

La Contratación Pública y las Medidas Cautelares*

Carlos Carpio Ramírez**

Resumen:

En la presente ponencia, el autor analiza algunos de los problemas que considera más relevantes en la situación actual de la contratación pública en el Perú y en Latinoamérica. A partir de los defectos que presenta la aplicación de Ley de Contrataciones del Estado en el Perú, propone la creación de una nueva instancia que vigile el correcto actuar de las entidades supervisoras de dichas contrataciones.

Palabras clave:

Contratación pública – Medida cautelar – Administrado – Latinoamérica – Ley de Contrataciones del Estado

Abstract:

In the present paper, the author analyses some problems that he considers relevant on the field of the public procurement on Peru and Latin America. Parting from the problems on the application of the Public Procurement Law in Peru, he proposes the installation of a new instance that watches for the right behavior of supervisor entities of public procurement.

Keywords:

Public procurement – Interim measure – Governed – Latin America – Public Procurement Law

Sumario:

1. Introducción – 2. ¿Cómo funciona el régimen de contratación pública en el Perú? – 3. Las medidas cautelares en la contratación pública – 4. Hacia una Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo

* Discurso pronunciado por el Dr. Carlos Carpio Ramírez, en el marco de las Sextas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Administrativo: «El Contencioso Administrativo y los Procesos Constitucionales», realizadas en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, los días 10 al 12 de junio de 2015.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, en el área de Construcción y Contratación con el Estado.

1. Introducción

Lamentablemente, por lo pronto en el Perú, estamos muy distantes de tener un sistema de protección efectivo al administrado contra pronunciamientos disfuncionales en materia de Contratación con el Estado. La mala noticia es que este problema no sólo es privativo de dicha materia sino que también se extiende a otras ramas del Derecho Administrativo.

La triste realidad del administrado –en este caso, el postor o contratista del Estado Peruano– es que está librado a su suerte en un escenario en donde el Derecho Administrativo y el Derecho Contencioso Administrativo lamentablemente no escriben sus páginas más brillantes. Por el contrario, muchas veces por sus normas, por sus autoridades, su lentitud o excesiva formalidad, impiden el reconocimiento efectivo de sus derechos.

Ante ello, y no viendo que las propuestas normativas puedan ser el motor del cambio –porque dependen de personas que no están dispuestas a cambiar– adelanto desde ya que propongo crear una nueva instancia, académica, latinoamericana, que se compre el problema común de todos nuestros países, y que desde su tribuna técnica e imparcial, critique constructivamente, o si fuera el caso, destaque positivamente, aquellos pronunciamientos administrativos o judiciales que se sometan a su consideración, de manera que se cree una «conciencia internacional» irrefrenable que ponga en evidencia ante el mundo que las cosas no caminan bien en un determinado país, disuadiendo al transgresor de la legalidad de continuar con su conducta bajo apercibimiento de ser desacreditado académicamente.

Ese quizás sea el único mecanismo real para empujar el cambio.

Pero eso lo veremos más adelante.

2. ¿Cómo funciona el régimen de contratación pública en el Perú?

Como sucede en muchos países de Latinoamérica, en el Perú la Contratación Pública exige en términos generales, por la cautela debida al Fondo Público, cumplir con rigurosos procedimientos de selección no discriminados de postores, criticados por la mayoría de la ciudadanía por su formalismo exacerbado y culto de procedimientos huecos.

La preocupación por cuidar que no se invierta mal el dinero de todos, ha llevado al legislador a regular hasta la conducta más intrascendente, lo que empantana y dilata cualquier adquisición.

La tragedia es que aun haciéndolo –porque para ello el Perú puede preciarse de contar con una Ley de Contrataciones del Estado particularmente reglamentarista y minuciosa– es que el problema de compras eficaces y justas no se resuelve.

Nuestro problema real en sede administrativa no es de normas sino de personas. Tenemos en términos generales leyes buenas, pero que aplicadas en los casos concretos por el Tribunal de Contrataciones del Estado (que es la última instancia administrativa en estos temas), son en muchos casos letra muerta y lo peor de todo es que no existe una sanción efectiva para los vocales administrativos que la aplican arbitrariamente.

Tres ejemplos concretos me permitirán graficar mejor esta situación: (i) El primero está referido a la institución de la nulidad de oficio; (ii) segundo sobre la retroactividad benigna; y (iii) el tercero es sobre los precedentes administrativos.

2.1 La Nulidad de Oficio

Dice la norma administrativa peruana que «*el Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declarará nulos los actos expedidos...*».

La norma parece bien redactada. Sin embargo, en su aplicación se generan múltiples arbitrariedades.

La primera, la más llamativa, es que pareciera en algunos casos que el Tribunal de Contrataciones del Estado la aplica discrecionalmente cuando quiere o le conviene.

A veces el administrado grita a voces la nulidad en sus escritos pero el Tribunal simplemente hace oídos sordos a ese clamor. Otras veces nadie la invoca, pero el Tribunal la busca bajo las piedras y la declara. También sucede que Tribunal considera que sus efectos son tales que dejan sin efecto todo lo actuado con posterioridad a ella.

A veces sin embargo, rescata de lo nulo determinadas actuaciones del administrado, sustentadas en ese procedimiento nulo, para imputarle alguna infracción e inhabilitarlo para contratar con el Estado.

2.2 La Retroactividad Benigna

En sencillo, la Retroactividad Benigna debe aplicarse cuando opera un cambio en las disposiciones sancionadoras y las nuevas normas son más favorables para el administrado.

El problema en el Perú es que algunas de esas disposiciones fuente son enunciados parcialmente en blanco, por lo que requieren de otra norma de contenido para completar la conducta infractoria.

El Tribunal de Contrataciones del Estado Peruano sostiene, sin embargo, que únicamente resulta aplicable la retroactividad benigna si cambian las normas fuentes y no las normas de contenido. En la práctica, eso supone no aplicar nunca la retroactividad benigna porque la norma fuente, siendo en blanco, no necesita actualizaciones.

Peor aún, sucede que el Tribunal llena de contenido la norma parcialmente en blanco con una de contenido que regula otra conducta distinta a la aludida en términos generales por la norma fuente. Esto lleva naturalmente a una discusión de constitucionalidad o de afectación a Tratados Internacionales, porque no puede en sede sancionadora, castigarse por un tipo no regulado explícitamente en la norma.

Ante el señalamiento de estos vicios, simplemente se responde con argumentos impertinentes. Es la forma cómo se afecta los derechos fundamentales del administrado.

2.3 Los Precedentes Administrativos

En el Perú, el Tribunal de Contrataciones del Estado puede ante dos casos ostensiblemente similares, resolver una cosa hoy y mañana otra y posteriormente todo lo contrario a lo anterior.

Ante el reclamo de trato igual por parte de algún administrado afectado con el criterio más perjudicial, el Tribunal ha respondido que sólo está obligado a respetar los denominados Precedentes de Observancia Obligatoria, que son pronunciamientos que dictan todas las Salas del Tribunal reunidos con dicho propósito.

No estando frente a uno, el Tribunal sostiene que goza de amplia discrecionalidad o facultad para mutar sus posiciones. La predictibilidad queda así por los suelos.

De nada ha valido que haya sido emplazado inclusive judicialmente por el Tribunal Constitucional de la República para que mantenga un criterio uniforme, al margen de si la decisión está contenida o no en un Precedente de Observancia Obligatoria.

Al administrado solo le queda tomar las cosas con resignación.

3. Las medidas cautelares en la contratación pública

Ante este escenario desolador, el postor no tiene otra salida que accionar en la vía judicial,

interponiendo la correspondiente Demanda Contencioso Administrativa, con lo cual paso a abordar la segunda parte del tema a tratar.

Como veremos a continuación, este paso de lo administrativo a lo judicial lamentablemente tampoco supondrá para el postor un cambio en sus expectativas de reconocimiento de sus derechos. Su situación seguirá siendo oscura.

En efecto, en el Perú, como en casi todos los países de Latinoamérica, la sola presentación de la demanda no suspende los efectos del acto impugnado, razón por la cual toma importancia la figura de la Medida Cautelar.

En teoría, la medida cautelar hace compatible las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia consistentes en la celeridad y la ponderación. En sencillo, evitar «lo rápido pero malo» o lo «bueno pero demorado». Se busca así garantizar la eficacia y seriedad de la función jurisdiccional.

En palabras de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Argentina, las medidas cautelares «*son medidas de carácter precautorio, que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva*»¹.

Nuestra legislación, como casi todas las latinoamericanas, también clasifica de diversas maneras las medidas cautelares: típicas o específicas y genéricas; dentro o fuera del proceso; conservativas o no innovativas e innovativas; para futura ejecución forzada, etc.

En todo caso, más allá de los nombres y características, ¿qué distinguen a las medidas cautelares dictadas en el marco del procedimiento contencioso administrativo?

Santiago Fassi ha señalado que a diferencia de lo que sucede entre particulares, en donde se procede con criterio amplio, esto es, a favor del otorgamiento de cautelares para evitar la frustración de los derechos del solicitante, respecto de decisiones contra la Administración Pública «*se ha entendido que la aplicación de medidas precautorias es de carácter excepcional, debido a la presunción de legitimidad de que gozan los actos administrativos, de lo que deriva que el peligro en la demora debe ser grave e irreparable y la prevalencia del interés público cuidadosamente resguardada al decantarla*»².

1 CNCivil, Sala A, 12/1/00. *Di Paolo c. Burstyn y otros*.

2 Gallegos Fedriani, Pablo O., *Las medidas cautelares contar la Administración Pública*, 2° ed., actualizada, Buenos Aires, Ábaco, 2006, p. 63, citando a Fassi, Santiago C. / Yáñez, César D., *Código Procesal Civil y Comercial*, t. II, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 44.

Sobre este último extremo, el interés público, permítanme llamar un momento su atención.

Como se sabe, uno de los requisitos que debe satisfacer toda medida cautelar, es la verosimilitud del Derecho invocado.

En el Perú, ésta característica ha sido mediatizada en los procesos contencioso administrativos, precisamente a la luz del invocado «interés público», para señalarse con ocasión a su análisis, que el juez debe ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada».

En otras palabras, que puede ser el caso que el derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar sea altamente verosímil, pero aún siéndolo, debe además ponderarse si el daño al interés público es mayor que el causado al solicitante. Si así fuera, por más que su derecho sea verosímil debe desestimarse el pedido.

Como resulta claro, con una regla de conducta definida en esos términos, lo natural es que el juez peruano tenga alta reticencia a otorgar medidas cautelares. Ya no importa entonces si la resolución del Tribunal de Contrataciones del Estado fue abiertamente ilegal y atropelló sus derechos como postor, porque como es lógico, siendo los temas de Contratación con el Estado supuestos de interés público, porque a través de estos procesos se adquieren medicinas para los jubilados, se ejecutan carreteras para todos, se contrata seguridad para los penales, y muchos ejemplos más delicados que esos, no se justifica otorgar una medida cautelar que suspenda esas importantes contrataciones. De modo que realísimamente, el postor acudirá a una guerra perdida, porque se ha impuesto legalmente al Juez un criterio de evaluación en desmedro del afectado con la resolución administrativa, por lo pronto tratándose de suspensiones de procesos de selección.

Es verdad que el Tribunal de Contrataciones del Estado también emite resoluciones en otro tipo de procesos: los sancionadores. Se trata de casos muchísimo más graves que un proceso de selección porque de por medio está una sanción de inhabilitación para contratar con el Estado que impide al administrado contratar con ninguna entidad pública por el plazo de la inhabilitación.

Adicionalmente, esa sanción tiene un segundo efecto perverso en el Perú, desde mi punto de vista abiertamente inconstitucional, consistente en impedir por ese mismo plazo, a otras empresas que en nada participaron de la conducta infractoria, estar impedidos de contratar con el Estado por ese

mismo período, por la sola circunstancia de tener accionistas, directores o apoderados comunes con el sancionado. En otras palabras, el Principio de Causalidad barrido por los suelos.

En este escenario, una resolución abiertamente ilegal contra el contratista resulta doblemente afectaria: no sólo lastima al contratista sino a terceros vinculados a él.

Así las cosas, pareciera que en estos casos la regla adicional impuesta al juez para evaluar la verosimilitud del Derecho a la luz del interés público, no debiera afectar el criterio para otorgar la medida cautelar, porque la contratación del Estado no se ve afectada sino únicamente la posibilidad del postor en particular de seguir haciéndolo. Sin embargo, aquí juega un segundo elemento en contra del afectado.

Se trata, además, de un elemento extrajurídico, que no proviene de la norma sino de una práctica del propio Tribunal de Contrataciones del Estado, consistente en publicar todos aquellos casos de medidas cautelares concedidas por los jueces a favor de los postores, a través de lo que ellos han denominado «El Observatorio».

«El Observatorio» en sencillo es un acceso web ubicado en el mismo Portal de OSCE, del cual forma parte el Tribunal, que, según sus propias palabras, tiene por finalidad «resaltar la información en términos objetivos, con el propósito de difundirla en estricto cumplimiento de los Principios de Publicidad y Transparencia, aplicables al uso de los recursos públicos».

En el Observatorio obviamente no se publican las resoluciones del Poder Judicial que en última instancia dieron la razón al administrado dejando sin efecto los pronunciamientos equivocados del Tribunal. En el Observatorio se publican la «Relación de Proveedores con Medidas Cautelares vigentes», publicándose el juzgado que la dictó, el nombre concreto del juez a cargo de ese juzgado, la empresa beneficiaria, el expediente, etc. En otras palabras, una suerte de estigma o reproche velado por haberlo hecho.

Con esa carga psicosocial añadida, el juez contencioso administrativo tiene que lidiar –con ocasión de decidir conceder o no una medida cautelar contra resoluciones de sanción del Tribunal de Contrataciones del Estado– entre su convicción académica y su preocupación de incrementar su nombre en el listado de OSCE; que por cierto se ocupa de predicar públicamente que quienes otorgan cautelares contra su Tribunal, constituyen jueces corruptos, razón por la cual ha solicitado y en efecto se mantienen abiertos contra ellos sendos procesos administrativos

disciplinarios por parte del Órgano de Control de la Magistratura.

Esa es la realidad en el Perú. Por eso, los jueces no han tenido mejor idea para negarse a reconocer la verosimilitud del Derecho en recurrir a la invocación del interés público o en asimilar en la práctica verosimilitud con certeza, lo que constituye una aberración, o negándola también pese a existir pronunciamientos con votos en discordia en el mismo Tribunal, lo que da cuenta innegable de la verosimilitud invocada.

Otro elemento a considerar antes de otorgar la cautelar anhelada, es la contracautela. Sobre este punto, los jueces usualmente la asimilan al monto en discusión. Podrán imaginarse lo que eso significa en temas sancionadores: el monto del valor referencial de lo que se pretende adquirir. Una monstruosidad. En otros casos, como los tributarios, se exige el 60% del monto en disputa. Técnicamente, debiera limitarse a los daños y perjuicios ocasionados con la ejecución de la medida, con lo cual, ante una obligación de pago, esos daños debieran limitarse a los intereses. En el caso sancionador, debiera bastar la contracautela.

Como ustedes comprenderán, en este escenario es francamente un milagro contar con pronunciamientos cautelares contra el Tribunal de Contrataciones del Estado y ya sabemos que si la obtenemos, estaremos en la mira del Observatorio, esa suerte de «Gran Hermano» que todo lo ve, en términos orwellianos.

Por ello, lo previsible es que el administrado tenga que demandar en la vía contencioso administrativa sin contar con una medida cautelar, lo que supone que en el mejor de los casos, si gana el proceso, lo será en 5 años, como mínimo.

En esa oportunidad se dará con la sorpresa que su sentencia no vale para mucho, sea porque la necesidad de la Entidad se cubrió, porque su producto devino con el tiempo en obsoleto tratándose de tecnología o esté vencido tratándose de medicamentos, o que su presupuesto se desactualizó por diminuto. Debido a lo anterior, no tendrá más remedio que accionar por una indemnización por daños y perjuicios sustentada en su sentencia, lo que lo obligará a continuar un proceso judicial por 4 años más, luego de lo cual le responderá el Estado que puede pagar por partes.

Esa es la cruda realidad de la Contratación Pública en sus dos vertientes: administrativa y judicial.

Quien litiga lo hace francamente por principios. Y eso lo saben perfectamente las entidades del Estado.

Qué hacer entonces, Qué hacer si ya sabemos que probablemente las cosas tengan que seguir así y no baste con seguir cambiando la Ley de Contrataciones del Estado (que por cierto acaban de cambiarla introduciéndole mejoras que francamente siguen entorpeciendo las cosas) ni tampoco con cambiar las normas judiciales ni las vinculadas a las medidas cautelares.

4. Hacia una Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo

Ante este escenario casi desolador, que no es privativo de la Contratación Pública, sino que lamentablemente se extiende como una plaga en otras ramas del Derecho Administrativo y que por tanto nos involucra a todos, considero que lo primero, si es que queremos hacer un cambio, es hacer frente a la indiferencia. Es la hora de crear otros mecanismos disuasivos de pronunciamientos disfuncionales.

Lamentablemente, muchos de los jueces en nuestros países, por diversas razones que escapan de las jurídicas y que van desde las de capacitación inadecuada hasta las sociológicas y de corrupción, no pueden hacer frente a las resoluciones disfuncionales. No sólo emplean mal las armas que los académicos les entregan a través de la interpretación que de ellos hacen los legisladores, sino que viven el día a día con la preocupación constante de ser observados y procesados por las resoluciones que dictan.

En este punto, como anunciara al inicio de mi exposición, propongo que así como OSCE tiene su «Observatorio», la ciudadanía también se ocupe de vigilar las resoluciones de los Tribunales Administrativos de los países latinoamericanos.

Tengamos una nueva instancia, pero esta vez no administrativa ni judicial, sino verdaderamente imparcial, académica, latinoamericana para que no se diga que se trata de una visión interesada de los postores de cada país, que critique constructivamente aquellos pronunciamientos administrativos o judiciales que se sometan a su consideración, sea cual sea su país de origen, siempre que sea latinoamericano.

Por lo demás, es garantía constitucional la crítica a las resoluciones.

Este puede ser el único medio efectivo de disuasión contra resoluciones disfuncionales. El estigma social de saberse analizado por los ojos de conocedores que ningún compromiso tienen con los afectados. Que sólo responden a su prestigio profesional bien ganado en el mundo. Una suerte de «Academia Latinoamericana de Derecho Administrativo».

Esta propuesta no es del todo innovadora. Ya existe en el medio fiscal una entidad con funciones parecidas. La Asociación Fiscal Internacional cuenta con Relatores Generales que, en el marco de Jornadas puntuales y alimentados por ponencias individuales de personas elegidas por cada país, abordan determinados puntos de Derecho y llegan a conclusiones que son válidas para los países que participaron en ellas. Esos criterios son muchas veces invocados en procesos administrativos fiscales y son particularmente ilustrativos para marcar el derrotero correcto de la forma cómo tiene que interpretarse el Derecho Tributario.

Si en el plano fiscal nuestros colegas ya tienen un mecanismo sano de control o de interpretación de normas, ¿por qué no tenerlo en el plano de la Contratación Pública? Estoy totalmente convencido que muchos académicos de los diferentes países latinoamericanos confirman en

su interior la misma tragedia en sus respectivos ordenamientos.

En Colombia y en España se han creado también Observatorios, que son auspiciados básicamente por universidades, empresas y también por cierto, por el Estado, pero no únicamente por éste último, como sucede en el Perú con el sesgo que ello conlleva.

La diferencia de esas experiencias respecto al caso que propongo, es que el nuestro estaría conformado por los más destacados juristas de Latinoamérica, en una suerte de Gran Tribunal de Honor de análisis imparcial de jurisprudencia de sus países miembros. Es aprovechar la fuerza y talento del grupo de juristas para algo realmente comprometido con sus países. Es entonces hora de la acción.

Como decía Edmund Burke, **«todo lo necesario para el triunfo del mal es que los hombres de bien no hagan nada»**. Me niego a actualizar esta frase un día más. 🇵🇪