

Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa

Christian Guzmán Napurí

En el presente artículo, el autor define la importancia de una eficiente contratación administrativa del Estado, establece la relevancia de los principios recogidos en la nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y desarrolla los principios rectores que deben regir la contratación administrativa, reiterando la necesidad de que los mismos sean aplicados de manera efectiva, a fin de lograr los fines de la contratación estatal.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa tiene como finalidad fundamental la satisfacción de necesidades públicas a través de la intervención de los particulares como colaboradores de la Administración Pública mediante la celebración del respectivo acuerdo entre ellos, el mismo que se encuentra definido jurídicamente como un contrato administrativo. Ello ocurre ante la verificación, por parte de la Administración Pública al interior del Estado, de la imposibilidad de realizar todas las acciones que requiere el interés general únicamente a través de las dependencias de la misma, siendo necesaria la intervención de la actividad privada para ello¹.

Ello implica que la Administración Pública al interior del Estado deba contratar eficientemente, obteniendo la mejor calidad posible al precio más razonable, considerando que lo que se está empleando son recursos públicos, para lo cual debe emplear un procedimiento reglado, conforme lo señalado por la norma constitucional². Ello implica, como señala el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley) que

pueda maximizarse el valor del dinero de los contribuyentes, en tanto constituyen fondos públicos³.

Rol de los principios en la contratación administrativa

La norma señala que los principios que la misma enuncia servirán también de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente norma y su reglamento y como parámetros para la actuación de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones. De hecho, los principios del derecho, en general, desempeñan un rol sumamente importante en la organización del ordenamiento jurídico, puesto que permiten no sólo interpretar las normas, sino además servir de base para la construcción jurídica y facilitar la labor del operador del derecho, al generar insumos para cubrir los vacíos del derecho positivo⁴.

Los principios que vamos a describir servirán, en primer lugar, de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas sustantivas y de procedimiento que se encuentran establecidas en la Ley, en el Reglamento

* Abogado especialista en Derecho Público. Socio Principal de C & G Asesores y Consultores - Abogados. Magíster en derecho con mención en Derecho Constitucional. Profesor Ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en las áreas de derecho constitucional y derecho administrativo. Profesor de la Escuela de Graduados de la misma universidad. Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Arbitro en materia de contratación administrativa y derecho público.

1 PAREJO ALFONSO, Luciano. "El régimen jurídico general de la contratación pública en España". En: Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: UNAM, 2007, p. 261-262.

2 Constitución de 1993:

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.

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.

3 Decreto Legislativo N.° 1017:

Artículo 2°.- Objeto

El objeto del presente Decreto Legislativo es establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de la presente norma.

4 Sobre el particular: MORALES LUNA, Félix. "Principios jurídicos y sistemas normativos", En: Foro Jurídico N.° 1. Lima: Foro Académico, 2002, p. 153 -154.

de las mismas y en otras normas administrativas⁵ relacionadas con los mismos. Ello implica además que su uso resulta ser especialmente pertinente en supuestos de resolución de controversias, sea en sede administrativa, en sede judicial o en sede arbitral.

En segundo lugar, los principios administrativos en materia de contratación deben ser usados como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, en particular las que regulan procedimientos administrativos al interior de las entidades. Dado que la enumeración de principios no es taxativa, es necesario considerar que, dichos principios deberán ser empleados incluso como parámetros para la elaboración de normas legales que regulen procedimientos administrativos en materia de contratación administrativa.

Finalmente, los principios aplicables a la contratación administrativa, como todos los principios del derecho, deben ser empleados para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo, como herramientas para hacer efectivos mecanismos de integración jurídica. Ello es en particular pertinente teniendo en cuenta que, en aplicación del principio de legalidad, el uso de la analogía como mecanismo de integración se encuentra limitado de manera intensa.

La perspectiva del Tribunal Constitucional

En este punto es necesario hacer referencia a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional sobre la materia, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635, Ley que modifica la Ley N° 26361 – Ley sobre Bolsa de Productos⁶. En dicha sentencia - a la cual nos vamos a referir de manera reiterada en este trabajo - el Tribunal establece con claridad que la función del artículo 76° de la Norma Constitucional – el cual ya hemos citado - es determinar y garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar - que incluye los actos preparatorios y el proceso de selección - que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores.

En conclusión, señala el Tribunal, el objeto de la referida disposición es lograr el mayor grado de

«Los principios aplicables a la contratación administrativa, como todos los principios del derecho, deben ser empleados para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo, como herramientas para hacer efectivos mecanismos de integración jurídica»

eficiencia en las contrataciones del Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos⁷. Lo que está haciendo el supremo intérprete de la Constitución es señalar que los principios referidos por la sentencia se deducen de la citada norma, siendo evidente que los mismos son necesarios para que el Estado pueda contratar eficientemente⁸.

II. PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL DESARROLLO HUMANO

En cuanto a este principio, la norma materia de análisis preceptúa que la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia. Este principio es una novedad de la Ley, puesto que no se encontraba presente en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, el TUO) ni en su Reglamento, el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

Por desarrollo humano debemos entender el fenómeno por el cual los estándares de vida de la población se elevan a fin de alcanzar un nivel adecuado de bienestar económico y social. Desde un punto de vista económico, al Estado le corresponde promover dicho desarrollo humano a través del fomento a la actividad privada, la inversión pública subsidiaria y la protección a los derechos fundamentales de las personas, en el marco de una economía social de

5 Artículo IV, inciso 2 del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

6 STC N° 0020-2003-AI, de fecha 17 de mayo de 2004.

7 Fundamento N° 12 de la referida sentencia.

8 Sobre el particular: DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "El Régimen de los contratos estatales en el Perú". En: Revista de Derecho Administrativo N.º 2. Lima: Círculo de Derecho Administrativo (CDA), 2006, p. 34.

mercado, conforme a lo establecido por la norma constitucional⁹.

Una primera interrogante que se presenta en el análisis de este principio es determinar si constituye una función de la contratación administrativa la promoción del desarrollo humano, más allá de sus funciones operativas. La norma no deja en claro además si esta función es originaria o más bien es el resultado del empleo adecuado de la contratación administrativa como un mecanismo para obtener eficiencia en el gasto. Es decir, la eficiencia en el gasto generaría como obvia consecuencia una mejora inmediata en los estándares de vida de la población toda vez que se maximiza el beneficio social de la contratación, a la vez que se genera valor en la economía.

En este orden de ideas, no resulta pertinente que la contratación administrativa sea empleada como mecanismo para favorecer a determinados sectores sociales¹⁰, lo cual implicaría sacrificar la eficiencia de la contratación administrativa y el criterio establecido en el artículo 2° de la Ley, al cual ya nos hemos referido líneas arriba. De hecho, la contratación administrativa realizada de manera deficiente perjudica dicho desarrollo humano, puesto que implica un uso indebido de los recursos que son empleados para satisfacer necesidades públicas.

Un ejemplo interesante es el de la inversión en infraestructura, como por ejemplo la construcción de una carretera entre dos localidades entre las que únicamente existía una trocha. Una vez que la misma se encuentra en funcionamiento ambas localidades empiezan a interactuar de inmediato a través del comercio, generando riqueza y elevando el producto bruto interno global¹¹. Es claro que la inversión pública, ahí donde la inversión privada no cabe, o en asociación con la misma, genera crecimiento; lo cual es una de las razones por las cuales se considera de especial importancia la promoción de las asociaciones público-privadas.

III. PRINCIPIO DE MORALIDAD

Este principio se define señalándose que todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad; siendo

la redacción del referido principio equivalente a la que se encontraba contenida en el TUO, respecto del cual no existe mayor desarrollo.

Este principio es clave para entender como funciona nuestro sistema de contratación administrativa, puesto que permite definir las razones de su sometimiento a tantos controles administrativos. Porque debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que un régimen rígido de contratación administrativa no es la regla en el derecho comparado, puesto que existen diversas modalidades de acercamiento a la regulación de la contratación estatal, muchas de ellas bastante menos rígidas que la nuestra, en donde se privilegia sobre todo los controles posteriores. Un caso interesante se encuentra en los Estados Unidos, en donde el Estado contrata con los particulares de la misma manera en que ellos contratan entre sí¹².

Hay que tener cuidado sin embargo con la manera cómo se entiende la categoría que estamos analizando. La moral es un concepto que por definición es subjetivo y autónomo, y que no puede extenderse a todas las personas puesto que aquella contiene convicciones propias de cada uno, las cuales no podrían imponerse válidamente a los otros. Justamente, el derecho cumple este rol, puesto que es el único mecanismo que puede establecer reglas aplicables a todos. En consecuencia, este no es un principio que implique la aplicación de reglas morales a la contratación administrativa, sino más bien la aplicación de reglas jurídicas que impidan la realización de actos de corrupción, generados en supuestos de desviación de poder, es decir, cuando las decisiones de la Administración dejan de ser dirigidas hacia el interés general.

Entonces, el principio de moralidad, tal como debe entenderse jurídicamente, posee un significado práctico evidente. Las decisiones que son tomadas al margen de la legalidad en la gestión pública generan corrupción y la misma a su vez genera desperdicio de recursos, puesto que los mismos son asignados de manera indebida, es decir, no a sus usos más eficientes; generando daños severos a la economía de un país¹³. Las decisiones tomadas al margen de este principio dirigen los fondos públicos sobre la base de intereses que no son los de la colectividad.

9 Constitución de 1993:

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

10 Para una posición distinta: ARTEAGA ZEGARRA, Mario. "La nueva Ley de Contrataciones del Estado. Una visión comparativa con su predecesora". En: *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Grijley, agosto 2008, p. 19.

11 Es que es indudable la importancia de la inversión en infraestructura para el desarrollo del crecimiento. Sobre el particular es pertinente revisar: WORLD TRADE ORGANIZATION – Infrastructure and Trade. Geneva: WTO, 2004.

12 CAMPOLIETI, Federico. "Los límites del contrato administrativo". En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM, 2007, p. 23.

13 Sobre el particular: CENTER FOR INTERNATIONAL PRIVATE ENTERPRISE - Strategies for Policy Reform. Washington DC: CIPE, 2007, p. 33 y ss.

El régimen de responsabilidades establecido en la norma

Es por ello que en el ámbito de la contratación administrativa el empleado público puede incurrir en diversas modalidades de responsabilidad, sea ésta administrativa, civil o penal; las mismas que incluso pueden generarse de manera simultánea, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 243° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que consagra el principio de autonomía de responsabilidades¹⁴.

En el primer caso, la Ley establece un régimen específico de responsabilidad administrativa, contenido en su artículo 46°, el mismo que preceptúa que los funcionarios y servidores, así como los miembros del Comité Especial que participan en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras, son responsables del cumplimiento de la Ley y su Reglamento, estableciendo las sanciones respectivas. Dicha responsabilidad alcanza incluso a los denominados expertos independientes que conforman el comité especial, los mismos que podrían ser inhabilitados por el Tribunal de Contrataciones, conforme lo dispuesto por el artículo 25° de la Ley.

A su vez, es evidente que la violación al principio de moralidad puede generar responsabilidad civil por parte del empleado público respectivo si es que su acción u omisión ha generado perjuicio económico al Estado. Conforme a la definición contenida por la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República¹⁵, es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

Finalmente, existen delitos contra la Administración Pública directamente relacionados con la contratación administrativa. En particular, el delito de colusión, establecido en el artículo 384° del Código Penal, cometido por el empleado público que en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros. Este delito no debe ser confundido con la llamada negociación

incompatible, consignada en el artículo 397° del citado código, que es un delito cometido por el empleado público que indebidamente se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, en forma directa o indirecta o por acto simulado.

Los límites al principio de moralidad

Ahora bien, existe un límite en la aplicación de controles administrativos. Vale decir, a partir de cierta intensidad de dicho control el mismo comienza a generar resultados ineficientes. La tarea hoy en día es determinar qué controles generan eficiencia y cuáles no lo hacen. Empecemos señalando que ambos principios no se encuentran en contraposición. De hecho, la violación al principio de moralidad trae aparejada necesariamente la violación del principio de eficiencia, como ya lo hemos señalado.

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha señalado que los mecanismos de adquisición han sido afectados por la corrupción, por lo que, para el resguardo de recursos públicos, no sólo basta un procedimiento especial de adquisición, sino que, además, resulta necesario un rígido sistema de control y fiscalización, tanto a nivel de la propia entidad adquirente, que funcionaría como control previo, como en el máximo órgano de control, a cargo de la Contraloría General de la República a través del control posterior¹⁶.

Sin embargo, la aplicación de mecanismos de control dirigidos a asegurar los elementos consignados en este principio de manera particularmente intensa puede llevarnos a niveles altos de rigidez, la cual impide contratar adecuadamente. Estos mecanismos de control, en primer lugar, deben enfocarse preferentemente en la entidad, puesto que el administrado se encuentra tutelado por principios generales del procedimiento administrativo como informalismo, presunción de veracidad y simplicidad, entre otros, que evidentemente son de aplicación a los procesos de contratación administrativa y en particular al proceso de selección, que constituye un procedimiento administrativo.

Además, en cuanto a las entidades, resulta evidente que los controles previos y concurrentes no son más eficaces que los controles posteriores y ofrecen múltiples dificultades en su implementación. A ello debemos agregar que es necesario delimitar las competencias en materia de control que les corres-

14 Ley N° 27444:

Artículo 243°.- Autonomía de responsabilidades

243.1 Las consecuencias civiles, administrativas o penales de la responsabilidad de las autoridades son independientes y se exigen de acuerdo a lo previsto en su respectiva legislación.

243.2 Los procedimientos para la exigencia de la responsabilidad penal o civil no afectan la potestad de las entidades para instruir y decidir sobre la responsabilidad administrativa, salvo disposición judicial expresa en contrario.

15 Novena Disposición Final de la Ley N° 27785.

16 STC N° 0020-2003-AI, fundamento N° 15.

ponde al Sistema Nacional de Control, al mando de la Contraloría General de la República, así como las que son de competencia del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado a fin de que las mismas no se superpongan.

IV. PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA

Este principio preceptúa que en los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores; en este caso la redacción de la Ley también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe mayor desarrollo, tal como ocurre en el caso de algunos otros principios que estamos comentando.

Este principio tiene dos ámbitos que es preciso analizar. Un primer ámbito, enfocado en la entidad, permite que la misma obtenga la mejor relación entre calidad precio en cada contratación – que es lo que se pretende obtener dentro del concepto de eficiencia contractual – puesto que al existir pluralidad de postores, así como libertad para que los mismos compitan entre sí, el resultado siempre va a ser el más favorable para quien va a recibir el servicio, es decir, la entidad¹⁷. Este es un efecto lógico de la competencia en el mercado, la misma que permite a este último asignar los recursos de manera eficiente.

«La Administración Pública al interior del Estado deba contratar eficientemente, obteniendo la mejor calidad posible al precio más razonable, considerando que lo que se está empleando son recursos públicos»

Pero hay un segundo ámbito, que se enfoca en el mercado propiamente dicho. Lo que ocurre es que la libre competencia en el ámbito de la contratación administrativa debe ser equivalente a lo que ocurre en el mercado, con lo cual la contratación pública funciona como un mecanismo dinamizador del mismo. Si no existiera este principio, lo que ocurriría es una asignación de recursos ineficiente, lo cual impediría que se obtenga el mayor beneficio posible de los fondos públicos; sin que su vez pueda generarse desarrollo. Asimismo, es preciso señalar que esto se encuentra conforme con la obligación del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia, conforme lo señalado por la Constitución¹⁸.

Consecuencias prácticas de este principio

Lo antes señalado genera un conjunto de consecuencias. En primer lugar, el artículo 9° de la Ley prescribe que los requisitos para la inscripción, así como para la asignación de categorías y especialidades en el Registro Nacional de Proveedores no constituirán barreras para la competencia. En su momento se consideró que este registro constituía una limitación para la participación de los postores en los procesos de selección, cuando más bien puede considerarse que reduce costos de transacción, impidiendo que las entidades soliciten documentación a los postores que ya obra en el registro, conforme el quinto párrafo de la norma antes citada.

Por otro lado, este principio debe permitir facilitar a los potenciales postores la participación en los procesos de selección. Ello implica permitir el acceso a la información pertinente – relacionándose directamente con los principios de publicidad y transparencia -, aplicar debidamente el principio de presunción de veracidad, reemplazando lo pertinente por declaraciones juradas, aplicar del principio de informalismo a los procesos de selección¹⁹, facilitar el acceso a los mecanismos financieros que constituyan garantías, entre otros mecanismos.

La integración entre el derecho de la competencia y la contratación administrativa

Asimismo, conforme el artículo 11° de la Ley, los postores en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros, con el

17 COMADIRA, Julio Rodolfo – La Licitación Pública. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 72 -73. También: IVANEGA, Miriam Mabel – “El principio de transparencia en las etapas de formación y de ejecución de los contratos administrativos”. En: Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. México: UNAM, 2007, p. 157.

18 Constitución de 1993:

Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

19 Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos – “El informalismo moderado en los procesos licitatorios: develando el paradigma de la licitación como procedimiento formal”. En: Revista de Derecho Administrativo N.º 2. Lima: Círculo de Derecho Administrativo (CDA), 2006, p. 76 y ss.

fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado, sin perjuicio de las demás sanciones que establecen las disposiciones vigentes.

Sobre este particular, la segunda disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1034 dispone que cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva en los términos de la norma, comunicará tal hecho al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI para que éste inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir, si correspondiera.

Ahora bien, solamente si INDECOPI determina la existencia de una infracción y ésta quedara firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda. La razón evidente de esto se dirige a establecer un tratamiento unívoco de las infracciones administrativas en materia de libre competencia, de tal manera que la infracción en el ámbito de la contratación administrativa se encuentre definida por los lineamientos propios del derecho de la competencia²⁰.

Finalmente, lo antes señalado es consistente con lo dispuesto por el artículo 51° de la Ley, así como el 237° de su Reglamento, los mismos que establece como infracción administrativa el hecho de que los postores participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente, que como ya lo hemos señalado es el INDECOPI.

V. PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD

Conforme a este principio, los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. En este caso la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo.

El principio de imparcialidad tiene un origen operativo y un origen jurídico. El primero se dirige a asegurar la eficiencia de la contratación administrativa, puesto que a falta de imparcialidad la

decisión de la entidad no va a ser la más conforme con las necesidades de la misma o de las tareas que dicha entidad realiza, perjudicando al interés general y a los propios administrados que pretenden contratar con la administración. Ello explica por qué la violación de estos principios puede generar responsabilidad en los empleados públicos que la cometen, configurando incluso diversos delitos contra la Administración Pública.

El segundo se relaciona directamente con un principio constitucional y a la vez derecho fundamental que es el del debido proceso. Lo que ocurre es que hay que tener en cuenta, en primer término, que el proceso de selección es un procedimiento administrativo, razón por la cual el debido proceso en sede administrativa resulta ser por completo aplicable²¹. También constituyen procedimientos administrativos el recurso de apelación a ser resuelto por el titular de la entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado, dependiendo del caso; así como el procedimiento administrativo sancionador tramitado por el Tribunal en contra de proveedores, participantes, postores y/o contratistas.

En segundo término, la entidad, al tomar decisiones respecto a los contratistas una vez iniciada la etapa de ejecución contractual debe respetar el debido proceso, puesto que dentro de la misma también se generan diversos procedimientos, cuyos resultados son a su vez son discutidos en sede arbitral conforme lo dispuesto por la Ley y su Reglamento.

VI. PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD

El principio de razonabilidad preceptúa que 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. Este principio es una novedad de la Ley, puesto que no se encontraba presente en el TUO y surge ante la necesidad de asegurar calidad en el gasto, impidiendo que se generen procesos de contratación que no se encuentren dirigidos a una real necesidad de la entidad. Con lo cual este principio puede válidamente considerarse como un componente del principio de eficiencia, al cual nos referiremos en el acápite siguiente.

Este principio es entonces el que permite de manera directa asegurar que la contratación administrativa, en el ámbito de los actos preparatorios, permita cumplir con lo establecido en el artículo 2° de la Ley, de tal manera que los recursos públicos generen el mayor beneficio social posible²². Como bien se sabe, uno de los grandes problemas de la gestión

20 Sobre el particular: BERASÁTEGUI, Javier. "La integración de la contratación pública en la Defensa de la Competencia". En: Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia N.º 247. Madrid: Multimedia EINSA, 2007, p. 35 y ss.

21 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. "El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana. ¿Hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?". En: *Ius et veritas*, N.º 22. Lima: IUS, 2001, p. 344.

22 ARTEAGA ZEGARRA, Mario – Op. cit., loc. cit.

pública peruana es la incapacidad de las entidades públicas de ejecutar adecuadamente su presupuesto, de tal manera que una vez concluido el ejercicio fiscal el mismo no se ha empleado en su totalidad. El principio que estamos describiendo permite que dicha ejecución sea adecuada, en términos de un uso pertinente de los recursos públicos.

Otros significados de este principio

El principio de razonabilidad posee diversos contenidos, dependiendo del ámbito en el cual nos encontremos. En general, en el derecho público este principio se encuentra íntimamente relacionado con la pertinencia de la realización de actos gravosos contra los administrados, o de limitación de sus derechos fundamentales²³, situación en la cual actúa conjuntamente con el principio de proporcionalidad, con el cual a veces se confunde.

De hecho, la propia normativa en materia de contratación administrativa no emplea este principio de manera unívoca, puesto que el artículo 43° del Reglamento de la Ley, al referirse al método de evaluación de propuestas preceptúa que el Comité Especial determinará los factores de evaluación técnicos a ser utilizados, los que deberán ser objetivos y congruentes con el objeto de la convocatoria, debiendo sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad; siendo claro que en este caso el concepto de razonabilidad no es el mismo que establece la norma que estamos comentando, el cual es aplicable al objeto de los contratos y no a los factores de evaluación.

VII. PRINCIPIO DE EFICIENCIA

Este principio establece que las contrataciones que realicen las entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. Si bien este principio se encontraba consignado en el TUO, el mismo no poseía el desarrollo que ahora muestra, que es mucho más preciso.

La mayor precisión que muestra este principio en la Ley respecto del TUO tiene su origen en la

importancia de este principio para la contratación administrativa, cuya aplicación resulta medular para su funcionamiento adecuado conforme lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley. De hecho, el principio de eficiencia funciona como el sustento o la justificación de los demás principios que venimos analizando. Ello a su vez es resultado de la aplicación de los principios propios de la Nueva Administración Pública (*New Public Management*), los mismos que incorporan el concepto de eficiencia en el funcionamiento de las entidades públicas, lo cual evidentemente incluye a los procesos de contratación administrativa²⁴.

En primer lugar, debe quedar claro que la eficiencia no implica únicamente obtener resultados, sino que los mismos generen el menor costo posible²⁵. Ello se obtiene a través de procesos de selección regulados adecuadamente. Ello es tomado en cuenta por el Tribunal Constitucional, al señalar que la eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO, pues la serie de etapas que presenta, garantizarían la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos²⁶.

Lo barato sale caro

Pero, en segundo lugar, ello no implica que contratar barato implique necesariamente contratar bien. De hecho, una propuesta económica excesivamente menor al valor referencial – siempre que el mismo haya sido elaborado adecuadamente - muestra temeridad por parte del postor y puede informarnos respecto a la limitada calidad de los bienes, servicios y obras que el mismo ofrece, cualidad que la economía moderna le otorga al sistema de precios. En la práctica, un contrato que genera menos gasto en términos de la contraprestación puede generar un gasto mucho mayor al tener que dedicar tiempo, dinero y esfuerzo a un proceso arbitral, cuyo resultado es en muchos casos incierto.

Es por lo antes indicado que existe por ejemplo la garantía de monto diferencial de propuesta y se considera a la vez que es una de las razones del retorno de la garantía de seriedad de oferta²⁷. Pero también es la razón por la cual la normativa anterior contenía límites inferiores al monto de la propuesta

23 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón - Curso de Derecho Administrativo. Madrid: Civitas, 2000, Tomo II, p. 177.

24 Sobre el particular: PAEZ MURCIA, Ángela María. "Aplicabilidad del modelo de nueva administración pública (new public management) al sistema de contratación estatal colombiano, a la luz de las estrategias asumidas por el poder político, durante el periodo 2001-2004", En: Revista Estudios Socio Jurídicos N.º 002, Vol. (7). Bogotá: Universidad del Rosario, 2005, p. 209 y ss.

25 IVANEGA, Miriam Mabel – Op. cit., p. 161.

26 STC N.º 0020-2003-AI, fundamento N.º 14.

27 Decreto Legislativo N.º 1017:

Artículo 39°.- Garantías

Las garantías que deberán otorgar los postores y/o contratistas, según corresponda, son las de seriedad de oferta, fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencial de propuesta; sus modalidades, montos y condiciones serán regulados en el Reglamento.(...)

económica²⁸, los mismos que en la normativa actual se mantienen únicamente en el caso de ejecución y consultoría de obras, lo cual resulta ser sumamente discutible.

VIII. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Este principio establece que las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia de los mismos deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores. Este principio constituye una novedad de la Ley, puesto que no se encontraba presente en el TUO, no obstante poderse deducir del articulado del mismo, al encontrarse incorporado en otros principios, en especial en el de transparencia, del cual consideramos que forma parte.

Lo que ocurre es que, si bien este concepto de publicidad es muy importante para efectos del adecuado funcionamiento de la contratación administrativa, el mismo más que un principio constituye una condición para la generación de otros principios, que son los de libre competencia, eficiencia y transparencia, de los cuales puede incluso considerarse parte²⁹. Ello, en tanto permite la participación de la mayor cantidad de postores posible – lo cual es un elemento de la libre competencia de los mismos – situación que a la vez genera que sea más factible encontrar a aquel que pueda realizar la prestación de manera más adecuada³⁰. Asimismo, como veremos a continuación, la puesta en conocimiento de las decisiones tomadas permite su fiscalización por parte de los postores y de la ciudadanía en general, lo cual a su vez constituye un importante componente del principio de transparencia³¹.

La importancia del SEACE

De hecho, el régimen de contratación administrativa peruano contiene un sistema electrónico que permite conocer las convocatorias existentes, dependien-

do del tipo de proceso de selección en el cual nos encontremos³². De hecho, conforme el artículo 25° del Reglamento de la Ley todos los actos realizados durante los procesos de selección se entenderán notificados el mismo día de su publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - SEACE, siendo que la notificación a través del mismo prevalece sobre cualquier medio que se haya utilizado adicionalmente, siendo responsabilidad del participante el permanente seguimiento del proceso de selección.

Asimismo, conforme lo dispuesto por el artículo 51° de la norma antes señalada, la convocatoria de las Licitaciones Públicas, Concursos Públicos y Adjudicaciones Directas se realizará a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que se deberán publicar las Bases y un resumen ejecutivo del estudio de posibilidades que ofrece el mercado, bajo sanción de nulidad. Ello no obsta para que las entidades puedan emplear adicionalmente otros medios a fin de que los proveedores tengan conocimiento de la convocatoria. En general, las entidades publican sus convocatorias en su página web, en medios de comunicación, entre otros.

La norma señala además que la convocatoria a un proceso de Adjudicación de Menor Cuantía se realiza a través de su publicación en el SEACE, oportunidad en la que deberá publicarse las Bases, sin perjuicio de las invitaciones que se pueda cursar a uno (1) o más proveedores, según corresponda, en atención a la oportunidad, al monto, a la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, bajo sanción de nulidad.

Esto muestra importantes diferencias respecto a lo que ocurría durante la vigencia del Reglamento del TUO, el cual limitaba la publicación en el SEACE a las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas, siendo que en los demás casos bastaba la invitación a determinados postores y la notificación a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa –

28 Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

Artículo 33°.- Sobre el valor referencial.-

Las propuestas que excedan en más de diez por ciento el valor referencial, en todos los casos serán devueltas por el Comité Especial, teniéndolas por no presentadas.

Las propuestas inferiores al setenta por ciento del valor referencial en los casos de bienes y servicios y al noventa por ciento en los casos de servicios, ejecución y consultoría de obras serán devueltas por el Comité, teniéndolas por no presentadas.

Para otorgar la Buena Pro a propuestas que superen el valor referencial, hasta el límite antes establecido, se deberá contar con asignación suficiente de recursos aprobada por el Titular del Pliego.

En los casos de modalidades de contratación realizadas a través del SEACE, los márgenes serán establecidos en el Reglamento.

29 IVANECA, Miriam Mabel – Op. cit., p. 159-160.

30 COMADIRA, Julio Rodolfo – Op. cit., p. 78.

31 Esta es una importante razón por la cual resulta necesario que se potencien mecanismos como las consultas y observaciones a las bases. Sobre el particular: MORÓN URBINA, Juan Carlos – “Las consultas y las aclaraciones a las bases en los procesos de selección”. En: Actualidad Jurídica Tomo 146. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 151-152.

32 Decreto Legislativo N° 1017:

Artículo 67°.- Definición

El Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), es el sistema electrónico que permite el intercambio de información y difusión sobre las contrataciones del Estado, así como la realización de transacciones electrónicas.

PROMPYME, en especial en el caso de los procesos de adjudicación de menor cuantía, en las cuales dicha notificación dependía del monto del valor referencial³³.

IX. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Este principio establece que toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. La norma señala que los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La norma preceptúa que la convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados del proceso de selección deben ser de público conocimiento.

Este principio tiene una redacción muy similar a la contenida en el TUO, con un matiz de diferencia que podría ser importante. El TUO establecía que las excepciones al principio de transparencia afectaban a la convocatoria, el otorgamiento de buena pro y los resultados obtenidos; situación que ya no se presenta, razón por la cual debemos entender válidamente que dichas excepciones no existen. Dichas excepciones en la actualidad son aplicables más bien al derecho de acceso de los postores a la documentación relativa al proceso de selección.

En este orden de ideas, el tercer párrafo del artículo 72° del Reglamento de la Ley dispone que una vez otorgada la Buena Pro, el Comité Especial está en la obligación de permitir el acceso de los postores al Expediente de Contratación, a más tardar dentro del día siguiente de haberse solicitado por escrito, siendo que las limitaciones son las que se encuentran consignadas en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y su Reglamento, específicamente en los casos en los que nos encontremos ante información que sea secreta, reservada o confidencial, como por ejemplo en la contratación de bienes destinados a la defensa nacional.

Elementos del principio de transparencia

La norma establece dos elementos fundamentales. En primer lugar, la objetividad y sustento de las decisiones tomadas por el comité especial, como resultado de la aplicación de las bases. En segundo lugar, el acceso a la información respecto a los criterios de calificación y evaluación empleados, la documentación pertinente³⁴, así como la publicidad de la convocatoria y los resultados generados por el proceso de selección; acceso que le corresponde a los postores y a la ciudadanía en general. De hecho, este último concepto forma parte propiamente del principio de publicidad, el mismo que, insistimos, no posee autonomía.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia que hemos comentado de manera reiterada, que el principio de transparencia estará garantizado cuando haya publicidad en la convocatoria, en el adecuado control de calidad en los productos a adquirir, en los resultados de la evaluación de propuestas, y en el manejo de los recursos destinados a la compra en general³⁵.

La importancia del principio de transparencia

El principio de transparencia permite que las decisiones que se tomen al interior del proceso de selección sean realmente objetivas, funcionando como un mecanismo para que los postores, directos interesados en el resultado del proceso de selección se conviertan en sus principales fiscalizadores, mostrando una mayor eficiencia que otros controles administrativos, que en gran medida funcionan de manera deficitaria.

La transparencia y el acceso a la información son poderosos mecanismos de control respecto a las entidades, que las obliga a actuar conforme a derecho al encontrarse sometidas en todo momento al escrutinio público, constituyendo además una modalidad de participación ciudadana³⁶. A ello

33 Decreto Supremo N° 083-2004-PCM:

Artículo 106°.- Convocatoria a Adjudicación de Menor Cuantía

La convocatoria se realiza mediante invitación que puede ser a uno o más proveedores, según corresponda en atención a la oportunidad, al monto, y a la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación.

La convocatoria de los procesos de selección para la adquisición de bienes o contratación de servicios, cuyos valores referenciales sean iguales o superiores a cuatro Unidades Impositivas Tributarias (4 UIT), y para la contratación de la ejecución de obras cuyos valores referenciales sean iguales o mayores a diez Unidades Impositivas Tributarias (10 UIT) se notificarán a la Comisión de Promoción de la Pequeña y Micro Empresa—PROMPYME siempre que el objeto del proceso corresponda a sectores económicos donde exista oferta competitiva por parte de las MYPES, los cuales se establecerán mediante Decreto Supremo de acuerdo a lo establecido en el Artículo 18° de la Ley.

34 Sobre el particular: MORAGA KLENNER, Claudio. "Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación". En: *Contratos administrativos, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: UNAM, 2007, p. 252.

35 STC N° 0020-2003-AI, fundamento N° 13.

36 JEGOUZO, Ives. "El derecho a la transparencia administrativa: el acceso de los administrados a los documentos administrativos". En: *Documentación Administrativa*, N.° 239. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública, 1994, p. 11 y ss. Para el caso portugués: CUETO PEREZ, Miriam. "Los derechos de los ciudadanos en el código de procedimiento administrativo portugués". En: *Revista de Administración Pública*, N.° 140. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1996, p. 362.

debemos agregar que el acceso a la información pública es un derecho fundamental, conforme lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 2° de la Constitución³⁷.

Asimismo, el principio de transparencia implica que es necesario que el comité especial resuelva sobre la base de parámetros adecuados. En este punto, las bases cumplen un rol fundamental, al regular la realización del proceso de selección y precisar cuáles son los mecanismos que el comité debe emplear para calificar y evaluar a los postores. Caso contrario, la decisión podría ser arbitraria. A ello debemos agregar que en el caso de las adjudicaciones de menor cuantía la constitución de comité especial es facultativa³⁸, lo cual incrementa la necesidad del establecimiento de mecanismos de transparencia administrativa en este ámbito.

Sin embargo, la Ley ha desperdiciado una buena oportunidad para aplicar este principio en su real dimensión y no limitarlo al proceso de selección sino dirigirlo además a la etapa de ejecución contractual dentro de la cual los contratistas deberán también tener acceso a toda la información disponible y donde las decisiones también debe ser tomadas sobre de manera objetiva y sustentada.

X. PRINCIPIO DE ECONOMÍA

Este principio preceptúa que en toda contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar exigencias y formalidades costosas e innecesarias en las Bases y en los contratos. En este caso la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo.

El principio de economía debe analizarse desde dos ámbitos, conforme a su redacción. Uno primero, respecto a la entidad, a fin de que la misma no incurra en costos de organización indebidos, de tal manera que los mismos sean el resultado de un

«La aplicación de mecanismos de control dirigidos a asegurar los elementos consignados en este principio de manera particularmente intensa puede llevarnos a niveles altos de rigidez, la cual impide contratar adecuadamente»

adecuado análisis de los beneficios obtenidos por la regulación empleada, así como por las decisiones tomadas. Lo que ocurre es que, la existencia de controles excesivos genera costos inmediatos en contra de las entidades, no sólo porque eleva los referidos costos de organización, sino además porque genera incentivos negativos respecto a los particulares a fin de que los mismos participen de los procesos de selección, o una vez contratados, cumplan eficientemente con la prestación a su cargo.

Asimismo, el principio de economía implica que el uso de los recursos públicos se realice de tal manera que se obtenga el mayor provecho de los mismos, gastando únicamente lo necesario. Ello no sólo implica incrementar la calidad del gasto, sino además emplear mecanismos como las asociaciones público-privadas a fin de financiar la inversión en infraestructura de manera conjunta con las empresas privadas, lo cual permite no sólo obtener el financiamiento requerido sino además mejorar la calidad de la misma³⁹.

El ámbito de los particulares

Pero hay un segundo ámbito, que es el que se encuentra dirigido a los administrados, sean participantes, postores o contratistas. Los procesos de selección pueden resultar siendo muy costosos para los que participan en ellos – participantes y

37 Constitución de 1993:

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.(...)

38 Decreto Legislativo N° 1017:

Artículo 24°.- Del Comité Especial

En las licitaciones públicas y concursos públicos, la Entidad designará a un Comité Especial que deberá conducir el proceso.

Para las adjudicaciones directas, el Reglamento establecerá las reglas para la designación y conformación de Comités Especiales Permanentes o el nombramiento de un Comité Especial ad hoc.

El órgano encargado de las contrataciones tendrá a su cargo la realización de los procesos de adjudicación de menor cuantía. En estos casos el Titular de la Entidad podrá designar a un Comité Especial ad hoc o permanente, cuando lo considere conveniente. (...)

39 Sobre el particular: MOSZORO, Marian y GASIOROWSKI, Paweł. Optimal Capital Structure of Public-Private Partnerships. Washington DC: International Monetary Found, 2008.

postores – si es que se establecen regulaciones que limitan sus decisiones. Es por ello que los procesos de selección se aplican el principio de presunción de veracidad, así como el principio de simplicidad.

El primero de ellos implica, conforme lo dispuesto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, que presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por dicha norma, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman; presunción que admite prueba en contrario. De esta manera, se traslada al administrado la responsabilidad respecto a la verificación previa de la veracidad de la documentación que presenta, se libera a la Administración de una parte sustancial de la carga que genera dicha verificación y a la vez se facilita a los particulares la interacción con la autoridad administrativa⁴⁰. Este principio se manifiesta por ejemplo en la obligación de los postores y contratistas de presentar declaraciones juradas en determinadas circunstancias, así como en la existencia de una causal de declaración unilateral de la nulidad del contrato en caso de violación de este principio.

El principio de simplicidad, a su vez, implica que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; siendo que los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir. Este principio pretende también asegurar la simplificación de los trámites administrativos, a fin de cautelar el derecho de los administrados.

La falta de empleo de estos principios eleva los costos que tienen que asumir los particulares para contratar con las entidades, lo cual a su vez hace más difícil que las mismas puedan contratar eficientemente, impidiendo la adecuada satisfacción de las necesidades públicas, como ya lo hemos señalado. Nuevamente nos encontramos ante la necesidad de graduar los mecanismos que el sistema de contratación administrativa emplea para asegurar dicha eficiencia, puesto que, como ya lo hemos señalado, a partir de un nivel determinado de intensidad de los mecanismos de control empleados estos comienzan a volverse ineficaces.

Desafortunadamente, las normas en materia de contratación administrativa no muestran de manera coherente el cumplimiento del principio que estamos describiendo. En la Ley y en especial en el Reglamento se encuentran disposiciones que complican los procedimientos cuando más bien debía entenderse que la intención era flexibilizar los mismos, como se deduce del Acuerdo de Promoción Comercial celebrado con los Estados Unidos.

XI. Principio de vigencia tecnológica

Este principio implica que los bienes, servicios o la ejecución de obras deben reunir las condiciones de calidad y modernidad tecnológicas necesarias para cumplir con efectividad los fines para los que son requeridos, desde el mismo momento en que son contratados, y por un determinado y previsible tiempo de duración, con posibilidad de adecuarse, integrarse y repotenciarse si fuera el caso, con los avances científicos y tecnológicos. En este caso, y tal como ha ocurrido con varios de los principios establecidos, la redacción también es equivalente a la contenida en el TUO, respecto del cual no existe tampoco mayor desarrollo.

Este principio permite asegurar que el objeto contractual no incurra en una situación de obsolescencia por el paso del tiempo, permitiendo que los avances de la técnica – que son cada vez más vertiginosos - no perjudiquen la ejecución contractual. Esto se muestra por ejemplo en los bienes informáticos, sea hardware, sea software, los mismos que evolucionan con especial rapidez. Otro caso es de las obras, que deben permitir que lo construido se encuentre conforme con el estado de la técnica.

XII. PRINCIPIO DE TRATO JUSTO E IGUALITARIO

Por este principio, todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas. En este caso la redacción es muy similar a la contenida en el TUO, no existiendo sin embargo referencia a las excepciones al principio, que no se encuentra en la redacción actual, y que consideramos que limita la posibilidad de establecer preferencias, por lo menos a través de reglamentos.

Este principio, que no debe confundirse con el de imparcialidad, tiene por finalidad asegurar que no existan privilegios a favor de determinados postores, de tal manera que los mismos puedan participar en el proceso de selección en igualdad de condiciones⁴¹, razón por la cual podemos válidamente considerarlo incorporado en el principio de libre competencia. No obstante ello, se le ha tratado siempre como un principio independiente.

«Todos estos principios
tienen como base al
concepto de eficiencia»

40 INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. La Simplificación Administrativa. Primer paso hacia la desburocratización. Lima: ILD, 1990, p. 34.

41 Sobre el particular: COMADIRA, Julio Rodolfo – Op. cit., p. 44 y ss.

Las excepciones al principio, la existencia de preferencias

Sin embargo, este principio siempre ha mostrado interesantes excepciones, algunas bastante discutibles. Una de ellas se refiere a las Leyes N° 27143 y N° 27633, las mismas que otorgaban un trato preferente a los bienes y servicios generados dentro del territorio nacional. La primera de las normas antes citadas establecía que, para la aplicación del artículo 31° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en los procesos de adquisición de bienes y para efectos del otorgamiento de la buena pro, se agregará un 10% adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica obtenida por las posturas de bienes elaborados dentro del territorio nacional. A su vez, la Ley N.° 27633 modifica esta norma, estableciendo que dicho porcentaje es del 20% y agregando los servicios que sean prestados dentro del territorio nacional.

Es preciso señalar que, esta disposición carece de razonabilidad y de proporcionalidad, no obstante el análisis incorrecto que sobre este asunto realizó en su momento el Tribunal Constitucional⁴². Es preciso indicar que el Tribunal realizó un análisis incompleto de las normas en cuestión, el mismo que debió incluir el análisis de los criterios de idoneidad, necesidad y ponderación⁴³, contenidos en reiterada jurisprudencia posterior de dicho organismo. A ello debemos agregar que las disposiciones antes referidas vulneran lo dispuesto por el artículo 63° de la norma constitucional, el mismo que garantiza la igualdad de trato respecto de los inversionistas al margen de su procedencia.

Asimismo, el artículo 71° del Reglamento de la Ley, en su párrafo final, dispone que en el caso de la contratación de obras y servicios que se ejecuten o presten fuera de la provincia de Lima y Callao, cuyos montos correspondan a Adjudicación Directa Selectiva o Adjudicación de Menor Cuantía, a solicitud del postor se asignará una bonificación equivalente al diez por ciento (10%) sobre la sumatoria de las propuestas técnica y económica de los postores con domicilio en la provincia donde se ejecutará la obra o se prestará el servicio objeto del proceso de selección o en las provincias colindantes, sean o no pertenecientes al mismo departamento o región.

Esta disposición no es ninguna novedad, puesto que ya se encontraba contenida en el artículo 131° del reglamento derogado. Este mecanismo tiene por

evidente finalidad fomentar el desarrollo de las actividades que se generan en las zonas cercanas de aquella en la cual se ejecutará el contrato, incentivando el funcionamiento de empresas en el interior⁴⁴. Pero ello evidentemente implica un trato diferenciado, cuya razonabilidad y proporcionalidad no quedan claras, a la vez que podría considerarse válidamente que esta disposición contradice lo establecido por la Ley en la materia, al haberse eliminado la posibilidad de excepciones al principio de trato justo e igualitario.

XIII. PRINCIPIO DE EQUIDAD

Este principio preceptúa que las prestaciones y derechos de las partes deberán guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. Esta es una novedad de la Ley, puesto que este principio no se encontraba registrado en el TUO, no obstante que el mismo se encuentra implícito en la naturaleza de la contratación administrativa tal como se entiende en la actualidad.

Lo que ocurre es que hoy en día no puede seguirse manteniendo de manera rigurosa el concepto de régimen exorbitante tradicionalmente empleado para la contratación administrativa⁴⁵. A su vez, la existencia de determinadas prerrogativas a favor de la Administración no puede afectar el beneficio esperable del contratista, el mismo que debería obtener por lo menos similares beneficios a los que obtendría contratando con sujetos provenientes de la actividad privada.

Sin embargo, la Administración Pública sigue manteniendo determinadas prerrogativas que generan una evidente preponderancia sobre el contratista⁴⁶, debiéndose establecer mecanismos eficaces a través de los cuales el particular pueda defenderse de un ejercicio arbitrario de las mismas, los cuales se centran particularmente en el arbitraje. En primer lugar, tenemos el uso del llamado *ius variandi*, que es la facultad por la cual la entidad puede modificar unilateralmente términos contractuales. Sin embargo, esta prerrogativa se encuentra limitada al establecimiento de adicionales y reducciones, cuyos límites han variado en la Ley respecto al TUO.

Otra prerrogativa es la referida a la existencia de un mecanismo denominado intervención económica en

42 STC N° 018-2003-AI/TC, de fecha 26 de abril de 2004.

43 ALEXY, Robert. "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional" En: Derecho y Razón Práctica. México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 10.

44 Sobre el particular: MARTINEZ ZAMORA, Marco Antonio. "Las normas de preferencia en el régimen de contratación administrativa". En: Actualidad Jurídica Tomo 146. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 160.

45 MARTIN TIRADO, Richard - "La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública". En: Actualidad Jurídica Tomo 143. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 164.

46 Sobre el particular: DANOS ORDOÑEZ, Jorge - Op. cit., p. 36-37.

el contexto de los contratos de obra en supuestos de caso fortuito, fuerza mayor o por incumplimiento de las estipulaciones contractuales que a juicio de la entidad no permitan la terminación de los trabajos⁴⁷. La norma establece que la intervención económica de la obra es una medida que se adopta por consideraciones de orden técnico y económico con la finalidad de culminar la ejecución de los trabajos, sin tener que resolver el contrato, con los evidentes perjuicios que esto generaría para ambas partes y para el interés general⁴⁸.

Asimismo, dentro de estas prerrogativas debemos incluir la potestad asignada al Tribunal de Contrataciones para determinar infracciones y aplicar sanciones a los particulares que participan del sistema, sean proveedores, participantes, postores – adjudicados o no - o contratistas. Dicha sanción consiste en la inhabilitación, por la cual el particular se encuentra impedido de contratar con el Estado durante un plazo determinado, pudiendo eventualmente se inhabilitado de manera permanente.

XIV. PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL

En toda contratación se aplicarán criterios para garantizar la sostenibilidad ambiental, procurando evitar impactos ambientales negativos en concordancia con las normas de la materia. Esta es otra novedad de la Ley, incorporada a fin de adecuar la contratación administrativa a parámetros provenientes de la normativa en materia ambiental.

Aparentemente este principio podría parecer innecesario, pues debe suponerse que toda actividad, incluso las que son contratadas por el Estado, debe evitar impactos negativos y para ello existen los estudios de impacto ambiental. Este principio sin embargo obliga a las entidades a incorporar en su normativa, fundamentalmente en sus bases, parámetros que permitan que la ejecución contractual no genere afectaciones ambientales.


Si bien aparentemente nos encontramos ante un principio autónomo, el mismo es también resulta-

do de la aplicación del principio de eficiencia en la contratación administrativa. El daño ambiental constituye una externalidad negativa⁴⁹, la misma que genera desperdicio de recursos, lo cual afecta directamente a la eficiencia de la contratación administrativa. Ello genera en el mediano plazo una mayor calidad de gasto y una calidad de vida más apropiada para colectividad⁵⁰.

Ello implica entonces incorporar criterios de sostenibilidad ambiental a las bases de los procesos de selección, permitiendo otorgar mayores puntajes a quienes ejecuten los contratos con el menor impacto ambiental, sin que ello implique dirigir la contratación hacia marcas o modelos específicos, lo cual evidentemente se encuentra proscrito por la normativa contractual.

XV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En la mayoría de los casos, nos encontramos ante la incorporación de ciertos principios que pueden considerarse pertinentes por parte del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado; así como la ampliación y aclaración de algunos otros, lo cual ha sido necesario a fin de que los mismos puedan emplearse adecuadamente en la regulación eficaz del proceso de contratación administrativa. A lo que debemos agregar que todos estos principios tienen como base al concepto de eficiencia, que se encuentra definido no sólo en el artículo 4° de la Ley, sino además en el artículo 2° de la citada norma.

Sin embargo, resulta necesario que dichos principios aplicables a la contratación administrativa sean aplicados de manera efectiva. Es cierto que varios de ellos tienen su correlato en múltiples disposiciones de la Ley y de su Reglamento, pero también ocurre que algunos de ellos no son respetados por la normativa, razón por la cual los operadores jurídicos deberán interpretar los mismos conforme a estos principios (en aplicación de una de las finalidades de dichos enunciados) a fin de que el sistema de contratación administrativa pueda funcionar coherentemente. 

47 Artículo 206° del Reglamento de la Ley.

48 DANOS ORDOÑEZ, Jorge – Op. cit., p. 37.

49 Las externalidades constituyen otro mecanismo que distorsiona el funcionamiento del mercado, que consiste en la existencia de efectos no contratados en las transacciones que ocurren en el sistema. En consecuencia, el comportamiento racional de un agente afecta directamente el bienestar de otros agentes en el mercado. Sobre el particular: CASES PALLARES, Lluís. Derecho Administrativo de la defensa de la competencia. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 27. TORRES LOPEZ, Juan - Análisis Económico del Derecho. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1987, pp. 60 y ss.

Existen en consecuencia externalidades negativas como los daños derivados de responsabilidad civil extracontractual o externalidades positivas como los free riders, que se benefician gratuitamente de las transacciones de otros. Ambas requieren ser internalizadas a fin de que el mercado no se vea afectado por una asignación indebida de los recursos. Si esas externalidades afectan a la contratación administrativa nos encontramos ante una asignación indebida de los recursos públicos, que le pertenecen al contribuyente.

50 FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Manuel. "Contratación pública con criterios de sostenibilidad". En: Boletín Económico de ICE N.º 2830. Madrid: Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2005, p. 36.