

# Reflexiones sobre la nueva Ley de Contrataciones del Estado en materia de Solución de Controversias en el proceso de selección

Carolina Gamarra Barrantes\*

*La autora, en el presente artículo, ha desarrollado el marco normativo de las Contrataciones Estatales desde el RULCOP, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la reciente y vigente Ley de Contrataciones del Estado. Adicionalmente, profundiza en el análisis de la temática de la solución de controversias en las Contrataciones Públicas, respecto a su tratamiento actual, concluyendo que es un procedimiento discriminatorio.*

## I. INTRODUCCIÓN

### Contratación Administrativa

En los últimos años se ha constatado reiteradamente que la Administración celebra, cada vez con mayor frecuencia, convenios con los particulares, no sólo para la adquisición de bienes y servicios; sino también en su actividad propiamente administrativa o de ejercicios de sus potestades<sup>1</sup>. Es necesario señalar que la Administración puede celebrar convenios y siempre que aporte una motivación adecuada.

Las contrataciones del Estado constituyen, sin duda alguna, uno de los pilares de la Administración Pública; ya que de su correcto funcionamiento depende en gran medida una buena gestión de los ahorros de una entidad pública. De igual manera la economía del país se dinamiza debido a la cantidad de dinero involucrado en un proceso de selección.

Cuando hablamos de los contratos de derecho público lo definimos como aquellos por los cuales el Estado satisface indirectamente el interés general. Los contratos de derecho público (género) pueden clasificarse, en primer lugar, como internacionales (los tratados que realiza el Poder Ejecutivo, con aprobación del Congreso o sin ella) o internos.

Éstos últimos son los contratos estatales y dentro de ellos debemos incluir propiamente a los contratos administrativos.

Por ello los contratos administrativos están regidos predominantemente por el derecho público y con un régimen jurídico único. Estrictamente hablando, no hay contratos civiles de la Administración; ya que, en principio, son de derecho público, y que se encuentran sometidos a un ordenamiento jurídico especial.

En tal sentido, optamos por definir al concepto de Contrato de la Administración Pública: es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación Jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

Cabe precisar que, conforme a esta definición, queda claro que el elemento distintivo del Contrato de la Administración Pública no es el hecho de que la entidad administrativa que celebra el contrato tenga prerrogativas especiales a su favor - pues puede tenerla o no incluso condicionar tal prerrogativa a determinadas circunstancias - sino que por lo menos una de las partes que celebran el contrato es una entidad de la Administración Pública<sup>2</sup>.

\* Es abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Socia principal de C & G consultores, especialista en Derecho Administrativo y Derecho a la Empresa. Tiene estudios de la Maestría en Derecho a la Empresa por la misma casa de estudios. Asimismo, es docente del Centro de Educación Continua de la Pontificia Universidad Católica en los cursos de Contrataciones con el Estado y de Asistentes en Gestión Empresarial.

1 HUERGO LORA, Alejandro. Los contratos sobre los Actos y las Potestades Administrativas. Madrid, Ciudad España, 1998, p. 27.

2 SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. "El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública Como Referentes Necesarios Para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú". En: Derecho & Sociedad N.º 29, Lima: D&S, 2008, p.58.

## Objeto

El objeto del contrato administrativo es la obligación pactada, es una prestación de utilidad pública. Es necesario señalar que tiene que ser la Administración Pública la que fije el objeto, modo y condiciones de la prestación.

## Interés Público

A diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, en los contratos administrativos la Administración procura la satisfacción del interés público<sup>3</sup>. La finalidad de interés público del contrato administrativo se hace patente cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa.

Uno de los elementos claves para identificar al contrato administrativo a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, es que en los contratos administrativos la Administración procura la satisfacción del interés público. Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración.

«Uno de los elementos claves para identificar al contrato administrativo a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, es que en los contratos administrativos la Administración procura la satisfacción del interés público. Las peculiaridades derivadas de la salvaguarda del interés público a la hora de garantizar el buen fin del objeto contractual, y las que, a tal efecto, se derivan de la posición dominante de la Administración»

## Formalidad

Generalmente los contratos administrativos se celebran por escrito y requieren un conjunto de formalidades para su celebración, entre las que destacan los procesos de selección – típicos procedimientos administrativos. Es importante señalar que en los contratos administrativos su validez y eficacia está supeditada al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

## Colaboración por parte de los postores

Por último, una causa adicional de la trascendencia del contrato administrativo, como ya lo hemos esbozado, proviene de la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración, en donde el particular no se comporta como un contratista ordinario<sup>4</sup>. El contrato administrativo es entonces una de las técnicas de colaboración de los administrados con la administración.

## Diferencias con los contratos comunes

A continuación señalaremos algunos de los criterios contemplados por la doctrina para definir los contratos administrativos.

### 1. El criterio del sujeto

Con éste criterio se pensaba que todo contrato que la Administración celebraba era un contrato administrativo. La Administración también puede celebrar contratos que no son propiamente administrativos, o que no se encuentran sujetos a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>5</sup>, razón por la cual este criterio se desechó rápidamente.

### 2. El criterio de la jurisdicción aplicable

Este criterio señalaba que contrato administrativo es todo aquel al que le resultara aplicable el proceso contencioso administrativo. El error de este criterio es emplear la jurisdicción, que es en buena cuenta consecuencia de la naturaleza pública de la contratación administrativa, como un elemento de la definición, corriéndose el riesgo de caer en una definición circular<sup>6</sup>.

### 3. El criterio de la voluntad de las partes

Hay que descartar la idea que son las partes las que determinan la forma y la calidad de un contrato administrativo, porque éste último proviene de la finalidad pública que persigue.

3 CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, p. 15.

4 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, p. 340.

5 CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 16.

6 Debemos tomar en cuenta, además, que este criterio confunde jurisdicción con el concepto de vía procedimental aplicable, el cual es el término correcto a aplicar al criterio que venimos esbozando.

#### 4. El criterio de las cláusulas exorbitantes

La doctrina francesa consideró que los contratos administrativos eran tales si contenían cláusulas exorbitantes, en el contexto de la contratación del Estado. Sin embargo, en algunos contratos administrativos estas cláusulas no existen, puesto que han sido reemplazadas por lo establecido en la Ley, a fin de reducir costos de transacción. Por otro lado, en la mayoría de los contratos administrativos existe la obligación legal de incorporar ciertas cláusulas específicas, las mismas que forman parte del régimen exorbitante.

#### 5. El criterio del régimen legal

Debemos considerar que el concepto de contrato administrativo tiene una naturaleza instrumental basada en la utilidad pública, pero a su vez, en la calificación legal. Es la ley la que determina qué contratos estatales son administrativos<sup>7</sup> y cuales no tienen dicha calidad<sup>8</sup>.

#### Características de los contratos administrativos

En principio, podría entenderse que es una declaración de voluntad común. En el sentido de que se requiere la voluntad concurrente del Estado (manifestada a través de un órgano estatal) o de otro ente en ejercicio de la función administrativa, por una parte, y de un particular u otro ente público (estatal o no estatal), por otra. Es importante señalar que esta "voluntad del estado" en realidad no es precisamente una "voluntad", dado que el Estado está sometido a la regulación contemplada en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. En cuanto importa una concurrencia bilateral de voluntades y se distingue del acto administrativo, que por esencia es unilateral.

**Productora de efectos jurídicos.** El contrato de la Administración, determina recíprocamente atribu-

ciones y obligaciones con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales).

**Formalismo.** En los contratos administrativos se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación. Estas formalidades discurren a través de una serie de actos preparatorios del contrato.

Es importante tener en claro que quienes adquieren la calidad de postor son todas aquellas personas naturales o jurídicas, que han presentado su propuesta técnica y económica en un proceso de selección dentro del plazo establecido en las bases. Asimismo, se perdería la calidad de postor cuando se es descalificado en la evaluación técnica o económica, y también cuando el postor retira uno o ambos sobres de su propuesta.

Sin perjuicio de lo anterior, para un sector de la doctrina española se define al Contrato Administrativo "como el acuerdo de voluntades generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen con otro órgano administrativo o con un particular o administrado para satisfacer finalidades públicas".

Otro sector de la doctrina española<sup>9</sup> señala que es necesaria la concurrencia de dos elementos:

- a) La presencia de una administración pública.
- b) La conexión del objeto del contrato un interés público cuya gestión esté legalmente encomendada a la administración pública contratante y la consecuente sujeción a un régimen jurídico – administrativo específico no sólo de su preparación y adjudicación, sino del contrato mismo.

7 De la Ley de Contrataciones del Estado:  
Artículo 1.- Alcances.

"La presente Ley establece las normas básicas que contiene los límites mínimos y máximos que deben observar las Entidades del Sector Público, en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que derivan de los mismos".

8 Del derogado texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:  
Sétima Disposición complementaria.-

La presente Ley no es de aplicación para:

- a) La contratación de trabajadores, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada;
- b) La contratación de auditorías externas en o para las Entidades del Sector Público a que se refiere el Decreto Legislativo N° 850, la que se sujeta específicamente a las normas que rigen el Sistema Nacional de Control. Todas las demás adquisiciones y contrataciones que efectúe la Contraloría General de la República se sujetan a lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento;
- c) Los contratos de locación de servicios que celebren las entidades y empresas comprendidas dentro del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado, los cuales se sujetan a las disposiciones que establezca el Reglamento de la presente Ley; y
- d) La ejecución de obras públicas mediante las modalidades de administración directa o por encargo, entre las Entidades del Sector Público.

9 PAREJO, Luciano. "El Régimen Jurídico General de la Contratación Pública en España", En: Contratos administrativos Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México: UNAM, 2007, p. 265.

Es importante señalar que la crucial diferencia entre los contratos administrativos y los contratos civiles, es que los primeros requieren de toda una formalidad que se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir, no hay una “voluntad de las partes”; mientras que los segundos son producto de la voluntad de la partes y supletoriamente se aplica el Código Civil.

### **El *ius variandi***

En mérito de este concepto, la Administración puede introducir modificaciones a lo pactado en el contrato administrativo de manera unilateral, situación conocida también como *factum principis* – o hecho del príncipe – por parte de la doctrina<sup>10</sup>. Ahora bien, el hecho del príncipe puede incluir otras actividades o comportamientos del Estado, en particular los que tienen origen en acontecimientos legislativos<sup>11</sup>. Sin embargo el *ius variandi* admite límites, derivados del ordenamiento jurídico.

El principio de *pacta sunt servanda* – relacionado directamente con la inalterabilidad del contrato – impide que el poder modificatorio afecte la ecuación económico – financiera del contrato, la misma que opera a favor del contratista<sup>12</sup>. El contratista posee un conjunto de presupuestos económicos que dieron lugar a su participación, cuya modificación acarrearía la obligación de la Administración de indemnizar el posible perjuicio originado, puesto que el contratista no tiene porque ser afectado de manera peyorativa por comportamientos de la Administración<sup>13</sup>.

### **Importancia y Finalidad**

La contratación con particulares por parte de las diferentes Administraciones Públicas es un instrumento de gran importancia y trascendencia para el cumplimiento por las mismas de sus fines constitucionales, ya que su utilización por sí sola no podría hacerlos efectivos. Así, en esta situación de interrelación entre los particulares y las administraciones bajo el prisma inolvidable del interés general, se articula todo el sistema jurídico contenido en las leyes y demás disposiciones, que seguidamente enunciaré, regulando todos los conceptos, principios, procedimientos, garantías para los licitantes, garantías para la administración y para los propios administrados, que deberán seguirse en tales contrataciones. Existe la obligatoriedad de la contratación a través

de licitación o concurso público, en cumplimiento con el artículo 76° de nuestra Constitución<sup>14</sup>, cuya finalidad es garantizar que la selección de los contratistas se rija por un mecanismo de transparencia y eficiencia.

En este orden de ideas, existe la finalidad de satisfacer necesidades públicas que posee determinadas características propias. Y es que la Administración Pública requiere la colaboración de la actividad privada para efectuar acciones que por sí misma no puede, lo cual a su vez obliga a que la contratación administrativa posea determinadas características y una regulación que se encuentra sometida a constantes cambios.

### **¿Por qué un marco normativo a la contratación estatal?**

Cuando el Estado requiere de la participación del sector privado o de la ciudadanía para el cumplimiento de sus necesidades, lo hace a través del contrato. Según TAFUR SÁNCHEZ:

“Tales relaciones contractuales no son un fin en sí misma sino que sirven para conseguir los objetivos que le corresponde al Estado. Nótese pues que, por lo menos teóricamente, el Estado, a diferencia del ciudadano común, no contrata porque quiere, sino porque debe. Precisamente por ello se reconoce prácticamente de manera universal no sólo la existencia de procedimientos especiales a los que es más importante en nuestra opinión, la aceptación de determinadas consecuencias poco comunes en estos contratos, que ha conllevado a la existencia de toda una normativa en materia de contratación estatal”<sup>15</sup>.

Habría que agregar a lo antedicho que para que la contratación administrativa funcione eficientemente debe de ir de la mano con todos los principios tratados por la misma Ley de Contrataciones del Estado.

### **Solución de controversias en el proceso de selección**

Antes de pasar a ver que entendemos por solución de controversias en el proceso de selección, es necesario empezar por lo que entendemos por el mismo y antes de aquel.

10 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2000, p. 684.

11 PARADA, Ramón. Derecho Administrativo II, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 205.

12 CASSAGNE, Juan Carlos. Op. cit., p. 37.

13 PARADA, Ramón. Op. cit., p. 204.

14 Constitución Política del Perú:

Artículo 76°.- 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.

15 TAFUR SÁNCHEZ, Sergio. “Contratación Estatal: Algunas reflexiones Generales”. En: Derecho & Sociedad N. ° 29. Lima: D&S, 2007, p. 141.

## Etapa previa al proceso de selección<sup>16</sup>

Antes de convocar a procesos de selección, la Entidad deberá contar con el expediente debidamente aprobado para la adquisición o contratación respectiva, el mismo que incluirá la disponibilidad de recursos y su fuente de financiamiento. La Ley establece que puede efectuarse adquisiciones o contrataciones cuyo desarrollo se prolongue por más de un ejercicio presupuestario, en cuyo caso deberán adoptarse las previsiones necesarias para garantizar el pago de las obligaciones.

Es importante señalar que es una etapa puramente interna de la Administración, sin intervención ni participación de los administrados, oferentes o terceros interesados.

## Comité especial

El tercer componente de la estructura del proceso de contrataciones es el comité especial, órgano que se creó para cumplir con la finalidad prevista de elaborar bases administrativas y conducir exitosamente un proceso de selección. El Comité Especial estará integrado por no menos de tres ni más de cinco miembros y se conformará con la participación de personas que tengan conocimiento técnico de los bienes o servicios a adquirir.

Para cada proceso de selección la Entidad designará - a través del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda - un Comité Especial que deberá llevar adelante el citado proceso, encargándose de su tramitación y, a la vez, de ser los directos responsables de su legalidad e idoneidad<sup>17</sup>. El Comité Especial estará integrado por no menos de tres ni más de cinco miembros y se conformará con la participación de personas que tengan conocimiento técnico de los bienes o servicios a adquirir. En caso de bienes sofisticados, servicios especializados u obras, podrán participar en el Comité Especial uno

o más expertos independientes, ya sean personas naturales o jurídicas, que no laboren en la Entidad contratante o funcionarios que laboran en otras Entidades del Sector Público.

## Valor referencial

El Valor Referencial es el costo estimado aprobado por la Entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios de mercado. La Entidad calculará el Valor Referencial incluyendo todos los tributos, seguros, transporte, inspecciones, pruebas y cualquier otro concepto que pueda incidir sobre el costo de los bienes, servicios o ejecución de obras a adquirir o contratar. Por ello el valor referencial cumple con varias funciones dentro de la contratación administrativa porque sirve de base para la determinación y realización del proceso de selección para la entidad.

## Bases

Entendemos por bases al documento, emitido por la Entidad Pública, en el cual se especifican las condiciones y requisitos de la contratación, las mismas que deben ser seguidas por los postores a fin de que sus propuestas sean válidas y para tener conocimiento de los parámetros que se emplearán para otorgar la buena pro a uno de los postores.

En este orden de ideas, las bases son aprobadas mediante el mecanismo señalado por la Ley y debe contener un conjunto de requisitos que aseguren la idoneidad de la contratación, así como la protección de los intereses de los postores.<sup>18</sup>

## Proceso de selección

En sentido amplio podemos definir al procedimiento de selección y contratación pública como el conjunto de etapas que tiene su origen en los actos de planeamiento de compra de un bien, con-

<sup>16</sup> Artículo 7° de la Ley.

<sup>17</sup> Del derogado texto único ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado: Artículo 24.- Responsabilidad.

Todos los miembros del Comité Especial son solidariamente responsables por que la selección realizada se encuentre arreglada a ley y responden administrativa y/o judicialmente, en su caso, de cualquier irregularidad cometida en la misma que les sea imputable. Son de aplicación a los miembros del Comité Especial lo establecido en el Artículo 47 de la presente Ley. En caso se determine responsabilidad en los expertos independientes que participen en el Comité, sean éstos personas naturales o jurídicas, el hecho se comunicará al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado para que se les incluya en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado.

<sup>18</sup> De la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 26.- Condiciones mínimas de las Bases.-

Las Bases de una proceso de selección serán aprobadas por el Titular del Pliego que lo convoca o por el funcionario designado por este último o por el Directorio en el caso de las empresas del Estado y deben contener obligatoriamente, con excepciones establecidas en el Reglamento para la adjudicación de menor cuantía, lo siguiente:

a) Los mecanismos que fomenten la mayor concurrencia y participación de postores en función al objeto del proceso y la obtención de la propuesta técnica y económica más favorable. No constituye tratamiento discriminatorio la exigencia de requisitos técnicos y comerciales de carácter general establecidos por las Bases;

b) El detalle de las características de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; el lugar de entrega, elaboración o construcción, según el caso. Este detalle puede constar en un Anexo de Especificaciones Técnicas o, en el caso de obras, en un Expediente Técnico;

tratación de un servicio o ejecución de una obra, y que se extiende hasta la culminación del vínculo contractual surgido entre la respectiva Entidad y el contratista<sup>19</sup>.

El proceso de contratación administrativa se divide en tres etapas:

En primer término tenemos los actos preparatorios, que son las actuaciones administrativas necesarias para realizar el proceso de selección. A continuación viene el proceso de selección, que es el procedimiento administrativo a través del cual la Entidad, mediante un órgano denominado el comité especial, va a determinar con quien va a contratar.

Finalmente tenemos la ejecución contractual; que es la etapa final del proceso de contratación que consiste en el cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato, que concluye con la conformidad o la liquidación dependiendo del caso, y el pago. Cada una de las citadas etapas tiene sus propias finalidades características y problemas.

El análisis que vamos a efectuar se refiere a la solución de controversias generadas en la segunda de las etapas antes descritas; puesto que las controversias derivadas de la etapa de ejecución contractual se resuelven vía conciliación o arbitraje

### ¿Por qué deben de existir mecanismos de solución de controversias en el proceso de selección?

Definimos a una controversia como una discusión larga y repetida entre varias personas que defienden opiniones contrarias, especialmente sobre cuestiones filosóficas o de religión.

Podemos empezar diciendo que toda controversia empezará, necesariamente, con un desacuerdo o discrepancia de algún postor contra las decisiones del comité especial durante el proceso de selección y que es presentado ante la Entidad con un recurso de apelación. El tribunal de Contrataciones es el encargado de resolver en última instancia administrativa toda controversia originada entre la Entidad y las partes, desde la convocatoria hasta

la suscripción del contrato existente. Además cabe precisar que el Tribunal se pronuncia sobre la aplicación de sanciones de suspensión o inhabilitación a proveedores, postores y contratistas por infracción a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Para los conflictos surgidos desde que se inicia la ejecución del contrato, sea por razones de incumplimiento contractual o por interpretación del contrato, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ha establecido una vía obligatoria en la cual las partes deben someterse a una conciliación o arbitraje, según lo acordado. En este caso, lo que ha sido resuelto no resulta ser objeto de impugnación en el Poder Judicial, salvo los casos excepcionales de fraude taxativamente contemplados en la legislación general de arbitraje.

### Importancia

Los mecanismos de solución de controversias deben de existir porque son un mecanismo de control, es decir, sirven para controlar las decisiones de una Entidad Pública y que puedan afectar los intereses de los postores durante el proceso de selección; en concordancia con el principio de transparencia e igualdad de trato consagrados en la Ley de Contrataciones del Estado.

Las controversias planteadas en sede administrativa en materia de contrataciones -que posteriormente deben ser dirimidas vía arbitraje - específicamente referidas a la interpretación y alcance de normas jurídicas a una situación en particular, usualmente se sintetizan en la ausencia de idoneidad de aquellos que han sido designados para desempeñar funciones públicas o de sus auxiliares, escenario que no sólo atenta contra la seguridad jurídica, sino que soslaya el desarrollo y aleja la inversión privada, elementos trascendentales para el progreso de un país.

### Finalidad de los recursos impugnativos

La finalidad primordial de los recursos impugnativos dentro del proceso de selección no es velar por los legítimos derechos expectativos de los postores sino

c) Garantía de acuerdo a lo que establezca el Reglamento;

d) Plazos y mecanismos de publicidad que garanticen la efectiva posibilidad de participación de los postores;

e) La definición del sistema y/o modalidad a seguir, el cual será uno de los establecidos en el Reglamento;

f) El calendario del proceso de selección;

g) El método de evaluación y calificación de propuestas;

h) La proforma de contrato, en la que se señale las condiciones de la contratación, salvo que corresponda sólo la emisión de una orden de compra o de servicios. En el caso de contratos de obras figurará necesariamente como anexo el Cronograma General de Ejecución de la obra, el Cronograma de los Desembolsos previstos presupuestalmente y el expediente técnico;

i) El valor Referencial y las fórmulas de reajuste en los casos que determine el Reglamento;

J) Las normas que se aplicarán en caso de financiamiento otorgado por entidades Multilaterales o Agencias Gubernamentales;

y,

k) Los mecanismos que aseguren la confidencialidad de las propuestas.

19 MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio: "El régimen de impugnaciones en la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado", En: Actualidad Jurídica Tomo 176. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 258.

el de otorgar un mecanismo viable para que ellos contribuyan al control de la legalidad de los actos de la Administración en un proceso de selección.

Es importante señalar que la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establecía dos recursos impugnativos dentro de la vía administrativa: el recurso de apelación y el de revisión; los mismos que proceden en caso haya cualquier discrepancia entre la entidad y los postores del proceso de selección y que veremos a continuación.

### Recurso de Apelación

Mediante el recurso de apelación se impugnan los actos administrativos dictados dentro del desarrollo del proceso de selección, es decir, desde la convocatoria y hasta la suscripción del contrato. El recurso de apelación se presentará ante el Comité Especial, quien lo elevará, para su correspondiente resolución, al Titular del Pliego o a la máxima autoridad administrativa de la Entidad como lo veremos más adelante.

La impugnación de los actos administrativos, vía recurso de apelación, durante el desarrollo de los procesos de selección, requiere del cumplimiento de ciertos requisitos de procedencia, entre otros, que el impugnante tenga la calidad de postor o que este no haya perdido tal calidad.

### Requisitos de admisibilidad

Podemos destacar que el escrito debe estar dirigido al Presidente del Comité Especial (su omisión será subsanada de oficio por la Entidad). Debe presentarse además el comprobante de pago de la tasa correspondiente. La omisión de los requisitos deberá ser subsanada por el impugnante dentro del plazo legal.

### Improcedencia

El recurso de apelación será declarado improcedente cuando:

- Sea interpuesto fuera de los plazos.
- El que suscriba el recurso no sea el postor o su representante.
- El postor se encuentre impedido.
- El postor se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles o administrativos.
- No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.

### Recurso de Revisión

En cambio, el recurso de revisión es presentado ante el Tribunal de Contrataciones, y se interpone contra

lo resuelto en el recurso de apelación o cuando se genere silencio administrativo negativo. El postor que interponga un recurso impugnativo lo hará guiado por su legítimo interés en obtener la buena pro del proceso de selección<sup>20</sup>.

El Reglamento de la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado señalaba que mediante el recurso de revisión pueden impugnarse los siguientes actos:

- Las resoluciones que declaran inadmisibles, improcedentes o infundados el recurso de apelación.
- La denegatoria ficta recaída sobre el recurso de apelación.
- Las resoluciones del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, distintas a las derivadas de la interposición del recurso de apelación.

## II. EVOLUCIÓN DE LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A continuación, vamos a tratar exclusivamente lo referido a los recursos administrativos y su evolución con los que han contado, y cuenta el administrado para hacer valer sus derechos en el ámbito de las contrataciones del Estado. Así, entonces, las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores durante el proceso de selección, deberán ser resueltas mediante procedimiento administrativo.

### 2.1. El caso del RULCOP

El Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de obras Públicas (en adelante RULCOP) fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 034-80-VC del 21.11.80 publicado en "El Peruano" del 24.11.80. Posteriormente el Supremo Gobierno le dio "Fuerza de Ley".

El RULCOP (eliminada una coma) establecía en materia de recursos impugnativos que:

"cualquier postor no conforme con el acuerdo adoptado sobre el otorgamiento de la buena pro, podrá solicitar reconsideración del mismo ante la Entidad Licitante, dentro del plazo de dos días siguientes a la fecha de otorgamiento de la buena pro en Mesa o de publicada la Resolución de otorgamiento de la buena pro, para el caso establecido en el mismo RULCOP. El postor favorecido con el otorgamiento de la buena pro presentará sus planteamientos de observación de la reconsideración. La entidad tiene un plazo de seis días, de recibida la reconsideración, para resolver la impugnación.

20 BALDWIN GAYOSO, Erika. "La necesidad de reforma del régimen de las impugnaciones en el sistema de contrataciones estatal", En: Actualidad Jurídica Tomo 155, Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 32.

«Tendríamos que preguntarnos si es constitucional esta medida excepcional a favor de los postores extranjeros; ya que a nuestro parecer sí es discriminatorio puesto que se va a discriminar al postor por su origen y, sumado a ello, se estaría además vulnerando los principios de la contratación administrativa»

Asimismo, el recurrente o el favorecido con el otorgamiento de la buena pro considerará no conforme el fallo que hubiese emitido la Entidad y podrá presentar ante ella recurso de revisión, dirigido al Presidente del Consejo Superior, dentro del plazo de dos días de comunicada la resolución recaída en el recurso de reconsideración. Además, deberá adjuntar carta fianza solidaria e irrevocable, ya que en caso sea infundado el recurso de reconsideración se ejecutará tal garantía”.

En este orden de ideas, vemos que el RULCOP establecía dos recursos impugnatorios: en primer lugar, el recurso de reconsideración que se presentaba ante la misma entidad solicitante, y en segundo lugar el recurso de revisión que se presentaba ante el Consejo Superior como última instancia administrativa, la misma que resolvía el recurso dentro del plazo establecido por el RULCOP.

## 2.2. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sus sucesivos Reglamentos han establecido diversas regulaciones en la materia, las mismas que vamos a analizar a continuación, de donde se deduce que el Estado Peruano nunca ha tenido claro cual es el mecanismo adecuado para resolver este tipo de controversias.

## La Ley N° 26850 y su primer Texto Único Ordenado, el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en su texto original, Ley N° 26850, generando a su vez el Decreto Supremo N° 012-2001-PCM que señalaba que las discrepancias relacionadas con actos administrativos producidos desde la convocatoria hasta la suscripción del contrato, sólo podrán dar lugar a la interposición de los recursos de apelación y revisión. Por lo que vemos que en éste referido Decreto, se hace mención al recurso de Apelación y ya no al de reconsideración que el derogado RULCOP señalaba.

Además, se establecía que la apelación sería conocida por el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad que convocó al proceso; y que lo resuelto por esta instancia podía ser materia de recurso de revisión presentado ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

Sin embargo, la Ley N° 28267 modifica nuevamente la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, generando a su vez el Decreto Supremo N. ° 083-2004-PCM, que es el derogado por el Texto Único Ordenado de la referida Ley.

Sobre el particular <sup>21</sup>se pone como ejemplo de la evolución del recurso de revisión lo dispuesto en el texto derogado del artículo 54° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Que dispone que:

“El recurso de apelación será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad que convocó al proceso, previo informe técnico legal sustentatorio que en ningún caso podrá ser emitido por quienes integraron el Comité Especial. La facultad de resolver podrá ser objeto de delegación, no pudiendo recaer en el órgano que tendrá a su cargo la ejecución del contrato. La resolución que resuelve la apelación deberá ser puesta en conocimiento de CONSUCODE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su expedición, bajo la responsabilidad del Titular de la Entidad.

Lo resuelto en el recurso de apelación puede ser materia de recurso de revisión presentado ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado:

21 GUZMÁN NAPURÌ, Christian. El Procedimiento Administrativo. Lima: Ara Editores, 2007, p.283.

a) En los casos de Licitaciones Públicas y Concursos Públicos, haya o no resolución expresa.

b) En los casos de adjudicaciones directas y de menor cuantía, únicamente cuando se genere silencio administrativo negativo.

En cualquier caso la Entidad está obligada a remitir el expediente correspondiente, bajo responsabilidad.

La garantía por interposición del recurso de revisión deberá otorgarse a favor del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -CONSUCODE-, por una suma que no podrá exceder al 0.25% del valor referencial del proceso de selección materia de impugnación”.

Por lo que vemos, en este referido Decreto no había ningún cambio para el recurso de apelación, sino que el gran cambio era respecto al recurso de revisión, el mismo que sólo podía interponerse en los casos antes señalados - y por lo que había un recurso de revisión en parte.

La reforma establecida por la Ley N° 28911

Es necesario señalar que la última modificatoria al Decreto Supremo N° 083-2004-PCM establecía en materia del recurso de apelación en su Artículo 54° que:

“Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes de un proceso de selección, desde la convocatoria hasta la celebración del contrato, inclusive, solamente podrán dar lugar a la interposición de los recursos de apelación. El Reglamento establecerá los plazos, requisitos, tasas y garantías. Por esta vía no se podrán impugnar las Bases ni su integración. Así como tampoco las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones.

El recurso de apelación sólo podrá interponerse luego de otorgada la Buena Pro con los requisitos y dentro de los plazos previstos en el Reglamento. El recurso de apelación será conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

La garantía por interposición del recurso de apelación deberá otorgarse a favor del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE. Esta garantía será equivalente al uno por

ciento (1%) del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar...”

Un primer tema de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado nos establecía la necesidad del recurso de apelación para que los contratistas o postores puedan impugnar las decisiones de las Entidades, ya que las mismas podían no estar de acuerdo a los principios contemplados en la Ley antes citada. Otro tema relevante para el tema de las impugnaciones es que la misma Ley nos señalaba que no se pueden impugnar las bases ni su integración, sino que las mismas pueden ser observadas por los postores una vez recibidas y dentro del plazo que señala la Ley.

Un segundo tema importante es el referido al recurso de apelación, el mismo que cabe ser interpuesto desde la convocatoria (actos anteriores al otorgamiento de la buena pro) hasta antes de la celebración del contrato; es decir, no puede interponerse en la etapa de ejecución contractual sólo hasta otorgada la buena pro; además, el recurso de apelación deberá cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la Ley de Contrataciones.

Además, la interposición del recurso de apelación suspende el proceso de selección en la etapa en que se encuentre. Si el proceso de selección fue convocado por ítems, etapas, lotes, paquetes o tramos, la suspensión afectará únicamente al ítem, etapa, lote, paquete o tramo impugnado.

Es importante señalar que en esta Ley de Contrataciones el recurso de apelación debía ser resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Con respecto a la garantía que el postor tiene que entregar por la interposición del recurso de apelación - la misma que equivale al 1% del valor referencial del proceso de selección y que además es a favor del CONSUCODE -, algunos autores<sup>22</sup> han llegado a inferir de la existencia de tales garantías una afectación a la transparencia en el ejercicio de la función administrativa y, en particular, de aquella en la adjudicación de algunas licitaciones. Y es que deberíamos preguntarnos si el monto de la garantía es muy elevado o implican una restricción al ejercicio del derecho de defensa.

### 2.3. Nueva Ley de Contrataciones

Mediante el Decreto Legislativo N° 1017 se aprueba la Ley de Contrataciones con el Estado, la misma que introdujo importantes cambios al régimen de

22 TAWIL, Guido Santiago. “El fin de la Garantía de Impugnación en Materia Licitatoria”, En: Derecho & Sociedad, N.º 29. Lima: 2007, p. 23.

resolución de controversias en sede administrativa, como veremos en adelante.

### El ámbito de aplicación de la norma (artículo 53°)

En cuanto a los alcances de la nueva Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE), existen algunos cambios en materia del recurso de apelación, puesto que la norma en análisis señala también que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un proceso de selección, solamente podrán dar lugar a la interposición del recurso de apelación; tal que mediante el recurso de apelación se podrán impugnar los actos dictados desde la convocatoria hasta antes de la celebración del contrato. Por esta vía no se podrán impugnar las Bases ni su integración; así como tampoco las resoluciones o acuerdos que aprueben las exoneraciones.

Por lo que vemos hasta aquí no hay cambios. Sin embargo, el gran cambio es cuando se señala que el recurso de apelación será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad siempre y cuando el valor referencial del proceso no supere las seiscientas Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La norma establece que en caso el valor referencial del proceso de selección sea superior a dicho monto, los recursos de apelación serán conocidos y resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Por ello, ahora será la misma Entidad la que también podrá resolver el recurso de apelación siempre y cuando no supere el monto antes señalado.

Asimismo, con respecto a la garantía por interposición del recurso de apelación también deberá otorgarse a favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y de la Entidad, cuando corresponda. Esta garantía sería equivalente al 3% del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar. Por lo que es apreciable un incremento en el monto de la garantía por interposición de una apelación.

Por último, es importante señalar que también en esta nueva Ley de Contrataciones no se puede interponer el recurso de revisión: sólo cabe la apelación, según lo antes señalado.

### III. ANÁLISIS DE LA ACTUAL REGULACIÓN CONTENIDA EN EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1017 Y SU REGLAMENTO

Haciendo un recordatorio, fue el día 4 de junio de 2008 que se publicó el Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones con el Estado, la misma que introdujo cambios al régimen de Contratación Administrativa existente en el Perú.

Dicha norma fue promulgada con la finalidad de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú, esta finalidad se encuentra en el artículo 2° de la Ley de Contrataciones con el Estado. Es importante señalar que una de las razones para la reforma del régimen de compras del Estado fue la mejora de la simplificación administrativa

El Perú ha tomado una senda de crecimiento económico alto y sostenido, a la vez que está logrando mejores condiciones de bienestar para sus habitantes. Ambos procesos requieren de un sistema de contrataciones públicas altamente **eficiente**, que **facilite las inversiones requeridas** por el crecimiento y entregue oportunamente los bienes, las obras civiles y los servicios demandados por la comunidad. La sociedad peruana exige, con plena razón, que ese sistema sea, además, **transparente y libre de corrupción**. En este orden de ideas existen cambios relevantes que buscan evitar la lentitud en los procesos de contratación, limitar el exceso de control, promover la descentralización y, principalmente, adecuar la normativa al TLC.

Así, en la etapa correspondiente a los procedimientos de selección, además de los cambios de carácter económico, que implican mayores cambios a los impugnantes - tales como el incremento de la garantía del 1% al 3% del valor referencial para interponer las impugnaciones o la ejecución del monto total de la garantía en caso de desistimiento -, el principal cambio es la restitución de la apelación como único recurso en los procesos de selección bajo la competencia de las entidades, incluyendo a las licitaciones públicas y concursos públicos<sup>23</sup>. De conformidad con el artículo 53° de la Ley, se aprecia que ya no sólo los procedimientos de menores montos, tales como la adjudicación de

«Podemos empezar diciendo que toda controversia empezará, necesariamente, con un desacuerdo o discrepancia de algún postor contra las decisiones del Comité Especial durante el Proceso de Selección y que es presentado ante la Entidad con un recurso de apelación»

23 ARTEAGA ZEGARRA, Mario. "La Nueva Ley de Contrataciones con el Estado", En: Jus Doctrina & Práctica, Lima: Grijley, agosto 2008, p. 40.

menor cuantía y adjudicaciones directas, quedan en competencia de las entidades.

### Críticas a la Nueva Ley

Hay un importante sector de la doctrina que no está de acuerdo con la Nueva Ley de Contrataciones del Estado en este punto, puesto que son de la idea que la regulación en materia de contrataciones debería dirigirse hacia un esquema contractual más eficiente y sobre todo menos oneroso; ya que notamos que además de los trámites que se tienen que pagar para poder contratar con el Estado hoy, la garantía para impugnar el otorgamiento de la buena pro es más onerosa que antes; porque como bien se señaló antes, esta garantía sería equivalente al 3% del valor referencial del proceso de selección o del ítem que se decida impugnar.

Por otro lado, la Entidad se comporta como juez y parte al mismo tiempo según lo antes señalado, ya que como bien sabemos es la Entidad la que seleccionará al mejor postor y que a su vez tendrá que resolver las controversias durante el proceso de selección siempre que no supere las 600 UIT. Con ello podemos ver que será la propia Entidad convocante quien resolverá las impugnaciones de los postores, y ello nos conllevaría en la práctica a que haya una vulneración al principio de imparcialidad contemplado en la Ley de Contrataciones del Estado y que es uno de los principios más importantes para supervisar la imparcialidad de la Administración Pública. Y es este punto en particular que no estamos de acuerdo, porque lo más lógico era que siga habiendo una instancia Administrativa independiente para revisar las decisiones de las Entidades Administrativas, como lo fue en el régimen anterior en materia de Contrataciones del Estado.

### La regulación discriminatoria

Asimismo, el Decreto Supremo N° 184-2008-EF (Reglamento de la Nueva Ley de Contrataciones del Estado), establece en la aplicación de la décima tercera disposición complementaria y final de la Ley:

*“el Tribunal será competente para conocer y resolver las controversias que surjan en los procesos de selección de las contrataciones que se encuentren bajo los alcances de tratados o acuerdos internacionales donde se asuman compromisos en materia de contratación pública”.*

Sobre el particular, Juan Carlos MORÓN URBINA señala que:

*“las normas glosadas consagran un tratamiento especial a favor de los proveedores que provengan de países con los que la República del Perú tuviera vigente un tratado o compromiso internacional que incluya disposiciones sobre contrataciones públicas. La excepción es que estos postores, independientemente del monto del valor referencial de los procesos en los que participen sí tendrán acceso a que las decisiones de las autoridades que les afecten sean revisadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado y no se quedarán en el ámbito doméstico de la propia entidad convocante”<sup>24</sup>.*

Y como bien señala en autor antes citado tendríamos que preguntarnos si es constitucional esta medida excepcional a favor de los postores extranjeros; ya que, a nuestro parecer, sí es discriminatorio puesto que se va a discriminar al postor por su origen y, sumado a ello, se estaría además vulnerando los principios de la Contratación Administrativa.

### IV. NUESTRA PROPUESTA

De lo antes señalado y de las críticas que ha habido a la reciente Ley de Contrataciones del Estado, es evidente que ninguno de los mecanismos ideados para resolver controversias entre postores y la Entidad satisface el interés de los postores, ni tampoco el interés general. Ello se constata desde la regulación contenida en el RULCOP, pasando por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – sus Textos Únicos Ordenados y sus sucesivos Reglamentos -, hasta llegar al régimen actual, el cual es evidentemente ineficiente, como ya lo hemos señalado.

En consecuencia, proponemos que las controversias que surjan durante la etapa del proceso de selección no sean resueltas ni por la Entidad ni por el Tribunal de Contrataciones, sino que sean llevadas al campo del arbitraje que ha resultado ser una vía muy rápida y eficaz para la solución de controversias hoy en día; además de ser muy usada en materia de Contrataciones del Estado en el ámbito de la ejecución contractual.

En este orden de ideas se evitaría que la Entidad sea Juez y parte a la vez, que es lo que hoy resulta ser muy criticado; además que tanto las impugnaciones de los postores nacionales como los extranjeros sean resueltas por un árbitro en una instancia única y definitiva, lo cual además evita la necesidad de recurrir al Poder Judicial a través del proceso contencioso administrativo.

24 MORÓN URBINA, Juan Carlos - “La Inconstitucionalidad del régimen de impugnación en la ley de Contrataciones del Estado”. En: Actualidad Jurídica Tomo 182. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 21.

## V. CONCLUSIONES

- Las contrataciones del Estado constituyen, sin duda alguna, uno de los pilares de la Administración Pública; ya que de su correcto funcionamiento depende en gran medida una buena gestión de los ahorros de una Entidad Pública. De igual manera la economía del país se dinamiza debido a la cantidad de dinero involucrado en un proceso de selección.
- El Contrato de la Administración Pública es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación Jurídica patrimonial, en el cual por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa.
- Además para que la contratación administrativa funcione eficientemente debe de ir de la mano con todos los principios tratados por la misma Ley de Contrataciones del Estado, como son el principio de eficiencia y de trato igualitario.
- Podemos definir al procedimiento de selección y contratación pública como el conjunto de etapas que tiene su origen en los actos de planeamiento de compra de un bien, contratación de un servicio o ejecución de una obra, y que se extiende hasta la culminación del vínculo contractual surgido entre la respectiva entidad y el contratista
- La reciente derogada Ley de Contrataciones del Estado establecía que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes de un Proceso de Selección, desde la convocatoria hasta la celebración del contrato, inclusive, solamente podrán dar lugar a la interposición de los Recursos de Apelación. Asimismo señalaba que el recurso de Apelación será conocido y resuelto por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- El gran cambio que ha introducido la Nueva Ley de Contrataciones con el Estado es que el Recurso de Apelación será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad siempre y cuando el valor referencial del proceso no supere las seiscientas Unidades Impositivas Tributarias (UIT). En caso el valor referencial del Proceso de Selección sea superior a dicho monto, los Recursos de Apelación serán conocidos y resueltos por el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- Por lo que ahora será la misma Entidad la que también podrá resolver el Recurso de Apelación siempre y cuando no supere el monto antes señalado. Ello, como lo hemos señalado, genera una seria vulneración a los principios consagrados en la Ley de Contrataciones del Estado, puesto que la entidad no posee incentivos para corregir el error que pueda haber cometido el Comité Especial, dado que en la mayoría de los casos es el titular de la misma el que va a resolver el recurso de apelación.
- Las controversias planteadas en sede administrativa en materia de contrataciones -que posteriormente deben ser dirimidas vía arbitraje - específicamente referidas a la interpretación y alcance de normas jurídicas a una situación en particular, usualmente se sintetizan en la ausencia de idoneidad de aquellos que han sido designados para desempeñar funciones públicas o de sus auxiliares, escenario este que no sólo atenta contra la seguridad jurídica, sino que soslaya el desarrollo y aleja la inversión privada, elementos trascendentales para el progreso de un país. CA