

El Contrato Administrativo en el Perú

MARIO LINARES JARA*

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Contrato administrativo. Concepción clásica o dualista y concepción unitaria. 3. Génesis del contrato administrativo. 4. Potestades y prerrogativas. Diferencias. 5. Prerrogativas contractuales en nuestro ordenamiento. 6. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato. 7. Exceptio non adimpleti contractus. 8. Régimen de solución de controversias contractuales. 8.1. Conciliación. 8.2. Arbitraje de derecho administrativo sin materia indisponible. 9. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien en medios vinculados al derecho administrativo local está casi descartada la idea del contrato administrativo con potestades exorbitantes implícitas e inherentes al Estado; entre aquellos que por su especialidad se relacionan ocasionalmente al mismo prevalece todavía esta idea, lamentablemente, no a través de la posición respetable de juristas que postulan la sustantividad del contrato administrativo desde el primer mundo europeo sin percibir nuestra realidad o adscribiéndose a esta doctrina pero con reservas; sino desde posiciones totalmente rezagadas, aceptándose sin salvedad alguna postulados que ya han sido cuestionados desde hace mucho, omitiéndose por tanto el estado actual de la contratación pública, o, si se quiere, su vigente discusión doctrinaria¹.

* Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima. Profesor visitante en las Maestrías de Servicios Públicos e Integración Económica en la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina - EPOCA, Unidad Académica de Postgrados Internacionales de la Universidad del Salvador, Buenos Aires.

1. En efecto, no es una excepción todavía encontrar trabajos académicos en donde se señale abiertamente la existencia del contrato administrativo en oposición al contrato privado de la administración, la descripción de potestades contractuales inherentes al Estado y la utilización de criterios de identificación del contrato administrativo. Se piensa inclusive que el Contrato Ley es un medio necesario para contrarrestar el *ius variandi* del Estado -no por el *factum principis*- sino en el entendido de una potestad de las Entidades de modificar el contrato por razones de interés público; este error es incluso

Es propósito de este trabajo entre otros, contribuir a despejar las dudas que pudiesen haber causado no sólo exposiciones reiteradas de colegas en distintas tribunas académicas sino también publicaciones en torno al tema, ya sean antiguas o recientes, en artículos específicos o también mediante textos genéricos. Me referiré también a la manera en que nuestro ordenamiento alumbra un contrato administrativo adaptado a la realidad latinoamericana, con características particularísimas, las mismas que no por ser tales devienen en contradicciones² sino por lo contrario, con justo y preciso pragmatismo, constituyen respuesta de predictibilidad a la carencia de recursos del Estado y a la necesidad de satisfacer finalidades públicas, omitiendo un régimen general de interpretación unilateral y ejecutoria del contrato que implica la posibilidad de arbitrariedad, e implantando un régimen de solución de controversias consistente en la conciliación y el arbitraje de derecho sin materia indisponible, ofreciéndose celeridad, independencia y probidad.

2. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCEPCIÓN CLÁSICA O DUALISTA Y CONCEPCIÓN UNITARIA

La concepción clásica del contrato administrativo apareja la existencia de potestades que trascienden la letra misma del contrato, siendo por tanto implícitas y de aplicación incluso en el caso en que se haya pactado en contra de ellas. Las potestades son de modificación unilateral del contrato, de interpretación unilateral y ejecutoria, de dirección y control, sancionadoras y resolutorias; se puede incluir, además, la inaplicación de la excepción de incumplimiento. Se fundan en la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido.

Como consecuencia de las potestades indicadas y/o de la teoría clásica del contrato administrativo, surge el denominado principio del manteni-

compartido por el Tribunal Constitucional: «(...)Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley -contrato civil o contrato administrativo- depende del contenido que este pueda tener en cada caso concreto que se suscriba

(...)

En aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados (...) . Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional del 03 de octubre del año 2003, Exp. N° 005-2003-AI/TC.

2. SANZ RUBIALES, INIGO. *Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho Peruano*, En: *Derecho Administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 658.

miento del equilibrio económico financiero. Mediante éste, ante hechos irresistibles e imprevisibles no se opta por la resolución contractual, sino por el mantenimiento del vínculo para lo cual se ayuda al contratista a la recomposición del equilibrio logrado inicialmente mediante la adjudicación o «buena pro» del contrato. En la concepción clásica, los contratos administrativos tienen su correlato en los contratos privados de la administración, contratos en los cuales el Estado se desenvuelve como un particular despojado de su *ius imperium*.

A la teoría que afirma la existencia de contratos administrativos por un lado y contratos privados de la administración por otro, se ha convenido en denominarla tesis dualista de los contratos del Estado; esta dualidad trae consigo la necesidad y dificultad de diferenciarlos. En posición contraria a la indicada dualidad se ubica la Tesis unitaria, la cual postula que los contratos que suscribe el Estado son de categoría única, diferenciados entre si por la modulación o regulación de derecho público que poseen. Esta posición doctrinaria no resulta aislada, juristas como García de Enterría y Fernández,³ Parada⁴, Monedero Gil⁵, Dromi⁶, Sarmiento⁷, Granillo⁸, Gordillo⁹, Mamberti¹⁰, Brewer Carías¹¹, Chase Pla-

-
3. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, quinta edición, Editorial Civitas, Madrid, 2004, p.658.
 4. PARADA, RAMÓN. Derecho Administrativo. Tomo I, Sexta edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, p. 279.
 5. MONEDERO GIL, JOSÉ IGNACIO. Doctrina del Contrato del Estado, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, p. 63.
 6. DROMI, ROBERTO. Instituciones de Derecho Administrativo. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, pp. 363 - 365 y DROMI ROBERTO. Licitación Pública, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 38.
 7. SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. *El Derecho Público y los Contratos de la Administración*, En: Estudios de Derecho Administrativo II, Instituto de Estudios de Derecho Administrativo, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 99.
 8. GRANILLO OCAMPO. RAÚL. La Distribución del Riesgo en la Contratación Administrativa. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 75.
 9. GORDILLO, AGUSTÍN. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo1, Fundación de Derecho Administrativo-ARA Editores, Lima, 2003, p. XI-13.
 10. MAMBERTI, CARLOS ENRIQUE. *La materia contractual en el nuevo Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*. En: Temas de Derecho Administrativo. Publicación en honor al Profesor DOCTOR AGUSTÍN A. GORDILLO, Librería Editora Platense, La Plata, 2003, p. 447.
 11. BREWER CARÍAS, ALLAN. Contratos Administrativos. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 14.

te¹², Santofimio¹³, Rodríguez¹⁴, Escobar¹⁵, Benavides¹⁶, Delpiazzo¹⁷ etc., participan de dicha concepción.

Ahora, si bien puede pensarse a primera vista que no existen diferencias de fondo puesto que haciendo a un lado la regulación procedimental de selección de contratistas, a los contratos de escasa o nula regulación de derecho público -como es el caso de las adquisiciones de bienes inmuebles por ejemplo-, se le puede tildar por su naturaleza, de contratos privados de la administración y a los de regulación intensa -como los de obra pública o concesión-, de «administrativos»; las diferencias se centran en que en la tesis dualista para gran parte de la doctrina, existen potestades implícitas atribuibles al Estado en los contratos administrativos una vez que estos han recibido dicho rótulo¹⁸.

3. GÉNESIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

No existen divergencias en torno al origen del contrato administrativo, estando de acuerdo sobre el punto tanto quienes postulan su sustantividad y quienes la niegan.

Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX reservaron a la jurisdicción administrativa los contratos celebrados por la administración por motivos de orden político¹⁹.

La doctrina sostiene que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal careciendo de

-
12. CHASE PLATE, LUIS ENRIQUE. *Los Contratos Públicos*. Intercontinental Editora, Asunción, 1998, p. 72.
 13. SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Tratado de Derecho Administrativo*. Contratación Indevida. Tomo IV. Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 48.
 14. RODRIGUEZ R, LIBRADO. *Derecho Administrativo. General y Colombiano*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 2000, pp. 332 - 336.
 15. ESCOBAR GIL, RODRIGO. *Teoría General de los Contratos de la Administración Pública*. Editorial Legis, Bogotá, 2003, p. 48.
 16. BENAVIDES, JOSÉ LUIS. *El Contrato Estatal. Entre el Derecho Público y el Derecho Privado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 37.
 17. DELPIAZZO, CARLOS E. *Contratación Administrativa*, Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, Montevideo, 1999, p. 257.
 18. En el caso que no se reconozcan atribuciones implícitas y se esté tan sólo a las particularidades de cada ordenamiento nacional o local, la diferencia de «naturaleza» vuelve a arremeter contra nuestro sistema contractual público al momento en que «potestades contractuales» del Estado no son susceptibles de ser revisadas en sede arbitral.
 19. PARADA RAMÓN. *Derecho Administrativo*. Tomo I, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, p. 264.

trascendencia material o sustantiva. Posteriormente, cuando irrumpe en el siglo XX tanto la postura del Consejo de Estado Francés como la de la Escuela de Burdeos o del servicio público como eje central del Derecho Administrativo, se afirma que los contratos que celebra la administración vinculados a un servicio público en su objeto, tienen por ello un régimen especial que supone la supresión del régimen de igualdad entre las partes por la de superioridad de la administración la cual goza de una serie de potestades en función al interés general del servicio público²⁰.

Se indica además como fundamento que sostiene la idea del contrato administrativo, un espíritu de defensa de la autonomía del derecho administrativo respecto del derecho privado. Parte de la doctrina afirma también que la explicación histórica del contrato administrativo se da a través de la atribución para la justicia administrativa de las ventas de bienes nacionales que habían sido confiscados al clero y a los inmigrantes durante la Revolución de 1789, con el propósito de otorgar seguridad y expeditividad en la solución de conflictos a los compradores; asimismo Meilán Gil, coloca como antecedentes los contratos de suministros ejecutados por los ejércitos tanto francés como español con celeridad y ejecutoriedad administrativa²¹.

En todos los casos expuestos es de verse que el contrato administrativo se funda en razones de conveniencia para la administración, conveniencia que se ajustó a determinado contexto o coyuntura. El quid del asunto ahora -no debe perderse de vista ello-, es la existencia o no de potestades implícitas en los contratos administrativos al margen del ordenamiento, en estado de latencia y a la espera de ser activados por alguna autoridad de la administración.

20. GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN. Op. Cit., p. 655.

21. MEILAN GIL, JOSÉ LUIS. *Teoría del Contrato Administrativo: Origen, evolución histórica y situación actual* en: Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos. Universidad Austral, 1999. España el fenómeno es análogo aunque no se desarrolle en un contexto revolucionario. La venta de bienes nacionales es producto de medidas desamortizadas, adscribiéndose a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de la época, las contiendas sobre esas ventas (Ley de Administración y Contabilidad de 1850), ello debido y como aclarara después la Real Orden de 1852, por razones políticas de importancia. Añade el autor que el mismo oportunismo político explica la configuración del contrato de suministros como administrativo en España. En el marco de las guerras carlistas del siglo XIX y dado lo prolongado de éstas, el Estado no podía seguir imponiéndose unilateralmente al pueblo para a su aprovisionamiento por lo que se cambia la requisita por el contrato de suministro que se caracterizó por condiciones exorbitantes de la contratación extraordinaria.

Respecto de nuestro país debe decirse que el contrato administrativo no existe ni ha existido ni siquiera -a diferencia de otros países latinoamericanos -a nivel jurisprudencial. Si bien hoy día contamos con un régimen de contratación pública mediante el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento; no existen potestades explícitas ni implícitas a favor de la administración, debiendo sí afirmarse que han sido otorgadas de forma limitada, contadas prerrogativas y sujeciones públicas, las mismas que pueden constituir motivo de escándalo para quienes se han visto embuidos o influenciados durante años no solamente por una simple recepción de un modelo que respondió a una solución válida en su momento y lugar pero ajena a Latinoamérica, sino también por un desarrollo doctrinario compulsivo y exagerado²², que hoy resulta contrario al interés público que se pretende proteger.

4. POTESTADES Y PRERROGATIVAS. DIFERENCIAS

En materia contractual estatal siempre me refiero a prerrogativas y no a potestades toda vez que existen diferencias entre ambas. Las potestades del Estado, en efecto, son irrenunciables y constituyen un medio para el debido accionar del Estado en el cumplimiento de sus cometidos públicos. La potestad sancionadora por ejemplo y tal como ha sostenido Danós, existe aunque no se encuentre prevista en nuestra Constitución²³; afirmar lo contrario equivaldría a creer que el Estado puede cumplir con sus funciones administrativas sin medidas coercitivas, lo cual no tiene sentido. La potestad reglamentaria por su parte, es una necesidad obvia para el funcionamiento administrativo ¿acaso sucede lo mismo con la potestad de modificar contratos, interpretarlos ejecutoriamente o resolverlos con la sola invocación de la protección del interés público comprometido? ¿esta potestad se encuentra implícita para el buen funcionamiento del Estado de modo tal que de negarse las mismas se atentarían contra el interés de todos?. A mi entender no existen potestades contractuales inherentes e irrenunciables, lo que hay son prerrogativas públicas que son las ventajas otorgadas por un régimen legal determinado y a las que deberá remitirse la administración en su accionar contractual.

22. MAIRAL, HÉCTOR A. *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*, en: *El Derecho, Revista - Suplemento de Derecho Administrativo*, N° 9589, Buenos Aires, 1998, p. 663.

23. DANÓS ORDOÑES, JORGE. *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. En: *Ius et Veritas*. año V, N° 10, Lima, 1995.

Dos puntos se pueden argumentar si se niega las potestades implícitas del Estado sobre el Contrato calificado de Administrativo. El primero la imposibilidad de reacción del Estado ante imponderables en caso de no contarse con las prerrogativas de modificación o resolución de contratos de modo abierto, el Estado no podría reaccionar ante imponderables tales como los hechos tecnológicos sobrevinientes que inciden en la desactualización del modo de ejecución o del objeto mismo del contrato haciéndolo inadecuado y quedando afectado el interés público contenido en el o, de forma más simple, cuando por cualquier causa el contrato ya no sea de interés para el Estado o se torne gravoso rompiéndose ya no el equilibrio económico financiero -pro contratista de forma inmediata- sino, el denominado por DROMI, equilibrio político del contrato.

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

a) Supuesta imposibilidad de reacción del Estado ante imponderables

Cabe indicar que por el hecho que el Estado no cuente con prerrogativas abiertas o discrecionales que le permitan la resolución o modificación del contrato, este no pueda cambiar el estado de cosas o que ante situaciones de magnitud que hagan inviable el contrato el Estado no pueda reaccionar; debe indicarse que son plenamente aplicable los institutos de la fuerza mayor o del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato vía la aplicación de principios generales del derecho y de principios constitucionales. Sin embargo, una solución que se encuentre atenta a otorgar seguridades al contratista eliminando incertidumbres y disminuyendo los costos de transacción, pasa por previsiones legales que establezcan causales de renegociación del contrato o reconversión del mismo, en donde agotadas éstas procedería la resolución del contrato²⁴.

Hemos hablado del mantenimiento del equilibrio económico financiero, pues bien, a ello se atenderá hasta determinado punto, pero una vez agotado el máximo esfuerzo de estabilización contractual,

24. DROMI, ROBERTO. *Renegociación y Reconversión de los Contratos Públicos*. Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 99.

deben estar previstos medios para reconvertir el contrato mediante una renegociación del mismo, si ello no fuera posible y de darse el caso, debe proceder una reconversión del objeto contractual igualmente mediando negociación, no imposición, negociación que duda cabe, sujeta al principio de transparencia, a mecanismos de supervisión y control adecuados, debiendo estarse además a la prontitud de la solución definitiva y de las medidas temporales del caso, evitándose situaciones adversas como negociaciones prolongadas o el sometimiento del Estado a arbitrajes internacionales -tratándose de inversionistas extranjeros-, de acuerdo a los mecanismos establecidos en los respectivos Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (BIT's por sus siglas en Inglés), debiendo para ello tenerse en cuenta las conclusiones que se extraigan de la todavía inacabada experiencia Argentina²⁵.

b) Supuesta limitación de actuación en aplicación del principio de legalidad

Si bien el actuar de la administración encuentra legitimidad en el principio de vinculación positiva de la Ley o de legalidad restrictiva

25. Las demandas interpuestas por los inversionistas extranjeros contra la Argentina ante el CIADI (20 demandas por más de tres mil millones de dólares y 40 reclamos en etapa inicial) producto de ejecutarse las cláusulas arbitrales previstas en los tratados de protección de inversiones (BIT's) ante la emisión de las leyes de emergencia mediante las cuales se facultó principalmente al poder ejecutivo para la rescisión de los contratos públicos y la inaplicación de los factores de reajuste o de indexación establecidos, fijándose la relación de un dólar americano por un peso; rebasa la finalidad de estos tratados que era la de resolver entre otras, cuestiones ordinarias de discriminación o expropiación indirecta en condiciones también ordinarias y no de gran convulsión social como las acontecidas en el indicado país.

Podría pensarse que el sistema arbitral por tanto es inadecuado además de considerarse argumentos jurídicos de defensa basados en la inconstitucionalidad de las decisiones arbitrales y que muestra de ello sería que las empresas demandantes o sus accionistas han empezado a considerar y en su caso retirar las demandas arbitrales para acogerse a la normativa de renegociación de los contratos, siendo ello una señal de que las demandantes valoran como un mayor riesgo respecto de esta negociación, la dilatación y/o inejecución de los laudos arbitrales; sin embargo, puede también tenerse una lectura en el sentido de que la decisión de las demandantes es el simple resultado de un análisis costo beneficio y de oportunidad, hecho que en nada remece que las decisiones adoptadas por la nación argentina, sean nocivas en un corto plazo en el que el crecimiento del PBI, o mejor dicho, la nivelación del mismo, sea insuficiente por haber llegado al tope la capacidad de producción y se requieran de inversiones, fundamentalmente extranjeras.

de la administración la cual consiste en el requisito de la existencia previa de una habilitación legal para la actuación de ésta mediante sus órganos y, que pueda entenderse que la aplicación estricta del principio es lo que aquí se defiende o propugna; debe estarse a que el principio de legalidad no implica solamente que la actuación de la administración se encuentre limitada a supuestos de hecho específicos. En los casos restantes, esto es por la utilización de criterios indeterminados²⁶ o de discrecionalidad, explícita o no, los órganos de la administración deben orientar sus actuaciones al cumplimiento de los fines públicos que se desprendan de la norma misma²⁷ - criterio teleológico- o de las competencias asignadas al organismo o ente de la Administración -criterio o principio de especialidad²⁸-, siempre claro está, respetándose la letra expresa del contrato y el principio de la buena fe contractual.²⁹

Por tanto el hecho de que se nieguen potestades implícitas contractuales al Estado, no es sinónimo de restricciones en el accionar de este en el cumplimiento de sus finalidades. Debe puntualizarse además que en caso de vacío o deficiencia de la ley, la administración puede recurrir también a los principios del derecho administrativo, una vez que se

-
26. SESIN, DOMINGO JUAN. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de Control Judicial*, Editorial LexisNexis - Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 180.
 27. LINARES, JUAN F. *La competencia y los postulados de la permisión*. En: Revista Argentina de Derecho Administrativo. Buenos Aires, N° 2, p. 13 y ss.; GORDILLO, AGUSTÍN. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. XII, Buenos Aires; CASSAGNE, JUAN CARLOS. *Derecho Administrativo*, T. I, pp. 188-189. Citados por: COMADIRA, JULIO R. *Procedimiento Administrativo y Denuncia de Ilegitimidad*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 19-20.
 28. COMADIRA, JULIO RODOLFO. *Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Anotada y Comentada*. T. I. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 156; BOQUERA OLIVER, JOSÉ MARÍA. *Derecho Administrativo*. Vol. I, Madrid, 1985, p. 214; MARIENHOFF, MIGUEL. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 573. Véase también: Num. 8 del Art. 75° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
 29. El principio de legalidad es aplicable respecto de las decisiones de los órganos de la administración, fundamentalmente actos administrativos, los mismos que son posibles en el devenir y respecto de una relación contractual. Ahora bien, respecto del contenido del contrato debe estarse a que el mismo está limitado o encausado en lo que el ordenamiento legal haya previsto; en lo restante, existe libertad de parte de la administración para la elaboración de cláusulas, libertad orientada no por el principio de autonomía de la voluntad sino por las características y finalidades del objeto contractual, debiendo las cláusulas resistir un examen de coherencia, razonabilidad y proporcionalidad.

hayan agotado los que se encuentran enunciados en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado³⁰.

SARMIENTO aborda el tema del principio de lo razonablemente implícito en materia de contrataciones del Estado señalando:

(...) Así las cosas, no nos parece irrazonable una postura que admita no sólo potestades expresas (en la ley o el contrato), sino también razonablemente implícitas en ciertos contratos de la administración; y entiéndase bien: no se trata de potestades que deriven del encuadramiento de un contrato dentro de la imprecisa categoría del «contrato administrativo», sino de competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico» (...) (subrayado agregado).³¹

Lo anterior merece una explicación adicional a tono con nuestra realidad. Gran parte de los órganos de control interno así como los auditores de la Contraloría General de la República, están en el convencimiento de que su labor se encuentra centrada en el control del cumplimiento de la literalidad de disposiciones legales o reglamentarias; pues bien existe un total desconocimiento respecto de las técnicas de otorgamiento de atribuciones que utiliza la ley y que por cierto no se circunscriben al cumplimiento o no de supuestos de hecho. Se omite lo relativo a técnicas de control que deben practicarse en caso de que las atribuciones de los órganos hayan sido establecidas mediando conceptos jurídicos indeterminados o mediando discrecionalidad³², es más, se desconoce cuando la autoridad administrativa se encuentra ante tales supuestos.

Debido a la práctica indicada de control de literalidad normativa, al desconocimiento respecto del ejercicio de atribuciones y agregándose a ello la omisión en cuanto a considerar el cumplimiento de finalidades públicas o metas institucionales; los órganos de ejecución del procedimiento administrativo de selección del contratista y de la adjudicación

-
30. Debe estarse primero a que el principio de legalidad no es tal en realidad por atender no sólo a la ley sino al derecho. Véase: Num. 1.1 del art. IV del Título Preliminar de la Ley 27444; COMADIRA, JULIO RODOLFO. *La Licitación Pública. Nociones, principios, cuestiones*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 11.
 31. SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. *El ius variandi y los contratos de la administración*. En: Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos, Universidad Austral, 1999, p. 235.
 32. SESIN, JUAN DOMINGO. *Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2004, p. 182.

del contrato así como los demás órganos intervinientes en el proceso de contratación, se inhiben de actuaciones razonables ante supuestos particulares no previstos en la normativa³³, generándose casos de inefi-

33. Es ilustrativo el voto del Dr. BERAMENDI, Resolución 545/2004.TC-SU -Exp. N° 774/2004.TC- Consorcio Ilender Perú y otro vs. ESSALUD, en cuanto a los parámetros de actuación que deben tener los órganos de calificación y de adjudicación de contratos:

«1. Las normas relativas a la contratación pública no pueden ser aplicadas atendiendo a formalismos rigurosos sin considerar los efectos que tal proceder causa en los procesos de adquisición del Estado.

Los agentes económicos deben poder encontrar formas ágiles de vincularse y hacer negocios con el Estado. Éste, por su parte, tiene la obligación de allanar los caminos para que tal propósito alcance concreción, pues se beneficia de una mayor participación de los agentes, ampliando sus posibilidades de elegir bienes más baratos y de mejor calidad.

Si se tiene en cuenta que actualmente las bases de los procesos de compras estatales exigen la presentación de cientos y hasta miles de documentos, carece de sentido práctico y amparo jurídico rechazar las ofertas por errores que puedan contener algunos de tales documentos. Por ello, con ayuda de la doctrina y ciñéndonos a la Ley, el rechazo debe imponerse únicamente en los casos de errores que afecten la sustancia de la oferta misma. Ello puede ser determinado en cada caso por los funcionarios públicos, a quienes no les está vedado ejercer un sano juicio discrecional, dentro de los marcos legales.

No es posible que las normas prevean todas las situaciones posibles y la comodidad del rechazo de una oferta puede ser reemplazada por una actitud proactiva beneficiosa para el Estado. Esta actitud será también un desincentivo para la innecesaria e insustancial articulación y litigiosidad, tan frecuente en los procesos de compra, merced a lo cual los procesos de adquisición se dilatan innecesariamente, incrementándose los costos de transacción para las partes y retardando la satisfacción de las necesidades públicas.

5.2 La aplicación demasiado frecuente de criterios formalistas, que desatienden la sustancia de las cosas y prescinden de un análisis del contexto y los efectos de las decisiones, antes que propiciar un clima positivo para que el Estado adquiera en condiciones favorables, es nociva para los intereses de la ciudadanía, que paga las consecuencias de dicho enfoque, destinando más recursos del presupuesto de lo que ordinariamente sería necesario.

En el caso concreto, pese a que participaban solamente tres ofertas, se rechazó al consorcio impugnante, con lo que la competencia se limitó a dos postores.

Ello no es todo. El caso se torna dramático si, además, el precio ofrecido por el consorcio al que se rechazó la oferta, según los datos del expediente, es inferior en 69.70% al ofrecido por la empresa que resultaría adjudicada con la buena pro. Esta es una cifra pública pues el respectivo sobre fue abierto en la ocasión en que otorgó la buena pro al consorcio.

Las decisiones de la administración deben legitimarse ante la ciudadanía y los funcionarios públicos tienen la obligación de justificar la razonabilidad de sus actos, máxime

ciencia en la satisfacción de las necesidades de la administración viéndose afectada la misma en su normal desenvolvimiento³⁴.

5. PRERROGATIVAS CONTRACTUALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Existe en la norma acotada la figura del *ius variandi* de forma limitada, encontrándose referida a la disminución o aumento de prestaciones. En efecto, el art. 42° de la Ley señala que la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, o reducir servicios u obras hasta por el mismo porcentaje. El artículo indica que las prestaciones adicionales o reducciones procederán siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Para el caso de los contratos de obra y de ser necesarias prestacio-

si se trata de disposición de recursos públicos en un país con elevados niveles de pobreza y desatención de necesidades básicas.

5.3 En el campo de la contratación pública Dromi ha formulado algunas reglas de interpretación que, si bien están basadas en la jurisprudencia argentina, pueden aplicarse en nuestro medio, pues las normas legales permiten tal adaptación.

La primera de tales reglas es la relativa a la validez de las ofertas, según la cual las manifestaciones de una oferta susceptibles de ser interpretadas en dos sentidos, de uno de los cuales resulte su validez y del otro su nulidad, deben entenderse en el primero. Una segunda regla es la relativa a la admisión favorable, que indica que una oferta con meros defectos formales debe entenderse de modo favorable a su consideración, en resguardo de los principios de concurrencia y competencia.

La regla de admisión indica que cualquier norma dudosa de los pliegos (bases) y ante la alternativa que excluya al participante, debe prevalecer la admisión de la oferta, en competencia favorable.»

Finalmente, la regla de aceptación indica que, en principio, y salvo manifestación en contrario, las ofertas importan la aceptación de las cláusulas del pliego (bases) de los procesos de adquisición y no su rechazo.

34. GORDILLO, AGUSTÍN. *Fuentes Supranacionales del Derecho Administrativo*. En: *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al profesor MIGUEL MARIENHOFF. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p.271. al respecto indica: «(...) lo más importante es cumplir estrictamente la norma escrita, aunque se a injusta, ineficáz, arbitraria, desproporcionada, in-acausada, etcétera, sin siquiera buscar interpretarla. Ello constituye una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una Administración también pequeña y mezquina. Pero una cosa es que el burócrata adquiera esa «racionalidad irracional», y otra que la haga un órgano del derecho; si ocurre que para aquel «lo importante pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento», no puede sucederle lo mismo a este. El jurista no puede caer en la trampa burocrática de normas irracionales celosa y compulsivamente aplicadas, sin renunciar con ello a su propia calidad de hombre de derecho».

nes mayores al quince por ciento del monto del contrato, se requiere la autorización del Titular del Pliego presupuestal o de la máxima autoridad administrativa. Adicionalmente y para el pago correspondiente, la Entidad debe contar con la autorización de la Contraloría General de la República.

Debe indicarse que el artículo citado no hace referencia a un acuerdo de voluntades, es decir, no es necesario el consentimiento del contratista para que se concrete la variación del contrato. Asimismo no se trata de una decisión discrecional de la autoridad administrativa sino que tiene que cumplirse con el supuesto de hecho solicitado por la norma, es decir el carácter indispensable de la prestación adicional o de la reducción, por lo que de no existir la verificación material requerida, el acto administrativo mediante el cual se ordena la modificación del contrato carecerá de sustento encontrándose viciado. El camino que se sigue comúnmente en la legislación comparada es el de la impugnación de dicho acto administrativo en un proceso contencioso administrativo, situación distinta entre nosotros ya que deducida la controversia, la misma será resuelta por imperio de la ley en sede arbitral, perdiendo el acto impugnado el privilegio de ejecutividad³⁵.

De otro lado, el Texto único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos, Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que instaura prerrogativas para el Estado mediante los artículos 17° y 32° en

35. Nótese la concepción totalmente distinta del ordenamiento español. El art. 59° del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica: «*Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta. Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos. En el correspondiente expediente se dará audiencia al contratista*». De otro lado, el art. 101° señala: «*Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente (...)*».

La normativa argentina (Decreto 1023/2001) dispone: Art. 12°. «*La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, (...). Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el art. 12° de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.*»

este último numeral lo hace de manera más amplia³⁶ que en el primero. En efecto, el art. 17° permite que el Estado deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en la norma mientras que el art. 32° utiliza como supuesto de hecho habilitante para la modificación de la concesión, el concepto indeterminado *conveniencia*. Dicha prerrogativa si bien es amplia, no constituye fundamento para definir un contrato administrativo; esta es tal gracias a la ley y si bien existe un grado de incertidumbre derivado del concepto indeterminado que otorga un amplio margen de actuación a la administración, esta puede justificarse hasta cierto punto y en defecto de normativa precisa sobre renegociación y reconversión de contratos públicos, lo cual sería lo óptimo en los contratos de amplia duración como los de concesión en donde existe mayor propensión a la ocurrencia de factores exógenos que puedan incidir en el equilibrio político o administrativo del contrato³⁷.

En cuanto a la dirección y control, no pueden definirse tales derechos como una ventaja inusual, exorbitante del derecho común, ya que a ella se puede llegar en las relaciones privadas, por medio del consenso. Sin embargo y en la medida que viene impuesta al contratista la tomamos como prerrogativa; así se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado mediante el art. 48°: «*La Entidad supervisará directamente o a través de terceros todo el proceso de ejecución para lo cual el contratista deberá ofrecer las facilidades necesarias. En virtud de ese derecho de supervisión la Entidad tiene la potestad de aplicar los términos contractuales para que el contratista corrija cualquier desajuste respecto del cumplimiento exacto de las obligaciones pactadas.*»

Por otro lado y en cuanto a nuestro régimen sancionador contractual, le asiste razón a SANZ RUBIALES cuando advierte que no se trata de una potestad propiamente dicha puesto que su ejercicio no corresponde a la Entidad contratante sino que la misma puede ser ejercida solamente por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado- CONSUCODE³⁸.

36. «Art. 17°.- Los contratos de concesión podrán contener cláusulas que estipulen la indemnización a la cual tendrá derecho el concesionario en caso que el Estado suspenda, deje sin efecto o modifique la concesión por causal no establecida en los Artículos 38° y 39° del presente Texto Único Ordenado. Dichas cláusulas indemnizatorias serán garantizadas mediante contrato celebrado entre el Estado y el concesionario, a solicitud de este último. (...)»

«Art. 32°.- El Estado podrá: [...]

d) modificar la concesión cuando ello resulte conveniente de acuerdo al artículo siguiente.»

37. DROMI, ROBERTO. Op. Cit., p. 95.

38. SANZ RUBIALES, INIGO. Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho Peruano, Op. Cit., p. 655.

En lo que atañe a la facultad de la administración de resolver el contrato por incumplimiento en el marco de nuestro ordenamiento de contratos del Estado, no puede tildársele de potestad ni de prerrogativa a la misma debido a que no es exorbitante respecto del campo privado.

Es conveniente señalar en este punto que si bien es cierto el principio del equivalente económico o mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato y la inaplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, no están contenidos en la doctrina como potestades, es conocido que ambas guardan relación directa con la teoría del contrato administrativo sustantivo, por lo tanto son aquí abordadas.

6. MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

El principio del mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato consiste en que al verse afectado un contrato cuyo objeto sea de interés público, por un factor imponderable que rompa el equilibrio entre las expectativas económicas justas del contratista y sus prestaciones, el Estado, en vez de proceder a la resolución por la vía civil de la fuerza mayor, restituye el equilibrio inicial a favor del contratista, subsistiendo la relación contractual.

El instituto es extenso y ha sufrido evoluciones que han terminado en la actualidad por la reparación integral del equilibrio, reconociéndose incluso a favor del contratista el pago del lucro cesante por la aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas en vez de sólo evitar que el negocio sea a pérdida como estaba concebido inicialmente en la sola justificación de tener al contratista como un colaborador de finalidades públicas.

Para el propósito de este trabajo conviene dejar sentado solamente que el principio no está reconocido en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aunque y como hemos sostenido anteriormente, es posible su utilización vía el principio de respeto a la propiedad y el antes acotado de igualdad ante las cargas públicas, principio este último -aunque indirectamente-, se encuentra reconocido en la Constitución³⁹.

39. Véase: LINARES, MARIO. *El Contrato Estatal*. Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2001, pp., 179-200.

Respecto de la normativa sobre concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos el art. 33º del Texto único Ordenado de las Normas con rango de Ley que regulan la entrega de las concesiones, establece que cuando resultara conveniente modificar la concesión, las partes procurarán respetar la naturaleza de ésta, las condiciones económicas, técnicas contractualmente convenidas y el equilibrio financiero para ambas partes.

Si bien es cierto, se encuentra reconocido el derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato, no existe reglamentación que puntualice objetivamente en que consiste: las causales o supuestos habilitantes del instituto, los límites (riesgo empresario), ni el modo de restablecer el equilibrio; situación que va en desmedro de que los particulares cuenten con reglas claras generadoras de confianza. Desde mi punto de vista la teoría reposa no como determina la doctrina clásica, como contrapartida de los poderes de modificación contractual que le asiste al Estado de manera natural en los contratos administrativos ni en el hecho de que siendo el particular contratista un colaborador del Estado en pos de la concretización de fines públicos, deba prestársele ayuda, sino, como ya se ha indicado, en correspondencia al principio constitucional de igualdad y su derivación en la igualdad ante las cargas públicas además del respeto a la propiedad privada.

Al hilo de lo expuesto, preocupa lo establecido por el art. 260º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el cual dispone que en las ampliaciones de plazo por causas no imputables al contratista, solamente le serán reconocidos los gastos generales durante el tiempo en el cual dure la paralización de la obra.⁴⁰ El art. 260º, a diferencia de su similar regulado en el anterior reglamento (art. 156º)⁴¹, restringe indebidamente la compensación que podría corres-

40. Art. 260º.- Efectos de la modificación del plazo contractual.
(...)

En el caso de la ampliación de plazo sea generada por paralización de la obra por causas no atribuibles al contratista, sólo dará lugar al pago de mayores gastos generales debidamente acreditados. (...)

41. Art. 156º.- Efectos de la modificación del plazo contractual.

Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos. (...).

ponderle a los contratistas por una extensión del plazo de ejecución de la obra, siendo claramente inconstitucional.⁴²

7. *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*

En lo concerniente a la inaplicación de la excepción de incumplimiento en los contratos administrativos y por la cual el contratista debe asumir la mora de la administración hasta límites razonables, debiendo continuar con las prestaciones a su cargo; ello puede explicarse en la prestación de servicios públicos o de obra pública pero con asidero en la norma y de forma muy limitada. No sería dable en nuestro medio que los contratistas tengan el deber de soportar incumplimientos indefinidamente, por un período extenso o de hasta cuatro meses como tiene previsto la Ley de Contrataciones de las Administraciones Públicas de España, en la medida que el caso español, es atemperada con el sistema de emisión de certificados de obra, susceptibles de ser instrumentos de garantía y endosables⁴³. Sin embargo, y si bien nuestra normativa no recepciona de forma abierta la prerrogativa; por los efectos y aunque muy limitadamente, lo hace. En efecto, el penúltimo párrafo del art. 256° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado al fijar como plazo para la aprobación de las valorizaciones por el inspector o supervisor y su remisión a la entidad, cinco días contados a partir del primer día hábil del mes siguiente al de la valoración respectiva, y, como plazo del pago de la misma en una fecha no posterior al último día del mismo mes, establece en la praxis un plazo máximo de 30 días para el pago de las valorizaciones sin que en dicho período exista reconocimiento de intereses.

42. Según el art. 260° del Reglamento, un contratista sólo tendría derecho a ser compensado únicamente por los conceptos que no están directamente relacionados con la ejecución de la obra (gastos generales). Sin embargo, puede suceder que un contratista incurra en mayores costos que no están comprendidos dentro de los gastos generales durante el tiempo en que una obra esté paralizada y que en principio, también deberían ser compensados. Si el contratista por instrucciones de la entidad contratante o por algún factor exógeno irresistible e imprevisible más que no torne al objeto en imposible, no pueda retirar durante el tiempo de paralización de la obra los equipos destinados directa y específicamente a la ejecución de la obra, generándose con ello un desequilibrio económico financiero; el contratista, de acuerdo al artículo en cuestión, tendría que soportar el costo de permanencia en obra del equipo y asumir el daño por lucro cesante.

43. BARRIOS ALVAREZ, JUAN y FUGARDO ESTIVILL, JOSÉ MARÍA. *Derechos de crédito derivados de contratos administrativos. Las certificaciones de obra*. Editorial Civitas, Madrid, 1996

8. RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Respecto de nuestro sistema de solución de controversias en la fase de ejecución contractual que versa sobre la aplicación de la conciliación o el arbitraje de derecho sin reserva alguna, es decir sin distinguirse entre actividad estatal indisponible o no a la sede arbitral, debe estarse a que en efecto, si no existen potestades estatales cuya característica esencial estriba en su irrenunciabilidad, entonces todas las actuaciones de la administración resultan arbitrables. Esto que puede parecer anatema no lo es, sin embargo, antes de avocarme al punto del arbitraje es menester hacer una pausa e indicar algunos presupuestos en torno a la conciliación.

8.1. Conciliación

La conciliación como medio de solución de controversias contractuales no es utilizada por resistencia de las autoridades administrativas, quienes temen verse cuestionadas por sus órganos de control debido a que la solución en consenso supone una negociación con el particular y una renuncia a determinados derechos, lo que puede dar lugar a que indebidamente se presuma sobre la base del sólo hecho de haberse arribado a una conciliación, que esta sea el camuflaje de un fraude a la ley o la satisfacción de intereses personales. Se prefiere muchas veces un arbitraje a una solución consensuada y oportuna conveniente a los fines de la administración. ¿No existe acaso mayor responsabilidad administrativa en la omisión de una solución a tiempo que la incertidumbre de un laudo o lo que es peor, cuando es previsible un resultado adverso?.

La solución a la tendencia indicada está dada en primer lugar, por tener conciencia de que una conciliación implica una transacción y que la misma a su vez trae consigo concesiones recíprocas; por los límites que deben marcarse y que no son otros que el respeto a la legalidad y, por último; por la motivación exhaustiva y pormenorizada que posibilite el control de la decisión adoptada, la misma que deberá ser consistente con la realidad, objetivamente fundada, razonable y sobre todo, susceptible de ser comprendida⁴⁴. Al igual que en el arbitraje, como a continuación se verá con algún detalle, no existe limitación respecto a potestades contractuales que como tales serían irrenunciables o indisponi-

44. FERNANDEZ, TOMÁS RAMÓN. *De la arbitrariedad de la Administración*, Editorial Civitas, Madrid, 2002, p. 165.

bles, las prerrogativas públicas otorgadas por la ley pueden ceder luego de practicado un análisis de costo-beneficio del acuerdo a adoptarse.

8.2. Arbitraje de Derecho Administrativo sin materia indisponible

Ahora bien, en lo relativo al arbitraje de Derecho, no existe contradicción entre la admisión en la normativa de contrataciones del Estado, de prerrogativas a favor de la administración por una lado y el arbitraje obligatorio por otro. En primer lugar debe estarse a que como ya se indicara, no se trata de potestades propiamente dichas sino de prerrogativas públicas por lo que en consecuencia no existe entonces materia indisponible, alejándose nuestro modelo de lo que por unanimidad sostiene la doctrina: la indisponibilidad de las materias reguladas por el derecho administrativo y la disponibilidad sólo de cuestiones de índole patrimonial, quedando exceptuada del ámbito arbitral por tanto *«las potestades de imperio y su ejercicio y los deberes públicos y su cumplimiento, por irrenunciables, intransmisibles e imprescriptibles»*⁴⁵.

En nuestro particular caso de solución de controversias, no es que la administración esté renunciando a la vía administrativa en pos de un arbitraje sino que la misma ley que ha otorgado las prerrogativas es la que indica la sede arbitral. Además, ¿de qué indisponibilidad podemos estar hablando en la actualidad si en el nivel de las grandes inversiones es común que los Estados renuncien a no sólo la jurisdicción nacional sino también en gran medida a su normativa? Si en ese nivel es posible renunciar a potestades cediendo si se quiere a las presiones de grandes corporaciones o sino, desde otro punto de vista, otorgando certidumbre y confianza para la importación del capital que nos es escaso, ¿bajo que razones no se podría igualmente renunciar al ejercicio de prerrogativas de forma ejecutoria toda vez que en ese supuesto si conservamos -al menos para los inversionistas nacionales- la aplicación de nuestra normativa pues el arbitraje es de derecho y no de equidad? Por último, no estamos ante el supuesto de renuncia a nada en realidad porque la interpretación unilateral y ejecutoria no ha sido concedida en nuestro ordenamiento de contrataciones del Estado, hecho que se confirma no sólo por la omisión normativa sino por la visión integral del sistema. Si es que existe arbitraje, la contradicción hubiera sido otorgar dicha prerrogativa pública.

45. GONZALES-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO. *El Contrato Administrativo*, CIVITAS, Madrid, 2003, pp. 381 y ss.; SARMIENTO GARCÍA, JORGE H. *El Derecho Público y los Contratos de la Administración* (...). Op. Cit., p. 136.

A pesar de lo indicado hasta aquí no debe desdeñarse que en efecto en atención al logro del objeto del contrato, algunas materias, de forma limitada y debidamente tasadas, debieran ser sino ejecutorias, susceptibles de ser arbitrables sólo en la etapa final del contrato o en el caso de obras públicas, en la etapa de liquidación. En la línea de pensamiento expuesta resulta inconveniente y hasta contradictorio lo dispuesto por el art. 257° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el cual dispone que en el caso de discrepancias respecto de la formulación, aprobación o valorización de los metrados entre el contratista y el inspector o supervisor de la Entidad, estas se resolverán en la etapa de liquidación del contrato, siendo posible iniciar un proceso de conciliación o arbitraje dentro de los quince días hábiles de ocurrida la controversia, sólo si la valorización de la parte en discusión representa un monto superior al cinco por ciento del valor del contrato. Es decir sólo si la controversia es considerable se resolverá de inmediato con la suspensión de la ejecución de la obra, si en cambio es nimia, debe resolverse al final.

Una alternativa a la necesaria ejecutividad de algunos actos administrativos en la ejecución contractual estando en curso un arbitraje, es la referida al otorgamiento de medidas cautelares a favor de la administración, medidas que pueden revertirse obviamente en cuanto se pierda la verosimilitud del derecho invocado.

Por otro lado debe decirse que carece de trascendencia práctica en nuestro ordenamiento, la distinción entre actos administrativos y simples pronunciamientos de la administración, entendiéndose por estos a aquellos en los que ha pesar de haberse practicado el análisis de atribuciones expresas o implícitas no se encuentra soporte para la actuación conforme al principio de legalidad⁴⁶. En efecto, el art. 53° de la Ley de Contrataciones del Estado, al haber señalado la

46. MAIRAL al respecto indica: «Se hace necesario, entonces, distinguir entre los actos administrativos y que los que llamamos meros pronunciamientos administrativos, es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser por sí solos, hábiles para producir aquel resultado. Mientras que a las primeras les alcanza cabalmente la definición de acto administrativo, a las últimas debe serles negado tal carácter, reconociéndoles solamente, y ello en algunas pocas hipótesis, el efecto meramente adjetivo de liberar al particular de una espera adicional para habilitar la vía reparatoria prevista en los arts. 30° al 32° de la Ley de Procedimientos Administrativos». MAIRAL, HÉCTOR A. *Los meros pronunciamientos administrativos*. En: *Derecho Administrativo*, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

obligatoriedad del arbitraje de derecho para la solución de controversias sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, nos releva de dicha distinción. Bastará tan sólo que exista una controversia para que proceda el arbitraje. Ahora bien, esta conclusión en nada incide respecto a que tengan que aplicarse en el caso concreto la regulación específica prevista en el ordenamiento administrativo general o especial según corresponda, recuérdese siempre que el arbitraje es de derecho y este derecho no es otro que el administrativo, siendo aplicables supletoriamente normas y principios del derecho privado que no afecten los fundamentos y principios del derecho administrativo. Cualquier solución civilista que se aparte de las modulaciones de derecho público que recaen sobre los contratos del Estado, no estará exenta de responsabilidad de los arbitros, responsabilidad que por cierto sería exigible del todo si es que la conformación de los tribunales arbitrales respondieran a la exigencia legal de que todos sus miembros sean abogados. No toda *democratización* es positiva.⁴⁷ Por una cuestión de orden, de responsabilidad por la especialización legal de la materia, los tribunales debieran estar constituidos por abogados exclusivamente. Los intereses de las partes no pueden estar librados a la mera intuición o experiencia legal de uno o dos arbitros legos en un tribunal ni a las explicaciones jurídicas que puedan recibir estos de sus pares abogados. Si bien es necesaria la participación multidisciplinaria en los arbitrajes, las que son ajenas al derecho deben hacerse desde las pericias que sean necesarias practicarse. Es imperioso cambiar el esquema actual de conformación de tribunales arbitrales que responde a un estadio ya superado de solución de controversias técnicas en el seno de un organismo público técnico y con un marco legal preponderantemente técnico e incipiente en derecho administrativo, como era el marco del extinto Consejo Superior de Licitaciones y Obras Públicas CONSULCOP y del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP.

El aspecto teleológico de nuestro sistema de solución de controversias no puede perderse de vista. Si el legislador ha optado por la conciliación o el arbitraje es debido a la celeridad y confianza que debe deparar el sistema. Conforme con ello y si bien constituye un avance el haberse dispuesto mediante la Directiva N° 002-2005-CONSUCODE/PRE la publicidad de los laudos pues la medida contribuye al control de la actuación de los arbitros, no debe descuidarse igualmente la ejecución oportuna de estos.

47. KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. *El arbitraje de derecho administrativo. Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en las contrataciones y adquisiciones del Estado*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 119, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 39.

En efecto, además de la judicialización a la que tienden las Entidades vía el recurso de nulidad luego de expedido el laudo, debe agregarse como dificultad para los particulares la ejecución del mismo. Creo que sin perjuicio del estudio respectivo de la normativa actual, debe considerarse el hecho de que los contratistas puedan ofrecer como garantía de fiel cumplimiento de un contrato -al menos en un porcentaje-, las acreencias con el Estado productos de laudos firmes. Ello fortalecería indudablemente al sistema.

9. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como corolario de este trabajo, debe señalarse que el Contrato Administrativo ha sido, como indica unánimemente la doctrina, una categoría de orden pragmático adecuada a un tiempo y lugar, injustificable en su utilización en esta parte del continente en donde lo que menos se necesita es dejar ventanas para la incertidumbre de aquellos que deseen contratar con el Estado o invertir en obras de infraestructura pública. Si bien actualmente encontramos doctrina partidaria del contrato administrativo en la idea de oposición a los contratos privados de la administración como la de ARIÑO ORTIZ⁴⁸ y CASSAGNE⁴⁹, debe decirse que ello en nada remece la doctrina unitaria acorde con el ordenamiento positivo latinoamericano⁵⁰. Las apreciaciones del primero responden a la negación del régimen privado como derecho común de los contratos celebrados por la administración pública en el modelo del *common law* (*Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica*) y en el plano fáctico de Alemania e Italia, países que tradicionalmente han sido considerados como ajenos al contrato administrativo; el autor halla respaldo a sus afirmaciones en la existencia de normas de derecho público o cláusulas específicas exorbitantes del derecho común en dichas realidades.

48. ARIÑO ORTIZ, GASPAREL. *Contrato y Poder Público (...)*. Idem.; Estudio Prólogo Contrato del Estado y «Common Law»(...). Idem.

49. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La Sustantividad del Contrato Administrativo...* Op. Cit.; El Contrato Administrativo. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

50. Con la salvedad de Argentina. Si bien es cierto el régimen de contrataciones de la administración pública de dicho país no establece la dualidad contratos administrativos y contratos privados de la administración, el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley N° 12.008) realiza la distinción al prever dentro de las materias cuyo conocimiento corresponde a los Tribunales en lo Contencioso Administrativo, las controversias «relativas a los contratos administrativos», los mismos que serán, de forma congruente con la jurisprudencia y doctrina imperante, individualizados y distinguidos de los contratos privados de la administración.

Ahora bien, si por una parte en efecto, son necesarias las modulaciones de derecho público en los contratos del Estado y que ello es una realidad generalizada, también por otra debe aceptarse que dicha realidad por sí misma no constituye derecho administrativo sustantivo. Si las modulaciones sobre los contratos del Estado son de uso generalizado, ¿porque ante omisión normativa se asume la misma como vacío y no como voluntad del legislador de mesurar las atribuciones de las autoridades de la administración? Lo último es razonable, sobre todo desde esta parte del continente americano en donde la predictibilidad es lo aconsejable. Lo sostenido por ARIÑO ORTIZ otorga salida -aunque el no lo indique expresamente-, a supuestas potestades implícitas del Estado en la ejecución de sus contratos; es en ese extremo, en el que siempre debe expresarse oposición.

En cuanto a la opinión de Cassagne, si bien participa de la sustantividad del contrato administrativo cuando explica que la regulación sobre el mismo es consecuencia de esa sustantividad⁵¹, es de apreciarse que realiza concesiones a favor de la mesura de las potestades contractuales del Estado por imperio de la ley⁵² y hasta niega enfáticamente la doctrina de las cláusulas exorbitantes implícitas⁵³. Ahora bien, si la tesis sustantivista así expuesta es aceptable ¿Para que entonces enfrascarse en la tarea de formular como concepto identificatorio del contrato administrativo a la función administrativa, causa fin del contrato? Parecería entonces que la sustantividad del contrato administrativo trasciende la regulación positiva, lo cual en efecto reviste peligrosidad para uno de los actuales fines públicos: atraer inversiones⁵⁴.

Nuestro sistema de contratación pública -Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-, viene a ser «exorbitante por defecto» del contrato administrativo argentino tributario del contrato administrativo franco hispano. Con relación al régimen colombiano, se ha-

51. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La sustantividad del Contrato Administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*. En: Revista de Derecho Público. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, N° 9, p. 30; *El Contrato Administrativo*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999.

52. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *La sustantividad del Contrato Administrativo*, Op. Cit., p. 45.

53. CASSAGNE, JUAN CARLOS. *En torno a la categoría del contrato administrativo (Una polémica actual)*. En: *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*, Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2000, p. 24.

54. MAIRAL, HÉCTOR A. *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. Op. Cit., p. 665.

lla más próximo desde la perspectiva unitaria del «Contrato del Estado o Estatal» aunque con la diferencia marcada de la inexistencia de la interpretación unilateral y ejecutoria y el régimen de arbitraje de derecho como obligatorio, encontrándose nuestro sistema más acorde con el régimen internacional imperante en materia de inversiones y con las cláusulas standard de los tratados de integración económico de libre comercio.