

Proyecciones para la Función Administrativa y la Administración Pública en el Perú

Ricardo Salazar Chávez*

SUMARIO

1. CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA. 2. CONCEPTO DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA 3. CONCEPTO DE ADMINISTRADO 4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO 5. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEFICIENCIA DE FUENTES 6. COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES 7. LA COMPETENCIA INCLUYE ATRIBUCIONES EXPRESAMENTE SEÑALADAS Y ATRIBUCIONES RAZONABLEMENTE IMPLÍCITAS. 8. DISTINCIÓN ENTRE FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS 9. ALGUNOS ASPECTOS DE LA SITUACIÓN Y PROYECCIONES DE LAS FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS 9.1 REGLAMENTO 9.2 ACTO ADMINISTRATIVO 9.3 ACTOS DE ADMINISTRACIÓN INTERNA 9.4 CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 9.5 HECHOS ADMINISTRATIVOS 10. PARTICIPACIÓN CIUDADANA 11. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO 12. DESCENTRALIZACIÓN

El presente artículo lo dedico a los estudiantes universitarios interesados en el Derecho Administrativo y de modo especial a los miembros del Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica, quienes han tenido la deferencia de invitarme a compartir algunas ideas sobre esta dinámica especialidad de tan amplia cobertura y que, precisamente por ello, merece una evaluación constante con el propósito de anticiparse a los sucesos acelerados del entorno económico, social y político,

nacional e internacional, adecuando – de ser el caso - sus principios y regulaciones a los nuevos contextos, sin perjuicio de reafirmar lo que mantenga su vigencia a pesar de los cambios de circunstancias.

El Derecho Administrativo como disciplina ha desarrollado un cúmulo de conceptos cuya recreación e interconexión en una unidad disciplinaria sistémica es un imperativo de todos quienes tenemos la posibilidad de reflexionar sobre esta rama jurídica, sea partiendo de una perspectiva

* Ex presidente de CONSUCODE. Periodos 2001-2003 y 2004-2006. Catedrático de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad Tecnológica del Perú. Profesor de la Maestría en Gestión Pública de la Universidad Particular San Martín de Porres y la Universidad Nacional de Ingeniería. Profesor de la Escuela Superior de Administración de Negocios (ESAN). Actual Gerente Central de Desarrollo de la Contraloría General de la República.

exclusivamente académica o impulsados desde la práctica cotidiana como administrados o administradores. Si consideramos que cada país debe efectuar algunas opciones sobre el contenido de tales conceptos, resulta relevante expresarlas por cuanto se convierten en referentes para la generación de soluciones a los retos que exigen la aplicación del ordenamiento de Derecho Administrativo.

En este artículo compartiré algunas conclusiones a las que he llegado sobre la manera de entender determinados conceptos esenciales y que pueden coadyuvar al propósito de arribar a un lenguaje común, siempre sujeto a evolución, pero absolutamente necesario para la comprensión mutua entre especialistas y entre aplicadores del Derecho Administrativo en nuestro país y a nivel internacional. Asimismo, presento la situación en que, a mi criterio, se encuentran determinadas categorías o temas de relevancia para esta disciplina, con indicación de algunas tareas que debemos abordar. Las presento con la humildad y sinceridad propias de quien pretende aportar ideas para el diálogo y a sabiendas que no necesariamente satisfará a todos, pero que, confío, motivarán a una reflexión sobre la necesidad de abordar un tema relevante por cuanto está vinculado a las bases mismas del orden jurídico administrativo que generamos y adoptamos para nuestra sociedad. En este punto quisiera expresar mi homenaje a todos los profesionales y personas que durante décadas han reflexionado y escrito sobre los temas de Derecho Administrativo en el Perú, sea como consecuencia de su práctica o de su vocación académica y de investigación, así como expresar mi

reconocimiento a los actuales colegas que desarrollan la especialidad en el plano teórico y práctico, recomendando a los futuros profesionales que desde hoy se interesan por esta rama del Derecho, continuar con esta tarea cuya finalidad última es aportar positivamente en la calidad de vida de nuestra sociedad a través de la concreción de los fines del Poder.

El Derecho Administrativo como conjunto de principios y normas va desarrollándose con diferentes ritmos pretendiendo acompañar con oportunidad y suficiencia el derrotero de los retos que se le presentan, aunque ello no siempre ocurre a plenitud. Por ello, además de mostrar determinados avances de nuestro orden administrativo que se convierten en referentes para impulsar la modernización de nuestro Derecho Administrativo, también abordaré algunas ideas con el propósito de fijar con mayor claridad el impacto real de determinadas críticas infundadas sobre la relación entre propósitos declarados y régimen jurídico administrativo que lo sustenta, así como entre las prácticas reales del ejercicio del Poder y el modelo establecido en las normas jurídicas administrativas.

La Administración Pública, los administrados y, consecuentemente el Derecho Administrativo, se manifiestan dentro de un marco que incluye a un conjunto de factores y actores cuya interrelación condiciona o influye en el contenido de las múltiples relaciones de relevancia jurídico administrativa que se establecen entre todos ellos. En tal sentido, es preciso identificar y considerar a tales factores y actores cuando se pretende construir un régimen jurídico administra-

tivo que brinde principios, soluciones y vías exitosas para que la función Administrativa del Poder cumpla su propósito central como es el de coadyuvar a que la Sociedad concrete acciones para hacer realidad los valores y metas programáticas que justifican la existencia de ésta, con miras a lograr la realización individual y colectiva de sus integrantes.

Abordaremos el tema sobre la base de una estructura que incluya aspectos conceptuales y aspectos prácticos. Esperando que sea de utilidad lo manifestado en el presente artículo, procedo a compartir algunas ideas.

1. CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

En cuanto al concepto de Administración Pública consideramos conveniente que se haya incorporado en nuestro ordenamiento administrativo general la noción de Administración Pública que considera como integrantes de ésta a organismos, órganos y personas-órgano estatales y no estatales que ejercen la función administrativa del Poder. En efecto, la **Ley del Procedimiento Administrativo General**, en su artículo I del Título Preliminar incorpora los elementos esenciales del concepto, a saber, que la Administración Pública la conforman entidades estatales y no estatales que ejercen la función Administrativa. Sería conveniente, sin embargo, que se incluya la precisión de que el concepto de entidad de la Administración Pública tenga como manifestación específica posible la de organismo (caracterizado por ser una unidad que goza de personalidad jurídica), órgano (cuya característica es ser un componente del organismo y no goza de

personalidad jurídica por cuanto su existencia la debe al organismo del cual forma parte) o persona-órgano (caracterizado por ser una persona natural investida de una cuota de Función Administrativa, estando incorporada, en algunos casos a un organismo y/u órgano y en otros casos sin incorporación a alguna de las otras categorías señaladas). Dicha precisión tendría la ventaja de simplificar las categorías de entidades, de modo que, cualquiera fuere la modificación de las categorías específicas de entidades que suelen producirse en los procesos de modernización o reforma de la Administración Pública, no acarrearía confusión sobre determinadas consecuencias jurídicas que ésta implica en cuanto a la naturaleza de la entidad o acerca de su pertenencia a la Administración Pública.

Asimismo, ha quedado precisado en nuestra legislación administrativa general que Administración Pública no es sinónimo de Estado, por cuanto, en primer término, dicho concepto no comprende a todo el Estado, sino únicamente a los organismos, órganos y personas-órgano que ejercen Función Administrativa (no todos los órganos de los organismos del Estado ejercen Función Administrativa), y, en segundo término, porque fuera del Estado existen personas naturales y jurídicas que por estar investidas de una cuota de Función Administrativa también forman parte de la Administración Pública.

Lo señalado es un avance importante en nuestro Derecho Administrativo nacional que merece ser continuado mediante la adaptación de nuestra legislación y reglamentación administrativa especial, de modo que logremos una

coherencia general respecto de este concepto ya presente en nuestras normas administrativas establecidas.

2. CONCEPTO DE AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Vinculado al Concepto de Administración Pública se encuentra el concepto de autoridad administrativa. Una de las precisiones que se debía realizar es si para los efectos de procedimientos de naturaleza administrativa, el concepto de autoridad administrativa únicamente comprende a las personas-órgano de la Administración Pública que ejerciendo facultad de decisión y dirección final participan en un procedimiento de naturaleza administrativa o si se incluye dentro de este concepto a toda persona-órgano que ejerciendo su respectiva cuota de Función Administrativa participa dentro de un procedimiento de naturaleza administrativa cumpliendo cualquier rol. Es este último concepto el asumido por la **Ley del Procedimiento Administrativo General**, lo cual tiene como uno de sus impactos favorables al administrado que el campo de la responsabilidad de la Administración Pública se amplía cuando ésta conduce un procedimiento de naturaleza administrativa a través de sus organismos, órganos o personas-órgano. Cabe precisar que entre organismo, órgano y persona-órgano existe una relación de identidad, de modo que lo que realiza la persona-órgano lo está realizando el órgano y en ambos casos lo está efectuando el organismo.

3. CONCEPTO DE ADMINISTRADO

Respecto del concepto de Administrado, nuestro orden normativo

general ha precisado que comprende a toda persona natural o jurídica, pertenezca o no al Estado y que se vincula con una entidad de la Administración Pública dentro de una relación regida por el Derecho Administrativo. Ello ha cerrado una discusión que se tenía en el sentido de si el concepto de Administrado únicamente comprendía a personas naturales o jurídicas privadas, habiéndose corregido las normas preexistentes y precisado indubitablemente que también están comprendidas otras entidades del Estado cuanto ejercen el rol de administrado; tal el caso de la relación jurídica administrativa surgida con motivo de una solicitud presentada por una empresa del Estado ante una municipalidad a fin de que ésta le otorgue una licencia de funcionamiento.

4. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una decisión muy razonable ha sido la de señalar expresamente los Principios del Procedimiento Administrativo, los cuales también pueden ser aplicables a otros tipos de procedimiento de naturaleza administrativa en lo que corresponda.

Uno de los comentarios fue que no era conveniente consignar expresamente los principios y que menos conveniente aún era señalar su contenido, argumentando que en general a los principios del Derecho se los considera existentes sin necesidad de mencionarlos o, si se los mencionase, no se debería consignar el contenido de los mismos, debido a la evolución que pueden tener en el tiempo, hecho éste que los desactualizaría, pudiéndose convertir, incluso, en riesgosos

conceptos pétreos.

Ante los argumentos señalados se tomó en cuenta que en el ordenamiento jurídico peruano históricamente no ha habido norma constitucional que fije los principios de la Función Administrativa, ni suficientes normas legislativas o reglamentarias que fijen con claridad el contenido de los principios de la Función Administrativa que en algunos cuerpos normativos se mencionaron; tomándose en cuenta, además, que en el ámbito doctrinario se han recibido nociones de diferentes fuentes y procedencias; todo lo cual había generado una gran dispersión e incluso confusiones en cuanto a los principios aplicables a la Función Administrativa, a tal punto que en numerosas ocasiones se ha discutido profusamente sobre la forzada aplicación de determinados principios de la Función Jurisdiccional a la Función Administrativa (tal el caso del Principio de la doble instancia) o la negativa de aplicar determinados principios de aquella función en ésta última (como ha sucedido en el caso de la persistente negativa de aceptar en el ámbito administrativo el Principio de la inaplicación de normas de menor rango transgresoras de otras de mayor rango). Esas fueron algunas de las razones principales por las que se argumentó a favor de incorporar en la normativa general de los Procedimientos Administrativos tanto la mención como el contenido de los principios del Procedimiento Administrativo, pero con una fórmula permeable a la aplicación de otros principios existentes aun cuando no estén expresamente mencionados o desarrollados. Y es esto lo que refleja la Ley N° 27444.

Pesó en la fundamentación para

optar por la solución mencionada la proyección acerca del avance que ello significaba en nuestro ordenamiento jurídico administrativo nacional, pues, se tendría un referente inequívoco acerca de la manera de entender determinados conceptos indispensables para acciones como la creación de normas positivas, la interpretación de las normas al enfrentar situaciones concretas y para el llenado de vacíos normativos. Como se señaló, la fórmula permite la aplicación de otros principios existentes no escritos del Derecho Administrativo y del Derecho Público en general, pero fija un referente que resolvió numerosas discusiones que durante décadas dividió opiniones y pronunciamientos. Se fue y se es conciente que periódicamente debe revisarse el contenido de los principios expresados en la normativa positiva a la luz de las experiencias de su aplicación y de la evolución del contexto, pero fue una decisión estratégica pertinente incluirlos con miras a lograr una mayor calidad en nuestro orden jurídico administrativo. La utilidad de dicha decisión es ampliamente justificada por la práctica durante los casi seis años de vigencia de la Ley N° 27444.

En este punto hay señalar que queda como tarea pendiente continuar con el esfuerzo - actualmente suspendido - de incorporar en la Constitución Política normas especiales que consagren a nivel constitucional determinados principios de la Función Administrativa, de modo que queden fijados los contenidos esenciales de las reglas que inspiren la naturaleza y organización de las distintas manifestaciones de dicha función del Poder y de las figuras jurídicas que rigen nuestro Derecho Administrativo.

También, constituye tarea pendiente el entrenamiento constante a los operadores del Derecho Administrativo en el tema de los principios de dicha rama, con el propósito de ir modificando su cultura jurídica mediante el aprovechamiento de tan importante instrumento para su labor.

5. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEFICIENCIA DE FUENTES

Aun cuando el desarrollo normativo expreso se ha realizado en la Ley N° 27444 referida a procedimientos administrativos, en nuestro orden jurídico administrativo se distingue una organización de las fuentes del Derecho Administrativo y la correspondiente solución en caso de vacío. En efecto, se declara que el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho, confiriéndole, por lo tanto, ámbito propio con instituciones jurídicas propias.

Al señalarse las fuentes se mencionan las normas de rango constitucional, así como tratados y convenios internacionales incorporados a nuestro ordenamiento; todo tipo de normas con naturaleza y rango de ley; todo tipo de normas con naturaleza y rango reglamentario; la jurisprudencia (es decir, pronunciamientos de esta naturaleza provenientes del ejercicio de Función Jurisdiccional) y los precedentes administrativos (pronunciamientos que llenan vacíos estableciendo criterios aplicables a otros casos iguales, implicando tales pronunciamientos el ejercicio de Función Administrativa); pronunciamientos vinculantes expresamente facultadas

para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, con el requisito de que sean debidamente difundidas; y los principios generales del Derecho Administrativo.

Una precisión muy trascendente es que ante la deficiencia de las fuentes, se deberá recurrir al Derecho Público en general y solo en su defecto, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con la naturaleza y finalidad del Derecho Administrativo. Es decir, al recurrir a otros ordenamientos, se extraerá de ellos los criterios que sean necesarios, pero deberán pasar por un tamiz que permita la compatibilización del criterio extrapolado con los principios esenciales de la Función Administrativa y de la figura jurídica administrativa específica que es objeto de complementación.

Constituye una tarea importante el entrenamiento en la aplicación de las fuentes del Derecho Administrativo, especialmente en temas como los procedimientos administrativos y la contratación pública, acerca de los cuales es frecuente aún constatar que, ante carencia de norma expresa, se recurre directamente a la aplicación supletoria del Código Procesal Civil o del Código Civil, respectivamente, sin previamente haber agotado la precedencia de fuentes y casi siempre sin efectuar el tamiz de compatibilidad. Caso especial constituye el Procedimiento Administrativo Sancionador, respecto del cual históricamente, ante vacío normativo expreso, se recurría incluso a las normas del Código Civil sobre Responsabilidad Civil Extracontractual, no obstante, su real proximidad al Derecho

Penal en caso de que el ordenamiento jurídico administrativo presente vacío, dada la identidad de naturaleza entre delito, falta penal e infracción administrativa (las tres implican actos u omisiones transgresores del orden jurídico que afectan bienes jurídicos protegidos y que merecen la respuesta intensa del Poder, con la peculiaridad de que en el caso de los delitos y las faltas penales tal respuesta se realiza ejerciendo la Función Jurisdiccional del Poder, mientras que en el caso de las infracciones administrativas la respuesta se efectúa ejerciendo la Función Administrativa del Poder).

6. COMPETENCIA Y ATRIBUCIONES

Otra opción relevante en nuestro orden normativo administrativo general es la de fijar los conceptos de competencia y atribuciones. Competencia es la cuota total de Función Administrativa asignada a un organismo, órgano o persona-órgano de la Administración Pública; de allí que su expresión sea en singular (Competencia), pues existe una sola asignación total de cuota de Función Administrativa por cada entidad (organismo, órgano o persona-órgano) de la Administración Pública. En cambio, atribución es cada una de las facultades específicas que puede ejercer el organismo, órgano o persona-órgano al manifestar su competencia; debiendo resaltar que con cada atribución la entidad puede realizar un único acto específico en el cada cual está presente y manifestada la cuota de Función Administrativa que se le ha otorgado (es decir, la Competencia). De allí que la regla en nuestro orden jurídico administrativo general sea que la Competencia está compuesta por un conjunto de atribuciones. En ese sentido,

es necesario cambiar la práctica de utilizar la palabra **competencias** para referirse a lo que correctamente debe corresponder la palabra **atribuciones** y que ocurre cuando queremos referirnos a cada una a las facultades que específicamente se puede ejercer al activar la competencia.

La competencia es una cuota de Poder, específicamente una cuota de Función Administrativa del Poder, que se delimita siempre sobre la base de los criterios de materia, territorio y tiempo, aunque en determinados casos, además de los señalados, por los criterios de grado y/o cuantía. Pero tal delimitación siempre desemboca en la especificación de las atribuciones.

Un componente que no ha sido desarrollado normativamente, pero que sería conveniente considerar dentro del concepto de Competencia Administrativa, es el de Función. Al respecto, consideramos que cada Función se estructura sobre la base de los roles asignados a la entidad de la Administración Pública; de modo que si, por ejemplo, una entidad tiene dos roles consistentes en administrar tributos e inspeccionar actividades privadas en materia vial local, dentro de cada uno de dichos roles se pueden especificar – de manera expresa o razonablemente implícita – un conjunto de atribuciones. Con ello tendríamos que al definir la Competencia de la entidad de la Administración Pública de nuestro ejemplo, se debe señalar que dicha Competencia (cuota total de Función Administrativa del Poder asignada a la entidad) está compuesta por dos funciones, cada una de las cuales, a su vez, está integrada por un conjunto de atribuciones.

7. LA COMPETENCIA INCLUYE ATRIBUCIONES EXPRESAMENTE SEÑALADAS Y ATRIBUCIONES RAZONABLEMENTE IMPLÍCITAS.

Históricamente tomó mucha fuerza la idea de que la Competencia de cada entidad administrativa está compuesta exclusivamente por las atribuciones expresamente señaladas en las normas jurídicas, entendiendo así también el Principio de Legalidad (o previsión normativa). Sin embargo, tal idea nunca fue acorde con lo que en la realidad prevén la mayor parte de nuestras normas sobre asignación de competencia, ni con la práctica real de la aplicación de la normativa administrativa. En efecto, no es ajeno a nadie que dentro de las normas de organización de casi todas las entidades de la Administración Pública, en la relación de atribuciones que se les asignan, se establezca una última expresión bajo la fórmula **las demás que se deriven de sus funciones, o las demás que correspondan a su naturaleza, o las demás que se deriven de las atribuciones expresamente señaladas en esta norma u otra fórmula similar**. Esto pone de manifiesto que nuestro orden normativo realmente se sustenta en el criterio de que la Competencia de una entidad administrativa está compuesta por atribuciones expresamente señaladas y por otras razonablemente implícitas que se derivan de aquéllas o de la naturaleza o rol de la entidad.

Al respecto, es necesario señalar que existe un principio administrativo conforme con el cual, cuando se asigna una atribución expresamente a una entidad, también se le están asignando de manera implícita todas

aquella atribuciones que hacen posible el ejercicio de la atribución expresamente señalada, salvo que una norma expresa niegue esa posibilidad. Asimismo, sobre la base del (los) propósito (s) o rol (es) asignado (s) expresamente a una entidad, se puede inferir o deducir lógicamente y razonadamente un conjunto de atribuciones implícitas que permiten el cumplimiento de tal (es) propósito (s) o rol (es), salvo, también en este caso, una norma expresamente niegue esa posibilidad.

Con lo señalado no se postula que en el ámbito administrativo sea aplicable el concepto de Capacidad Civil que reza **nadie está obligado a hacer lo que la norma jurídica no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe**, pero tampoco se acepta que el concepto de Competencia Administrativa implique que las entidades pueden realizar exclusivamente las atribuciones señaladas expresamente en las normas jurídicas. En realidad, tomando en consideración la realidad arriba señalada, el concepto de Competencia Administrativa implica que **“la entidad de la Administración Pública solo puede ejercer las atribuciones expresamente señaladas en las normas jurídicas, así como las atribuciones razonablemente implícitas que se derivan lógicamente de las atribuciones expresamente señaladas y de los roles asignados a dicha entidad”**. Cabe precisar que el concepto de entidad incluye las categorías de organismo, órgano o persona-órgano; por lo que el concepto de Competencia señalado es aplicable por igual a cada una de dichas categorías.

Es una tarea muy actual reforzar el criterio señalado, por cuanto fijará una

precisión de concepto muy necesaria, respaldada por normas positivas de Derecho Administrativo que exhiben permanentemente la presencia de tal concepto, pero que curiosamente no era visto por numerosos aplicadores o estudiosos del orden normativo administrativo en nuestro país.

8. DISTINCIÓN ENTRE FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS

Un adelanto significativo en nuestra normativa general es la distinción realizada entre las diferentes formas jurídicas administrativas, que son: reglamento, acto administrativo, actos de administración interna, contrato de la Administración Pública y hecho administrativo (o actuación material administrativa). Esta distinción se realiza de manera indubitable, aunque mediante un tratamiento expreso parcial, al delimitar el concepto de Acto Administrativo que realiza la Ley N° 27444 (artículo 1°, incisos 1.1 y 1.2; así como artículos 5° y 29°).

Como consecuencia de la distinción señalada, en nuestro orden normativo administrativo existen las formas jurídicas administrativas señaladas, a cada una de las cuales le corresponde un concepto específico. Esto lleva a la necesidad de abandonar la práctica histórica de utilizar la misma denominación **Acto Administrativo** para referirse tanto al conjunto total de las formas jurídicas administrativas (que incluye a las figuras específicas denominadas reglamento, acto administrativo, acto de administración interna, contrato de la Administración Pública y hecho administrativo), como para referirse a una de las formas jurídicas administrativas; pues ello acarrea confusión.

En efecto, la práctica histórica señalada implicaba la necesidad de tener que precisar en cada ocasión el sentido amplio o específico con que se estaba utilizando la denominación **Acto Administrativo**; en el primero caso, con la consecuencia de que tanto el reglamento, el acto administrativo (en sentido específico), el acto de administración interna, los contratos de la Administración Pública y los hechos administrativos serían **actos administrativos** y, en el segundo caso, referido exclusivamente a las declaraciones de la Administración Pública de efectos jurídicos individuales o individualizables.

Ello, evidentemente ocasionaba confusiones, razón por la cual, se optó por establecer en el orden normativo general que se reserva la denominación **acto administrativo** exclusivamente a las declaraciones de la Administración Pública que producen efectos jurídicos individuales o individualizables; excluyendo expresamente de los alcances de dicha denominación y concepto a los actos de administración interna (artículo 1°, inciso 1.2, numeral 1.2.1, de la Ley N° 27444) y a los hechos administrativos o actuaciones materiales (artículo 1°, inciso 1.2, numeral 1.2.2 de la Ley N° 27444).

Y, no obstante no estar expresamente señalado, consideramos que debe entenderse que el reglamento y el contrato de la Administración Pública, tampoco están dentro del alcance de dicha denominación y concepto, máxime si se tiene en cuenta que estas dos figuras tienen un claro contenido, muy distinto en sus efectos del que tiene el acto administrativo tal cual está definido por la Ley N° 27444.

En consecuencia, es conveniente sustituir la expresión **Acto Administrativo** en su sentido genérico por el de **Formas Jurídicas Administrativas**, cuando queremos referirnos al conjunto que incluye a todas las manifestaciones de la Función Administrativa, reservando la denominación **Acto Administrativo** (pues, así lo dispone la ley expresamente) a la forma jurídica administrativa específica que consiste en la declaración de la Administración Pública que produce efectos jurídicos individuales o individualizables.

9. ALGUNOS ASPECTOS DE LA SITUACIÓN Y PROYECCIONES DE LAS FORMAS JURÍDICAS ADMINISTRATIVAS

Considerando la evolución en el tratamiento a las formas jurídicas administrativas, condicionada en gran parte por el derrotero no siempre coherente ni de igual ritmo que se produce en los procesos que se proponen el mejoramiento continuo de los diferentes aspectos de la Gestión Pública, presentamos a continuación algunos aspectos relevantes de la situación actual y de la proyección de cada una de tales figuras jurídicas.

9.1 Reglamento

Desde el punto de vista formal es una fuente del Derecho Administrativo y su efecto es incorporar, en el Orden Jurídico, normas jurídicas cuya finalidad es viabilizar mandatos contenidos en normas con naturaleza de ley, así como llenar de contenido a conceptos que las normas con dicha naturaleza expresan de modo genérico.

La producción reglamentaria en todo país es profusa – a lo cual no escapa el Perú – por cuanto es un medio de ejercicio de la Función Administrativa, que concreta normativamente un conjunto de decisiones políticas y de procedimiento directamente vinculadas al devenir de sucesos producidos en la realidad del país y que requieren la emisión de normas con naturaleza reglamentaria.

Se reconoce que existen diferentes tipos de reglamentos en sentido formal (fuente del Derecho Administrativo), según sea la entidad emisora y criterios de competencia como la materia, el territorio, el tiempo y, en determinados casos, la cuantía (no es aplicable el criterio de grado, por ser propio de los procedimientos que dan lugar a actos administrativos). Sin embargo, en todos los casos, tales fuentes formales dan lugar al surgimiento de normas jurídicas que se incorporan al Orden Jurídico, ubicándose – dentro de un criterio jerárquico – en un plano subordinado al plano de las normas con naturaleza y rango de ley y, obviamente también subordinado al plano de las normas de naturaleza y rango constitucional. Tales normas incorporadas son las normas con naturaleza y rango reglamentario (reglamentos en sentido material).

Nuestro orden jurídico administrativo general, al establecer las fuentes del Derecho Administrativo, distingue varias posibilidades de ubicación y amplitud de las normas con rango reglamentario, en unos casos reservando zonas exclusivas y en otros aceptando la derivación de unas normas reglamentarias dentro del marco de otras de igual naturaleza

pero superiores en rango. Esta desagregación es muy útil para comprender con mayor detalle la estructura específica de nuestro ordenamiento jurídico administrativo.

Constituye una tarea inmediata perfeccionar el registro y ordenación de la normativa reglamentaria del país, sobre la base de su acopio y clasificación por criterios como entidades emisoras, materia, ámbito territorial de aplicación, vigencia en el tiempo, nivel jerárquico, entre otros. Al respecto, la utilización de las tecnologías de la información es muy útil para dicho propósito, tal como lo vienen realizando con valioso esfuerzo diversas entidades públicas y empresas privadas, aunque aún de manera aislada; debiendo tenderse a la consolidación de un archivo permanente de libre disponibilidad y acceso para los ciudadanos vía medios electrónicos y mediante publicaciones de manuales actualizables.

Se debe mantener y acrecentar la práctica de crear espacios de coordinación entre entidades públicas cuando se pretende reglamentar sobre temas respecto de los cuales tienen roles afines vinculados. Asimismo, se debe fortalecer la actitud incluyente de fomentar y abrir espacios para la participación de la Sociedad Civil, los agentes económicos privados y públicos, así como otros agentes estatales y no estatales en la configuración de las normas reglamentarias; pues, la práctica demuestra que ello permite conocer aspectos de detalle necesarios a ser considerados en normas que precisamente tienen como uno de sus fines atender factores tanto generales como específicos al concretar los fines del Poder.

9.2 Acto Administrativo

La Ley N° 27444 sobre Procedimiento Administrativo General constituye un especial avance y un hito en el proceso de ordenamiento del régimen sobre los procedimientos administrativos encaminados a la emisión de actos administrativos, pues, integra unitaria y orgánicamente todas las reglas preexistentes sobre la materia que, desde la década de los años 60 se fueron sucediendo en el país (D.S. N° 006-67-SC; Ley de Simplificación Administrativa y su Reglamento; Decreto Legislativo N° 757, Título IV y su Reglamento; Decreto Ley N° 26111 y otras normas adicionales); e incorpora conceptos, figuras jurídicas administrativas y estructuras de procedimiento que, si bien existían en regímenes especiales, no existían en el régimen general de los procedimientos administrativos.

De la mencionada ley destacan algunos temas respecto de los cuales se tomaron opciones de regulación que han conferido un alto grado de consistencia interna a nuestro ordenamiento de procedimientos administrativos. A continuación mencionaremos determinados temas relevantes, de los cuales varios son objeto de desarrollo en otra parte del presente artículo:

- a.- Se establecen principios del Procedimiento Administrativo, señalando su contenido básico, pero dentro de una fórmula abierta que permite la aplicación de otros principios no expresos pero existentes.
- b.- Se precisa el concepto de Administración Pública, compren-

- diendo en éste a todo organismo, órgano o persona-órgano, estatal o no estatal, que ejerce una cuota de función Administrativa del Poder.
- c.- Se establece el concepto de Autoridad Administrativa, comprendiendo en éste a toda persona que participa en un procedimiento administrativo, es decir, no solo a quien ejerce atribuciones de decisión final.
- d.- Se establece el concepto de Administrado, comprendiendo tanto a personas naturales como jurídicas, estatales o no estatales.
- e.- Se define el concepto de Acto Administrativo, para lo cual es necesario concordar los artículo 1°, inciso 1.1, 5°, inciso 5.1 y 29°, de cuya lectura integral se concluye que la noción de Acto Administrativo es la de ser éste una declaración unilateral (con diferente contenido posible) emitida por la Administración Pública y que produce efectos jurídicos individuales o individualizables.

Es necesario resaltar, respecto del concepto de Acto Administrativo asumido por la Ley N° 27444, que el anteproyecto inicialmente consideraba únicamente las declaraciones de voluntad de la Administración Pública; no obstante, la realidad demuestra que no siempre un acto administrativo implica una declaración de voluntad de la Administración Pública, sino que, en numerosos casos declara que ha tomado conocimiento o ha participado en un suceso (tal es el caso de las inscripciones de nacimientos o declaraciones contenidas en actas matrimoniales), así

como casos en que la Administración Pública realiza exclusivamente una declaración de derecho (como en el caso de la declaración de responsabilidad en un procedimiento sancionador); razón por la cual se amplió en contenido del concepto de Acto Administrativo, suprimiéndose del artículo 1°, inciso 1.1, la frase **de voluntad**, quedando exclusivamente la frase **las declaraciones de las entidades**, es decir, abriendo el concepto a diferentes contenidos posibles, lo cual es complementado por lo establecido en el artículo 5°, inciso 5.1 que señala que el objeto o contenido del acto administrativo es **aquello que decide, declara o certifica la autoridad**.

Como se puede apreciar, el concepto de Acto Administrativo en nuestro ordenamiento general tiene precisiones que no se deben ignorar.

- f.- Se adiciona al régimen general de Procedimientos Administrativos, dos estructuras de procedimientos como son las del Procedimiento Trilateral y las del Procedimiento Administrativo Sancionador, de modo que, conjuntamente con el Procedimiento bilateral a solicitud del Administrado, completan las estructuras de referencia de los procedimientos administrativos en nuestro país. Cabe resaltar que en las legislaciones especiales de procedimientos, desde hace muchos años han existido las tres modalidades de procedimientos, pero nuestro régimen general solo había desarrollado el procedimiento bilateral a solicitud del administrado, lo cual era una gran limitación para los casos en que en

defecto de normas en algún régimen especial se debía recurrir al régimen general, pues en muchos casos no había una solución satisfactoria, ocasionando disímiles interpretaciones sobre el régimen supletorio aplicable. Todo ello se ha solucionado satisfactoriamente con la inclusión de los procedimientos trilaterales y procedimientos administrativos sancionadores dentro de la Ley N° 27444.

g.-Se establece expresamente una estructura flexible al Procedimiento Administrativo, lo cual debidamente concordado con los Principios del Procedimiento Administrativo, permite marcar una clara diferencia con el Proceso Judicial. Esto es muy relevante, pues, en la práctica administrativa ha habido una tendencia a **judicializar** los procedimientos administrativos, esto es, a pretender incorporar en el desarrollo y conducción de procedimiento administrativos, categorías y modos de actuación propios de los procesos judiciales. Al respecto, si bien se reconoce determinadas similitudes o figuras absolutamente comunes entre ambas estructuras, era necesario establecer los parámetros del procedimiento administrativo que, sin sacrificar la vocación garantista que lo inspira, sea acorde con la naturaleza y finalidad de la Función Administrativa.

Resalta el artículo III de Título Preliminar cuyo propósito es fijar como criterio esencial de los procedimientos administrativos que se mantenga un adecuado equilibrio entre los intereses colectivos representados por la Administración Pública y los intereses

individuales (normalmente privados) del Administrado. Es decir que, no obstante la comprobación de que la Ley N° 27444 es ampliamente más garantista a favor del administrado que los regímenes generales previos sobre procedimientos administrativos, ello no implica un desequilibrio entre intereses colectivos e individuales, en beneficio de éstos, sino que, tanto los administradores públicos como los administrados que participan en un procedimiento administrativo están en la obligación de interpretar las normas de la Ley N° 27444 con miras a mantener un equilibrio entre los intereses colectivos representados por la Administración Pública o los intereses individuales del Administrado.

Asimismo y de modo especial destaca el artículo 144° de la mencionada Ley, cuya transcripción nos releva de todo comentario adicional para comprender la alta flexibilidad del Procedimiento Administrativo. En efecto, dicho artículo señala que “**Los procedimientos administrativos se desarrollan de oficio, de modo sencillo y eficaz sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas, salvo disposición expresa en contrario de la ley en procedimientos especiales**”. Esta noción se refuerza y equilibra si se concuerda con lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar sobre Principios del Procedimiento Administrativo.

- h.- Se desarrolla un régimen flexible para las actuaciones probatorias, abriendo la probanza a prácticamente todo tipo de medios, lo cual ha abierto el régimen cerrado que establecía el régimen general anterior; lo cual es acorde con principios como el de búsqueda de la Verdad Material.
- i.- Se establece y define el Derecho de Petición Administrativa y sus diferentes modalidades (artículos 106° al 112° de la Ley N° 27444), brindando con ello precisiones muy necesarias para garantizar los derechos de los administrados, de igual manera para comprender con mayor claridad determinados conceptos como el de recursos administrativos, considerados expresamente como modalidades de petición administrativa.
- j.- Se ordenan las reglas de calificación de procedimientos y se desarrollan las reglas del Silencio Administrativo; señalándose los supuestos para la calificación de procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa, fijándose las reglas para que estos segundos sean con aplicación de silencio positivo o silencio negativo.
- El silencio administrativo es reforzado en su condición de medio de protección en favor del administrado; aunque cabe recomendar al respecto como tarea inmediata que se evalúe con detenimiento lo establecido en la Ley N° 29060 que modifica el régimen del Silencio Administrativo pues, no obstante el propósito que tendría de precisar normas sobre responsabilidades de la Administración Pública y referencias a los medios de que pueden valerse los administrados para hacer valer sus derechos (casi todos ellos ya existentes), en varios aspectos distorsiona conceptos de la calificación de procedimientos (tal el caso de utilizar la expresión **aprobación automática** para referirse a caso en que opera el silencio administrativo positivo en un procedimiento de evaluación previa, lo cual puede llevar a confundir este tipo de procedimientos con los procedimientos de aprobación automática).
- k.- Se regulan los Recursos Administrativos con un tratamiento flexible al caso de la Reconsideración en caso de procedimientos de única instancia y con la precisión de excepcionalidad del recurso de Revisión. A esto ya nos hemos referido párrafos arriba.
- l.- Se establece de manera ordenada el régimen de declaración de nulidad de los actos administrativos, distinguiéndose los tres supuestos generales: declaración de nulidad con motivo de la interposición de un recurso administrativo por el administrado (una de cuyas pretensiones puede ser la declaración de nulidad del acto impugnado); declaración de oficio de la nulidad (diferenciándose los casos de órganos en general y de tribunales o consejos regidos por leyes especiales); y nulidad declarada en vía jurisdiccional (vía proceso contencioso administrativo u otra modalidad como vía proceso constitucional de Amparo).
- Al respecto, queda como tarea replantear el tema de los consejos o tribunales regidos por leyes especiales,

pues, no tiene sentido que mientras los órganos en general cuyo pronunciamiento agota la vía administrativa, están facultados para declarar por sí mismo la nulidad de sus propios actos, en el caso de consejos o tribunales regidos por leyes especiales solo pueden acudir al Poder Judicial e interponer acción contencioso administrativa para obtener la declaración de nulidad de sus actos. No existe fundamento razonable para dicha diferenciación, salvo aferrarse a un arcaísmo que considera a la solución un castigo contra la Administración Pública, cuando en la práctica muchas veces el verdadero perjudicado es el administrado.

También, sería conveniente replantear la denominación y terminología aplicables en el tratamiento de esta materia, ya que, no en todos los casos la solución a las situaciones de afectación a los requisitos de validez de los actos administrativos y actuaciones (entendiéndose por éstas cada uno de los componentes de los procedimientos administrativos previos al acto administrativo que es la forma jurídica administrativa con la que concluye el procedimiento) es la declaración de nulidad, pues, nuestro ordenamiento general (Ley N° 27444), a diferencia del régimen anterior que únicamente contemplaba la nulidad de pleno derecho como solución a la invalidez, ha previsto tres soluciones posibles, como son la nulidad de pleno derecho (artículo 10°), la anulabilidad (artículo 12°, inciso 12.1, segunda parte) y la conservación (artículo 14°); razón por la cual, consideramos que la denominación más conveniente debe

ser la de Declaración de Invalidez de Actos Administrativos y Actuaciones, lo cual acogería de mejor manera las soluciones ya incorporadas a nuestro régimen general.

- 1.- Se desarrolla el tema de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública, cuando ésta, al ejercer de manera regular o irregular la Función Administrativa, ocasiona daño al administrado; mediante una fórmula en que se precisan los casos en los que procede tal responsabilidad o en los que no procede. Asimismo, se desarrolla la responsabilidad de las autoridades y personal al servicio de la Administración Pública, consignándose los tipos de responsabilidad aplicables; aunque queda como tarea desarrollar más esta materia, especialmente cuando los casos en que una persona ejerce función administrativa (y por lo tanto pertenece a la Administración Pública), pero sin tener vínculo laboral.

9.3 Actos de Administración Interna

Se entiende como actos de administración al conjunto de decisiones y actuaciones cuyo impacto inmediato es hacia el interior de las entidades de la Administración Pública y que tienen como propósito que dichas entidades alcancen niveles adecuados de eficiencia y eficacia, de modo que estén en condiciones de ejercer apropiadamente su rol.

Los actos de administración interna están agrupados según el criterio de Sistemas Administrativos, cada uno de los cuales cumple finalidades específicas, pero que en conjunto deben expresar un modelo integrado de sistemas y cuya resultante de

actuación debe ser la actuación eficiente y eficaz en todos los aspectos de cada entidad y de la Administración Pública en general.

A continuación mencionaremos algunos de los avances, proyecciones y tareas respecto de los principales sistemas administrativos :

a.- En el Sistema de Planificación se ha producido una evolución positiva durante las últimas tres décadas, no obstante, el retroceso que significó la supresión de la entidad rectora de planificación y que últimamente se estaría reincorporando. Tiene especial relevancia la exigencia creciente de que las entidades de la Administración Pública elaboren criterios de medición de sus actividades; lo cual, sin perjuicio de las flexibilidades y metodologías adecuadas según la naturaleza de las actividades específicas, constituye un instrumento muy poderoso para dar organicidad y coherencia al funcionamiento y prestaciones de la Administración Pública.

Es una tarea importante continuar e impulsar esta tendencia, desarrollando bases de datos integrales de libre acceso sobre lo planes para labores de compatibilización de acciones entre entidades.

b.- En el Sistema de Presupuesto también se han producido desarrollos importantes, destacando la visión actual de impulsar el Presupuesto por Resultados

c.- En cuanto al Sistema de Tesorería y al sistema de Contabilidad, se ha avanzado en lo relacionado con su tecnificación y adecuación progresiva a los cambios

de procedimientos y uso de tecnologías de la información. Dentro de lo pendiente se puede señalar la necesaria compatibilización de estos sistemas con los otros sistemas administrativos, de modo que le logre una mejor coherencia entre los mismos.

d.- En lo referente al Sistema de Abastecimiento, se aprecia una evolución en las técnicas asimiladas a nuestro ordenamiento y prácticas logísticas. Sin embargo, es necesario desarrollar mecanismos para perfeccionar la supervisión y administración de *stocks*, con el propósito de lograr mejores condiciones de orden y transparencia. Sería conveniente evaluar, dentro de ello, la posibilidad de generar un medio informatizado de libre acceso para que toda persona pueda enterarse sobre el destino de los bienes de cada institución.

e.- Respecto del Sistema de Personal, durante los últimos diez años se han producido interesantes esfuerzos por adecuar la normativa para contar con un régimen ordenado e integrado en materia de personal de la Administración Pública y del Estado en general. No obstante, lo que hace falta es la voluntad política efectiva de impulsar de manera definitiva el tema.

9.4 Contratos de la Administración Pública

La Contratación Pública presenta avances significativos que merecen una mención sucinta de las acciones realizadas especialmente en materia de contratos de la Administración Pública sobre bienes, servicios y obras, que es el área en que se

ha apreciado mayor actividad normativa y de implantación de nuevas prácticas.

Sin embargo, antes de proceder a ello, cabe mencionar que dentro de una de las modalidades más relevantes de la contratación administrativa como son la Concesiones, la normativa desarrollada durante los últimos 15 años es bastante profusa, aun cuando es una tarea inmediata y necesaria la de establecer mejores mecanismos de apertura de información a la ciudadanía sobre el desarrollo de los procesos de otorgamiento de concesiones y de responsabilidades de los agentes involucrados como son el Estado, los organismos reguladores, las empresas concesionarias y los usuarios.

En cuanto a los contratos sobre bienes, servicios y obras, desde el año 2001 CONSUCODE hizo una evaluación del Sistema de Contrataciones y consideró necesario elaborar una estrategia cuya aplicación permitiera que el régimen contractual se adaptara al nuevo contexto económico, político y social caracterizado por el acercamiento acelerado de las economías en el mundo (Globalización), la expansión acelerada y abaratamiento de las tecnologías de la información (especialmente la informática, el internet y la telefonía) y la presencia en nuestro régimen legal administrativo de los principios y normas de Simplificación Administrativa (especialmente los principios de presunción de veracidad, fiscalización posterior, desconcentración de procesos decisorios, celeridad, participación ciudadana y economía), que plantearon nuevos retos a la Gestión Pública en su rol promotor, su capacidad de respuesta y el acompañamiento

oportuno a los fenómenos políticos, económicos y sociales que le corresponde.

Por ello es que CONSUCODE elaboró una estrategia que incluya a todos los actores directamente involucrados en la contratación estatal, así como el desarrollo simultáneo de diez líneas de actividad; todo ello con el propósito de lograr un desarrollo integral y equilibrado del régimen contractual en bienes, servicios y obras que sea eficiente y transparente.

Los actores con interés directo en la Contratación Administrativa que se identificaron fueron los siguientes: a) cada entidad contratante, cuyo interés se centra en el cumplimiento de sus respectivas metas públicas; b) el proveedor, cuyo interés principal es acceder en condiciones justas al mercado de la contratación estatal y aprovechar una oportunidad de negocio; c) las entidades estatales responsables de la Modernización de la Gestión Pública, interesadas en definir políticas de contratación estatal que impulsen la eficiencia, eficacia y transparencia en los contratos públicos; d) los gremios y entidades representativas del Sector Privado, cuyo interés se centra en procurar que la contratación estatal también impulse el desarrollo de la actividad privada; e) las entidades estatales de promoción, supervisión y control de la contratación estatal, interesadas en impulsar el mejoramiento constante del régimen y de las prácticas contractuales del Estado, así como en la generación de los contrapesos necesarios a través de las acciones de supervisión y control durante la formación y ejecución de los contratos públicos; f) el destinatario directo de los bienes, servicios

u obras que son objeto de la contratación, cuyo interés central es la satisfacción de sus necesidades; g) la Sociedad en general, cada vez más interesada en que el Estado sea eficiente y transparente; y h) la Comunidad Internacional, que hoy es conciente de que la Contratación Estatal es uno de los temas trascendentes en los procesos de vinculación e integración de las economías, mostrando interés en asegurar reglas equitativas de contratación y condiciones de transparencia.

Considerando los actores señalados y sus respectivos intereses, la estrategia impulsada por CONSUCODE desde el 2001 incluyó las siguientes diez líneas de acción de ejecución simultánea: 1) el desarrollo de la doctrina sobre Contratación Administrativa, considerando la naturaleza especial de la figura contractual administrativa y su condición de instrumento de gestión pública; 2) la vinculación de la demanda del Estado con la oferta de los proveedores, en un ambiente seguro, confiable y transparente; 3) fomentar el trato equitativo a los proveedores para su acceso al mercado de la contratación estatal, fomentando fórmulas de equidad entre proveedores nacionales y extranjeros, entre proveedores privados y estatales, de igual manera entre proveedores grandes, medianos, pequeños y microempresas; 4) impulsar el fortalecimiento y protección del Sistema de Contratación Pública, estableciendo redes, así como compartiendo liderazgo y responsabilidades entre el Estado, las empresas y la Sociedad Civil; 5) impulsar que la contratación pública tenga un solo régimen normativo y de principios; 6) consolidar a la Contratación Pública como instrumento de gestión pública que

acompañe eficientemente las políticas públicas; 7) fomentar la participación de la Sociedad Civil en la supervisión de la contratación pública; 8) evaluar periódicamente la normativa de Contratación Pública, de modo que se transforme en función al nuevo contexto, consolidando sus fortalezas y corrigiendo sus debilidades; 9) participar en el desarrollo de la agenda sobre contratación pública, dentro de los procesos de integración internacional; y 10) consolidar la Cultura de Transparencia en la contratación Estatal, impulsando los diversos mecanismos que sean pertinentes para ello.

El desarrollo simultáneo de acciones en las líneas arriba señaladas permitió logros muy importantes que nos permiten sostener que se ha producido la transformación del régimen contractual administrativo sobre bienes, servicios y obras en el Perú, siendo la tarea principal hoy continuar y consolidar la aplicación de las nuevas modalidades contractuales ya incorporadas a nuestro sistema contractual, así como la preservación y consolidación en todas las líneas de acción que conforman la estrategia, sin perjuicio de adicionar otras que puedan considerarse convenientes.

Como resultado de las acciones señaladas, actualmente nuestro régimen contractual público sobre bienes, servicios y obras, está compuesto por dos grandes bloques normativos que son: a) Modalidad Clásica de Contratación, y b) Nuevas Modalidades de Contratación.

El primer bloque normativo corresponde a la primera versión de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, (aprobada en 1997 y

vigente desde 1998), la misma que fusionó el contenido de un conjunto de normas precedentes como el RULCOP (1970), el RUA (1985) y la Ley de Consultoría y su Reglamento (REGAC) que rigió desde 1986, a las cuales se adicionan sus respectivas desagregaciones para empresas financieras y empresas no financieras del Estado, así como diversas normas especiales de contratación para instituciones específicas, que hicieron un total de catorce (14) normas.

Para comprender el bloque normativo de la Modalidad Clásica, debemos señalar que el RULCOP, el RUA y la Normativa de Consultoría, de igual modo sus correspondientes derivaciones, fueron emitidos dentro de un contexto en el que nuestro país no contaba con normativa sobre Simplificación Administrativa, ni estaban extendidas aún las tecnologías de la información y el fenómeno de Globalización no mostraba la intensidad ni los retos que presenta especialmente desde el año 2000.

La primera versión de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado fusionó el contenido de las normas señaladas sin tomar en cuenta los cambios producidos en el contexto y, no obstante que la Ley N° 26850 incorporó disposiciones que reflejan la aplicación de principios de simplificación administrativa en determinados aspectos del procedimiento contractual y abrió tímidamente la posibilidad de aplicar tecnologías de la información en la contratación del Estado, el régimen establecido por la primera versión de dicha ley mantiene la estructura y condiciones de los procesos contractuales regidos por

las normas previas.

El bloque de la Modalidad Clásica de Contratación incorpora un conjunto de procedimientos cuya estructura es la misma en sus aspectos centrales; y últimamente (2006), dentro del marco y lógica de esta Modalidad Clásica de Contratación, se estableció un procedimiento especial denominado Proceso de Selección Abreviado (PSA), el cual ha servido para atender el denominado *Shock* de Inversiones. Este procedimiento abreviado surgió como alternativa a una propuesta de exonerar de todo proceso de selección a las contrataciones correspondientes al *Shock* de Inversiones, de modo que el PSA combina la disminución de los plazos del procedimiento Clásico con el aseguramiento de componentes como la información en línea de la evolución del proceso contractual dentro de SEACE, la intervención de CONSUCODE en la conformidad de bases (con excepción expresa de la determinación de especificaciones técnicas y del Valor Referencial, que quedan como atribución de competencia y responsabilidad exclusiva de la entidad contratante), así como la impugnación ante el Tribunal de Contrataciones de CONSUCODE. Sin embargo, si se observa detenidamente, las normas del PSA se circunscriben dentro de la estructura de la Modalidad Clásica de contratación. Los recientes acontecimientos que son de conocimiento público corresponden a operaciones contractuales seguidas vía el PSA y otras por el procedimiento clásico general.

El segundo bloque normativo sobre Nuevas Modalidades de Contratación fue incorporado como consecuencia de la

acción promovida desde 2001 por CONSUCODE, con el propósito de adaptar el régimen contractual sobre bienes, servicios y obras, al nuevo contexto. El acercamiento de las economías por el fenómeno de la Globalización, la mayor disponibilidad de tecnologías de la información, los cambios en la economía, de igual modo la participación creciente de nuevos actores en los asuntos públicos, generaron nuevos retos a la manera de hacer Gestión Pública y, dentro de ello, de contratar administrativamente asegurando eficiencia, transparencia y oportunidad en la capacidad de respuesta del Estado.

Desde 2001 al 2006 CONSUCODE promovió y logró la incorporación de nuevas modalidades de contratación como son la Subasta Inversa (en sus modalidades presencial y electrónica), el Convenio Marco (en sus modalidades presencial y electrónica) y la Compra Corporativa, así como normativa legislativa y reglamentaria expresa sobre el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE; todo lo cual configuró el segundo bloque normativo. Es conveniente resaltar que se incorporaron todas las modalidades actuales más exitosas de contratación y de contratación electrónica que existen en el mundo, convirtiendo a nuestro sistema en uno de los más completos.

Actualmente nos encontramos en un proceso de tránsito desde la contratación mediante el uso de la modalidad clásica hacia la contratación mediante el uso de las nuevas modalidades y de la contratación electrónica. Hasta el año 2004, la totalidad de los aproximadamente 140,000 procesos contractuales del Estado sobre bienes,

servicios y obras se realizó por la modalidad clásica. Sin embargo, desde 2005 se inició la aplicación de las nuevas modalidades, teniendo registradas a la fecha siete experiencias de compras corporativas, más de mil contrataciones íntegramente electrónicas por montos menores a 4 UIT, más de 4500 subastas inversas presenciales y las dos primeras subastas inversas íntegramente electrónicas, así como los primeros convenios marco ya celebrados y en ejecución.

La tarea pendiente consiste en acelerar e incrementar sostenidamente la aplicación de las nuevas modalidades de contratación y de la contratación electrónica, sin perjuicio de las necesarias modificaciones al sistema clásico (y a sus derivaciones como el Proceso de Selección Abreviado), dado que éste aún será la modalidad aplicable a un grupo de objetos contractuales (especialmente en obras) hasta crear o adoptar una modalidad que la sustituya. De mantenerse un sostenido trasvase de las contrataciones desde la modalidad clásica hacia las nuevas modalidades y la contratación electrónica, es previsible que no menos del 80% de la contratación sobre bienes se realice por subasta inversa (9 días de duración cada una) o convenio marco (un día de duración); que no menos del 80% de la contratación de servicios se realice principalmente mediante convenio marco y en menor medida por subasta inversa; y que, en la contratación de obras, la mayor parte aún se realice mediante la modalidad clásica (hasta que se cree un medio alternativo), aunque una parte se realice por medio de convenio marco.

Obviamente que lo señalado es sin

perjuicio de los mejoramientos a las modalidades clásicas, ni de medidas como la elaboración de bases estandarizadas obligatorias; la protección al derecho de los proveedores a formular consultas y observaciones, por ser un medio esencial de protección de sus derechos; consolidar la simplificación de las impugnaciones; establecer mecanismos de asignación de responsabilidades y control estricto de las conformidades de servicio, entrega de bienes o de obras, así como de control de stocks.

Como tema específico hay que mencionar que la realidad demuestra cotidianamente el gran impacto que tiene el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado – SEACE en las condiciones de eficiencia y transparencia de la contratación estatal y en el fomento de la participación de los proveedores.

El SEACE tiene dos módulos, el primero sobre Información y el segundo sobre Transacciones. El primer módulo está funcionando al 100% y a través de él las entidades del Estado de todo el país están informando a detalle sobre más de 140,000 procesos contractuales al año por la casi totalidad del monto que el Estado contrata anualmente y que es cercano a los 25,000 millones de nuevos soles (aproximadamente 7,500 millones de dólares), cubriendo información detallada sobre planes anuales de contratación, de igual manera cada una de las bases, convocatorias, consultas y sus respuestas, observaciones y sus respuestas, cuadros de evaluación de propuestas, adjudicaciones de la buena pro, resumen de cada contrato, información sobre la ejecución contractual y sobre solución de controversias.

El segundo módulo – sobre Transacciones – está en proceso de desarrollo definitivo mediante un proyecto financiado por el BID; sin embargo, CONSUCODE procedió a desarrollar con recursos propios un piloto que ha dado lugar a la realización exitosa de más de 1000 contrataciones reales de menor cuantía inferiores a 4 UIT; siendo la tarea culminar con dicho módulo lo antes posible.

Sobre la base de la información del SEACE los proveedores están en mejores condiciones para organizar su participación en la contratación pública y pueden aprovechar libremente los diferentes servicios que ofrece el referido sistema a través de sus módulos de información y de transacciones. La Sociedad en general se puede informar libremente del desarrollo de la contratación pública en bienes, servicios y obras, accediendo al SEACE, pues éste facilita el control social.

En cuanto a las perspectivas sobre el SEACE, la tarea en lo inmediato es completar aquellos aspectos que faltan, especialmente en el Módulo de Transacciones, de modo que el Perú masifique sus transacciones aprovechando las tecnologías de la información. Modalidades de contratación como la clásica, el convenio marco, la compra corporativa y la subasta inversa potencian sus beneficios de eficiencia y transparencia cuando se realizan por vía electrónica, tal como queda demostrado por las experiencias nacionales e internacionales.

Es indispensable fortalecer a CONSUCODE, reafirmando su facultad supervisora de toda contratación de bienes, servicios u obras, cualquiera fuera su régimen normativo, así como su naturaleza

de entidad rectora, normativa reglamentaria, impulsora de las subastas inversas, gestora de convenios marco y de compras corporativas; manteniendo su calidad de entidad desarrolladora, administradora y operadora del SEACE, respetando la autonomía de su Tribunal y su actividad promotora de solución de controversias en vía de conciliación y arbitraje, así como garantizarle la administración de instrumentos esenciales para el sistema contractual como el Registro Nacional de Proveedores.

9.5 Hechos Administrativos

Los hechos administrativos o también denominados actuaciones materiales son manifestaciones físicas realizadas en ejercicio de la Función Administrativa. Son de gran diversidad, estando algunas de ellas regidas por normas de ejecución. Constituye una tarea pendiente evaluar los casos en que es necesario encauzar la formas y condiciones de ejecución a través de normas específicas y aquellos casos en que se confíe la determinación de ello a la decisión del ejecutor, la misma que debe guiarse por principios dentro de los cuales destaca el de razonabilidad.

10. PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Durante toda una época previa la práctica del ejercicio de la Función Administrativa reflejaba aún una tendencia generalizada en el mundo de hacer una separación muy acentuada entre Estado y Sociedad Civil, de modo que el contenido de **lo público** era definido unilateralmente por el Estado sin considerar necesaria la intervención de los agentes de la sociedad civil o de sus representantes. Sin embargo,

dicha tendencia está variando sustantivamente y hoy asistimos a la creación de diferentes espacios de participación de la Sociedad Civil, así como al reconocimiento de derechos del ciudadano para participar en los asuntos públicos, de tal manera que se está abriendo paso una concepción participativa (inclusiva) de construcción de **lo público**.

Las modalidades ya reconocidas en nuestro ordenamiento administrativo son las de acceso irrestricto a la información pública (salvo excepciones taxativamente señaladas); solicitudes de información y consultas; presentación de propuestas; presentación de denuncias de presuntas irregularidades; control ciudadano o veedurías ciudadanas; acceso a instancias de toma de decisiones; revocación de funcionarios públicos elegidos o remoción de funcionarios públicos designados, entre los más resaltantes.

Consideramos necesario que se mantenga la tendencia y se fortalezcan este tipo de mecanismos participativos, por el impacto beneficioso que ello conlleva para la integración de esfuerzos y la generación de confianza mutua entre Administración Pública y Sociedad Civil.

11. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

El impacto innegable de las tecnologías de la información en los ámbitos privado y público de las sociedades, permite sostener figurativamente que la Tierra se ha aplanado; todo lo cual, inserto dentro del proceso de Globalización, genera retos nuevos tanto a los actores privados como públicos.

La decisión de aprovechar las tecnologías de la información en asuntos públicos y privados, ha dado lugar en el Perú a la elaboración y aprobación de un Plan para el Desarrollo de la Sociedad de la Información, cuya aplicación redundará en el ingreso progresivo pero sostenido de todos los agentes públicos y privados al desarrollo de una cultura que incluya a tales tecnologías como instrumento cotidiano y propio de nuestro quehacer.

Dentro del Programa de Modernización de la Gestión Pública impulsado por el Estado Peruano, se ha previsto y se impulsa el desarrollo de una agenda que incluye el necesario aprovechamiento de tecnologías de la información. Propuestas como el *Intranet* Estatal; los servicios públicos informatizados; el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) y las experiencias de contratación por vía exclusivamente electrónica; la informatización de los Registros Públicos; el sistema de declaraciones de tributos administrados por la SUNAT; los sistemas de procedimientos vía *workflow* desarrollado en varias entidades; la realización de auditorías gubernamentales desarrolladas por la Contraloría General de la República utilizando casi exclusivamente herramientas informáticas; las páginas *web* institucionales, son, entre otras, un conjunto de experiencias en el ámbito público en las que se aprovechan las tecnologías de la información y que implican la necesidad de replantear, adaptar o crear figuras jurídicas de Derecho Público o, específicamente también de Derecho Administrativo, de modo que se asegure convenientemente la validez legal de los actos públicos realizados, utilizando

tecnologías de la información. En algunos temas se ha avanzado en la generación de tales normas y figuras jurídicas, pero respecto de otros es aún una tarea importante a impulsar en lo inmediato.

12. DESCENTRALIZACIÓN

El proceso de Descentralización en el Perú se expresa en impulsos periódicos cuyo ritmo y profundidad van de la mano con la real voluntad política de que se haga o no realidad. La histórica vocación centralista del ejercicio del Poder y de la administración de recursos públicos periódicamente es objeto de esfuerzos descentralistas con el propósito general de lograr un mejor equilibrio en las condiciones de desarrollo en los diferentes lugares del país.

La Descentralización por mandato constitucional debe ser política, administrativa y económica. Es decir, en lo político se deberán transferir a los Gobiernos Regionales y a las Municipalidades atribuciones para emitir normas con naturaleza de ley, en las materias y amplitud que se determine sin afectar la unidad del estado; en lo administrativo se deberá transferir a dichos organismos de gobierno regional y local facultades para emitir reglamentos, actos administrativos, actos de administración interna, para contratar administrativamente y para realizar acciones materiales de ejecución, con suficiente amplitud para concretar políticas de desarrollo regional y local; y, en lo económico, la Descentralización debe implicar el aseguramiento de facultades para la generación de ingresos, así como para su administración y disposición, acordes con las necesidades de oportunidad, eficiencia

y eficacia, sin perjuicio de las normas generales integradoras de sistemas nacionales que deberán ser respetadas por las entidades regionales y locales. Todo lo señalado, sin embargo, debe tener como contrapeso de poder, el perfeccionamiento de los sistemas de control y supervisión.

Se han producido avances positivos recientes en la Descentralización, que deben ser aprovechados para reafirmar la utilidad de dicho proceso. Por lo tanto, queda como tarea pendiente su continuación ordenada, a través de la generación de mecanismos de coordinación permanente dentro de los niveles del Estado (nacional, regional, provincial y

distrital) y el perfeccionamiento de los mecanismos de compensación de Poder que protejan la unidad del Estado y el respeto a las normas; agregando a ello mecanismos participativos de gestión pública nacional, regional y local.

Solo me queda agregar que para abordar el avance de nuestra disciplina, los temas señalados pueden ser útiles, pero debemos ser conscientes de que siempre demandarán de todos nosotros ser realistas, ordenados y, de ser necesario, progresivos en su aplicación, así como asumir un compromiso real con el desarrollo de nuestra sociedad sobre la base de medios participativos.

