

# El Carácter Vinculante de las Opiniones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Billy Franco Arias\*

## Resumen:

En la primera parte de este artículo se describe el régimen normativo que regula la emisión de opiniones por parte del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en el Perú. En la segunda, se recogen una serie de elementos interpretativos del carácter vinculante que el legislador nacional le ha dado a esas opiniones. La tercera hace una revisión de las características con que la doctrina define a la Función Administrativa Consultiva. Y en la cuarta, finalmente, se propone una interpretación del sentido y alcance del carácter vinculante de las opiniones, con especial énfasis en su aplicación durante las diversas etapas de la contratación pública en el Perú.

## Palabras clave:

Contratación pública – Fuente del procedimiento administrativo – Función administrativa consultiva – Opiniones – Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado – Potestad Pública – Arbitraje

## Abstract:

In the first part of this essay, the author describes the regulatory regime governing the issuance of opinions by the Supervising Agency of the Government Procurement (OSCE) in Peru. In the second, there is a series of interpretative elements of the binding nature of opinions of OSCE that were provided by the legislature and that institution. The third is a review of the doctrinarian characteristics that defined the institution of the Administrative Advisory Service. And finally, in the fourth part, the author proposes an interpretation of the meaning and scope of the binding nature of opinions of OSCE, with focus on their application across the various stages of government procurement in Peru.

## Keywords:

Government Procurement – Source of Administrative Procedure – Advisory Function of Administration – Opinions – Supervising Agency of the Government Procurement – Public Authority – Arbitration

## Sumario:

1. Introducción – 2. Breve descripción del régimen de las opiniones emitidas por el OSCE – 3. Insumos elementales para la significación del carácter vinculante de las opiniones del OSCE. 4. Breve revisión de la doctrina relativa a la Función Administrativa Consultiva – 5. Las opiniones del OSCE, la Función Administrativa Consultiva y el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – 6. Reflexiones finales

\* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado asociado de Pizarro, Botto & Escobar Abogados

## 1. Introducción

Quien está familiarizado con el patrocinio legal de los actores de la contratación pública en nuestro país seguramente se ha animado a recurrir o ha cuestionado la referencia a las opiniones que emite el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado sobre una diversa multiplicidad de aspectos propios de la normativa que regula este sector de nuestra economía. De un tiempo a esta parte, estas opiniones (contrariando el carácter asociado al significado ordinario de esta palabra) han pasado a gozar de la condición de *vinculante*, lo cual las ha transformado de un factor muy importante en la dilucidación de las controversias derivadas de los contratos celebrados entre entidades administrativas y contratistas particulares. El presente artículo tiene por objetivo indagar en qué implicancias teóricas y prácticas tiene que una opinión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado sea vinculante, sobre todo en relación a las etapas de la contratación pública tal como está regulada en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y los distintos mecanismos de solución de sus vicisitudes que se prevé según cada una de esas etapas.

## 2. Breve descripción del régimen de las opiniones emitidas por el OSCE

Dentro de las diversas funciones con que cuenta el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) se encuentra la emisión de opiniones sobre el sentido y alcance de las normas de contratación pública en nuestro país, tanto a solicitud de entidades públicas como de miembros de la sociedad civil en general.

El origen de esta función del OSCE se encuentra en el literal j) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley)<sup>1</sup>, en el cual se establece que este organismo absuelve consultas sobre materias de su competencia. Y son, a su turno, la Segunda y Tercera Disposiciones Complementarias Finales del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento)<sup>2</sup> las que precisan que las consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado, formuladas de acuerdo a las especificaciones establecidas en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE (en adelante, el TUPA-OSCE)<sup>3</sup>,

son respondidas a través de documentos denominados: «Opiniones», las cuales son difundidas a través portal institucional del OSCE.

Dentro del organigrama del OSCE, es a la Dirección Técnico Normativa a la que específicamente debe solicitarse la emisión de una Opinión, tal como lo prevén los numerales 86 y 87 del TUPA-OSCE. Si nos preguntamos por la finalidad de esta dirección, debemos revisar el artículo 47 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE (ROF-OSCE)<sup>4</sup>, en el cual se explica que su propósito es establecer los criterios técnicos legales sobre la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, elaborar los proyectos normativos referidos a la aplicación de dicha normativa, así como brindar asesoría de carácter técnico legal y desarrollar las actividades referentes a la difusión y capacitación en el marco de la contratación pública.

En la emisión de las Opiniones no interviene ningún otro órgano del OSCE. En efecto, estas son emitidas directamente por el Director Técnico Normativo, sea que se trate de una consulta técnico-legal de algún órgano del propio OSCE, o de otras entidades, proveedores o usuarios en general; limitándose la referida dirección únicamente a dar cuenta de ellas a la Alta Dirección del OSCE; todo ello de conformidad a los literales a) y b) del artículo 48 del ROF-OSCE.

Por otro lado, si bien el TUPA-OSCE trata en forma independiente los trámites de este tipo iniciados por entidades públicas respecto a los iniciados por el sector privado y la sociedad civil en general, lo cierto es que la única distinción se encuentra en su carácter oneroso o gratuito: mientras los sujetos privados deben pagar una tasa como requisito para que su solicitud sea absuelta, las entidades no tienen que hacerlo, de conformidad al literal i) del artículo 58 de la Ley y los numerales 86 y 87 del TUPA-OSCE.

Sean solicitadas por privados o para entidades públicas, no obstante, OSCE concibe de la misma forma el propósito y alcance de los criterios que establece en sus Opiniones. De esta manera, si uno revisa el texto de estas se encontrará con que invariablemente, en su introducción, la Dirección Técnico Normativa del OSCE siempre advierte que las Opiniones son emitidas sobre temas genéricos y que, por definición, no pueden considerarse referidas a casos particulares<sup>5</sup>.

1 Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, modificado por la Ley N° 29873.

2 Aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

3 Cuyo Texto Único de Procedimientos Administrativos fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 178-2013-EF, vigente desde el 17 de enero de 2014. Visto en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Adecuaci%C3%B3n%20de%20Texto%20C3%9Anico%20de%20Procedimientos%20Administrativos%20TUPA%202015.pdf> [Visitado en 20.06.2015.]

4 Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, modificado mediante Decreto Supremo N° 006-2014-EF.

5 «Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí,

Pero probablemente el aspecto más llamativo de las Opiniones es que, de acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE; siendo que el criterio establecido en una Opinión seguirá siendo vinculante hasta que no sea modificado a través de una Opinión posterior, debidamente sustentada, o por normal legal.

Pero, ¿qué significa que sea vinculante? En la siguiente sección nos ocuparemos de reseñar brevemente el sentido y alcances de esta disposición normativa para quienes la introdujeron al régimen de las contrataciones públicas y el propio OSCE.

### 3. Insumos elementales para la significación del carácter vinculante de las opiniones del OSCE

Las Opiniones del OSCE adquirieron carácter vinculante con la modificación operada al Reglamento a través del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado el 7 de agosto de 2012<sup>6</sup>, el cual amplió y modificó el texto de su Tercera Disposición Complementaria Final. Antes de ella, ese acápite establecía únicamente que las resoluciones y pronunciamientos del OSCE en las materias de su competencia tenían validez y constituyen precedente administrativo, siendo de cumplimiento obligatorio.

Luego del cambio normativo referido, la disposición pasó a ser dividida en dos párrafos, el primero dedicado a las Opiniones (en el sentido explicado previamente) y el segundo a los Pronunciamientos<sup>7</sup>. Ni antes ni después se asoció a las Opiniones con la institución del Precedente Administrativo.

En general, las modificaciones operadas por medio del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, de acuerdo a lo señalado en su Exposición de Motivos, tuvieron como objetivo:

*«[...] aclarar, sistematizar y agilizar los procedimientos de contratación contenidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con la finalidad de mejorar y optimizar las contrataciones, reducir actos de*

*corrupción, promover la especialización, generar predictibilidad en las distintas instancias OSCE, entre otros procedimientos que contribuirán a la transparencia, mayor competencia y oportunidad de la contratación pública.» (El subrayado es nuestro.)*

La Exposición de Motivos se refiere también específicamente al cambio efectuado en relación al alcance y eficacia de las Opiniones del OSCE, en los siguientes términos:

*«Por su parte, en la Tercera Disposición Complementaria Final se ha precisado que las opiniones que emite el OSCE absolviendo consultas tienen carácter vinculante, pues recogen los criterios técnico legales establecidos por el organismo competente en materia de contrataciones del Estado, tal como se ha precisado en la Opinión N° 084-2011/DTN, teniendo en consideración las normas generales de Derecho Público, como la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Esta disposición contribuye a la predictibilidad al momento de resolver.» (El subrayado es nuestro.)*

El pasaje citado hace referencia a la Opinión N° 084-2011/DTN del 4 de octubre de 2011<sup>8</sup>. Sin perjuicio de que se trata evidentemente de una Opinión emitida evidentemente con carácter previo a la entrada en vigencia del actual régimen de emisión de Opiniones del OSCE, corresponde recordar que en ella, frente a la pregunta de qué tipo de validez legal tendrían las Opiniones emitidas por el OSCE, se afirmó lo siguiente:

*«[...] en las opiniones que emite el OSCE a efectos de absolver las consultas formuladas por los usuarios del sistema de contratación estatal, [este organismo] puede explicar la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, interpretar las disposiciones de dicha normativa o, incluso, integrar sus disposiciones para salvar vacíos o lagunas legales; según corresponda a la formulación de la consulta.*

*No obstante, independientemente de si en una opinión el OSCE explica, interpreta o integra las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, los criterios que emita el OSCE a través de las opiniones deben ser observados por los*

*sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal i) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la «Ley»), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el «Reglamento»).*

*En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.»*

Tomado de la Opinión N° 042-2015/DTN. Visto en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/144>. [Visitado en: 20.06.2015.]

6 En virtud de lo establecido en el artículo 5 del Decreto Supremo N° 138-2012-EF, este entró en vigencia treinta (30) días hábiles después de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

7 Respecto a estos últimos, se ratificó que constituían precedentes administrativos cuando así lo establecieran y que los criterios interpretativos establecidos en ellos conservarían su vigencia mientras no fueran modificados mediante otro Pronunciamiento posterior, debidamente sustentando, o por norma legal.

8 Visto en: <http://portal.osce.gob.pe/osce/node/144>. [Visitado en: 20.06.2015.]

*operadores de dicha normativa al momento de aplicarla, pues constituyen el criterio emitido por el organismo competente en materia de contrataciones del Estado.» (El subrayado es nuestro.)*

Posteriormente, con el fin de difundir los términos del cambio operado en la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, la Presidencia Ejecutiva del OSCE emitió el Comunicado N° 014-2012-OSCE/PRE en diciembre de 2012<sup>9</sup>. A través suyo, se nos recordó «*al público en general*» lo que establecía ahora la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento sobre las Opiniones y los Pronunciamientos y concluyó manifestando lo siguiente:

*«2. En vista de lo señalado, se recomienda la revisión de los documentos antes referidos para conocer los criterios establecidos por el OSCE sobre aspectos vinculados a la aplicación de la normativa de contrataciones públicas.» (El subrayado es nuestro.)*

Sin embargo, una medida tomada por el OSCE luego de efectuado este cambio normativo todavía más significativa para la elucidación no solo de carácter vinculante de las Opiniones sino de su naturaleza en general, fue la constituida por la incorporación en el TUPA-OSCE que entró en vigencia el 17 de enero de 2014, en sus numerales 86 y 87, de una referencia adicional a la base normativa correspondiente a la solicitud de emisión de Opiniones, sea por parte de entidades públicas o el sector privado o la sociedad civil: el numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444), el cual establece lo siguiente:

*«Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo*

*[...]*

*2. Son fuentes del procedimiento administrativo:*

*[...]*

*2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas.*

*[...]*»

Tal como precisa HUAPAYA<sup>10</sup>, las fuentes del procedimiento administrativo se clasifican en a) Fuentes de Jerarquía Normativa y b) Fuentes de Integración. Entre las primeras se encuentran las disposiciones constitucionales, los tratados y convenios internacionales incorporados al ordenamiento jurídico nacional, las leyes y disposiciones de jerarquía equivalente y los reglamentos, las cuales mantienen entre sí una relación de jerarquía, en el orden señalado.

Por su parte, las Fuentes de Integración están constituidas por la jurisprudencia jurisdiccional que interpreta disposiciones administrativas, los precedentes administrativos, los pronunciamientos administrativos interpretativos de carácter vinculante y los principios generales del Derecho Administrativo; todos los cuales, según establece el numeral 3 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444, «*sirven para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento positivo al cual se refieren.*»

En efecto, estas últimas, entre las cuales se encuentra la fuente a la que se refiere el numeral 2.9 del artículo citado, no responden, según nos explica MORÓN<sup>11</sup>, a un criterio de jerarquía respecto a las del primer grupo sino que se adhieren en jerarquía a la fuente normativa a la cual se refieren. De tal modo que (para poner un ejemplo ofrecido por el mismo autor), «*si se trata de la absolución de una consulta que interpreta un reglamento, tal será su jerarquía.*»

Ahora bien, para comprender cabalmente cuál es el sentido y alcances del carácter vinculante de las Opiniones resulta fundamental comprender a qué tipo de fuente se hace referencia en el numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Y es esa tarea a la que nos abocaremos en la sección posterior.

#### **4. Breve revisión de la doctrina relativa a la Función Administrativa Consultiva**

Tanto MORÓN<sup>12</sup> como HUAPAYA<sup>13</sup>, GUZMÁN NAPURÍ<sup>14</sup> y BACACORZO<sup>15</sup> han identificado los pronunciamientos a los que se refiere el numeral citado con una manifestación de la Función Administrativa Consultiva. Esta no es otra que aquella actividad administrativa que, en

9 Visto en: [http://www.institutoceace.org/Comunicado\\_014\\_OPINIONES\\_SON\\_VINCULANTES.pdf](http://www.institutoceace.org/Comunicado_014_OPINIONES_SON_VINCULANTES.pdf). [Visitado en: 20.06.2015.]

10 HUAPAYA TAPIA, Ramón. «El Artículo V de la Ley del Procedimiento Administrativo General o el Derecho Administrativo como Ordenamiento Jurídico». En: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444 – Segunda Parte. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, prologuista (Lima, ARA Editores, 2003), 118.

11 MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima, Gaceta Jurídica, 2005), 94.

12 MORÓN, Comentarios, 94.

13 HUAPAYA, El Artículo V, 124.

14 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Tratado de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo, (Lima, Ediciones Caballero Bustamante, 2011), 106.

15 BACACORZO, Gustavo. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima, Gaceta Jurídica, 2001), 43.

palabras de DROMI<sup>16</sup>, «es desplegada por órganos competentes que, por medio de dictámenes, informes, opiniones y pareceres técnico-jurídicos, asesoran a los órganos que ejercen la Función Administrativa Activa, facilitándoles elementos de juicio para la preparación y formación de la voluntad administrativa.»

En efecto, en la línea de lo explicado por BARRA<sup>17</sup>, los dictámenes (término que identifica al producto por antonomasia de la Función Administrativa Consultiva) sirven cognoscitiva y valorativamente al acto decisorio para el que se emiten en forma exclusiva, dentro de un procedimiento decisorio concreto, el cual resulta en la expedición de un acto administrativo<sup>18</sup>. Esto los hace, como concluye DROMI<sup>19</sup>, actos meramente preparatorios de la voluntad administrativa.

Sea que sean llamados actos de trámite<sup>20</sup>, simples actos de la Administración<sup>21</sup> o actos no jurídicos de la Administración<sup>22</sup>, lo cierto es que nos encontramos frente a productos intelectuales que, si bien pueden ser expresión de relaciones inter-orgánicas de la Administración<sup>23</sup>, carecen de efectos directos sobre el exterior de la organización pública<sup>24</sup>, es decir, sobre los administrados.

Esto último implica, tal como explica PARADA, que no se consideran actos impugnables en sí mismos, pudiendo únicamente ser valorados como uno de los presupuestos de la resolución final del procedimiento, que es realmente la manifestación de voluntad del órgano administrativo y el verdadero objeto de los recursos administrativos o judiciales que se considere oportuno interponer. Este principio de concentración procedimental permite que, a través de la impugnación de la resolución final del procedimiento, se pueda plantear toda discrepancia que se tenga sobre la legalidad de cada uno de los actos de trámite que se llevaron a cabo en el curso del respectivo

procedimiento, conforme lo explican GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ.

Atados como están a la resolución final de un determinado procedimiento administrativo, incorporados al correspondiente expediente como un acto propio de su fase instructiva<sup>25</sup>, resulta lógico que DROMI<sup>26</sup> identifique como uno de los principios jurídicos propios de los dictámenes que se tratan de opiniones para un caso concreto, esto es, para un caso particular y que no pueden emitirse en abstracto ni para casos hipotéticos. Lo que no obsta que, según sostiene BARRA<sup>27</sup>, la sucesión de dictámenes sobre materias y con límites comparables dé lugar a una suerte de «jurisprudencia consultiva» que, según su punto de vista, deberá ser considerada tanto por el propio órgano de producción del dictamen como por aquel que deberá emitir la decisión, e incluso por el administrado a quien la decisión se dirige, representando para este último un dato de previsibilidad que, no obstante, estaría sujeto a corrección a través del respectivo juicio de conocimiento.

En este contexto, ¿en qué sentido un dictamen puede ser vinculante? Coinciden BARRA<sup>28</sup>, CASSAGNE<sup>29</sup> y PARADA<sup>30</sup> en que los dictámenes, en cuanto expresión de la Función Administrativa Consultiva, son en principio no vinculantes. Cuando lo son es en virtud de una previsión normativa expresada en ese sentido, que obliga al órgano decisor a conformar, en palabras de DROMI<sup>31</sup>, la voluntad administrativa con las conclusiones del dictamen (aunque siempre dentro de los límites de la consulta que originó el dictamen mismo, precisa BARRA<sup>32</sup>), de manera que apartarse de ellas vicia de nulidad el acto administrativo dictado en su consecuencia.

Tanto PARADA<sup>33</sup> como ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA<sup>34</sup> identifican a los dictámenes vinculantes

16 DROMI, Roberto. Derecho Administrativo – Tomo I (Lima, Gaceta Jurídica, 2005), 241.

17 BARRA, Rodolfo. Administración y Actividad Consultiva, 542. Visto en: <http://www.rodolfobarra.com.ar/wp-content/uploads/2011/11/Administracion-y-actividad-consultiva1.pdf>. [Visitado en: 20.06.2015.]

18 BARRA, Administración, 533.

19 DROMI, Derecho, 438.

20 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón FERNANDEZ. Curso de Derecho Administrativo – Tomo I (Madrid, Editorial Civitas, 1998), 300 y siguientes.

21 DROMI, Derecho, 438.

22 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas – Tomo 8, 215-126. Visto en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo8/capitulo07.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo07.pdf). [Visitado en: 20.06.2015.]

23 CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo – Tomo I (Lima, Palestra Editores, 2010), 245.

24 BARRA, Administración, 537.

25 ESCUSOL BARRA, Eladio y José RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. Derecho Procesal Administrativo. Procedimiento Administrativo y Proceso ante los Tribunales Contencioso-Administrativos (Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1995), 136.

26 DROMI, Derecho, 440.

27 BARRA, Administración, 543.

28 BARRA, Administración, 547.

29 CASSAGNE, Derecho, 248.

30 PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I – Parte General (Madrid, Marcial Pons, 2007), 222.

31 DROMI, Derecho, 446.

32 BARRA, Administración, 547.

33 PARADA, 222.

34 ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA, Derecho, 137.

como supuestos de competencia compartida, porque el órgano decisor está obligado a resolver en el sentido propuesto por el órgano consultivo. Esto es criticado abiertamente por DROMI<sup>35</sup>, quien manifiesta que no puede aceptarse que los órganos activos deban ceñirse estrictamente a los pareceres de los cuerpos consultivos, porque nos enfrentaríamos a un supuesto de sustitución de la voluntad del órgano ejecutivo por la del órgano consultivo, a pesar de que solo el primero tiene competencia para decidir.

BARRA<sup>36</sup> va más allá que DROMI y sostiene que es dudoso que un dictamen vinculante sea siquiera un dictamen (entendido como estricta expresión de la Función Administrativa Consultiva) porque dejaría de ser un «parecer» para transformarse en un verdadero y propio «acto presupuesto» pero, en este caso, determinante de la causa del acto resolutorio y su objeto, suprimiendo toda competencia valorativa por parte del órgano emisor del acto decisorio.

Sea como fuere, en lo que estos tratadistas están de acuerdo es que la vinculatoriedad de los dictámenes se restringe únicamente al órgano que emitirá el acto administrativo a cuyo servicio se abocan. En la medida que, siguiendo a GORDILLO<sup>37</sup>, los efectos jurídicos de los dictámenes, por definición, no alcanzan a los administrados sino a través del acto decisorio que se conforma con ellos, es claro que no tiene sentido si quiera discutir si estos efectos serán de naturaleza vinculante o no para los administrados<sup>38</sup>.

Finalmente, ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA<sup>39</sup> precisan que, sea cualquiera la decisión recogida en el acto administrativo correspondiente (conforme al dictamen vinculante que se hubiera emitido al efecto), en ningún caso esta resolución supone vinculación alguna para el órgano judicial en el caso de que se interponga contra el acto resolutorio una demanda contencioso administrativa.

## **5. Las opiniones del OSCE, la Función Administrativa Consultiva y el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444**

### **5.1 Un intento de conciliación entre la noción de Función Administrativa Consultiva y las disposiciones normativas nacionales aplicables al régimen de las opiniones del OSCE**

Tal como explicamos previamente, las Opiniones que emite OSCE tienen carácter vinculante porque así lo ha establecido el Reglamento, en su Tercera Disposición Complementaria Final. Lo que el Reglamento no ha hecho es determinar los alcances de esa vinculatoriedad. O dicho de forma más específica, no ha precisado de qué forma, en qué contexto y quiénes están sujetos a una obligación efectiva en virtud de estas Opiniones.

Como se recuerda, las Opiniones constituyen para el propio OSCE una fuente del procedimiento administrativo; concretamente, la identificada en el numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y, en este sentido, un tipo de pronunciamiento de la Administración Consultiva, en la concepción que de ese numeral comparten MORÓN, HUAPAYA, GUZMÁN NAPURÍ y BACACORZO.

Dado que nos encontramos también frente a una Fuente de Integración y, como tal, esta se adhiere a la jerarquía de la Fuente Normativa a la que se refiera, en este caso el carácter vinculante de las Opiniones del OSCE se traduce en que si una interpreta una disposición de la Ley, adoptará una jerarquía legal; y si interpreta una disposición del Reglamento, adoptará una jerarquía reglamentaria.

Si partimos de la premisa que las Opiniones del OSCE son expresión típica de la Función Administrativa Consultiva, tendremos que concluir que las Opiniones del OSCE solo son vinculantes al interior de un procedimiento administrativo

35 DROMI, Derecho, 445.

36 BARRA, Administración, 547.

37 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas – Tomo 8, 215-126. Visto en: [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo3/capitulo2.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo2.pdf). [Visitado en: 20.06.2015.]

38 Ciertamente, esta conclusión podría considerarse en cuestión si tomamos en cuenta el caso del Régimen Optativo de Consultas al Administrador Federal de la Administración Federal de Ingresos Públicos de la República Argentina, creado a través de la Resolución General N° 49/97. En efecto, explica DROMI que se trata de las consultas técnico-legales objeto de este régimen surten efectos vinculantes tanto para la Administración Federal de Ingresos Públicos como para sus consultantes (fundamentalmente, los contribuyentes y responsables de los impuestos y recursos sociales de la Seguridad Social a su cargo). Dromi, Derecho, 446. Sin embargo, el efecto vinculante en este caso no deja de circunscribirse a un procedimiento administrativo en particular dado que el artículo 1 de la Resolución General N° 49/97 establece que la consulta y su respectiva respuesta vincularán exclusivamente a las partes y con relación al caso estrictamente consultado, sin que sus alcances puedan ser invocados por terceros ni extenderse a otros supuestos iguales o similares.

39 ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA, Derecho, 140.

determinado y, fundamentalmente, para las entidades administrativas, en la medida que su papel por definición es conformar el alcance y sentido del acto resolutorio en que el referido procedimiento concluirá.

MORÓN<sup>40</sup> y HUAPAYA<sup>41</sup> parecen coincidir en este entendimiento, al precisar que dicha característica vinculante hace que el receptor, al decidir el asunto en trámite, deba sujetarse a dicho pronunciamiento vinculante, quedando imposibilitado de apartarse o cuestionarlo, remarcando el segundo que en países tales como España y Argentina, la Administración Consultiva tiene una importancia decisiva en la adopción de decisiones administrativas<sup>42</sup>.

No ignoramos que concluir que las Opiniones solo son vinculantes al interior de un procedimiento administrativo determinado parece, en principio, no ser conciliable con la declaración que hace la propia OSCE en cada una de sus Opiniones, en el sentido de que estas únicamente son respuestas a consultas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de manera que sus conclusiones no se encuentran ligadas necesariamente a situación particular alguna. Pero ello solo quiere decir que las Opiniones no son dictámenes ad hoc (por eso señalan que no están ligadas *necesariamente* a una situación en particular) y que, antes bien, pueden ser incorporados a un número ilimitado de procedimientos administrativos cuando así resulte pertinente, precisamente porque se pronuncian sobre el sentido y alcance de normas jurídicas y la utilidad de sus conclusiones no se reduce a una situación particular.

Lo anterior parece contradecir directamente a DROMI<sup>43</sup> cuando afirma que los dictámenes constituyen opiniones para un caso concreto. Sin embargo, hay que recordar que este mismo autor, a pesar de sus críticas a la posibilidad de que un dictamen por definición *consultivo* sea al mismo tiempo *vinculante*, no desconoce la naturaleza de expresión de Facultad Administrativa Consultiva de los dictámenes vinculantes porque el ordenamiento jurídico argentino prevé expresamente su existencia. Esto demuestra que

el análisis del régimen de una institución como el dictamen (llámesele así o también parecer u opinión, indistintamente) no puede hacerse de espaldas a las características que el legislador ha decidido darle al dictamen en un ordenamiento jurídico determinado. De manera que, así como la doctrina coincide que un dictamen solo es vinculante cuando una norma jurídica lo establece expresamente, de la misma forma deberemos buscar en una fuente de este tipo el origen de la posibilidad de que un dictamen puede constituir la respuesta a una consulta sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos.

El OSCE identifica a esa fuente con el literal i) del artículo 58 de la Ley y la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento. Esta última señala que la formulación de las consultas debe efectuarse conforme a los requisitos establecidos en el TUPA-OSCE. Y en TUPA-OSCE, en sus numerales 86 y 87 (indistintamente), exige que la consulta deba ser genérica, no pudiendo mencionarse ni aludirse asuntos específicos o concretos.

Por otro lado, si bien una Opinión del OSCE no restringe sus efectos a un procedimiento administrativo en particular en virtud a que así lo quiso el legislador nacional, ¿puede afirmarse que alcanza únicamente a la entidad administrativa y no al administrado? Tal como expusimos en la sección anterior, típicamente los dictámenes no alcanzan directamente a todos los sujetos del procedimiento administrativo sino únicamente a la entidad administrativa, en cuanto sujeto que ejerce la Función Administrativa Activa (es decir, emisor de un acto decisorio); siendo el administrado alcanzado únicamente por los efectos del acto administrativo que se emita al concluirse el procedimiento en cuestión.

En este punto no podemos pasar por alto que la Opinión N° 084-2011/DTN (antecedente del cambio normativo que dio carácter vinculante a las Opiniones del OSCE) identifica en general a los operadores de las normas de contrataciones del Estado como los sujetos que deberán observar los criterios establecidos en las Opiniones del OSCE;

40 MORÓN, Comentarios, 94.

41 HUAPAYA, El Artículo V, 125.

42 HUAPAYA, El Artículo V, 124.

En la misma línea se encuentra ZEGARRA, quien (al comentar el numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444) destaca que se trata de criterios interpretativos que comúnmente se aplican al interior de la propia entidad que los produce, constituyen una especial de criterio institucional o interpretación oficial de la referida entidad:

«Teniendo en cuenta que determinadas entidades están facultadas para realizar absolución de consultas respecto de la interpretación de normas administrativas, cuya aplicación práctica tiene muchas veces lugar en la propia entidad, la norma objeto de comentario considera que tales pronunciamientos constituyen también fuentes del procedimiento administrativo, toda vez que implican una forma de interpretación «oficial» o criterio institucional que se tiene en cuenta al cumplir lo prescrito por alguna norma administrativa.»

ZEGARRA GUZMÁN, Óscar. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Análisis de la Ley N° 27444 (Lima, Editorial Gráfica Horizonte, 2001), 37.

43 DROMI, Derecho, 440.

o que el Comunicado N° 014-2012-OSCE/PRE del OSCE de diciembre de 2012, que nos recordó el nuevo carácter vinculante de las Opiniones, fue dirigido al público en general; o que HUAPAYA<sup>44</sup>, refiriéndose en general a las Fuente de Integración del procedimiento administrativo (género del que toman parte las Opiniones del OSCE en virtud de su subsunción en el supuesto del numeral 2.9 del artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444), afirma sobre estas fuentes que:

*«[...] tienen una enorme importancia práctica, en la medida que orientan la interpretación que los operadores jurídicos del Derecho Administrativo realicen en la aplicación práctica de sus instituciones al interior de un procedimiento administrativo»; y que «[...] tienen una intención manifiesta del legislador, que radica en la importancia de las mismas para la formación de los criterios interpretativos que realicen los operadores jurídicos de las normas administrativas». (El subrayado es nuestro.)*

Y, por si fuera poco, a todo esto hay que sumar el hecho de que las consultas al OSCE las puedan hacer también directamente los particulares, en virtud de lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento, imponiéndoseles inclusive un requisito especial consistente en el pago de una tasa (tal como se puede apreciar en el numeral 87 del TUPA-OSCE).

Lo cierto es que esto no desvirtúa que las Opiniones, tal como otras manifestaciones de la Función Administrativa Consultiva, tengan como destinatario final a la entidad administrativa. En la medida que es el acto administrativo que emite la entidad el que resulta susceptible de generar efectos en la esfera jurídica del administrado, aquel que esté interesado en que OSCE oriente a la entidad que emitirá un acto decisorio cuyos efectos se desplegarán sobre él, pagará la tasa y, una vez absuelta su consulta, le presentará la Opinión emitida a la entidad en cuestión, o la referenciará al portal institucional del OSCE para que conforme el sentido de su decisión a las conclusiones de la Opinión emitida. En cualquier caso, se trata de un producto cuya razón de ser es persuadir a la entidad administrativa para que emita una decisión en un determinado sentido. Y, por lo demás, ratifica que, más allá de las circunstancias de su generación, la eficacia de la

Opinión (en su condición de dictamen vinculante) sigue circunscribiéndose al procedimiento administrativo que concluye la emisión de un acto decisorio, tal como explica BARRA<sup>45</sup>.

## **5.2 Aplicación de las Opiniones del OSCE en el curso del fenómeno de la contratación pública en nuestro país**

No obstante, no se puede soslayar que DANÓS sostiene que las diversas fuentes previstas en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444 (entre las que estarían las Opiniones del OSCE) no están restringidas exclusivamente al procedimiento administrativo sino que se trata realmente de «[...] las fuentes del derecho para todo el ámbito del Derecho Público»<sup>46</sup>. Una afirmación como esta es relevante para nuestro análisis porque no cabe duda que la Ley como el Reglamento constituyen cuerpos normativos de Derecho Público, de manera que el fenómeno de la contratación pública (regulado en ellas) podría interpretarse sometido, en toda su extensión, a la aplicación (en el caso de las Opiniones del OSCE, vinculante) de fuentes fundamentalmente concebidas para un procedimiento administrativo.

Corresponde, entonces, aclarar que el fenómeno de la contratación pública tal como se encuentra regulado en la Ley y el Reglamento atraviesa dos fases de naturaleza diferente. En la línea de lo explicado por DANÓS<sup>47</sup>, una primera fase (procedimiento administrativo de selección), anterior a la entrada en vigencia del contrato respectivo, es fundamentalmente de carácter administrativo, lo cual se pone de manifiesto en que los reclamos y/o cuestionamientos del licitante o adjudicatario de la buena pro son canalizados a través de procedimientos administrativos que, en última instancia administrativa, son resueltos por el Tribunal del Contrataciones del OSCE. Pero la segunda fase (ejecución contractual), que se apertura con la entrada en vigencia del contrato, abandona ese carácter y está determinada por un régimen fundamentalmente contractual, el cual se pone de manifiesto en que los reclamos y/o disconformidades entre el contratista y la entidad contratante se resuelven a través de los mecanismos de solución de controversias que establece la Ley como obligatorios: la conciliación y el arbitraje, en virtud de lo establecido en el artículo 52 de la Ley.

44 HUAPAYA, El Artículo V, 118.

45 BARRA, Administración, 533.

46 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «¿Constituye el Acto Administrativo Fuente del Derecho en el Ordenamiento Jurídico Peruano? En: El Acto Administrativo como Fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica – Actas del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 610. Visto en: <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/versionelectronicaforo.pdf>. [Visitado en: 20.06.2015.]

47 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú, 179 y siguientes. Visto en: [http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1\\_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf](http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf). [Visitado en: 20.06.2015.]



La relevancia de esta distinción es crucial para determinar los alcances del carácter vinculante de las Opiniones respecto al curso de la contratación pública sometido a la Ley y el Reglamento. No cabe duda sobre su carácter vinculante en la fase previa a la entrada en vigencia del contrato (en el sentido de ser determinante para el acto administrativo que deba emitirse en el marco de un concurso público). Pero, en principio, ese carácter debería descartarse para las decisiones que tome la entidad contratante en ejecución del contrato suscrito.

En efecto, tanto la tramitación de una ampliación de plazo como la liquidación de un contrato bajo este régimen no constituyen procedimientos administrativos, básicamente porque, por un lado, las resoluciones que la entidad contratante emite pronunciándose favorable o adversamente respecto a la primera o, por otro lado, las observaciones o conformidad que manifieste respecto a la segunda no constituyen ejercicio de función administrativa sino manifestaciones de voluntad de una parte contractual a la otra.

La conformación de esa voluntad al interior de una entidad puede seguir estructuralmente un derrotero semejante al de la generación de un acto administrativo, pero las resoluciones que ponen fin a ese tipo de trámites no son decisiones que deban acatarse o impugnarse en la vía contenciosa administrativa, sino con las que puede discreparse, generándose una controversia que habrá que dilucidar posteriormente, a través de la conciliación y/o el arbitraje.

En este sentido, una entidad no puede sustentar el sentido de su decisión final sobre una ampliación de plazo o respecto a una liquidación afirmando que se conforma exactamente con una Opinión por considerarla vinculante, sin esperar que su contraparte contractual (lejos de acatarla como directa aplicación de un criterio vinculante) someta su eventual discrepancia con esa decisión a un proceso arbitral, al amparo de lo establecido en el artículo 52 de la Ley.

Sin embargo, esto no significa que se haya borrado todo resquicio de Derecho Público en esta fase de la contratación estatal. Tal como nos recuerda DANÓS<sup>48</sup>, la Ley no contiene precepto alguno que establezca una relación de prerrogativas

o potestades expresamente calificadas como exorbitantes a favor de las entidades administrativas contratantes, pero eso no significa que éstas no existan. Y cuando nos encontramos frente a este tipo de prerrogativas, la aplicación de las diversas fuentes previstas en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444 no parece impertinente, porque no se tratará del ejercicio de función administrativa pero sí de la cautela de recursos y finalidades públicas, factor que en sí mismo explica la existencia de un régimen normativo especial para las contrataciones del Estado, de acuerdo al Tribunal Constitucional<sup>49</sup>.

DANÓS define a la prerrogativa como «*el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente*»<sup>50</sup>; y cita<sup>51</sup> hasta tres ejemplos de las prerrogativas en el régimen de la contratación pública nacional: la disposición de ejecutar prestaciones adicionales, la intervención económica de la obra y la sanción administrativa como consecuencia de un incumplimiento contractual del contratista.

El primero de esos ejemplos es, nuevamente siguiendo a DANÓS<sup>52</sup>, una manifestación del *ius variandi* o modificación unilateral de los contratos por razones de interés público. Lo interesante del caso es que la cualidad de Derecho Público se manifiesta en este punto de una forma doble: por un lado, la aprobación o desaprobación de una prestación adicional constituye el ejercicio de una prerrogativa pero, por el otro lado, en aquellos casos en que se supere el 15% del monto total del contrato original, la entidad correspondiente deberá tramitar la aprobación y pago del presupuesto adicional ante la Contraloría General de la República, en lo que constituye un procedimiento administrativo en sí mismo.

Ahora bien, conviene aclarar que las prerrogativas no son la regla en materia de contratación pública en nuestro país. En efecto, tal como destaca DANÓS<sup>53</sup>, los intereses de la entidad administrativa contratante están fundamentalmente protegidos por los derechos que prevé a su favor el contrato que suscribió con el contratista privado. Los mecanismos de protección del acreedor estatal frente al incumplimiento de su contraparte son, en principio, contractuales: ya sea la exigencia de

48 DANÓS, El Régimen, 181.

49 «La contratación estatal tiene un cariz singular que la diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprendidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.» Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico N° 11. Visto en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00020-2003-AI.html>. [Visitado en: 20.06.2015.] Citado por DANÓS, El Régimen, 180.

50 DANÓS, El Régimen, 181.

51 DANÓS, El Régimen, 181-183.

52 DANÓS, El Régimen, 182.

53 DANÓS, El Régimen, 181.

garantías como la previsión de penalidades. Lo que no obsta, sin embargo, que el incumplimiento ya configurado pueda desencadenar no solo remedios contractuales (imposición de la penalidad o resolución del contrato) sino también medidas de sanción administrativa, a través del inicio de un procedimiento administrativo ante el Tribunal de Contrataciones del OSCE con el fin de inhabilitar al contratista incumplidor para contratar nuevamente con el Estado peruano dentro de determinado período de tiempo.

En el sentido de lo expuesto, las Opiniones del OSCE no solo serán vinculantes dentro de procedimientos administrativos, en la emisión de un acto decisorio, sino también fuera de ellos, en el ejercicio de una prerrogativa de parte de una entidad administrativa. En uno u otro caso, cuando el OSCE interprete el sentido y alcances de una norma de la Ley y el Reglamento, el correspondiente criterio será vinculante para los actores involucrados en el trámite en cuestión (aunque teniendo en mente que el ejercicio de la Función Administrativa Activa o de la prerrogativa siempre descansará finalmente en la entidad administrativa). Y, en ese sentido, adoptará la jerarquía normativa de una norma con rango de ley o de una de rango reglamentario, respectivamente, en función a lo establecido en el numeral 3 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

### 5.3 Las Opiniones del OSCE respecto a la labor del juzgador (con especial énfasis en la de los árbitros)

Como se recordará, ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA<sup>54</sup> advertían que, en principio, la decisión recogida en un acto administrativo emitido de conformidad a un dictamen vinculante no supone vinculación alguna para el órgano judicial en el caso de que se interponga una demanda contencioso administrativa contra el primero. No obstante, en la medida que el legislador nacional ha querido hacer de las Opiniones del OSCE una fuente de Derecho Público cuya jerarquía sigue a la de las normas que interpretan, una conclusión como esta deberá desestimarse en nuestro ordenamiento jurídico, debiendo juzgarse la impugnación del acto administrativo a la luz (entre otros factores, claro está) de su conformidad con las Opiniones del OSCE que resulten pertinentes.

Sin embargo, la situación de un árbitro es distinta a la de un juez contencioso administrativo, en la medida que al conocimiento del primero no se somete ni la impugnación de una decisión administrativa ni el ejercicio de una potestad. Tanto claro es esto último que la Ley se ha

molestado en establecer expresamente, en el numeral 41.5 de su artículo 41, que la decisión de la entidad administrativa o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales no puede ser sometida a arbitraje. Pero las consecuencias patrimoniales desencadenadas por este ejercicio del *ius variandi*, desde nuestro punto de vista, sí lo son, resultando posible controvertir en sede arbitral el derecho del contratista a una eventual indemnización por los daños y perjuicios que le hubieran causado la aprobación o desaprobación del presupuesto adicional respectivo.

Este caso no es el único supuesto materia de Derecho Privado que se genera de manera adyacente a uno de Derecho Público. Referido previamente, también podemos citar el caso del procedimiento sancionador iniciado en virtud del incumplimiento de un contrato sometido a la normativa de contratación pública, mientras en paralelo se discute en sede arbitral la existencia del incumplimiento mismo (siendo que el laudo que se emita pasará a determinar la imposición o no de la sanción).

Es claro que en aquellos casos en que se someta ante un Tribunal Arbitral controversias que versen sobre derechos u obligaciones derivados del contrato, la pertinencia de las Opiniones del OSCE está descartada (porque lo contrario excedería el ámbito de aplicación de las fuentes previstas en el artículo V del Título Preliminar de la Ley N° 27444). Pero, ¿qué sucede en el caso de controversias arbitrables relacionadas indirectamente con el ejercicio de prerrogativas por parte de la entidad administrativa? ¿Las Opiniones se podrían imponer como vinculantes a los árbitros en estos casos?

El numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley ha establecido enfáticamente la prevalencia de las normas de Derecho Público sobre las de Derecho Privado en el arbitraje obligatorio previsto para la contratación estatal, autocalificándose como una disposición de orden público, cuyo incumplimiento es incluso causal de anulación de laudo.

En esa línea, si la evaluación de fondo de determinada materia en principio arbitrable supone la interacción de normas que regulan el ejercicio de prerrogativas por parte de la entidad administrativa con otras que regulan el fenómeno contractual; y si las normas que regulan el ejercicio de prerrogativas son interpretadas por OSCE en sendas Opiniones; deberemos concluir que estas Opiniones, al seguir la jerarquía normativa de las

54 ESCUSOL y RODRÍGUEZ-ZAPATA, Derecho, 140.

normas que interpretan, deberían gozar de la prevalencia establecida por el numeral 52.3 del artículo 52 de la Ley.

¿Cabe la posibilidad de que los árbitros no apliquen una Opinión del OSCE que tenga por objeto el ejercicio de una potestad de parte de la correspondiente entidad administrativa? La adopción de jerarquía normativa con la que han sido beneficiadas nos hace deducir que la única vía sería el control difuso, en las condiciones que han sido establecidas como precedente vinculante por el Tribunal Constitucional en el Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia<sup>55</sup>, en palabras de SAR<sup>56</sup>: (i) relevancia de la norma para la resolución del caso, (ii) que no sea posible encontrar una interpretación que resulte conforme con la Constitución y (iii) que se demuestre la vulneración de derechos fundamentales; condiciones que resultan ser también las aplicables al juez contencioso administrativo. Sin embargo, no puede pasarse por alto el riesgo que una medida como esta supone para el laudo a emitir, en la medida que el Tribunal Constitucional también ha establecido como precedente en ese mismo caso que procede el amparo arbitral en los casos en que se ha ejercido en el laudo control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, si solo serán vinculantes las Opiniones del OSCE dentro de procedimientos administrativos y en el ejercicio de una prerrogativa de parte de una entidad administrativa, cabe preguntarse qué efectos conservan fuera de estos ámbitos. BARRA<sup>57</sup> postula que estos serían semejantes a los de la Doctrina (entendida como Fuente del Derecho, en un sentido amplio), prestigiada en este caso por la organización especializada e independiente que la produce coherentemente. En sus propias palabras:

«Es en la organización que lo produce y en el procedimiento de formación del que tal organización se sirve para producirlo donde el dictamen adquiere, sino una «autonomía funcional sustancial» [...], sino una autonomía funcional tanto «orgánica» como «doctrinaria», esto es, como producto de un órgano que no se encuentra sujeto a órdenes de sectores ajenos a su propia organización consultiva específica.»<sup>58</sup>

En efecto, en la medida que el OSCE continúe desarrollando un corpus de Opiniones que resulten aportes doctrinarios valiosos para la reflexión de la normativa de la contratación estatal en nuestro país, y teniendo por descontadas las condiciones de sistematicidad que le asegura el régimen de su modificación previsto expresamente en la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, consideramos que las Opiniones del OSCE no necesitarán ser vinculantes en todos los casos para influir en la interpretación del régimen normativo de la contratación estatal por parte de sus operadores.

## 6. Reflexiones finales

Luego de delineadas las implicancias del carácter vinculante de las Opiniones que emite el OSCE, cabe preguntarse si la opción que nuestro legislador ha tomado respecto a este tema ha sido la más adecuada para la consecución de sus propios objetivos.

Es dudoso, por ejemplo, que un criterio que es generado por un órgano unipersonal como la Dirección Técnico Normativa esté llamado a mejorar y optimizar las contrataciones (para citar el primer objetivo general listado por la Exposición de Motivos que otorgó carácter vinculante a las Opiniones del OSCE). Funcionalmente, como se sabe, en el trámite de emisión de una Opinión solo interviene la dirección mencionada anteriormente, la cual solo se limita a dar cuenta de ella a la Alta Dirección del OSCE, en su oportunidad. ¿Estas son las condiciones ideales para la gestación de un criterio que adoptará la jerarquía normativa de una ley o un reglamento? ¿Acaso estas normas jurídicas no son gestadas en condiciones de tan estricto carácter que deberían motivar que, por reflejo, las Opiniones del OSCE sean emitidas bajo mayores niveles de control?

Por otro lado, respecto a reducir los actos de corrupción y promover la especialización, el renovado empoderamiento que se ha dado a OSCE al otorgarle la facultad de emitir interpretaciones vinculantes de las normas de contratación pública parece responder a una desconfianza al modelo que estas mismas normas prevén para la solución de controversias en la fase de ejecución contractual. Se trata, habida cuenta, de otro paso más en el paulatino constreñimiento de la labor arbitral en materia de contratación pública, que

55 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC. Vista en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>. [Visitado en: 20.06.2015.]


56 SAR SUÁREZ, Omar. «La Jurisdicción Constitucional en el Perú y el Control Difuso por parte de los árbitros». En: GARCÍA CALDERÓN, Domingo y otros, Comité Editor (Lima, Palestra Editores, 2012), 330. Visto en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol21.pdf>. [Visitado en: 20.06.2015.]

57 BARRA, Administración, 543-545.

58 BARRA, Administración, 544.

no solo no se condice con la confianza en este fuero que llevó al legislador a hacerlo obligatorio para este tipo de contratación, sino que tampoco se justifica en las razones de la falta de éxito de las entidades administrativas en los arbitrajes propios de este sector<sup>59</sup>.

Finalmente, ¿era necesario hacer vinculantes a las Opiniones para generar mayor predictibilidad en materia de contrataciones del Estado? Consideramos que no. Un corpus prestigiado, por un lado, por la profundidad y consistencia de su análisis y, por otro, por la fortaleza institucional

de la entidad que lo respalda, puede generar condiciones de predictibilidad por sí mismo. Lo cierto es que antes de ser declaradas vinculantes las Opiniones del OSCE ya eran incorporadas frecuentemente al debate sobre los diversos aspectos del fenómeno de la contratación estatal en nuestro país; con la diferencia que su contenido era valorado sobre todo por la solidez de sus argumentos y no por la calificación que le otorgara el legislador nacional. ¿Acaso esto no es también una muestra de desconfianza, esta vez en lo que el OSCE pudo lograr sin esa calificación? Nos tememos que sí. 

59 La Recomendación N° 2 del informe diagnóstico que ha elaborado la Contraloría General de la República respecto al arbitraje en las contrataciones públicas entre 2003 y 2013 señala lo siguiente:

*«Los resultados desfavorables que registran las entidades del Estado en la mayoría de los casos no son producto de problemas derivados del propio sistema arbitral. Estos resultados se dan por las causas que generan que el Estado sea llevado a un arbitraje y que por lo general, están referidas a problemas en el proceso de gestión en las contrataciones públicas.*

*Por tanto, se ha identificado la necesidad de mejorar la organización interna de los órganos encargados de la contratación pública en todos los niveles de gobierno, con el propósito de minimizar las deficiencias en el proceso de selección para la contratación de sus bienes, servicios u obras; y promover una estrecha coordinación entre las unidades orgánicas involucradas en el seguimiento de la ejecución de los contratos. De tal forma que en caso la entidad llegue a la vía arbitral no lo haga por problemas y hechos imputables a la propia entidad, como sucede actualmente.»* (El subrayado es nuestro.)

Contraloría General de la República. El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003 – 2013, 128-129.