte, entrega, etc.); la falta de previsibilidad de pagos; y la necesidad de satisfacer a las distintas áreas usuarias.

### *5.3.9. El concurso de proyectos integrales*

El concurso de proyectos integrales es un proceso de selección que se origina en una iniciativa privada presentada por un particular y declarada de interés público, para solicitar la concesión de una obra o servicio público. Aquí, el factor de competencia entre postores es la mejora del proyecto y aspectos personales del proyectista de la obra o servicio a concesionar (experiencia, tecnología, etcétera).

### *5.3.10. La licitación pública especial*

La licitación pública especial es un proceso de selección que se origina en una iniciativa privada que presenta un particular para la solicitar la concesión de una obra o servicio declarados de interés público. Aquí, el factor de competencia es el nivel tarifario y su estructura de ser el caso; el plazo de otorgamiento de la concesión; la oferta financiera; los ingresos garantizados por el Estado; el compromiso de riesgo asumido por el oferente respecto del costo del proyecto y los riesgos en la explotación; la fórmula de reajuste de las tarifas y su sistema de revisión, de ser el caso, etcétera.

### *5.3.11. Los procedimientos con precalificación*

La licitación pública con calificación previa tiene por finalidad preseleccionar a aquellos postores que se encuentren en posibilidad de competir en razón de su capacidad y solvencia técnica y económica, experiencia en la actividad y ejecución de prestaciones similares, y en función del equipamiento e infraestructura física y de soporte con que cuentan. La calificación previa tendrá como propósito identificar a través

de una preselección a los postores que, por poseer capacidades semejantes, están en posibilidad de competir en el proceso de selección. De este modo, la evaluación se realiza entre proveedores que acreditaron determinados estándares: capacidad y solvencia técnica, capacidad y solvencia económica, experiencia en la actividad, experiencia en la ejecución de prestaciones similares, equipamiento, infraestructura física o de soporte.

#### **5.4. Los procedimientos de contratación y la territorialidad del régimen de contratación**

Una de las características de nuestro régimen de contratación es su territorialidad, es decir, que solo aplica en la medida que los funcionarios y servidores comprometan recursos públicos dentro del ámbito geográfico del país. Es esa medida nuestros procedimientos de contratación no aplicarán cuando se trate de contratos internacionales, contratos celebrados por el servicio diplomático en el exterior (embajadas y consulados) y los contratos de gobierno a gobierno, pues en tales casos aplican las normas comunes de contratación del lugar donde se ejecutan los contratos. Los contratos internacionales son aquellos en los que las entidades han establecido previamente la inexistencia en el mercado nacional de alguna oferta que satisfaga su necesidad de bienes, servicios y obras en las condiciones requeridas, o aquellos en los que el proveedor sea un extranjero no domiciliado en el país y la prestación se ejecute: i) totalmente en territorio extranjero; ii) que no se pueda definir fehacientemente si la prestación se ejecutará en el extranjero o en territorio nacional; iii) que una parte de la prestación se ejecute en el extranjero y otra parte en territorio nacional, sin que pueda dividirse la prestación. También están en esta categoría los contratos del servicio diplomático en el exterior, realizados por las embajadas y los consulados, cuyo objeto sea atender sus necesidades ordinarias de funcionamiento y gestión fuera del país. Finalmente, los contratos de gobierno a gobierno son aquellos que se firman entre una entidad estatal peruana y otro Estado que, por medio de sus dependencias, entidades, o empresas de propiedad estatal, realizará directamente

la prestación solicitada, cuando ello sea conveniente en términos técnicos y económicos.

## 6. LA DURACIÓN Y EL PLAZO CONTRACTUAL

Una constante de los contratos administrativos es que están destinados a durar en un tiempo dentro del cual se producirán una pluralidad de prestaciones y contraprestaciones recíprocas entre las entidades y los contratistas. Tal es el caso de los contratos de asociación público-privadas —concesión, gerencia, *joint venture*—; los contratos habilitantes de actividades sobre recursos naturales; los contratos relativos a la administración del patrimonio estatal; los contratos del servicio civil; los contratos financieros o de endeudamiento, en; los contratos de aprovisionamiento, como suministro, obra, consultoría, servicios, supervisión, etcétera.

En todos estos contratos el tiempo adquiere el carácter esencial para el cumplimiento del objetivo contractual. Así, el plazo no es un evento modal, tolerado o impuesto a las partes sino un factor necesario por su propia naturaleza, requerido por las partes y necesario para que se puedan realizar las prestaciones recíprocas. En ese sentido, las partes deben ejercitar sus derechos y obligaciones conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato consideradas en relación con la duración total.

La duración del plazo contractual se rige por la regla del «término cierto», es decir, el plazo de duración del contrato consta en el contrato de modo determinado o determinable, así como las reglas necesarias para sus posibles prórrogas y ampliaciones. Este término cierto se fija en los contratos administrativos en función a uno de tres factores: la naturaleza de las prestaciones; las características de su financiación; y, la necesidad de someter a concurrencia la prestación requerida por la entidad para no incurrir en una dependencia del proveedor sin competencia.

Normalmente en los contratos de pasivo el plazo de vigencia del contrato es asociado al periodo presupuestal, en una expresión del principio de anualidad presupuestal. Sin embargo, excepcionalmente y atendiendo a la naturaleza y características de la prestación y el interés público que se persigue con la ejecución del contrato, es posible que los contratos tengan una duración mayor. Tal es el caso de los contratos de concesión, obra pública o supervisión (contratos plurianuales); los contratos de patrocinio judicial o cobranzas (contratos sujetos a plazo indeterminado); o los contratos de suministro, seguridad y limpieza, que pese a ser contratos de necesidades continuadas tienen una duración restringida por razón de conveniencia administrativa para renovar al proveedor mediante un procedimiento competitivo.

Desde la perspectiva del interés público, cabe diferenciar entre los contratos de aprovisionamiento y los contratos de atribución. En el caso de los contratos de aprovisionamiento —obras, adquisiciones, suministros o prestación de servicios— el plazo se suele establecer en favor de la entidad para satisfacer el servicio público, por lo que el ordenamiento le dota a la entidad de los necesarios instrumentos de control sobre el cumplimiento del plazo (supervisión diaria, calendario de obra, plan de trabajo, penalidades, resolución del contrato, intervención de la obra, etcétera). Este plazo solo puede ser modificado por circunstancias excepcionales, siempre que sea indispensable para cumplir con la finalidad del contrato y no se deba a incumplimiento del contratista. Además, el contrato limita los supuestos de posible suspensión del mismo.

Por el contrario, en el caso de los contratos de atribución —concesiones de obra y de servicios— el plazo se suele establecer en favor del contratista para permitirle la recuperación de la inversión, y de los usuarios para permitirles gozar de índices adecuados de servicios.

## 7. EL DOCUMENTO CONTRACTUAL

En la contratación de derecho común, las relaciones obligacionales que surgen entre las partes se constituyen por el documento contractual privado. Su aprobación supera y sustituye todas las actuaciones precontractuales y tratativas, las cuales sirven como antecedente y como fuente de interpretación de la formación del contrato. Por el contrario, en la contratación estatal el documento contractual es un todo complejo que involucra y queda integrado por todas actuaciones precontractuales seguidas por ambas partes, manifestando en conjunto las obligaciones y derechos nacidos de su conformidad con la ley administrativa. Así, el contrato administrativo no se refleja en el documento contractual único y final, sino que es un instrumento unitario e integrado por las declaraciones y actuaciones de las partes a lo largo de su formación. Por ello se habla, con propiedad, de documentación contractual y no de contrato administrativo. Como se sabe, en la contratación estatal las obligaciones y derechos contractuales se conforman durante un proceso progresivo y complejo, a través de las actuaciones de las partes —entidades y postores— desde antes de la convocatoria hasta la suscripción del documento contractual. Estas actuaciones —que se van agregando para formar el documento contractual— son el contrato *stricto sensu*, las bases del proceso, la oferta técnica y económica del adjudicatario, las absoluciones de consultas y pronunciamientos ante observaciones de las partes, el expediente técnico o términos de referencia, etcétera.

En caso de existir contradicción entre los documentos que forman el contrato, existen dos tesis posibles. La tesis unilateralista sostiene que predominan las bases y los términos de referencia, debido a que fueron elaboradas por la administración fijando las condiciones que fueron aceptadas por el postor y ningún documento posterior —de parte de la propia entidad o del postor— podría alterarlos. Sin embargo, existe otra tesis —en la cual nos ubicamos— que apelando a la progresividad en la conformación de la voluntad señala por el contrario que debe predominar

el contrato suscrito, porque ha sido generado posteriormente y recoge las absoluciones de consultas, observaciones y propuestas que pueden haber alterado o complementado las bases. En cualquier caso, la regla primera para solucionar la contradicción debe ser determinar el alcance y contenido del contrato administrativo mediante la revisión de todos los documentos en su conjunto.

## 8. PREGUNTAS

1. ¿Cuál es la diferencia entre adquirente de bases, postor, adjudicatario y contratista?
2. ¿Las entidades cuyas necesidades son atendidas mediante un contrato siempre son las entidades convocantes y adjudicatarias de la buena pro?
3. ¿Qué fundamento tienen las inhabilidades para contratar con el Estado?
4. ¿Qué diferencias existen entre el consentimiento y perfeccionamiento de los contratos de derecho privado y los contratos del Estado?
5. ¿El sistema de contrataciones peruano sigue un sistema cerrado o abierto?
6. ¿El procedimiento para la formación del contrato estatal es un contrato por adhesión?
7. ¿El procedimiento de licitación pública es aplicable a los contratos de servicios o consultoría?
8. ¿Cuáles son las diferencias entre la subasta pública y la subasta inversa?
9. ¿Cuáles son las dificultades que presenta centralizar las necesidades en las compras corporativas?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 6

### EL CICLO DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

#### **1. LAS FASES INTERNA Y EXTERNA DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL**

Desde su formación hasta su extinción todo contrato estatal sigue una serie ordenada de momentos que pueden variar en cada caso particular en algunos aspectos incidentales, pero se mantienen como un ciclo modélico en toda contratación pública.

En principio, encontraremos una fase interna, dedicada a la preparación y diseño estratégico del futuro contrato, que se desarrolla íntegramente en el seno de la administración pública, dentro de la entidad y, en ocasiones, interactuando con otras entidades y sistemas administrativos, como el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Durante esta fase, la entidad identifica su necesidad de obtención de bienes, obras o servicios y determina el modo de atender esa necesidad. Así, a través del comparador puede determinar si el proyecto va por APP o por obra común, define la naturaleza del contrato necesario, determina la posibilidad de financiarlo, estima el costo posible del proyecto, asigna las responsabilidades internas para desplegar la actividad necesaria para su consecución, organiza la información, entre otros aspectos.

La fase externa, dedicada al involucramiento de futuro contratista, concreta el contrato y su ejecución hasta su conclusión. En esta fase

se define quién realizará la prestación, se completan los elementos restantes del contrato y se lleva a cabo la prestación hasta su terminación.

## **2. LAS ACTIVIDADES ANTERIORES AL PROYECTO DE INVERSIÓN: SISTEMA NACIONAL DE PROGRAMACIÓN MULTIANUAL Y GESTIÓN DE INVERSIONES**

El Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones es un sistema administrativo del Estado que tiene la finalidad de orientar el uso de los recursos públicos destinados a proyectos de inversión para la efectiva prestación de servicios y la provisión de infraestructura para el desarrollo del país. La programación multianual de la inversión debe ser realizada con el principal objetivo de cerrar las brechas de infraestructura o de acceso a servicios públicos para la población, de modo que se vinculan los objetivos nacionales, sectoriales, regionales y locales con la identificación de la cartera de proyectos a ejecutarse. El ciclo de inversión tiene cuatro fases sucesivas: i) programación multianual, ii) formulación y evaluación, iii) ejecución y, iv) funcionamiento. En la fase de ejecución las entidades proceden a la elaboración del expediente técnico y la ejecución física y financiera respectiva. Con posterioridad a esta ejecución contractual, el ciclo pasa a la fase de funcionamiento, en la que se procede a la operación y mantenimiento de los activos generados con la ejecución de la inversión pública y la provisión de los servicios implementados. Las inversiones estatales de optimización, de ampliación marginal, de reposición y de rehabilitación no constituyen un proyecto de inversión sujeto a las etapas de programación y de formulación y evaluación.

## **3. LAS ACTIVIDADES PREPARATORIAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN**

Como parte de las actividades preparatorias de un proceso de selección, la entidad debe efectuar principalmente las siguientes actividades:

### **3.1. El plan de adquisiciones**

Es un documento institucional de programación de las contrataciones de bienes, servicios y obras que la entidad pretende realizar durante el año. En dicho documento de gestión deben constar todos los procesos de selección que se planea realizar en el año, la descripción genérica de lo que se va a contratar, el valor referencial de la contratación, los tipos de procesos de selección, la fuente de financiamiento, la moneda, la fecha estimada de convocatoria de los procesos de selección, entre otros.

### **3.2. El requerimiento**

Es el pedido realizado por el área usuaria del bien, servicio u obra, para atender su necesidad pública conforme a su plan de adquisiciones. De manera alternativa, el requerimiento puede ser formulado por el órgano encargado de las contrataciones de la entidad y ser aprobado por el área usuaria. En él se describen de manera objetiva y precisa las características y propiedades funcionales relevantes para su requerimiento y las condiciones —lugar, plazo, modo— en que se necesita que una determinada contratación se ejecute. A fin de evitar la dispersión de requerimientos por parte de las entidades, las autoridades nacionales sectoriales suelen homologar los requerimientos en casos de bienes o servicios de adquisición recurrente o de uso masivo, como medicamentos, vacunas, materiales educativos, etcétera.

### **3.3. La determinación del tipo de procedimiento contractual: contratos de aprovisionamiento**

Un aspecto esencial es la determinación del tipo de contrato que será necesario para atender la necesidad y, seguidamente, el procedimiento de selección que corresponda. Ese procedimiento de selección se determina a fin de compatibilizar varios factores: del objeto del contrato (según sea una adquisición de bienes, obras o servicios); el valor referencial de la demanda agregada (sin fraccionamiento), incluidas las compras por paquete;

el territorio de la prestación o del contrato, en función de la entidad que contrata (según sea una empresa del Estado, una entidad exonerada o incluida en la Ley o con régimen de contratación propio).

#### **3.4. La organización administrativa y la aprobación del expediente de contratación**

Cada entidad asigna a su interior las responsabilidades y competencias para el procedimiento de selección: el titular de la entidad ejerce las competencias para aprobar, autorizar y supervisar los procesos de contrataciones del Estado; el área usuaria es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con la contratación; el órgano encargado de las contrataciones es el que está a cargo de los actos de abastecimiento de la entidad y cuyos funcionarios deben ser debidamente certificados para dicha tarea; el comité especial está encargado de seleccionar al proveedor que brindará los bienes, servicios u obras requeridas por el área usuaria a través de determinada contratación.

En ese mismo aspecto interadministrativo, cada entidad debe aprobar el expediente de cada contratación, en el que deben identificarse, entre otros aspectos, el tipo de procedimiento contractual, la disponibilidad presupuestal, el estudio de mercado, la elaboración de términos de referencia, el expediente técnico de las obras, las bases o pliegos del proceso, el valor referencial, los sistemas de determinación de precio, la obtención y disponibilidad del terreno donde se realizará la obra en los casos de obras públicas.

#### **3.5. El estudio de mercado**

Este documento constituye el análisis técnico y estratégico sobre el precio con el que se comercializan en el mercado los bienes, servicios u obras que requiere la entidad, y confirma la existencia de postores plurales y marcas. Asimismo, con el estudio de mercado se obtiene información sobre los bienes que pueden sustituir al requerido con la misma funcionalidad, y sobre los factores de evaluación a aplicarse para seleccionar al mejor postor.

Del mismo modo, es posible obtener información sobre alternativas existentes de comercialización, como descuentos por volúmenes, disponibilidad de la prestación, mejoras posibles, etcétera.

De acuerdo con la normativa peruana, a partir de dicho estudio se determina el valor referencial de las prestaciones, que deben incluir todos los costos, tributos, seguros, costos laborales, etcétera, y que deben estar actualizados con una antigüedad no mayor a seis meses en el caso de obras, ni a tres meses cuando se trata de bienes y servicios. Para fijar el valor referencial se deberá recurrir cuando menos a dos fuentes distintas, por ejemplo, presupuestos, cotizaciones, catálogos, estructura de costos, etcétera.

Respecto a la accesibilidad pública del valor referencial, existen dos tendencias: aquella que plantea la necesidad de hacerlo conocido a los postores para que sepan que la propuesta será excluida si la oferta fuera excesiva o, incluso, predatoria. Esta opción tiene el inconveniente de dar señales a los postores de que se les inhibe competir a precio real, pues intentan naturalmente aproximarse al valor referencial dado. De otro lado, la alternativa de no mostrar el valor referencial y considerarlo solo como valor estimado exige a los postores competir con precios reales. Sin embargo, esto puede poner en riesgo la transparencia del proceso por el posible tráfico de esta información y no impide las ofertas predatorias, que deberán ser analizadas cuidadosamente en cada caso.

### **3.6. La disponibilidad presupuestal**

Es la certificación que da la oficina de presupuesto, en la que se garantiza que se cuenta con presupuesto suficiente en el año correspondiente y permite asegurar los pagos a los contratistas que se seleccionen, aun cuando sea de duración plurianual.

### 3.7. Las bases del proceso de selección

#### 3.7.1. *Concepto y finalidad de las bases de los procesos*

Jurídicamente la actuación más relevante de las actividades preparatorias es la formulación y aprobación de las bases, pliegos o reglas del proceso de selección y del contrato. Nos referimos al conjunto de reglas generales («ley del contrato») predispuestas, redactadas de modo unilateral por la administración (muestran la «voluntad de la administración»), de necesaria publicidad, que especifican y regulan el programa contractual (reglas de selección, perfeccionamiento y ejecución contractual) a las cuales se adhiere el postor con su participación.

Desde la perspectiva jurídica, las bases del proceso de selección califican como un acto administrativo general: contienen reglas generales, impersonales e iguales para todos los que deseen postular; y la administración tiene discrecionalidad técnica para configurar sus reglas dentro de los márgenes que les da la ley y los modelos estándar que aprueba de manera centralizada OSCE. Los interesados pueden impugnar las reglas de manera preliminar mediante las observaciones, pero una vez que estas son absueltas se integran en unas bases definitivas. Las reglas son obligatorias para el postor e inalterables una vez integradas, por lo que la no adecuación de las propuestas a dichas reglas determina su inadmisibilidad.

La formulación de las bases tienen por finalidad dar condiciones claras para seleccionar al mejor oferente, ejecutar e interpretar el contrato; dar transparencia al proceso de selección del contratista, pues son accesibles sin restricciones a través del SEACE o en la web de Proinversión; permitir un control posterior a las decisiones de adjudicación, exclusión, calificación, precalificación, asignación de puntaje, etcétera; dar seguridad de las reglas de juego del proceso a los postores y garantizarles competencia y trato igualitario.

### *3.7.2. Contenido de las bases: requisitos técnicos mínimos y factores de competencia en particular*

Las bases deben contener, como mínimo, la siguiente información: identificación del objeto del contrato requerido y las obligaciones y derechos de las partes; requisitos para postular (requisitos técnicos mínimos); características técnicas de lo que se va a contratar; plazo de ejecución de la prestación; sistema de contratación (suma alzada, precios unitarios, etcétera); cronograma de las etapas del proceso de selección; factores de competencia; método de evaluación y calificación de la propuesta; proforma de contrato (obligaciones, forma de pago, penalidades, cláusula arbitral, cláusulas resolutorias, etcétera); valor referencial del contrato; rangos admisibles; tipo de moneda de la oferta; contenido de las propuestas que deben presentarse.

Los requisitos técnicos mínimos son las exigencias racionales, objetivas y congruentes que constituyen el límite inferior o extremo que los postores deben acreditar cumplir para poder postular a un contrato. Estos permiten asegurar que el postor está en aptitud de poder ser proveedor de la entidad pero, a su vez, que existe más de un proveedor potencial bajo esas condiciones. Constituyen requisitos técnicos mínimos la experiencia del postor y de su personal. Los factores de competencia deben ser preestablecidos y públicos, comprensibles y objetivos, por lo que debe existir preponderancia de criterios susceptibles de valorarse mediante cifras o porcentajes en fórmulas y no juicios de valor subjetivos. Los factores que se pueden establecer en las bases son los siguientes:

- En caso de contratación de bienes: precio, plazo de entrega, sostenibilidad social, garantía comercial del postor, disponibilidad de servicios y repuestos, capacitación al personal de la entidad, mejoras técnicas.
- En el caso de contratación de servicios de consultoría: metodología propuesta, calificación y experiencia del personal clave, otros factores referidos al objeto de la contratación, como el plan de riesgos.

- En el caso de obras: precio y sostenibilidad ambiental o social.
- En subasta inversa: menor precio.
- En subasta pública: mayor precio.
- En concesiones o APP: menor cofinanciamiento del Estado, mayores pagos al Estado, mayor inversión comprometida, mayores obras, etcétera.

### *3.7.3. Las exigencias cualitativas de las reglas contenidas en las bases y las reglas prohibidas*

Las reglas que se incluyen en las bases deben cumplir con algunos aspectos cualitativos derivados de los principios de la contratación administrativa. Deben ser reglas objetivas, razonables o necesarias, justas y equilibradas, claras y comprensibles, congruentes con el objeto que se convoca y las necesidades de la entidad, completas, fiables, conforme a ley y a las normas técnicas aplicables, entre otras.

De esa manera, constituyen reglas prohibidas de ser incorporadas en las bases y de hacerlo deben ser anuladas y excluidas: la exclusión o contradicción de normas obligatorias (como las normas técnicas de construcción), ya que las obligaciones legales aplican igualmente así hayan sido omitidas o contradichas; la exigencia de marcas, nombres comerciales, patentes, diseños, fabricantes, etcétera; solicitar que todas las partes de un equipo sean de la misma marca, a menos que existiera una estandarización de necesidades; permitir que los postores presenten propuestas alternativas; la limitación de la participación de oferentes, como cuando se solicita que todo el personal se encuentre ya contratado por el postor o que no sea ofrecido un mismo profesional por varios postores; la solicitud de que el equipo propuesto se encuentre en el Registro Nacional de Proveedores; la exigencia de plazos exigüos para cumplir prestaciones; las condiciones incumplibles; el requisito de contar con ISO. Del mismo modo, se deben entender prohibidas la creación de causales de inhabilidad para postular además de las incluidas en las leyes u otorgar preferencia

a algún oferente sin base legal, como excluir a quienes tienen deudas con el Estado; emplear criterios de evaluación subjetivos, como la consideración de «bienes en buen estado»; utilizar criterios de evaluación discriminadores, como requerir tener personal nacido o domiciliado en una zona del país o contar con una oficina en un lugar), determinado; incluir criterios de evaluación sin sustento técnico, como pedir instrucción universitaria para personal de limpieza.

### *3.7.4. Balance: aspectos positivos y negativos de la predisposición de reglas unilaterales en las bases de los procesos*

Las ventajas de la redacción de las reglas del proceso por la administración pueden sintetizarse en las siguientes: conformación de un esquema contractual óptimo desde la perspectiva de la administración; delimitación meditada y minuciosa del negocio futuro, eliminando incertidumbres, improvisaciones y dudas que se presentan cuando el consentimiento se da por tratativas y negociaciones; determinación con más claridad de las obligaciones de cada parte —desde la perspectiva del estipulante—, permitiendo aproximarse a los costos reales a cargo de cada parte; simplificación y agilización de la formación del contrato, eliminando trámites de negociación y tratativas individuales mediante el empleo de formularios y bases estándares; permite a las entidades uniformizar el contenido jurídico de sus relaciones contractuales y realizar contrataciones masivas; condiciones igualitarias a los postulantes, eliminando tratos individuales, tanteos, conversaciones privadas, etcétera.

A pesar de ello, la práctica demuestra que la forma en que se estipulan las reglas de las bases del proceso muestra algunas desventajas que debemos advertir para evitarlas y superarlas cuando se producen. Así, podemos señalar el hecho de que al redactar las bases de los procesos la entidad convocante, como parte interesada, difícilmente puede contemplar racionalmente los intereses y derechos del postor indeterminado sino que contempla única y exclusivamente el propio, incluso a veces en exceso; además, fortalece su posición contractual y debilita las condiciones de la otra parte, como sucede

cuando transfiere riesgos y prestaciones onerosas, esconde información sensible o expresa su desconfianza hacia el proponente con penalidades excesivas. Del mismo modo, la redacción unilateral por parte de la entidad puede producir una predisposición a incluir cláusulas equívocas, oscuras o redactadas maliciosamente, evidenciando un cierto abuso de la posición preeminente de la entidad; igualmente, una predisposición a incluir cláusulas vejatorias o leoninas, como el sometimiento a cláusulas ilegales, la limitación de la responsabilidad del Estado, la imposición de jurisdicción, la pérdida de derechos, etcétera.

#### **4. LAS ACTIVIDADES DE SELECCIÓN**

Durante cualquier procedimiento de selección, tanto la entidad convocante como el postor desarrollan actividades distintas pero conducentes a concretar la manifestación de voluntad que arribará a la identificación de la mejor propuesta. Por ejemplo, la entidad tiene a su cargo ejecutar las siguientes actividades: la convocatoria, la absolución de consultas, la absolución de observaciones, la integración de las bases, la recepción, la admisión y apertura de ofertas, la calificación y evaluación de ofertas, y la adjudicación de la buena pro.

Por su parte, los proveedores que tienen interés en participar en el proceso de selección desarrollan las siguientes actividades: registro como participante, formulación de consultas sobre las bases, formulación de observaciones a las bases, presentación, aclaración y subsanación de propuestas.

##### **4.1. La convocatoria o invitación a ofrecer**

La convocatoria es la actuación de la administración que consiste en la invitación general e indeterminada a todos los posibles interesados a que presenten ofertas. Para ser válida, la convocatoria debe reunir los siguientes requisitos: plenitud de la información para participar (descripción del proceso, lugar de inscripción, calendario del proceso, objeto del proceso,

monto, reglas esenciales del contrato futuro, etcétera); publicidad suficiente del proceso (SEACE, portales institucionales, invitaciones, periódicos, otros medios); cronograma razonable de cada etapa del proceso, no obstante este sea prorrogable y modificable por razones objetivas y mediando la misma publicidad de la convocatoria original.

#### **4.2. Las consultas**

Las consultas se refieren a la actuación de los postores que desean participar en el proceso de selección, con el objeto de obtener en forma anticipada información que juzga útil para su participación o esclarecer las reglas de las bases, para el mejor entendimiento de las reglas definidas por la entidad convocante en el proceso de selección.

#### **4.3. La absolución de consultas**

La absolución de las consultas está a cargo de la entidad, que debe guiarse por las reglas de i) competencia (comité especial); ii) fundamentación suficiente; iii) claridad de contenido; iv) autovinculación de la absolución para el proceso de selección; y, v) tratamiento igualitario a los participantes (publicidad de la absolución).

#### **4.4. Las observaciones a las reglas contenidas en las bases**

Los proveedores que participan en el proceso de selección tienen la posibilidad de cuestionar, reclamar o manifestar su disconformidad respecto de aquellas reglas del proceso que —por acción u omisión u acción- transgrede cualquier— transgreden alguna disposición en materia de contrataciones y adquisiciones (principios, reglas del procedimiento, condiciones mínimas de las bases). La observación persigue la modificación de la regla considerada ilegal para que el proceso prosiga conforme al ordenamiento.

#### **4.5. La absolución de las observaciones**

La absolución de las observaciones se rige por las reglas siguientes: i) competencia (comité especial); ii) motivación y claridad de la absolución; iii) revisión ante OSCE si no se acoge o si se acoge ilegalmente (control administrativo de las reglas del proceso).

#### **4.6. La integraci3n de bases**

La entidad convocante actúa en la integraci3n de las bases fijando las reglas definitivas del proceso, conjugando las bases originales con las respuestas a las consultas y a las observaciones a las bases y el pronunciamiento del OSCE, de ser el caso. Las bases integradas son las reglas definitivas del proceso.

#### **4.7. La oferta del postor. Condiciones jurídicadas, exigencias y modalidades de ofertas**

La oferta es el acto jurídicado mediante el cual el ofertante, con base a lo establecido en la ley y en las bases, realiza una declaraci3n de voluntad hacia la entidad convocante en respuesta a la invitaci3n efectuada, presentando su mejor propuesta. Jurídicamente, tiene las siguientes características: a) unilateralidad, pues es propuesta exclusivamente por el postor, sin coordinaci3n, pacto o acuerdo con otros postores; b) firmeza, pues dado que es la mejor propuesta que hace el postor, debe ser firme y definitiva; c) plenitud, pues debe contener todos los elementos solicitados en las bases; d) se adecúa cabalmente a lo que exige la entidad, sin poder adicionarse informaci3n posteriormente; e) tiene su carácter recepticio, ya que está dirigida a la entidad y requiere de ella un pronunciamiento; y f) irrevocable, pues se debe mantener hasta la conclusión del proceso.

La oferta está conformada por la propuesta técnica y la propuesta económica, y debe cumplir con lo siguiente: acreditar la capacidad del postor (general y especial); declarar la aceptaci3n o adhesi3n a las reglas establecidas por la entidad; tener un contenido congruente con lo requerido

por la entidad (precio, bien ofrecido, plazo de entrega, mejoras, tipo de financiamiento, etcétera); tener certeza, incondicionalidad y claridad.

Conforme a las reglas del proceso y características del contrato podemos encontrarnos con algunas modalidades particulares cuya validez depende de su conformidad o no con las bases. Así, tenemos la oferta con alternativa, cuando las bases han dado dos o más alternativas y el postor tiene derecho a optar por alguna de ellas. Este tipo de propuesta contiene la elección de un objeto, la forma de ejecución y la solución técnica o financiera de la prestación; la oferta con variante es la propuesta que responde a la prestación o característica pedida por la entidad convocante pero con agregados no previstos ni solicitados; la oferta con mejora es la propuesta que además del objeto de la convocatoria contiene ofrecimientos mayores en beneficios para la entidad pero que han sido pedidos como facultativos por la entidad en las bases; la oferta en consorcio, que es aquella oferta presentada por dos o más postores de manera conjunta, sumando experiencias, capacidades, etcétera.

La preparación de la oferta es exclusiva responsabilidad del postor, al igual que su presentación ante el comité especial que tiene a cargo el proceso de selección. Para ello, el postor debe entender las bases, estimar costos, buscar información complementaria de acceso público, obtener proveedores, analizar la posibilidad de cumplir los requerimientos, verificar la veracidad de los documentos que presenta al proceso, etcétera.

#### **4.8. La presentación de la propuesta**

La presentación de la propuesta es la actuación física o virtual del proveedor que participa en el proceso de selección, por la que hace conocer ante la entidad su mejor oferta para competir por hacerse del contrato. Dicha presentación puede ser física o virtual, según sea la forma de convocatoria, y también puede presentarse de manera simultánea con el resto de los interesados, como sucede en las licitaciones públicas tradicionales, o de manera sucesiva detrás de otros postores, como es el caso de la subasta inversa o la subasta pública.

La oferta debe presentarse por escrito, firmada en todas sus hojas por el postor o su representante legal, y debidamente foliada. En idioma castellano o con traducciones simples. Se presenta un original y una copia en un sobre debidamente cerrado.

El postor debe concurrir a la sede de la entidad para presentar su oferta, salvo que se trate de procesos que se realizan por vía electrónica. En el acto de presentación de propuestas debe acreditarse también al representante, es decir a la persona que acude en representación del postor.

La presentación de la oferta es sucesiva o simultánea con los demás competidores, en el día, lugar y fecha prevista en el aviso de convocatoria del proceso de selección.

Una vez presentada la oferta, no podrá ser modificada, y el postor no podrá desistirse de la misma.

La presentación de la oferta debe producirse preferentemente en acto público, evidenciable y formal. En este acto, la entidad convocante recibe las propuestas de los interesados y verifica el cumplimiento de las exigencias formales de la oferta. El acto de presentación de propuesta debe constar en acta suscrita por todos los miembros del comité especial y por los postores que deseen hacerlo.

La presentación de la propuesta genera los siguientes efectos:

- Otorga al oferente el derecho subjetivo a que se admita su propuesta si esta cumple con los requisitos.
- Otorga al proveedor participante la calidad de «postor».
- La información presentada al proceso dentro de la propuesta es de acceso público, salvo información confidencial, como cuando existe secreto comercial.
- La entidad se obliga a evaluar y pronunciarse motivadamente sobre la oferta del postor.
- Permite conocer la identidad de todos los competidores en el proceso de selección.
- Excluye la posibilidad de que otros interesados puedan participar.

La recepción y apertura de ofertas recae en la entidad convocante, específicamente en el comité especial que conduce el proceso de selección. Asimismo, corresponde a este órgano la admisión y valoración de la oferta.

#### **4.9. Las aclaraciones y la subsanación de la oferta por el postor**

La oferta, como toda acción humana, puede tener defectos de distinto grado y tratamiento legal. Acude en ayuda de esta situación la aplicación supletoria del principio de informalismo moderado, previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, para poder determinar cuando el defecto es fatal y determina la exclusión de la propuesta, o subsanable para continuar en el proceso una vez salvado el defecto.

La propuesta puede tener errores, entendidos como aquellos defectos de expresión en la propuesta, en comparación con lo definido en las bases del proceso. También constituye un error o defecto la omisión o ausencia total o parcial de algún elemento en la propuesta en comparación con lo definido en las bases.

Son defectos indiferentes aquellos de carácter formal que no vician la oferta, no modifican el alcance de la propuesta y tampoco impiden una comprensión cabal de la entidad mediante una evaluación integral de la propuesta. Los siguientes son ejemplos de este tipo de errores: la equivocación en la indicación de la marca de un equipo ofertado que sin embargo se puede advertir a través de los catálogos presentados; la omisión en un cuadro resumen de información tal como la dirección domiciliaria de un local, el nombre del postor o el RUC de la empresa; errores ortográficos o de redacción en las declaraciones juradas exigidas, pero que no alteran el contenido; la equivocación en las operaciones aritméticas de una propuesta a precios unitarios. Todos estos errores deben ser corregidos por la propia entidad convocante y no ameritan subsanación alguna por parte del postor.

Hay errores un poco más graves que tampoco invalidan la propuesta —como son los errores o vicios— y son subsanables; esto es, aquellos que son accidentales o contingentes; accesorios, secundarios o contiguos; o simplemente formales o adjetivos. Estos requieren observación

de la entidad y la conveniente subsanación del postor dentro del plazo máximo de dos días. Son ejemplos de estos vicios la falta de firma de los documentos de las propuestas técnicas y económicas; la foliación de las propuestas técnica y económica; la ausencia de documentos emitidos por autoridad pública nacional o por un privado en ejercicio de función pública, como autorizaciones, permisos, títulos, constancias o certificados que acrediten estar inscrito o integrar un registro; y otros de naturaleza análoga. Para subsanar estos errores, estos documentos deben haber sido obtenidos por el postor con anterioridad a la fecha establecida para la presentación de propuestas.

Los vicios que invalidan la propuesta o defectos insubsanables son aquellos que determinarán que la oferta no sea admitida en el proceso de selección. Así, no podrá ser objeto de subsanación aquella oferta que no se ajusta a los requisitos de las bases por no ofrecer lo solicitado o porque lo ofrece con condiciones o requisitos distintos a los pedidos, por tener contradicciones o por no ser comprensible. Ejemplos de defectos no subsanables son las ofertas económicas excesivamente altas o la ausencia de información suficiente para comparar propuestas y adjudicar puntaje, las ofertas contradictorias en las que la oferta no corresponde a lo solicitado, no indica las características de lo ofertado o existe discrepancia entre lo consignado en números y en letras en la propuesta económica.

#### **4.10. La admisión o el rechazo de la oferta**

La declaración de admisión implica la verificación, por parte de la entidad convocante, del cumplimiento de presentación de los documentos obligatorios, los requerimientos técnicos mínimos y los aspectos formales de la propuesta que va a ser evaluada. Esta declaración de admisión genera para el postor el derecho a un procedimiento de selección regular y una adjudicación conforme a ley, pero no derecho a la adjudicación.

Para que la oferta sea admitida se requiere que el sujeto esté registrado como participante en el proceso de selección, cuente con inscripción vigente RNP, tenga un representante hábil, capacidad económica,

etcétera. En cuanto al objeto del proceso, debe ajustarse a los requisitos solicitados. En cuanto al tiempo, la propuesta debe ser presentada dentro del cronograma. La forma de presentación debe ser por escrito, foliada, rubricada e incluir los documentos requeridos; y en cuanto al lugar, debe entregarse en la ubicación señalada en las bases.

#### **4.11. La valoración de ofertas. Descalificación y empate de propuestas**

El comité a cargo del proceso evalúa cada propuesta técnica y económica admitida, según los factores de competencia y método de ponderación aplicables, y luego procede a la comparación objetiva entre los postores admitidos para determinar la más propuesta más conveniente.

Nos encontramos frente a una evaluación integral, en la cual se verifica la totalidad de la información contenida en la propuesta y se compara a esta información con lo requerido en las bases en tres fases: i) evaluación de la propuesta técnica (verificación del cumplimiento de requerimientos técnicos mínimos o términos de referencia, los factores de competencia, luego de lo cual se procede a la asignación de puntaje); ii) evaluación de la propuesta económica y asignación de puntaje; iii) comparación entre los puntajes obtenidos por todos los postores y jerarquización en un cuadro comparativo de postores.

La evaluación de las propuestas es una actividad parcialmente reglada a partir de las normas y bases donde se señalan factores de competencia y su ponderación, pero también tiene componentes discrecionales, como la valoración de los factores de competencia.

Los sistemas de valoración de las ofertas pueden seguir una fórmula racional, cuando se pondera lo económico y la calidad mediante fórmulas y apreciación; una fórmula automática, cuando se siguen criterios objetivos para determinar al ganador, como en la subasta inversa; una fórmula discrecional, cuando la valoración de la oferta sigue criterios subjetivos, como sucede en las contrataciones directas por exoneración. La legislación opta entre estos sistemas según el procedimiento empleado y aplicable.

Corresponde descalificar las ofertas cuando califiquen como contradictorias, si contienen declaraciones o documentos de contenido opuesto que impiden su valoración unívoca; condicionadas, si contienen condiciones a cargo del convocante o de terceros para su cumplimiento; temerarias o predatorias, si ofrecen un precio anormalmente bajo o desproporcionado que razonablemente pone en riesgo el cumplimiento de la prestación; excesivas, si ofrecen un precio que excede la disponibilidad presupuestal; incompletas, si falta alguna exigencia requerida en las bases; inadmisibles, si no ofrecen lo solicitado con los requisitos solicitados o sin acreditarlos debidamente; o irrelevantes, si no llegan al puntaje mínimo.

Finalmente, como consecuencia de la evaluación de la propuesta puede que más de una empresa alcance el mismo puntaje máximo, en un empate. En ese caso, los ordenamientos, que siguen distintos lineamientos de políticas públicas, optan por dar preferencia a alguno de ellos en función a diversos criterios. Por ejemplo, se puede tomar en consideración que el postor sea una microempresa, si la empresa da empleo a discapacitados o priorizar al que hizo la oferta más económica. Otra opción es el sorteo o la distribución prorrateada de la prestación entre los postores —en caso de que ellos lo acepten— o a veces se brinda la oportunidad a un segundo lance entre los empatadores para que mejoren su propuesta, que es lo usual en el régimen de APP.

#### **4.12. La adjudicación de la buena pro**

El momento culminante del proceso de selección llega cuando la entidad convocante, luego de la evaluación de las propuestas, declara cuál ha sido la propuesta más conveniente a los intereses de la convocatoria y con quién corresponde contratar en un futuro inmediato. Este acto administrativo produce importantes consecuencias en el proceso. Para empezar, genera el derecho y la obligación del adjudicatario de perfeccionar todos los documentos necesarios para contratar con la entidad. Luego, genera para la entidad el deber jurídico de contratar con el elegido y su responsabilidad contractual en caso de no perfeccionarlo, salvo causales legales que le

permiten no concluir con el contrato. Respecto de los no seleccionados, la adjudicación abre el acceso el expediente a los todos postores e incluso a terceros, con lo cual se inicia el plazo para impugnar el resultado del proceso, aun cuando esos postores pueden aceptar el resultado y retirar sus propuestas.

Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en la contratación común, la adjudicación de la buena pro no implica la formación del consentimiento pleno de las partes ni tampoco perfecciona el contrato. Aquí no aplica el artículo 1389 del Código Civil que indica que «El contrato se celebra cuando el subastador adjudica la buena pro al postor que hasta ese momento ha formulado la mejor propuesta válida». La adjudicación —en materia de contratos estatales— genera obligación recíproca precontractual para la entidad y el adjudicatario de perfeccionar la relación contractual mediante el documento escrito. Todavía es necesario seguir satisfactoriamente la etapa ulterior de perfeccionamiento documental para concluir el *iter* contractual.

## **5. LAS ACTIVIDADES DE PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO. LAS POSIBILIDADES DE FRUSTRACIÓN DEL CONTRATO. LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO**

El momento final del proceso de selección es el perfeccionamiento contractual, que tiene por objetivo completar documentación e información requerida al postor y, para ambas partes, documentar el acuerdo por escrito y suscribirlo por medio de sus representantes autorizados. A dicho efecto, el ganador de la buena pro debe presentar la garantía de fiel cumplimiento, la constancia oficial de no estar inhabilitado, sustituir documentos simples por autenticados, entregar el contrato de consorcio, entre otros, y según lo pidan las bases específicas de cada caso, contratar seguros y entregar las pólizas, acreditar el financiamiento del proyecto, etcétera. Únicamente en casos excepcionales y en aras de la celeridad administrativa, cuando el contrato sea por monto ínfimo —menor cuantía— o por haber contratos conexos precedentes —convenio marco— la relación bilateral

se perfecciona únicamente por acto administrativo de la propia entidad, mediante la orden de compra o de servicios.

¿Puede la entidad, no obstante la adjudicación, desistirse de contratar con el adjudicatario sin responsabilidad? Sí, cuando sobrevenga alguna de las causales trazadas por la ley para ese desistimiento: un recorte presupuestal que priva de financiamiento al contrato, una norma ulterior que prohíba el objeto contractual o la desaparición de la necesidad. Fuera de estos casos, la entidad debe mantener como regla general la buena fe precontractual y no frustrar el contrato de manera unilateral.

Desde la perspectiva del adjudicatario, ¿puede desistirse de contratar sin responsabilidad? En principio no. Si desiste de la propuesta presentada o frustra de manera evidente el perfeccionamiento contractual, incurre en una infracción sancionable con inhabilitación para contratar con el Estado. Por ejemplo, no podrá desistirse aduciendo que el precio en el mercado se ha incrementado, que el personal con el cual contaba para realizar la prestación ha renunciado o que tiene otras demandas de prestaciones. Únicamente podría desistirse de perfeccionar el contrato previa aceptación de la entidad si hay razón justificable a criterio de esta, como en el caso de que luego de la postulación el ofertante haya sido sancionado con inhabilitación para contratar con el Estado. En un caso así, además de perder la buena pro, la entidad debe citar al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de mérito, a fin de que concurra a suscribir el contrato.

El perfeccionamiento del contrato se alcanza con la firma del documento que contiene el contrato o cuando el ganador de la buena pro recibe la orden de compra o servicio. Este documento contractual debe responder a la proforma de contrato incluida en las bases, que debe estar conforme con los requisitos técnicos mínimos y estar actualizado con los cambios que provienen del propio proceso a través de las consultas, observaciones, propuesta técnica y económica, entre otros.

¿Es posible incluir nuevas cláusulas o modificar las cláusulas previstas en la proforma del contrato? En principio, no. Por excepción, es posible hacerlo de mutuo acuerdo para incluir aspectos complementarios

no contrarios a las bases ni a las ofertas, con el objeto de brindar claridad y precisión a las condiciones contractuales y a los derechos y obligaciones de las partes de cara a una más eficiente ejecución del contrato; y pactos accesorios que brinden cobertura contractual a hechos sobrevinientes al momento de la elaboración de las bases y de las ofertas —cambios normativos, ampliación de los bienes a adquirirse, fecha de inicio por conexión con otro contrato, entre otros—, siempre que el pacto se oriente al mejor cumplimiento de las prestaciones objeto del contrato atendiendo al interés público.

Finalmente, el contrato alcanza publicidad a través de su inclusión en los portales como el SEACE, el de Proinversión y los portales institucionales, por lo que no indispensable elevarlo a escritura pública.

## **6. LOS SUPUESTOS PATOLÓGICOS EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN**

### **6.1. El proceso desierto**

Luego del proceso de selección, el resultado puede ser declarado desierto, cuando habiéndose presentado postores ninguno presentó una propuesta válida o porque no se presentaron postores a los cuales les hubiera atraído el negocio en los términos planteados. En este caso, corresponde a la entidad indagar sobre las causas de tal resultado —algún requisito limitante, valor referencial ínfimo, exigencias incumplibles— y adecuar las bases a fin de proceder con la siguiente convocatoria a través de un procedimiento de menor complejidad y plazo de duración.

### **6.2. La cancelación del proceso de selección**

Durante el proceso de selección también puede ocurrir que la entidad convocante proceda a dejar sin efecto el proceso de selección. La cancelación del proceso de selección solo puede disponerse hasta antes de que se otorgue la buena pro, y por causas taxativas previstas por la norma: fuerza mayor o caso fortuito; desaparición de la necesidad de contratar;

prioridad presupuestal distinta por emergencia. Como es una decisión de la entidad, puede encubrir un favorecimiento a determinados postores o la exclusión de otros. En tal caso, quienes se sientan afectados pueden impugnar la decisión ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

### **6.3. La nulidad de oficio del proceso de selección**

El titular de la entidad puede declarar la nulidad del proceso cuando advierte que la entidad ha incurrido en algún vicio esencial, como actos efectuados por órgano incompetente; reglas que contravienen normas legales; bases con imposible jurídico; prescindencia de la normatividad; no absolución correcta de las consultas, etcétera.

Esta acción depuradora del proceso solo puede declararse hasta antes de la celebración del contrato, y su principal efecto es retrotraer el proceso de selección hasta el momento en que se incurrió en el vicio identificado para sanear el defecto y se renueve un proceso de selección correcto legalmente. Los postores que no se sientan conformes con la nulidad del proceso pueden impugnar dicha decisión ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

## **7. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL**

Durante la ejecución contractual interactúan los sujetos del contrato mediante diversos actos de gestión dirigidos a alcanzar el cumplimiento eficiente del contrato. Para estudiar aquellos aspectos que tengan relevancia jurídica, nos hemos propuesto abordar los siguientes temas, inherentes a la ejecución de cualquier contrato estatal: las reglas básicas en la ejecución contractual, el subciclo de ejecución contractual, los derechos del contratista en la ejecución, los deberes de la administración y los contratos complementarios.

## 7.1. Las reglas básicas en la ejecución contractual

Durante la ejecución del contrato se aplican las siguientes reglas esenciales: el principio de continuidad en la ejecución; el control administrativo sobre las prestaciones del contratista; la posición privilegiada del contratante estatal a través de sus prerrogativas unilaterales; el principio de equidad y de equilibrio económico financiero; la prestación personal del contratista; la limitación a las modificaciones convencionales; la comunicación formal entre los sujetos del contrato (no hay acuerdos verbales); y los pagos al contratista, que se producen siempre con posterioridad a la conformidad de las prestaciones otorgada por la entidad.

### 7.1.1. *El principio de continuidad en la ejecución*

Si bien todo contrato es pactado para cumplirse, la secuencia ininterrumpida de las prestaciones comprometidas se presenta con mayor fuerza en los contratos administrativos que en los contratos de derecho común, debido a la vinculación inmediata de aquellos a los servicios y las funciones públicas, de naturaleza continuas.

Por ello, la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista debe ser constante y no debe suspenderse sin alguna razón legal. El ordenamiento dota a las entidades contratantes de instrumentos que permiten forzar al contratista para asegurar la continuidad en el ejercicio de un control administrativo de la prestación, dentro del contrato, tales como la mora automática para el contratista en caso de retraso injustificado, la restricción a las posibilidades de incumplir o retrasar prestaciones al contratista—salvo fuerza mayor o caso fortuito—, la limitación a la aplicación de la excepción de incumplimiento.

### 7.1.2. *El control administrativo sobre las prestaciones del contratista*

El diseño del contrato somete al contratista a un control administrativo para vigilar la correcta, oportuna y cabal ejecución, haciéndole aparecer

bajo una dureza especial no comparable al contrato privado. Algunos de los instrumentos contractuales que lo reflejan son:

- a) La obligación de presentar y mantener vigente hasta la conclusión del contrato una garantía de fiel cumplimiento en favor de la entidad. El contratista debe entregar a la entidad, como requisito para la suscripción del contrato, una garantía incondicional, solidaria, irrevocable y de realización automática en el país, a solo requerimiento de la entidad contratante. El monto de dicha garantía es de 10% del monto del contrato, y debe mantenerse vigente desde su firma hasta que la entidad otorgue la conformidad a la prestación (bienes o servicios) o se produzca el consentimiento de la liquidación final de la obra.

Como es lógico, esta garantía se ejecutará si el contrato es resuelto por incumplimiento del contratista, si este no la renueva o si incumple con pagar el saldo de la liquidación.

- b) El control al plazo del contratista para ejecutar las prestaciones. La ejecución de las prestaciones debe producirse en el plazo pactado, y las actividades a cargo del contratista están organizadas en función de calendarios o cronogramas o planes de trabajo. Así, en el caso de obras, se cuenta con un calendario de avance de obra y un calendario de adquisición de materiales o insumos. Tratándose de suministro, se utiliza un cronograma de entrega de bienes; en el contrato de consultoría se aplicará un programa de actividades o un plan de trabajo. Estos instrumentos permiten que la entidad mida el avance de prestaciones y determine cuándo se encuentra en incumplimiento.

Precisamente por este control, si el contratista requiere la ampliación del plazo contractual debe probar y convencer a la autoridad de que se ha producido alguno de los supuestos tipificados legalmente para ello. Tales supuestos son haberse aprobado una prestación adicional, incurrir en atrasos o paralizaciones no imputables al contratista,

atrasos o paralizaciones imputables a la entidad o por caso fortuito o fuerza mayor. Recién cuando se otorga una ampliación de plazo es que se permite al contratista cumplir con su prestación en un plazo mayor al pactado inicialmente, sin que ello implique que incurra en incumplimiento o sea pasible de penalidad por mora. Esto determina, a su vez, que se le reconozca el derecho a los mayores gastos en que incurra durante ese nuevo plazo, y que se amplíen los plazos de vigencia de otros contratos vinculados, como el contrato de supervisión respecto al de obra, por ejemplo.

Es de cargo del contratista presentar su solicitud de ampliación de plazo cuando aprecie que se produce alguna circunstancia que no le resulta imputable y que impide o dificulta la normal ejecución de sus labores. Los requisitos para que proceda una solicitud de ampliación de plazo son los siguientes: formular la solicitud en la oportunidad dispuesta por la norma; acreditar la ocurrencia de la causal de ampliación de plazo; fundamentar y acreditar los atrasos o paralizaciones producidos, los mismos que deben ser ajenos a su voluntad; acreditar que el evento generador del atraso ha modificado el cronograma contractual original y que el plazo es necesario para concluir la prestación.

- c) Las penalidades contractuales ante incumplimiento. En caso de retraso injustificado, la entidad aplica penalidad por cada día de atraso hasta el 10% del monto del contrato. Superado ese monto, corresponde resolver el contrato.
- d) La resolución contractual por incumplimiento de prestaciones. La entidad puede resolver total o parcialmente el contrato por incumplimiento del contratista si incumple injustificadamente con obligaciones contractuales o legales, si ha alcanzado el máximo de penalidad por retraso (10%) o si paraliza o reduce injustificadamente la prestación.

### 7.1.3. *Las prerrogativas de la administración*

A diferencia de lo que ocurre con el contrato privado, en el que solo excepcionalmente una de las partes tiene capacidad singular para imponer deberes a la otra, dado que la regla es la igualdad entre las partes; en el contrato administrativo las entidades mantienen —como regla general— capacidades inusuales sobre el contratista que le permiten una dirección estratégica del contenido, su ejecución y su propia existencia.

Las prerrogativas de la administración son la proyección de la ejecutoriedad administrativa unilateral institucionalizada en el contrato e incorporada como un régimen jurídico general. Las prerrogativas de la administración se manifiestan en los modos siguientes:

- a) Supervisar las prestaciones del contratista. La entidad contratante inspecciona, vigila y supervisa la regularidad de las actividades del contratista, y, en caso necesario, dicta las ordenes y los correctivos necesarios, que deben ser implementados por el contratista bajo apercibimiento de penalidad u otro tipo de sanción. Los modelos de supervisión que emplean las entidades son los siguientes: por medio de inspectores (con personal propio de la entidad); por medio de organismos *ad-hoc* especializados, denominados reguladores ajenos al concedente (concesiones); por medio de empresas supervisoras contratadas expresamente para esa función (respecto de obras); y por medio de empresas verificadoras privadas (por ejemplo, subasta inversa).

Esta supervisión se evidencia a partir de los siguientes aspectos de la gestión del contratista:

- Lo material: la regularidad del cumplimiento de las prestaciones a que se obligó el contratista frente a la entidad.
- Lo técnico: la conformidad con las normas técnicas, planos, especificaciones, calidades de materiales, prácticas regulares de la

técnica o disciplina específica que regulan las prestaciones a que se ha obligado el contratista, los índices de servicio a la colectividad.

- Lo financiero: la regularidad de los aspectos contables de las prestaciones, tales como valorizaciones, pago a proveedores, trabajadores, impuestos, tarifas, fórmulas de reajuste, etc.
- Lo legal: verificar que se cumple con las normas legales que regulan la ejecución de la actividad, como los derechos laborales de los trabajadores y las obligaciones medioambientales.

La intensidad y extensión de la supervisión varían según la clase de contrato que se celebre. Esto es mayor en prestaciones continuadas como la concesión, suministros, obras, supervisión, consultorías; y, menor en los contratos de ejecución instantánea, como la compraventa y la donación.

- b) La interpretación administrativa del contrato, referida a la prerrogativa de decidir la interpretación ejecutiva del contrato. La prerrogativa de la interpretación del contrato faculta a la entidad contratante a que en caso de discrepancia con el contratista sobre el alcance o la interpretación de alguna cláusula o del modo de ejecutar cualquiera de las prestaciones —y si no se puede llegar a un acuerdo— que pueda absolver mediante decisión expresa y ejecutiva el sentido bajo el cual deben proceder las partes. Esta prerrogativa evita que cada vez que surja una controversia entre las partes el avance de la ejecución contractual quede suspendido o afectado hasta que lleguen a un acuerdo consensual o un tercero —juez o árbitro— decida la solución apegada al contrato.

El fundamento para que se le permita a la administración interpretar el contrato es que está en una mejor condición para desentrañar el interés propio de las reglas contractuales y su propio sentido y alcance, dado que ella misma confeccionó las reglas del proceso a través de los pliegos, la absolución de consultas y la determinación de las necesidades, la redacción del contrato, entre otros.

Empero, no debe perderse de vista que esta prerrogativa es provisional, pues está sujeta a la aplicación de los mecanismos de solución de controversias aplicables —arbitraje, por ejemplo— cuando el contratista desee activarlos para obtener *ex post* la decisión final y definitiva de la controversia, sin perjuicio de acatar esa interpretación.

- c) La anulación unilateral del contrato. El contrato, una vez suscrito y en ejecución, puede ser anulado de oficio y de manera unilateral por la entidad contratante, aduciendo sus propios vicios o los del postor que no fueron advertidos antes, pero siempre antes de la celebración del contrato. Las causales de anulación del contrato son: haber suscrito un contrato con un postor impedido o inhabilitado para contratar con el Estado; haber transgredido la presunción de veracidad en la propuesta o perfeccionamiento del contrato, cuando el contrato se celebró; no haber efectuado previamente el proceso de selección que correspondía de acuerdo a ley; o cuando el contrato se celebró de manera directa, aprobando una exoneración de proceso de selección cuando no correspondía.

Determinada la nulidad de un contrato mediante un acto expreso del titular de la entidad, el contrato se declara inexistente y por lo tanto no son exigibles las obligaciones que este contiene, sin perjuicio de tener que compensar aquello que se haya ejecutado en favor de la entidad hasta antes de la nulidad y no retribuido. Esta compensación sin embargo no es a título de pago sino de enriquecimiento sin causa, dado que hasta antes de la declaración de nulidad el contrato gozaba de una apariencia de validez.

- d) Resolver unilateralmente el contrato. La prerrogativa de resolver unilateralmente el contrato faculta a la entidad a deshacer el contrato por su propio criterio y mediante decisión unilateral, cuando se lo exigen circunstancias de interés general durante la ejecución contractual, sin que medie necesariamente acción

dolosa o culposa del contratista en el cumplimiento de sus prestaciones. De este modo, la prerrogativa de resolver el contrato aplica cuando en un contrato de obra plurianual exista falta de disponibilidad presupuestal y como alternativa a las prestaciones adicionales y reducciones de prestaciones mayores al 50% del valor original para cumplir con la finalidad del contrato convenido. No consideramos que la resolución del contrato por incumplimiento de las prestaciones de las partes califique como prerrogativa unilateral, porque es una consecuencia común y natural a todo contrato para responder al incumplimiento flagrante de la otra parte.

- e) Modificar las prestaciones de manera unilateral. La prerrogativa clásica de las entidades se da cuando —apreciando eventos sobrevinientes objetivamente valorados— estas disponen la modificación necesaria al contrato original, cambiando —en el modo, el plazo o la forma— las prestaciones convenidas con el contratista, con el objeto de adaptarse y perseguir de mejor manera el interés público aspirado desde el inicio. En este caso el contratista ve modificadas las prestaciones que asumió voluntariamente y había planificado cumplir, sin que tenga derecho a ser indemnizado por ello, como es el caso de la reducción o incremento de prestaciones. Nos encontramos frente a la típica *potestas variandi* —propia de los contratos estatales— que imprime la particularidad del contrato administrativo: su mutabilidad, dado que permite a una de sus partes incorporar modificaciones de diversa intensidad en tres dimensiones: i) en la dimensión cuantitativa de la prestación de su contraparte (disminución de prestaciones u ordenar prestaciones adicionales); ii) en la dimensión cualitativa de la prestación (modificar las condiciones de ejecución o las características de la prestación); y, iii) en el horizonte temporal de la prestación (ampliándole el plazo para cumplir con las prestaciones o cancelando el contrato mediante figuras como el rescate, en el caso de la concesión).

La modificación unilateral del contrato no puede responder a una prerrogativa discrecional de la entidad contratante, sino que deben converger algunos presupuestos esenciales: la inmutabilidad del fin público del contrato original; mantener la atención a la finalidad pública perseguida desde el inicio; respetar la naturaleza jurídica del contrato original; contar con la habilitación legal para su ejercicio y subordinación a las reglas que ella establezca; mantener inmodificables los factores de competencia previstos en las bases que dieron lugar al contrato; mantener el valor del contrato y la compensación por el ejercicio de la prerrogativa; la razonabilidad y proporcionalidad de la modificación; y atender a algún evento imprevisible de interés público al cual debe adaptarse el contrato (como realizar mayores metrados u obras complementarias por la erosión realizada por las lluvias que activan la napa freática, por derrumbes, afloramientos de agua y flujos de agua subterráneos; obras complementarias si hubiera que cambiar el talud por su inestabilidad, puentes para conectar poblaciones, cambios de trazo por inestabilidad de suelos o falta de disponibilidad de los terrenos).

- f) La intervención económica de la obra. La prerrogativa de intervención económica es la que permite a la administración proceder a la ejecución directa del objeto del contrato cuando el contratista no lo hiciera dentro de plazos razonables. Para ello puede disponer de los bienes y medios del contratista incumplidor.

La entidad adopta la medida de participar directamente en el manejo económico de la obra cuando se dan eventos de fuerza mayor, caso fortuito o por incumplimiento del contratista de sus obligaciones que no permitan la terminación de la obra en forma oportuna de acuerdo con el expediente técnico. La prerrogativa tiene como finalidad culminar la ejecución de los trabajos sin llegar al extremo de resolver el contrato ni dejar al contratista al margen de su participación contractual, ya que mantiene sus obligaciones por el manejo técnico hasta su finalización total.

g) La prerrogativa sancionadora por la comisión de infracciones. La prerrogativa sancionadora es la que permite a la administración —de oficio y unilateralmente— identificar en la conducta de los contratistas —aunque también en los postores— la existencia de infracciones que valora, procesa y finalmente aplica la consecuencia sancionadora, generalmente una sanción de inhabilitación o multa. El ejercicio de esta prerrogativa está centralizado en una instancia distinta y separada de la entidad contratante: el Tribunal de Contrataciones del Estado.

A diferencia de la penalidad contractual que cada contratante puede aplicar con la finalidad de reforzar en el contratista la celeridad y el cumplimiento de las obligaciones contractuales, esta prerrogativa tiene por objeto desincentivar conductas indebidas de los postores y contratistas que son agresivas para todo el sistema de contrataciones y no a una entidad contratista en particular. Así sucede cuando se presentan documentos falsos; se contrata estando impedido; se incumplen de manera grave las obligaciones, dando lugar a la resolución contractual; se cumple con la prestación, pero con vicios ocultos; etcétera.

h) La prerrogativa de revocar el contrato por conveniencia (rescate de concesiones). Es la decisión unilateral del Estado en la que por razones de interés público o general pone fin al contrato antes de la fecha fijada para ello, asumiendo en forma directa la ejecución o cumplimiento del objeto de ese contrato. La justificación se funda en razones de oportunidad, mérito o conveniencia, sin que se requiera sustentar tal decisión en la culpa del concesionario o el propio concedente. Esta prerrogativa tiene por finalidad reasumir la gestión o ejecución directa del servicio u explotación de la obra concesionada.

i) Balance sobre las prerrogativas exorbitantes de la administración contratante. Mucho se ha dicho sobre la naturaleza, alcances, sentido y propiedades de las denominadas prerrogativas exorbitantes

de la administración contratante. Por nuestra parte, creemos que podemos sintetizar su naturaleza en el régimen peruano estableciendo lo siguiente:

*¿Las prerrogativas nacen de la ley o están implícitas en los contratos del Estado por su propia naturaleza?*

En el régimen peruano, las prerrogativas nacen de norma expresa necesariamente y se suelen disciplinar en los contratos. No pueden sobreentenderse de la naturaleza de los contratos estatales ni crearse de manera unilateral por la administración al diseñar el modelo de contrato o bases del proceso.

*¿Las prerrogativas deben constar en el contrato mismo o vinculan aunque se regulen solo por norma?*

Las prerrogativas pueden no constar en el contrato mismo para vincular. Igual regulan a las partes.

*¿La exorbitancia de estas prerrogativas se funda en que son inusuales, son prohibidas o simplemente excepcionales respecto a la contratación privada?*

La exorbitancia de esta prerrogativa se refiere a que son decisiones unilaterales de las entidades en proyección de la ejecutividad de sus decisiones y por ende expresión de su poder público. No son reglas necesariamente prohibidas en la contratación, más bien existen en la contratación privada, pero como excepciones o reglas que necesitan aceptación de la contratista.

*¿Las prerrogativas no admiten limitaciones o compensaciones?*

Las prerrogativas pueden ser limitables en el contrato por la propia entidad si esta lo considera necesario. De ese modo, cuando implican afectaciones económicas al contratista y este actúa de buena fe, necesitan compensaciones en favor del contratista o cuando menos la discusión de su legalidad en vía arbitral y el debido proceso para su ejecución.

*¿Las prerrogativas se presentan igual en todos los contratos administrativos?*

No, las prerrogativas se presentan de manera desigual en los contratos administrativos. Por ejemplo, son más intensos en obras y en concesiones y menos en los contratos de donación o compra de bienes por parte de las entidades.

#### ***7.1.4. El principio de equidad y equilibrio económico financiero***

Durante la ejecución del contrato debe mantenerse la relación de equivalencia o de correspondencia que existe desde el inicio entre el conjunto de derechos del contratista y el conjunto de obligaciones a su cargo, según lo originalmente pactado. Si ese equilibrio se rompe, el contratista tiene derecho al reequilibrio en su favor, lo cual se fundamenta en el carácter conmutativo del contrato, la equidad y la compensación por las cargas del contratista.

Las condiciones para la procedencia de la restitución del equilibrio son las siguientes: la alteración económica debe producirse por acontecimientos no imputables a quien lo reclama; debe ser causada por una situación imprevisible o anormal para el tipo de operaciones en cuestión; debe afectar la economía del contrato en forma grave; y debe ser sobreviniente a la celebración del contrato. Cuando ello se produce, el restablecimiento se puede obtener a través de algunos instrumentos como el reajuste de precios mediante fórmulas polinómicas de reajuste; una cláusula de estabilización, como el pago en moneda extranjera, a precios internacionales o por índices variables; la cláusula de renegociación o de adaptación, vía un compromiso para negociar compensación; o la cláusula de garantía de ingresos o *take or pay*.

En el caso específico de los contratos de asociación público privadas, la normativa nacional ha restringido el restablecimiento del equilibrio económico financiero únicamente para el caso de que tal desequilibrio se origine en cambios en las leyes aplicables y en la medida en que dichos

cambios tengan directa relación con aspectos económicos financieros vinculados a la variación de ingresos o costos asumidos por el inversionista.

#### ***7.1.5. La prestación personal del contratista***

El contratista ha sido seleccionado porque presentó una oferta más competitiva. Por ello la prestación debe ser cumplida de manera personal y directa. En consecuencia, en la ejecución del contrato se limita la posibilidad de que el contratista subcontrate con tercero la ejecución de las prestaciones a su cargo y se prohíbe la cesión de posición contractual.

En cuanto a la subcontratación, solo procede si está permitido en las bases del proceso de selección, no se trate de prestaciones esenciales y no sea mayor al 40% del monto del contrato; debe haber transferencia tecnológica del subcontratista; el subcontratista elegido debe contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; y se debe obtener aprobación de la entidad previa a la subcontratación. En esa misma línea, la cesión de posición contractual se encuentra prohibida respecto a los contratos celebrados bajo la Ley de Contrataciones del Estado, salvo que el contratista sea objeto de un proceso de reorganización societaria.

#### ***7.1.6. La limitación a las modificaciones convencionales del contrato***

La normativa de la ejecución contractual tiene como particularidad limitar las posibilidades de las partes para realizar modificaciones libremente por acuerdo bilateral. Esta inflexibilidad contractual no tiene bases sólidas, debido tradicionalmente a la desconfianza entre autoridades y contratistas, que evitan negociaciones paritarias y tienen fe en la perfección del diseño contractual según la información disponible al momento de contratar y la posible afectación al principio de igualdad respecto a los otros competidores en el proceso que originó el contrato.

El contrato en ejecución solo puede ser modificado si no se afecta el equilibrio económico financiero del contrato y siempre que tales modificaciones se deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento

del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto. Igualmente, en el caso de los contratos de asociaciones público-privadas, solo proceden las modificaciones si no se altera su diseño original, la distribución de riesgos, las condiciones económicas y técnicas convenidas en el contrato ni el equilibrio económico financiero para ambas partes. Además, durante los primeros tres años las entidades no podrán suscribir adendas a los contratos de asociación público-privada, salvo corrección de errores materiales, requerimientos de acreedores sobre cierre financiero o precisión de aspectos operativos que impidan la ejecución del contrato. Incluso para que proceda la modificación de un contrato, se deberá obtener previamente opinión del organismo regulador—la Oficina de Promoción de Inversión Pública—y del Ministerio de Economía y Finanzas.

***7.1.7. La comunicación formal entre las partes:  
no hay acuerdos verbales***

Existe el deber de las partes del contrato de documentar todas las comunicaciones y acuerdos entre ellos. Por tanto, no son válidos, ni oponible, los acuerdos verbales ni aquellos asumidos por personal que carece de competencia para tales efectos. A dicho efecto se instauró en los contratos de obras, concesiones de obras y consultorías que las comunicaciones, consultas y ocurrencias se transcriben en un cuaderno especial denominado cuaderno de obra o de estudios. Este documento es único y tiene como finalidad probar las comunicaciones entre el contratista, la entidad, y el supervisor, como ocurrencias, órdenes, consultas y absolución de las mismas.

### ***7.1.8. Los pagos al contratista se realizan previo cumplimiento a satisfacción de la entidad***

El precio o la retribución al contratista debe ser cierto y determinado o determinable. La retribución convenida puede ser a suma alzada, a precios unitarios, a tarifas en base al tiempo trabajado, en base a porcentajes, en base a un honorario fijo y una comisión de éxito, o cualquier otro. Sin embargo, para que el pago se produzca, primero debe ejecutarse la prestación a satisfacción de la entidad y estar expedida la respectiva conformidad. Únicamente atendiendo a la naturaleza o características de la prestación y exigencias del mercado las bases pueden considerar que el pago se efectúe total o parcialmente antes de que se ejecute la prestación de cargo del contratista o mediante pagos periódicos a cuenta o adelantos si existen prestaciones periódicas.

### **7.2. El sub-ciclo de la ejecución contractual**

La ejecución contractual sigue un ciclo conformado por los momentos siguientes: el inicio de prestaciones, la dinámica de su ejecución, la conformidad de la prestación, la recepción de la prestación, la liquidación del contrato y la constancia de prestación.

El inicio de las prestaciones en el caso de bienes o servicios se produce junto con la suscripción del contrato. Tratándose de obras, se necesita además que la entidad realice los actos complementarios necesarios para la ejecución controlada de la obra, como la designación del supervisor, que se entregue el expediente técnico, el terreno y los adelantos solicitados por el contratista, etcétera. Incluso puede dissociarse el inicio de la vigencia del contrato del inicio de las prestaciones, como si por motivos de estacionalidad climática o falta de liberación de terrenos puede acordarse una fecha distinta de inicio de la obra.

Durante la ejecución contractual, la entidad contratante efectúa actos de coordinación e impulso para la progresión de las prestaciones convenidas propias de todo propietario de obra, sin ejercer alguna

prerrogativa administrativa. Tal es el caso, por ejemplo, de la entrega o denegatoria de adelantos, la anotación de ocurrencias en cuaderno de obra, la autorización para reemplazo de integrantes de equipo, autorización para subcontratar, otorgamiento de pagos a cuenta, etc.

### *7.2.1. La entrega y la recepción de la prestación*

Es el acto físico por la cual el proveedor entrega a la entidad el bien —informe legal, computadoras, cajas de leche, etcétera), servicio u obra a su cargo, para que sea verificada por la entidad a fin de que le otorgue conformidad a la misma. Así, en este acto, la entidad contratante verifica la oportunidad en que se produce la entrega, la cantidad y calidad de la prestación debida. Si advierte defectos evidentes no hay lugar a recepción.

Con la entrega y recepción de la prestación se produce el traslado del riesgo de la pérdida del bien hacia la administración.

La recepción puede producirse de diversas maneras. Así, por las diferentes manifestaciones de voluntad, podemos tener la recepción expresa —cuando la entidad manifiesta expresamente la recepción por escrito, aun cuando exista recepción con observaciones o con conformidad plena— y la recepción tácita —cuando al silencio de la entidad viene acompañado de actos que evidencian recepción y aprobación tácita—, como sucede con la ocupación efectiva o la puesta en servicio para el uso público del bien u obra, aun sin el cumplimiento del acto formal de recepción. También la recepción puede darse, por la clase de prestación a recibir, en: recepción parcial, respecto de partes que tienen individualidad y autonomía de la prestación y en condiciones de uso independiente, como los bienes de un suministro de televisores u obras por piezas; y la recepción total, como el suministro de lotes u obras completas. Por las etapas de la recepción en relación con la garantía, tenemos la recepción provisional, que es aquella que requiere confirmación posterior porque se recibe para realizar pruebas al bien en periodo de garantía, con ligeras deficiencias pendientes de subsanación o para comprobar detalles; y la recepción definitiva, que es la aceptación de la prestación sin observaciones.

### *7.2.2. La conformidad de la prestación*

Es el acto de control a cargo del área usuaria por la que esta expresa la comprobación favorable de la cantidad y calidad de las prestaciones comprometidas por el contratista —bienes entregados, funcionamiento, rendimiento, medición de la obra, calidad del servicio—, previa realización de las pruebas necesarias. La conformidad de la prestación produce los siguientes efectos: activa el mecanismo para el proceder al pago al contratista; aprueba las prestaciones realizadas en su favor, incluso si hubiera modificaciones o incremento de prestaciones; libera de los posibles vicios o defectos manifiestos en la prestación salvo los reclamos por vicios ocultos.

### *7.2.3. La liquidación del contrato*

Es el proceso de cálculo técnico de las cuentas del contrato —pagos, anticipos, obligaciones, deudas— que tiene por finalidad determinar el costo total de la prestación —generalmente obra— y el saldo económico a favor o en contra del contratista o de la entidad, reconociéndolos o declarándose cerrado el contrato. Conforme a su naturaleza, la liquidación procede en los contratos de tracto sucesivo incluso cuando han sido resueltos o anulados. La liquidación del contrato puede ser aprobada expresamente por la parte ante quien se presenta, o puede quedar aprobada por silencio administrativo o por un Tribunal Arbitral cuando existe controversia.

### *7.2.4. La constancia de cumplimiento de prestación*

El contrato administrativo concluye luego de que la entidad contratante otorga la conformidad a la prestación o se aprueba la liquidación y se efectúa el pago de la retribución pactada al contratista. Aun cuando el contrato originario culmina técnicamente, pueden subsistir algunas obligaciones del contratista que se deben efectuar con posterioridad, como mantenimiento, suministro de repuestos, garantía de producto, etcétera.

Al culminar el contrato, la entidad está obligada a entregar al contratista una constancia de cumplimiento de la prestación en la que debe constar:

- a) La identificación del objeto del contrato, es decir la identificación de la prestación o prestaciones principales asumidas por el contratista.
- b) El monto correspondiente, esto es el importe total al que asciende el contrato, comprendiendo las variaciones por adicionales, reducciones, reajustes, etcétera, que se hubieran aplicado durante la ejecución contractual.
- c) Las penalidades en que hubiera incurrido el contratista durante la ejecución del contrato.

La constancia de cumplimiento de la prestación es prueba de la experiencia obtenida en la realización de la prestación al Estado y de la idoneidad con que fue cumplida.

### **7.3. Los derechos del contratista en la ejecución contractual**

El contratista tiene los siguientes derechos frente a la entidad contratante:

- A percibir el precio pactado o la retribución convenida luego de haber ejecutado su prestación y obtenido la respectiva conformidad, como regla general, y en caso de retrasos, al cobro de intereses legales desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse. En el caso de los contratos de APP, la retribución proviene fundamentalmente de los usuarios —peaje, tarifa— y para su percepción el contrato es título suficiente.
- Al mantenimiento del equilibrio económico financiero y reajuste de precio (compensación por mayores costos).
- A recibir los anticipos financieros, mediante los adelantos directos previa entrega de garantías en favor de la entidad, los cuales serán amortizados mediante los descuentos proporcionales durante

la ejecución de la actividad. Es usual emplearlos en caso de obras públicas.

- Al debido proceso frente al ejercicio de las prerrogativas exorbitantes del Estado, lo cual implica, entre otros, el derecho a tener advertencia previa y a presentar descargos, ejercicio sujeto a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
- A la resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales de la entidad, como no entregar terrenos o no pagar las valorizaciones o prestaciones efectuadas.
- A mantener el plazo pactado para ejecutar su prestación, salvo causa propia, y por ende, a la ampliación de plazo —obra, servicios, etcétera— y a la suspensión o paralización de ejecución del contrato cuando se produzca un incumplimiento grave en las prestaciones a cargo de la entidad, como la entrega de terrenos o expropiaciones.
- A controvertir en arbitraje y conciliación los actos de la entidad que afectan sus derechos siguiendo los procedimientos establecidos para ello.

#### **7.4. Los deberes de la administración contratante**

Son deberes básicos de la administración contratante con respecto a su contratista:

- a) Pagar el precio pactado en la forma convenida, manteniendo su intangibilidad.
- b) Recibir la prestación que se halla conforme al contrato, no pudiendo incluir exigencias adicionales para recibirla, condicionarla a otras acciones, demorarse en exceso del plazo, etcétera.
- c) Cooperar con el contratista para que este pueda cumplir con su prestación y abstenerse de cualquier acto que perturbe la labor del contratista, como entregar materiales, obtener las licencias y autorizaciones administrativas oportunas, dar los planos, absolver

las consultas que se formulen sobre los diseños y especificaciones técnicas, mantener al contratista en pacífica posesión de los terrenos donde se realiza la edificación, indemnizar por los daños y perjuicios que sufriera el contratista por la oposición de terceros.

### **7.5. Los contratos complementarios**

Con posterioridad a la culminación del plazo de ejecución del contrato, la norma habilita a las partes, en el caso de bienes y servicios, a celebrar por única vez y de común acuerdo un nuevo contrato para que se ejecuten idénticas prestaciones a las ya ejecutadas y hasta por el 30% del monto del contrato original. Esto se puede dar siempre que se preserven las mismas condiciones contractuales originales, como precio, características de los bienes, etcétera. Esta contratación solo puede efectuarse dentro de los tres meses posteriores a la culminación del contrato original y por una sola vez, en tanto culmine el procedimiento de selección convocado para atender la necesidad completa.

## **8. LA TERMINACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL ESTADO**

### **8.1. El cumplimiento de las prestaciones**

Los contratos se celebran para cumplir las finalidades que las partes tenían previstas al momento de su celebración. Lo que se espera de las partes es la ejecución de las prestaciones correspondientes, luego de lo cual el contrato culmina naturalmente y se extingue el vínculo que unía a las partes. Esta constituye la primera forma de extinción en contratos de aprovisionamiento —adquisición de bienes, suministros, obras, etcétera— cuando se produce la cabal ejecución de las prestaciones a satisfacción de la entidad. En tal caso, la entidad contratante otorga la conformidad respectiva y se liquida el contrato.

## 8.2. El vencimiento del plazo contractual

Del mismo modo, cuando culmina el plazo acordado en los contratos asociados a actividades humanas para su vigencia también se produce la conclusión del contrato. Así sucede en los contratos de concesión, locación de servicios —seguros, vigilancia, limpieza, etcétera—, empleo público a plazo fijo, consultoría, supervisión y similares, en los que la prestación a cargo del contratista ha sido pactada solo por un tiempo determinado. Esta conclusión no impide que las partes queden obligadas a ejecutar las acciones anexas al contrato, tales como la liquidación, la conformidad, los pagos, subsanación de vicios de la prestación, etcétera. Obviamente, el vencimiento del plazo contractual no produce la terminación del contrato en aquellas relaciones en las que el objeto principal ha sido obtener un resultado determinado —suministro u obra—, en los que el plazo es una forma de medir el cumplimiento o no del contratista. Aquí, el vencimiento del plazo sin lograr el objeto del contrato produce su incumplimiento, con las consecuencias que ello ocasiona, pero no la terminación del mismo.

A estas formas típicas y esperadas de culminación del contrato se suman otros supuestos especiales en los que el contrato culmina de manera anticipada, sin el cumplimiento de prestaciones debidas por razones sobrevinientes, como veremos a continuación.

## 8.3. La resolución del contrato

La resolución del contrato es una forma de terminación anticipada del contrato, y se produce cuando una de las partes falta al cumplimiento de sus prestaciones, pese haber sido requerido previamente para que subsane su incumplimiento, o cuando se torna imposible, de manera definitiva, su continuación por caso fortuito o fuerza mayor. En el caso de los contratos suscritos al amparo de la Ley, el contrato también es resuelto si, por requerirse prestaciones adicionales, se incrementa su monto por encima del 50% del precio original.

### ***8.3.1. La resolución del contrato por incumplimiento del contratista***

La entidad contratante puede dar por concluido el contrato por culpa del contratista si este incurre en incumplimiento de obligaciones contractuales o legales —engaño en el material empleado, falsas mediciones de avances, negligencia en el cumplimiento del servicio, no alcanzar los rendimientos o índices de servicios, no iniciar prestaciones, ceder contrato, subcontratar sin autorización— o si paraliza o reduce injustificadamente la ejecución de la prestación, mediante el abandono o interrupción de trabajos o si acumula el máximo de penalidad por mora.

Para imponer la penalidad, la entidad tiene que seguir un procedimiento reglado a partir de la constatación del supuesto de hecho. Este procedimiento consiste en cursar al contratista un requerimiento previo, por escrito y por vía notarial, para que subsane su incumplimiento en el plazo previsto por la norma, bajo apercibimiento expreso de resolver el contrato, señalando qué parte del contrato quedaría resuelta —total o parcial—. Luego de vencido ese plazo y de persistir el incumplimiento, la entidad queda habilitada a resolver el contrato mediante otra carta notarial al contratista. Para el contratista, la resolución contractual por su culpa, produce otras consecuencias perjudiciales que consisten en la aplicación de las penalidades que correspondan en liquidación, la ejecución de garantía de fiel cumplimiento —salvo inicio de arbitraje—, adelantos, el deber de indemnizar a la entidad por mayores daños o perjuicios causados y la sanción de inhabilitación para futuros contratos.

### ***8.3.2. La resolución del contrato por incumplimiento de la entidad contratante***

El contratista también puede resolver el contrato en caso de que la entidad contratante incurra en algún incumplimiento de sus obligaciones esenciales, convenidas en el contrato. Esto es, si la entidad incurre en el incumplimiento de algún deber no esencial —pese a estar contemplado en el contrato— no puede resolver el contrato. Ciertamente, ningún

contratista postula y se embarca en un contrato con el Estado para resolverlo inmediatamente, pues adquieren demasiadas obligaciones con personal, proveedores y financistas. Por ello esta facultad requiere como presupuesto encontrarnos ante una obligación esencial a cargo de la entidad y que esta sea pasible de incumplirse. En principio, entendemos por tal a aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato —y, en esa medida, satisfacer el interés del contratista— sin necesidad de que tenga calificación de tal en el contrato o las bases del proceso, porque su carácter esencial proviene de su propia naturaleza y no de que las partes le den tal calificación. Por ejemplo, califican como esenciales el pago al contratista de las valorizaciones aprobadas —independientemente de que cuente con adelantos o no—, la falta de liberación de áreas o la no entrega de terrenos para la obra.

En adición a la resolución del contrato, la entidad debe indemnizar al contratista por los daños o perjuicios causados. En el caso de contratos de obras tal indemnización está predeterminada en el 50% de la utilidad que deja de percibir el contratista.

### ***8.3.3. La resolución por incremento del precio en más del 50% por necesidad de ejecución de prestaciones adicionales en contrato de obra pública***

De acuerdo con la ley, si mediante adicionales de obra se llega a superar el 50% del precio original, la entidad debe resolver el contrato y convocar un nuevo proceso para ejecutar el saldo de la obra.

### ***8.3.4. La resolución por caso fortuito o fuerza mayor, que impide la ejecución del contrato de modo definitivo***

Cuando después de suscrito un contrato se produce un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la actividad objeto de la prestación o destruye el objeto sobre el cual recae la prestación (por ejemplo, si se destruye el equipo al que se iba a dar mantenimiento o el

inmueble al que se iba a dar seguridad), corresponde resolver el contrato sin culpa de las partes.

Una vez resuelto el contrato por cualquiera de las causales antes mencionadas, la necesidad subsistente puede ser atendida mediante la contratación de otro proveedor de manera directa, realizando una exoneración del proceso de selección por causal de desabastecimiento inminente, si fuera el caso de bienes o servicios. En el caso de una obra, el saldo pendiente de ejecutar puede ser efectuado por la misma entidad, por administración directa, mediante convenio con otra entidad o por alguno de los demás postores que participaron en el proceso de selección original.

#### **8.4. El rescate de la concesión**

Es la decisión unilateral del Estado que, por razones de interés público o general, pone fin al contrato de concesión antes de la fecha fijada para ello, asumiendo en forma directa la ejecución o cumplimiento del servicio público objeto de ese contrato.

#### **8.5. La nulidad del contrato**

El contrato ya celebrado y en ejecución puede ser anulado de oficio y de manera unilateral por la propia entidad, aduciendo sus vicios propios o del postor durante el proceso de selección, que no fueron advertidos antes. Las causales de nulidad son taxativas, previstas en ley administrativa, y son las siguientes: si se suscribió un contrato con un postor impedido o inhabilitado para contratar con el Estado; si el postor transgredió la presunción de veracidad en la propuesta o perfeccionamiento del contrato; cuando el contrato se celebró sin haber efectuado previamente el proceso de selección que correspondía de acuerdo a ley; cuando el contrato se celebró de manera directa debido a la aprobación de una exoneración de proceso de selección que no correspondía; y cuando en su formación hubo actos de corrupción del postor, sus representantes, agentes, o asesores.

Fuera de estas causales no le son aplicables a los contratos administrativos las causales del régimen privado ni las del acto administrativo.

Como se puede apreciar —por la trascendencia de los vicios que lo producen y la cronología—, acarrearán la nulidad total del contrato y no su nulidad parcial.

### **8.6. La situación particular de la falta de presupuesto**

Una vez convocado el proceso de selección y suscrito el contrato, la entidad tiene la obligación de mantener el presupuesto para financiar los contratos (anuales o plurianuales). Sin embargo, la normativa prevé la posibilidad de resolver los contratos de obra plurianuales por causal de falta de disponibilidad presupuestal.

### **8.7. El mutuo acuerdo**

Procede la resolución del contrato cuando las partes reconocen que el contrato no puede mantenerse por innecesario o inconveniente al interés público. Esto no aplica cuando existe incumplimiento de alguna de las partes o cuando se busca liberar al contratista de la prestación a su cargo, por ejemplo, si la necesidad ya fue satisfecha de otra manera, como en el caso de que los mismos bienes que estaban previstos a ser adquiridos por suministro hubieran sido donados por terceros.

### **8.8. La renuncia**

Es la extinción del contrato por la voluntad unilateral del contratista privado, por su propio interés sin necesidad de fundamentar decisión. Procede únicamente cuando el ordenamiento o el contrato le permiten al contratista privado apartarse del contrato de manera unilateral, dado que de lo contrario sería una figura indebida que significaría incumplimiento por parte del contratista. Es aplicable a contratos de empleo público y contratos de atribución (, como la concesión de bienes de dominio público.

### 8.9. La muerte, incapacidad o extinción de la personalidad jurídica del contratista

Cuando se produce la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista —persona natural— o cuando se extingue la personalidad jurídica del contratista —persona jurídica—, se extingue el contrato. También se extingue el contrato cuando se acuerda la liquidación de la empresa o cuando esta es declarada en quiebra.

Distinto es el caso de los procesos de reorganización societaria —fusión, escisión, etcétera— o declaración de insolvencia, pues aquí la empresa absorbente, la empresa que se crea a partir de la fusión o la que recibe la línea de negocio de la escindida, asume la posición del contratista y debe hacerse cargo de sus obligaciones.

Una vez que concluye el contrato, corresponde su liquidación y la devolución de las garantías presentadas por el contratista. En el caso de concesiones, se revierten los bienes a favor de la entidad concedente.

## 9. PREGUNTAS

1. ¿El estudio de mercado se encuentra en la fase interna o externa del ciclo de la contratación estatal?
2. ¿Cuál considera que es jurídicamente más importante entre las actividades preparatorias del proceso de selección?
3. ¿El fraccionamiento es una práctica aconsejable en la contratación?  
¿Por qué?
4. ¿Cuáles son las características jurídicas de las bases de los procesos?
5. ¿Qué diferencia existe entre factores de competencia y requisitos técnicos mínimos?
6. ¿Cuáles son las exigencias cualitativas a las reglas de las bases del proceso?

7. ¿En su opinión, todas las consultas y observaciones deben ser respondidas expresamente?
8. ¿Cuáles son las ofertas que deben ser descalificadas de cualquier proceso?
9. ¿La exorbitancia de las prerrogativas se funda en que son inusuales, son prohibidas o simplemente excepcionales respecto a la contratación privada?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 7

# LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS ACTOS INDEBIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN

### 1. LOS VICIOS PRECONTRACTUALES EN QUE PUEDE INCURRIR LA ADMINISTRACIÓN

Como toda obra humana, la formación del contrato administrativo no está exenta de errores o fallas. Estos vicios pueden originarse en el desconocimiento normativo, en la falta de criterio profesional, la impericia profesional, la arbitrariedad funcional o el conflicto de intereses; aunque también en la corrupción administrativa. Por eso es bueno identificarlos y saber cómo poder contestarlos de modo oportuno.

Los vicios pueden producirse antes de la convocatoria, como sucede cuando falta certificación presupuestaria para la compra, el proceso no ha sido incluido en el plan de contrataciones, el proyecto de inversión no cuenta con declaración de viabilidad, el expediente de contratación no ha sido aprobado o lo ha sido de manera incompleta, no se cuenta con la disponibilidad del terreno en caso de obras, existen defectos en el estudio de mercado, fraccionamiento del proceso, se ha utilizado un procedimiento de selección indebido, se ha aplicado una contratación directa sin causal comprobada o se ha empleado la precalificación cuando no corresponde, entre otros. También pueden producirse vicios en la formulación de las bases del proceso cuando se incorporan cláusulas ilegales —un proveedor que no cuente con autorizaciones para prestar el servicio—, cláusulas

irracionales o desproporcionadas —incluir plazos ínfimos para el cumplimiento del proceso, requisitos técnicos mínimos incongruentes o factores de competencia que no agregan valor— o cláusulas direccionadas o discriminadoras —pedir marcas directa o encubiertamente u otorgar preferencias indebidas a algún postor según su lugar de origen—; cuando se realizan modificaciones a las bases luego de haber sido aprobadas las bases de licitación; cuando se realizan modificaciones unilaterales luego de la integración de bases; o si se incluyen cláusulas con condiciones que no se sustentan en el estudio de mercado.

Los vicios también puede producirse en el momento de la publicación de las bases del proceso, como cuando no se publican las mismas en el SEACE; se publican pero con errores en el cronograma o la dirección de presentación de propuestas; se establece un cronograma con plazos menores a los legales; las bases se publican de manera parcial o incompleta, sin considerar los términos de referencia o el modelo de contrato; se publican unas bases integradas que no acogen todas las observaciones atendidas, lo hacen de manera indebida o desatienden las disposiciones del OSCE, entre otras.

Luego, los defectos pueden ser identificados también en la presentación y la apertura de ofertas, como cuando se niega injustificadamente recibir alguna oferta presentada dentro del plazo, lugar y forma; se absuelven consultas de manera ambigua o no se difunden de manera adecuada; se absuelven pronunciamientos que modifican las bases de forma indebida; se admiten propuestas después de la hora límite; se admiten ofertas incompletas, no firmes, condicionadas, y en general con cualquier vicio; no se permite subsanar ofertas cuando corresponda o se permite subsanarlas cuando no corresponda; no se permite dejar constancia en actas a los postores; se prepara un acta incompleta, entre otros.

Podemos encontrar también vicios en la evaluación y adjudicación de la buena pro del contrato, como cuando se adjudica la oferta que no es la más conveniente técnica o económicamente, cuando se descalifica una propuesta válida por motivos fútiles o sin motivación, cuando no se

valora integralmente la oferta técnica, cuando se califica una propuesta que debería haber sido descalificada por no estar ajustada a las bases, si se evalúa una oferta sin seguir las reglas de las bases, cuando se asigna puntaje indebidamente, si se anula o cancela un proceso de selección sin justificación, entre otros.

Los vicios también pueden producirse después de la adjudicación, como cuando se formaliza el contrato fuera del plazo debido de manera no justificada; cuando se piden al adjudicatario requisitos indebidos para suscribir contrato o si, a pesar de que el adjudicatario cumple los requisitos, se les advierten vicios inexistentes; cuando se impide la impugnación de un postor no adjudicatario; cuando se impide la suscripción del contrato o se decreta la pérdida de la buena pro sin motivo; cuando la entidad se niega a suscribir contrato sin justificación; si se incluyen, sin fundamentación, cláusulas contractuales distintas a las del contrato concursado; si se ejerce de manera irregular la nulidad de oficio o la cancelación para no suscribir contrato con postor «no querido».

Todos estos vicios precontractuales conducen a la ilegalidad del procedimiento de selección, que puede ser provocado por los propios postores mediante los instrumentos que tienen a su disposición, o declarase de oficio por la propia administración, cuyo titular tiene la competencia para declarar la nulidad del proceso y retrotraerlo hasta el momento anterior a la comisión del vicio, al igual que el Tribunal de Contrataciones cuando identifica el vicio a raíz de la presentación de un recurso.

Pero, ¿cuál es el efecto del vicio precontractual respecto del contrato ya celebrado cuando el vicio no fue advertido oportunamente? Para determinar la forma de vinculación entre los actos administrativos contractuales y el contrato, la doctrina ha planteado tres teorías: i) la teoría de la indivisibilidad; ii) la teoría de la separación y iii) la teoría de los actos coligados. Cada una de ellas ofrece una respuesta diferente al tema bajo examen.

Por la teoría del todo indivisible —*tout indivisible*— o estructura compleja y unitaria del procedimiento contractual y del contrato,

se consideran inseparables los actos del procedimiento de selección y los del contrato. Ello impide la impugnación autónoma una vez celebrado el contrato cuestionar el contrato en sí.

La teoría del acto separable —*théorie des actes détachables*— sostiene básicamente que los diferentes actos precontractuales —hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato— son independientes y se impugnan en forma separada y distinta a los vicios del contrato en sí.

Finalmente, la teoría de los actos coligados adopta una visión integradora de la vinculación entre los actos precontractuales y el contrato. Así, si bien la coligación implica la autonomía y separabilidad de unos y otros, no desconoce sus vinculaciones y las interacciones que esos actos tienen como antecedentes causales del contrato. Por lo tanto, la validez del mismo, de acuerdo a esta teoría, puede ser determinada total o parcialmente por el acto antecedente.

En nuestro ordenamiento contractual la regla es la separación de los momentos, de modo que una vez celebrado el contrato únicamente puede ser afectada su validez por sus vicios propios y, excepcionalmente, por ejemplo, si fue suscrito con un sujeto inhabilitado, cuando hubo transgresión al principio de presunción de veracidad por el postor, cuando se empleó una causal de exoneración de manera indebida o cuando no se hubieran aplicado los procedimientos de selección correspondientes.

## **2. LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DEL POSTOR Y DEL ADJUDICATARIO**

Frente a cualquiera de estos vicios en el proceso de formación del contrato administrativo, el ordenamiento brinda a los postores y al adjudicatario —según el momento procesal en que se encuentre— algunos instrumentos, como las consultas ante la entidad; las observaciones inicialmente ante la entidad y luego al OSCE; la denuncia ante el OSCE; el recurso de apelación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado o la entidad, según el monto involucrado. Estas instancias agotan la vía administrativa, pero

cabe el recurso ulterior, contra la decisión de la entidad o del Tribunal que resulte insatisfactoria para el postor, de un proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial.

### **2.1. La denuncia ante OSCE**

Es la comunicación de cualquier transgresión a la normativa de contrataciones que puede hacer cualquier proveedor, asociación, organización gremial, autoridad o ciudadano al OSCE. Es de naturaleza residual, por lo que será considerada improcedente si el denunciante —postor o contratista afectado— si correspondiera canalizar la transgresión a través de las observaciones a las bases, un recurso de apelación o un reclamo contractual en arbitraje o conciliación. Por ello, los hechos deben ser distintos a los que se deben canalizar vía observaciones o recursos.

### **2.2. Las observaciones a las bases del proceso**

Los participantes en cualquier proceso de selección tienen derecho a cuestionar, reclamar o manifestar su disconformidad con aquellas reglas del proceso que —por omisión u acción— consideran transgrede cualquier disposición en materia de contrataciones y adquisiciones —principios, reglas del procedimiento, condiciones mínimas de las bases— o que siendo ajenas al procedimiento como tal, mantengan relación intrínseca con el proceso de selección —normas sobre impuestos o requerimientos técnicos para bienes o servicios—. En este sentido, la observación persigue la anulación o la modificación de la regla considerada ilegal para que el proceso prosiga conforme al ordenamiento.

La observación a las bases constituye una de las manifestaciones del control participativo, preventivo y oportuno con que la normativa empodera a los participantes para que trascendiendo su rol pasivo de administrados puedan cuestionar aquellas exigencias del proceso de selección consideradas ilegales. De este modo, el observante asume el papel de promotor del control de la acción administrativa para impedir

que avance un procedimiento de selección irregular, de modo que colabora en la detección de los desvíos de las licitaciones y concursos. A través de la observación se pueden corregir de manera oportuna requisitos técnicos mínimos desproporcionados, factores de evaluaciones tendenciosas, cronogramas equivocados, valores referenciales irreales o desactualizados, proyectos de contratos con cláusulas ilegales, etcétera.

Estas observaciones son virtualmente una impugnación a las bases que se plantea primero ante la entidad y —en caso de no alcanzar una respuesta insatisfactoria o habiéndolo sido se afecta a otro postor— permite la revisión en última instancia ante el OSCE.

### **2.3. El recurso de apelación contra las actuaciones precontractuales**

Fuera de los casos de las actuaciones materiales de programación de los procesos u otros actos preparatorios, o de las bases de los procesos que son objeto de observación, cualquier vicio en la conducción del proceso desde la convocatoria hasta antes de la suscripción del contrato puede ser objeto de recurso de apelación, según el monto del valor referencial del proceso, ante el Tribunal de Contrataciones del Estado o el titular de entidad, quien agota la instancia administrativa de manera definitiva.

El recurso de apelación es idóneo para cuestionar por ilegalidad los siguientes actos: actos dictados por el comité especial o el órgano encargado de las contrataciones durante el desarrollo del proceso de selección, como la desestimación de la propuesta técnica de un algún postor; los actos realizados luego de haberse otorgado la buena pro y hasta antes de la celebración del contrato, como el recorte presupuestal que genere la negativa por parte de la entidad a suscribir el contrato; o actos emitidos por el titular de la entidad que afecten la continuación del proceso de selección, como la declaración de nulidad de oficio o cancelación del proceso. Por el contrario, la normativa declara que no pueden ser objeto de este recurso las actuaciones y actos preparatorios de la entidad convocante destinadas a organizar la realización de procesos de selección —la designación del comité especial o convocatoria—, las bases del proceso de selección o su

integración. Sin embargo, pueden ser materia de consultas u observaciones las actuaciones materiales relativas a la programación de los procesos de selección en el SEACE y las referidas a la inscripción de participantes —el calendario del proceso o la inscripción de postor— ni los actos que aprueban la exoneración del proceso de selección.

En el derecho comparado estos tipos de cuestionamiento tienen diversos tratamientos. En unos casos, como sucede en Argentina, Uruguay, Venezuela y Brasil, existe el modelo judicialista de control, que da competencia a la vía judicial para conocerlo mediante el proceso contencioso administrativo. Este busca una verificación sucesiva al defecto, con una pretensión marcadamente indemnizatoria y es requerido de medida cautelar, por cuanto su interposición no suspende el procedimiento de selección y la firma del contrato. En otros casos, el control se realiza en sede administrativa, tal como sucede en el modelo español y en España, Chile, Costa Rica, Panamá y el Perú, que se encuentra en esta última tendencia desde hace décadas. Este tipo de control se considera más eficiente que el anterior, pues tiene independencia frente a la entidad convocante, inmediatez y definitividad de las decisiones en sede administrativa.

Las principales características del recurso de apelación son:

- Competencia separada para conocer el recurso. El recurso de apelación no es conocido únicamente por el tribunal de contrataciones, sino que también corresponde —en los casos de montos menores— ser conocido y resuelto por el propio titular de la entidad. Este último resulta poco o nada eficiente por la falta de independencia de las propias autoridades que conducen el proceso.
- Legitimación limitada a los postores y participantes. En nuestro régimen únicamente tienen legitimidad para interponer un recurso de apelación los postores —persona natural o jurídica que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta— y los participantes —proveedor que puede intervenir

en un proceso de selección por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las bases—, siempre que acrediten un agravio directo por la decisión adoptada. En esa línea, no se admite la legitimidad de terceros no postores, de la ciudadanía indeterminada, de gremios o de funcionarios públicos a cargo de labores de control.

- Interposición única. El recurso solo se puede interponer luego de otorgada la buena pro, con el objetivo de evitar la proliferación de recursos que interrumpen sucesiva o intermitentemente un mismo proceso. Así, luego de otorgada la buena pro, todos los que tuvieran que reclamar por algún acto de la entidad recién pueden hacerlo valer mediante la apelación, que debe ser demostrada legítima.
- Efecto suspensivo del recurso. La presentación del recurso deja automáticamente en suspenso el proceso de selección hasta que el recurso sea resuelto por la entidad o el Tribunal, según la instancia competente. En consecuencia, son nulos todos los actos posteriores que se hubieran practicado luego de la suspensión, incluso el contrato que se pudiera haber suscrito.
- Necesidad de garantizar el recurso. Con el propósito de evitar las impugnaciones maliciosas se ha establecido que el recurso de apelación debe ser garantizado ante el OSCE mediante una fianza o depósito bancario ascendente hasta el 3% del valor referencial del proceso de selección o ítem, tramo, lote o paquete que corresponda. Dicha garantía será ejecutada si el recurso a criterio del tribunal resultara infundado, improcedente, si el recurrente se desiste del recurso ya interpuesto o si no lo renueva oportunamente, procediendo únicamente su devolución cuando el recurso sea declarado fundado —en todo o en parte—, se declare la nulidad del proceso u opere la denegatoria ficta por vencimiento del plazo sin resolución. La constitucionalidad de esta garantía es dudosa, por cuanto afecta por razones meramente económicas el acceso a la justicia y el derecho a recurrir.

El Tribunal de Contrataciones que resuelve el recurso puede declarar el acto infundado, improcedente, fundado y revocarlo, fundado y sustituir el acto ilegal o declarar la nulidad del acto y proceso. Los supuestos son los siguientes:

- Recurso infundado, si considera que el acto impugnado es conforme a ley, a las bases y a las normas legales aplicables.
- Improcedente, si se interpuso contra actos no impugnables, haya sido presentado fuera de plazo, el impugnante se encuentre impedido de participar en los procesos de selección, entre otros.
- Fundado el recurso y revocar el acto impugnado.
- Fundado el recurso y sustituir la buena pro otorgada indebidamente, si el acto impugnado está directamente vinculado a la evaluación de propuestas y al otorgamiento de la buena pro y si se cuenta con la información suficiente para efectuar el análisis de fondo.
- Declarar de oficio la nulidad de actos dictados por órganos incompetentes, que contravengan las normas, que contengan un imposible jurídico o que prescindan de normas esenciales del procedimiento, si el recurso verifica tales hechos. Por ejemplo, si hubo cláusulas indebidas en las bases del proceso, tales como fijación de plazos incumplibles, características técnicas de bienes o servicios dirigidas, factores de competencia desproporcionados, insuficiencia del estudio de mercado, valoración indebida de propuestas, asignación de puntajes incorrectos, etcétera.

Nuestro ordenamiento no contempla que el tribunal pueda responsabilizar administrativa o patrimonialmente a las entidades o funcionarios por decisiones ilegales que haya anulado.

Al contrario del desarrollo alcanzado en los procesos de selección de contratos de aprovisionamiento, en los demás contratos estatales —como por ejemplo los de APP— no se ha estructurado en la norma un recurso administrativo que permita cuestionar actos ilegales de la administración convocante ante otra instancia administrativa.

### **3. LOS VICIOS EMBLEMÁTICOS EN FASE CONTRACTUAL**

Una vez que el contrato existe y establecen la relación bilateral entre la entidad y el contratista, la primera también puede incurrir en actos contractuales arbitrarios e ilegales, como aquellos calificados como prerrogativas exorbitantes cuando se usan en forma desproporcionada, sin causa aparente o con vicio de poder. En ese elenco de vicios emblemáticos en la fase contractual, podemos encontrar la aplicación de penalidades indebidas, discrepancias sobre la interpretación de algún alcance del contrato, la intervención de obras sin retraso real, ejecución de fianzas cuando no hay causal o habiendo controversia, la consideración de una menor cantidad de prestaciones ejecutadas para pagar menos, la valorización inferior a lo pactado en pagos a cuenta, el retraso en los pagos, mecanismos de revisión de precios por desequilibrio económico, la liquidación del contrato, la resolución indebida del contrato, la anulación de oficio del contrato sin causal.

### **4. PROTECCIÓN DEL CONTRATISTA DE LOS VICIOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO**

Frente a los actos contractuales arbitrarios, los contratistas del Estado tienen como mecanismos de protección la conciliación administrativa, el arbitraje y la junta de disputas.

#### **4.1. La conciliación administrativa**

La conciliación es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos por el cual las partes en controversia acuden a un centro de conciliación extrajudicial —con autorización oficial— a fin de que los asista en la búsqueda de una solución consensual. La conciliación entre la entidad contratante y su contratista puede ser alternativa o previa al arbitraje, según cómo haya sido el pacto entre las partes; más aún, puede producirse dentro del proceso arbitral mismo. Es una negociación informal y flexible

pero asistida por un tercero acreditado por el Ministerio de Justicia, de ahí su diferencia con la negociación directa o la transacción, además de que la conciliación no necesariamente implica una renuncia recíproca de prestaciones. En los contratos de aprovisionamiento se incluye de manera obligatoria una cláusula por la que las partes se someten a este mecanismo para solucionar la controversia, en el entendido de que las partes mismas son las que establecen lo que es real y posible como fórmula de solución, tratar de mantener una actitud constructiva —dentro de una cultura de paz—, y una visión sobre el futuro de las relaciones entre las partes, entre otros aspectos.

La conciliación —a diferencia de los procesos arbitrales o judiciales— ayuda a fortalecer las relaciones entre las partes y no produce ganadores ni perdedores, ya que ambas partes son favorecidas con el acuerdo logrado, dado que la solución al conflicto fue construida entre todos. Es un mecanismo que permite ahorrar tiempo y dinero en relación con los procesos arbitrales y judiciales. Es ágil porque la conciliación se desarrolla, por regla general, en las audiencias que las partes consideren necesarias y sin formalidades. El acuerdo lo hacen las propias personas involucradas en el problema, permitiendo que la entidad y el contratista logren resolver sus discrepancias a través de su participación activa. Ellas mismas controlan el procedimiento y la decisión: las partes resuelven directamente sus discrepancias, convirtiéndose en los mejores voceros de sus intereses y en los mejores decisores de la controversia. La decisión se presume más efectiva, ya que el acuerdo conciliatorio tiende a ser cumplido, al haberse construido de manera conjunta y no ser impuesto por terceros. Si hubiera renuencia, se ejecuta a través del proceso de ejecución de resoluciones judiciales.

No obstante estas ventajas, el Estado tiende a no conciliar con los contratistas, pese a que la controversia pueda claramente resultar desventajosa en vía arbitral. Para ello se aducen algunas posiciones adversas que en verdad son expresiones de temores o prejuicios. Por ejemplo, se suele decir que la posición de supremacía del Estado le impide conciliar,

se afirma la no negociabilidad de prerrogativas públicas —como las prerrogativas exorbitantes— o la indisponibilidad de la legalidad de los actos administrativos, según la cual no podrían conciliar sobre si su acto contractual ha sido ilegal, como en el caso de la resolución de un contrato o la denegatoria de una ampliación de plazo. Se dice también que los recursos públicos no son objetos disponibles, por lo que sería imposible comprometer fondos públicos mediante el acuerdo conciliatorio. En verdad, ninguno de estos argumentos es cierto. Si las partes han dispuesto de manera explícita la realización de una conciliación, cualquiera de ellas, o ambas, pueden solicitar dicha realización al amparo de la normativa en materia de contrataciones. Para ello, dado que se trata de una decisión de gestión, la conciliación debe reflejar los intereses de la Entidad y ser eficiente, de modo que este acuerdo resulte más beneficioso —en términos de costos y tiempo— que la eventual realización de un arbitraje, particularmente cuando resulta claro que existen una baja perspectiva de éxito si se lleva la causa a sede arbitral. Respecto al control gubernamental sobre las conciliaciones, es claro que la conciliación no es indebida *per se* ni observable, puesto que es el ejercicio de una posibilidad legal. Lo que sí debe cuidarse es que el acuerdo al cual se arrije pueda ser sustentado en términos de eficacia, si se resuelve la controversia en la instancia más temprana, y eficiencia, si se resuelve la controversia en la etapa de conciliación, en buenos términos para la entidad. Si no es así, la alternativa sería llevar a proceso judicial causas de antemano pérdidas para el Estado, afectando costos, plazos y oportunidad para la gestión pública.

Los factores condicionantes para una buena conciliación administrativa son: que la posición conciliatoria de la entidad tenga en cuenta que el acuerdo siempre supone una solución conforme a derecho y no únicamente de equidad; el respeto al principio de legalidad, es decir contar con amparo legal para ejercer la facultad de conciliar, y que las materias sean conciliables —claramente los actos contractuales lo son—; que el ejercicio de facultad discrecional que se patenta en el acuerdo sea

racional, es decir cuidar aspectos legales, la motivación de la posición de la entidad y el cumplimiento de la finalidad de las compras estatales; la duda razonable o una expectativa negativa con respecto al éxito de la tesis de la entidad en caso de iniciar o proseguir un arbitraje; y que la conciliación responda a un costo-beneficio razonable para el Estado, es decir que no sea lesiva para los fondos públicos. De este modo, los acuerdos conciliatorios sobre controversias contractuales estatales son instrumentos para la mejor y más rápida satisfacción del interés público, pero no es una vía para relajar el cumplimiento de la legalidad.

#### **4.2. El arbitraje administrativo**

Al amparo de la habilitación constitucional (art. 63, Constitución Política del Estado), el Estado y las demás personas de derecho público han sometido las controversias derivadas de las relaciones contractuales a la jurisdicción arbitral nacional o internacional desde la década de 1990. La decisión fue fundada en múltiples motivos, desde la celeridad frente a la lentitud judicial, hasta la independencia y tecnicismo de los árbitros especializados frente a la burocratización y desconocimiento judicial sobre estos temas. A ello se sumó el interés de dar una garantía mayor al contratista del Estado, en el sentido de que sus pretensiones serían analizadas por instancias técnicas, especializadas y con mayor celeridad.

En los contratos de aprovisionamiento la LCE ha establecido un arbitraje de derecho obligatorio para solucionar cualquier controversia entre la entidad y el contratista sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato. La cláusula que contiene el convenio arbitral es de incorporación obligatoria en cada contrato, e incluso en caso de no incorporarse —en el contrato o en las bases del proceso— se entenderá incorporada de pleno derecho una cláusula modelo que es establecida en la normativa de contrataciones. Cualquiera de las partes puede acudir al arbitraje para resolver cualquiera de las controversias antes mencionadas. Los temas que más se someten a esta vía son la resolución ilegal del contrato, las ampliaciones

de plazos contractuales, la liquidación del contrato y la aplicación de penalidades e indemnizaciones por daños y perjuicios. En ese sentido, la materia arbitrable comprende de manera amplia las discrepancias sobre esos temas, incluyendo, obviamente, el análisis de legalidad de las decisiones administrativas emitidas en la ejecución del contrato, incluso aquellas que puedan calificar como ejercicio de las tradicionales prerrogativas exorbitantes, salvo las controversias sobre aprobación de prestaciones adicionales, enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o la aprobación parcial de estas, o aquellas que sean simples actos de gestión contractual. La única excepción es la denegatoria de prestaciones adicionales de obra, que por mandato legal no es arbitrable y por lo tanto el Poder Judicial mantiene competencia sobre ello.

Los procesos arbitrales serán predominantemente institucionales y únicamente excepcionalmente *ad hoc*, y el tribunal puede estar conformado por uno o tres árbitros. Los árbitros no son funcionarios públicos sino personas naturales de reconocido prestigio y con especialidad en contratación estatal, derecho administrativo y arbitraje, que resuelven conforme a derecho, mediante laudo definitivo e inapelable y con valor de cosa juzgada cualquiera de las controversias que le sean sometidas. Contra el laudo únicamente cabe una demanda de nulidad de laudo en sede judicial, por causales tasadas y bien delimitadas.

En materia de contratos de asociación público-privada, la regulación habilita a las entidades a que en los contratos se pacten cláusulas arbitrales con los inversionistas en igual forma que en los contratos de aprovisionamiento, con la única diferencia de que aquí se suele considerar el arbitraje internacional como instrumento de solución de las controversias de mayor monto. Sin embargo, cuando los contratistas de APP son inversionistas extranjeros también pueden acceder a la institución arbitral por medio de los tratados de protección de inversiones que el Perú ha celebrado con múltiples países.

### 4.3. El arbitraje de conciencia o peritaje técnico

En los contratos de asociación público-privada se suele diferenciar entre las controversias técnicas y las no técnicas —jurídicas— a efecto de determinar el tipo de arbitraje al que serán sometidas para resolverlas. De este modo, todas y cada una de las controversias técnicas que no puedan ser resueltas directamente por las partes dentro del plazo de trato directo deberán ser sometidas a un arbitraje de conciencia, en el cual los árbitros resolverán conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Por ejemplo, serán objeto de estas pericias las discrepancias sobre la calidad de las obras, rendimientos esperados, pruebas de funcionamiento, cumplimiento de índices de servicio, idoneidad de los expedientes técnicos presentados, etcétera.

Los árbitros pueden ser peritos nacionales o extranjeros, pero en todos los casos deberán contar con amplia experiencia en la materia de la controversia técnica respectiva, y no deberán tener conflicto de interés con ninguna de las partes al momento y después de su designación como tales. El tribunal es competente para solicitar a las partes la información que estime necesaria para resolver la controversia técnica, y podrá presentar a las partes una propuesta de conciliación que podrá ser o no aceptada por estas. También preparará su decisión preliminar y la notifica a las partes. Dentro de un plazo convenido, las partes pueden preparar y entregar sus comentarios a dicha decisión preliminar, y luego de ello, el Tribunal Arbitral expide su decisión final sobre la controversia técnica.

### 4.4. El amigable componedor

Por medio de esta figura, las partes pueden acordar la participación de un tercero neutral en cualquier momento de la etapa de trato directo o similar establecida en el contrato. Este, luego del procedimiento, elabora un informe con una propuesta de solución a la controversia debidamente sustentada<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Reglamento del Decreto Legislativo 1012, artículo 37 y ss.

#### 4.5. La junta de resolución de disputas, panel de expertos o *dispute boards*

Es el medio de solución de controversias aplicable para proyectos de ingeniería y construcción de relevancia, por el cual una o más personas, denominadas panelistas o adjudicadores, son designadas desde el inicio del proyecto hasta su conclusión con la obligación de conocer física y documentalmente el proyecto durante su ejecución y, sobre la base de solicitudes expresas de las partes, emitir una decisión sobre la controversia.

Las calidades de la junta respecto de otros medios de control son: a) celeridad; b) inmediatez; c) reducción de costos; d) favorecer la continuidad de la ejecución contractual; y e) resolución del conflicto por personas idóneas según la materia contractual de que se trate.

Son características de la junta de disputas, panel de expertos o *dispute boards*, la dedicación al proyecto durante su ejecución, el conocimiento permanente del proyecto específico, la oportunidad de la decisión —ya que tanto el conflicto como la resolución se producen durante la ejecución del proyecto—, la actuación ininterrumpida, el asegurar la ejecución viable del proyecto y ser vinculantes para las partes. El cumplimiento de las decisiones del panel de expertos es una obligación esencial, y en caso de resistencia se permite a la otra parte resolver el contrato.

### 5. PREGUNTAS

1. ¿Los vicios precontractuales pueden ser cuestionados en un proceso arbitral?
2. ¿Es necesario ser participante registrado o postor para presentar una denuncia ante OSCE por irregularidades en un proceso de selección?
3. ¿Cuáles son las diferencias entre las observaciones y el recurso de apelación?

4. ¿Por qué el recurso de apelación tiene efecto suspensivo necesario sobre la buena pro?
5. ¿Considera usted que la garantía para interponer un recurso es constitucional?
6. ¿Es común que la administración acepte una conciliación?
7. ¿El arbitraje de conciencia es empleado en los contratos de aprovisionamiento?

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez-Gendin, Sabino (1969). Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la administración local. Madrid. *Estudios Administrativos*, 36, 1555-1557.
- Asociación Argentina de Derecho Administrativo (1982a). *Contratos administrativos. Régimen de pago y actualización*. Tomo I. Buenos Aires: Astrea.
- Asociación Argentina de Derecho Administrativo (1982b). *Contratos administrativos. Contratos especiales*. Tomo II. Buenos Aires: Astrea.
- Araujo-Juárez, José (2011). *Derecho administrativo general. Acto y contrato administrativo*. Caracas: Paredes.
- Ariño Ortiz, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Ariño y Asociados (2002). *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. Granada: Comares.
- Baca, Víctor (2006). *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Barra, Rodolfo Carlos (1988). *Contrato de obra pública*. Tomos 1, 2 y 3. Buenos Aires: Depalma.

- Barra, Rodolfo Carlos (1989). *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*. Buenos Aires: Depalma.
- Benavides, José Luis (2004). *El contrato estatal entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bercaitz, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Buenos Aires: Depalma.
- Bermejo Vera, José & Miguel Ángel Bernal Blay (2009). *Diccionario de contratación pública*. Madrid: Iustel.
- Bezzi, Osvaldo Máximo (1981). *El contrato de obra pública*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Boquera Oliver, José María (1963). *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Boquera Oliver, José María (1970). *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública.
- Brewer Carias, Allan (2013). *Contratos administrativos. Contratos públicos. Contratos del Estado*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Caetano, Marcello (1996). *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina.
- Cassagne, Juan Carlos (2009). *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Cassagne, Juan Carlos (director) (2013). *Tratado General de los Contratos Públicos*. Tomos I, II y III. Buenos Aires: La Ley.
- Cassagne, Juan Carlos & Enrique Rivero Ysern (directores) (2006). *La contratación pública*. Tomos 1 y 2. Buenos Aires: Hammurabi.
- Castillo Freyre, Mario & Rita Sabroso Minaya (2009). *El arbitraje en la contratación pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre N° 7. Lima: Palestra.

- CEPAL-ILPES Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (2002). *Manual de licitaciones públicas* (Documento preparado por Isabel Correa). Santiago de Chile: CEPAL.
- Comadira, Julio Rodolfo (2000). *La licitación pública (nociones, principios, cuestiones)*. Buenos Aires: Depalma.
- Coviello, Pedro (2011). El contrato administrativo: *¿lex inter partes o ius variandi?* *Derecho PUCP*, 66, 169-194.
- Contraloría General de la República del Perú (2015a). *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima: Contraloría General del Perú.
- Contraloría General de la República del Perú (2015b). *Causas y efectos de las renegociaciones contractuales de las asociaciones público-privadas en el Perú*. Lima: Contraloría General del Perú.
- Cretella Junior, José (2000). *Diccionario das Licitações Publicas*. Rio de Janeiro: Forense.
- Crivelli, Julio Cesar (2004). *El ajuste del precio en la locación de obra*. Buenos Aires: Depalma.
- Dallari, Adilson Abreu (2003). *Aspectos jurídicos da licitação*. Sao Paulo: Saraiva.
- Delpiazzo, Carlos E. (1999). *Contratación administrativa*. Montevideo: Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo.
- Diez Sastre, Silvia (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid: Marcial Pons.
- Dromi, Roberto (2008). *Ecuaciones de los contratos públicos*. Buenos Aires: Hispania.
- Escobar Gil, Rodrigo (2000). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá: Legis.
- Escola, Héctor Jorge (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*. Volúmenes 1 y 2. Buenos Aires: Depalma.

- Estorninho, María João (2003). *Réquiem pelo Contrato administrativo*. Coimbra: Almedina.
- Estorninho, María João (2006). *Direito europeu dos Contratos públicos*. Coimbra: Almedina.
- Expósito Vélez, Juan Carlos (2013). *Forma y contenido del contrato estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Farrando, Ismael (director) (2002). *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo Perrot.
- Fernández Ruiz, Jorge (2003). *Derecho administrativo. Contratos*. México: Porrúa, UNAM.
- Fiorini, Bartolomé & Ismael Mata (1972). *La licitación pública. Selección del contratista estatal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Fisac de Ron, María Paloma (2001). *El cumplimiento del contrato de obra: la recepción*. Madrid: Marcial Pons.
- García de Enterría, Eduardo & Tomás Ramón Fernández (2000). *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Madrid: Civitas.
- García-Andrade Gómez, Jorge (2005). *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*. Madrid: Marcial Pons.
- García-Trevijano Garnica, Ernesto (2001). *La suspensión del contrato administrativo*. Madrid: Civitas.
- Gomes Asensio, Carlos (2013). *La mejora regulatoria (Better regulation): aplicaciones en materia de contratación pública*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- González López, Edgar (2010). *El pliego de condiciones en la contratación estatal. La reforma consagrada en la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Universidad del Externado.
- González-Varas Ibáñez, Santiago (2003). *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas.

- Gosalbel Pequeño, Humberto (2000). *El contratista de la administración pública*. Madrid: Marcial Pons.
- Granillo Ocampo, Raúl Enrique (1990). *Distribución de los riesgos en la contratación administrativa*. Buenos Aires: Astrea.
- Guimaraes, Edgar (2002). *Controle das licitacoes públicas*. Sao Paulo: Dialéctica.
- Hernández Mendible, Víctor R. (2011). Los avances y problemas de la contratación con el Estado. *Derecho PUCP*, 66, 107-129.
- Hutchinson, Tomas (director) (2006). *Contratistas del Estado. Procedimientos de selección*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ibagon Ibagon, Mónica Liliana (2012). *Los actos administrativos contractuales proferidos en virtud de poderes excepcionales y el arbitraje en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jinesta Lobo, Ernesto (2010). *Contratación administrativa. Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV. San José de Costa Rica: Guayacán.
- Meirelles, Hely Lopes (2002). *Licitacao e contrato administrativo*. Brasil: Malheiros.
- Lucero Espinoza, Manuel (1993). *La licitación pública*. México: Porrúa.
- Marienhoff, Miguel S. (2011). *Tratado de derecho administrativo*. Tomos III-A (Contratos Administrativos, Teoría General) y III-B (Contratos Administrativos, De los Contratos en particular). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Mairal, Héctor A. (1975). *Licitación pública. Protección jurídica de los oferentes*. Buenos Aires: Depalma.
- Mantilla Correa, Andry (2009). *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*. La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública.
- Matallana, Ernesto (2005). *Manual de contratación de la administración pública. Ley 80 de 1993*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Meilan Gil, José Luis (2008). *La estructura de los contratos públicos. Norma, acto y contrato*. Madrid: Iustel.
- Monedero Gil, José Ignacio (1977). *Doctrina del contrato del Estado*. Madrid. Instituto de Estudios Fiscales.
- Moreno Molina, José Antonio & Andry Matilla Correa (2008). *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: Difusión Jurídica.
- Moraga Klenner, Claudio (2011). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo VII. La actividad formal de la administración del Estado. Santiago de Chile: Abeledo Perrot.
- Ortiz Ortiz, Eduardo (2004). *Tesis de derecho administrativo*. Tomo III. San José de Costa Rica: Biblioteca Jurídica DiKe.
- Pérez Hualde, Alejandro (2002). *La renegociación de los contratos públicos*. Buenos Aires: Lexis-Nexis.
- Poder Ciudadano (2006). *Contrataciones Públicas vulnerables*. Buenos Aires: Programa Contrataciones Públicas Transparentes.
- Pernas García, Juan José (2008). *Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos. Análisis de la jurisprudencia del TJCE*. Madrid: IUSTEL.
- Pino Ricci, Jorge (2005). *El régimen jurídico de los contratos estatales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Podetti, Humberto (2004). *Contrato de construcción*. Buenos Aires: Astrea.
- Polotto, Ernesto R.B. (2009). *Los contratos de construcción bajo la modalidad «llave en mano»*. Buenos Aires: Ábaco.
- Rivero Yrsen, Enrique (1971). *La interpretación del contrato administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2008). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade Da Coruna*, 12, 795-812.

- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime; Íñigo Sanz Rubiales & Miguel Ángel Sendín García (directores) (2008). *La contratación administrativa en España e Iberoamérica*. Madrid: Escuela de Administración Pública de la Junta de Castilla y León.
- Rodríguez Arana Muñoz, Jaime; José Antonio Moreno Molina; Ernesto Jinesta Lobo & Karlos Navarro Medal (2011). *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*. San José Costa Rica: Guayacán y Fundación Konrad Adenauer.
- Safar Díaz, Mónica Sofía (2000). *Análisis económico de los procedimientos de selección de los contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando (2009). El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo*, 1, <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=Deradm&page=issue&op=view&path%5B%5D=279>.
- Sayagues Lazo, Enrique (1940). *La licitación pública*. Montevideo: Peña & Cia.
- Sola Rafecas, Jose María de (1990). *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*. Madrid: Tecnos.
- Vázquez, Adolfo Roberto (1992). *Responsabilidad contractual de la administración pública*. Buenos Aires: Ábaco.
- Villar Palasi, José Luis (1969). *Lecciones sobre contratación administrativa*. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- Vivero Arciniegas, Felipe de (compilador) (2010). *Reforma al régimen de contratación estatal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Fondo Editorial PUCP

## VOLÚMENES PUBLICADOS

1. *Derechos reales*. Jorge Avendaño V. y Francisco Avendaño A.
2. *Los derechos fundamentales*. César Landa Arroyo
3. *Derecho penal básico*. Felipe Andrés Villavicencio Terreros
4. *Derecho constitucional*. Carlos Blancas Bustamante
5. *Introducción al derecho ambiental*. Patrick Wieland Fernandini
6. *Nociones básicas de derecho internacional público*. Elizabeth Salmón
7. *La enseñanza del derecho*. Lorenzo Zolezzi Ibárcena
8. *Derecho constitucional económico*. Baldo Kresalja y César Ochoa
9. *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Juan Carlos Morón Urbina y Zita Aguilera B.
10. *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*. Marcial Rubio Correa y Elmer Arce
11. *Derecho tributario: temas básicos*. Francisco Ruiz de Castilla
12. *El mercado de valores en fácil*. Lilian Rocca
13. *Derecho de las obligaciones*. Mario Castillo Freyre
14. *Derecho de sucesiones*. César E. Fernández Arce
15. *Ética y ejercicio de la ciudadanía*. Alberto Simons Camino, S.J.
16. *Arbitraje comercial nacional e internacional*.  
César Guzmán-Barrón Sobrevilla

17. *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. Milagros Revilla Izquierdo
18. *Delitos económicos, contra la administración pública y criminalidad organizada*. José Ugaz Sánchez-Moreno y Francisco Ugaz Heudebert
19. *Sistema de justicia en el Perú*. David Lovatón Palacios
20. *Manual de derecho marítimo*. Percy Urday B.
21. *Los secretos de los seguros*. Alonso Núñez del Prado Simons
22. *Derecho internacional privado*. César Delgado Barreto y María Antonieta Delgado Menéndez
23. *Introducción al derecho urbanístico*. Iván Ortiz Sánchez
24. *La protección jurídica de los signos distintivos. Marcas, nombres y lemas comerciales*. María del Carmen Arana Courrejolles
25. *Sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades*. Julio Salas Sánchez
26. *Las creaciones industriales y su protección jurídica. Patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales y secretos empresariales*. Baldo Kresalja Rosselló
27. *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Víctor Prado Saldarriaga
28. *El derecho a la seguridad social*. César Gonzales Hunt y Javier Paitán Martínez
29. *Derecho de la niñez y adolescencia*. María Consuelo Barletta Villarán
30. *La interpretación de la ley. Teoría y métodos*. Shoschana Zusman T.
31. *Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú*. Christian Donayre Montesinos
32. *Derecho tributario. Impuesto a la renta: aspectos significativos*. Humberto Medrano
33. *Teoría del conflicto y mecanismos de solución*. Javier La Rosa y Gino Rivas
34. *Instituciones del derecho familiar no patrimonial peruano*. Róger Rodríguez Iturri
35. *Análisis económico del derecho*. Alfredo Bullard
36. *Derecho procesal constitucional*. César Landa

37. *La Sunat y los procedimientos administrativos tributarios.*  
Carmen del Pilar Robles Moreno
38. *Introducción al derecho de las telecomunicaciones.* Diego Zegarra Valdivia
39. *La Defensoría del Pueblo en el Perú y en el mundo.* Walter Albán
40. *El derecho de la función pública y el servicio civil. Nociones fundamentales.*  
Janeyri Boyer Carrera

Fondo Editorial PUCP

Se terminó de imprimir en  
los talleres gráficos de  
Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Psje. María Auxiliadora 156, Breña  
Correo e.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)  
Teléfono: 332-3229 Fax: 424-1582  
Se utilizaron caracteres  
Adobe Garamond Pro en 11 puntos  
para el cuerpo del texto  
abril 2019 Lima - Perú

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

**E**ste libro contiene una explicación concisa pero rigurosa de los principales temas de la contratación pública. Analiza las características del contrato administrativo y el universo de fórmulas que puede emplear la administración en un contrato, así como sus múltiples clasificaciones y los principios que inspiran y controlan la contratación administrativa. La obra describe las distintas etapas de la contratación, los posibles vicios, la solución de controversias y los mecanismos de protección de los contratistas.

**JUAN CARLOS MORÓN URBINA** es abogado por la Universidad San Martín de Porres y Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP, donde es profesor de la Facultad de Derecho. Es miembro fundador de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

**ZITA AGUILERA BECERRIL** es abogada por la Universidad Nacional de Trujillo y Máster en Administración, Derecho y Economía de los Servicios Públicos por la Universidad Carlos III de Madrid. Es miembro de la Sociedad Peruana de Derecho de la Construcción y docente en la Universidad de Lima y la Universidad ESAN. Ha publicado artículos sobre contratación pública en libros y revistas especializadas.

ISBN: 978-612-317-238-1



**FONDO  
EDITORIAL**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

**FACULTAD DE  
DERECHO**