

# Una Mirada Iconoclasta y Profanadora de la Catedral: Competencia Arbitral para Declarar la Nulidad de Actos Administrativos Fictos

Derik Latorre Boza\*

*“El presente artículo parte mencionando la devastación sufrida por el Derecho Público, en los últimos tiempos, debido a la influencia de la filosofía neoliberal. No obstante, los seguidores de esta corriente filosófica hoy aceptan la presencia del Estado como una necesidad para regular la actividad económica. De ese modo, se reabre el debate entre lo público - privado de gran riqueza en lo que respecta a las contrataciones con el Estado. En ese sentido, el autor define el contrato administrativo, la fase y plazo a seguir para su celebración conforme a la legislación peruana, así como la aplicación del silencio administrativo; para finalmente, mostrar al arbitraje como una forma de solucionar los conflictos derivados de las contrataciones con el Estado.”*

*“No había que cejar en estos esfuerzos, todo tenía que ser organizado y vigilado, la justicia tenía que toparse, por fin, con un acusado que sabía hacer valer sus derechos.”  
(Franz Kafka, El Proceso)*

El mundo del Derecho Público ha sufrido lo que en el mundo real podría compararse con los desastres naturales que se han producido no hace mucho en el Asia y en América del Norte y Central, y, hace pocos días, en nuestro propio país. La filosofía neoliberal nos demostró, durante la década de los noventa, que cualquier idea contraria a la necesaria privatización de los diferentes aspectos de la vida social, política y económica, era simplemente una pampolina. El territorio de lo público quedó francamente devastado y, esto es claro, han quedado en él pocas edificaciones en pie<sup>1</sup>. Sin embargo, la tormenta amainó y esas verdades absolutas han empezado a resquebrajarse y muestran fisuras, pequeños resquicios por los que han comenzado a filtrarse serios cuestionamientos que reabren el debate público-privado y dan posibilidades concretas para la reconstrucción de las instituciones del Derecho Público.

Es más, estas fisuras son de tal magnitud que la filosofía neoliberal está morigerando su discurso, aceptando que la presencia del Estado es necesaria incluso para regular la actividad económica, pues la propia realidad ha

demostrado que el crecimiento macroeconómico no tiene, necesariamente, una relación directamente proporcional con el desarrollo económico y, menos aún, con el bienestar social. En tal sentido, se reconoce un rol al derecho administrativo (expresión del derecho público):

*“Los mercados y otras complejas formas de ordenamiento privado han generado enormes beneficios, pero también ineficiencias y fracasos del mercado, abusos de la posición y del poder económico, deterioro del medio ambiente, amenazas a la seguridad, inseguridad económica, dependencia y otros males del sistema. Como respuesta a las deficiencias demostradas por el derecho privado y criminal, las legislaturas han adoptado amplios programas administrativos para prevenir estos males”<sup>2</sup>.*

Un campo en el que este debate muestra gran riqueza es el que se lleva a cabo en el ámbito de la contratación estatal, en relación con el cual se ha elaborado el presente ensayo.

\* El autor es abogado titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente ejerce el cargo de Presidente del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Las opiniones vertidas en el presente artículo son estrictamente personales.

1 Esta afirmación no resulta fácilmente aplicable al caso del derecho europeo, en el que, a pesar de toda la crisis del Derecho Público, este se mantuvo bastante sólido, sin perjuicio de su evolución. Pero en el caso de los países latinoamericanos es bastante evidente que sí se verificó el derrumbe de esas estructuras del Derecho Público.

2 STEWART, Richard B. “El Derecho Administrativo en el Siglo XXI”, en Revista de Economía y Derecho, Número 3, 2004, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, p. 33.

## 1. El Contrato de la Administración Pública

Sobre los contratos en los que es parte el Estado existe una discusión de si, realmente, tiene sentido o no hacer una distinción entre estos con los contratos estrictamente privados. Esa es una discusión inacabada en la que, sin embargo, creo que los argumentos que se esgrimen desde el Derecho Administrativo, gozan de mayor solidez que los argumentos, más bien simplistas, que buscan minimizar y hasta desconocer las diferencias que existen entre esos ámbitos contractuales.

Sobre el particular, es claro que el contrato es una categoría abstracta y genérica, que adopta configuraciones distintas, "según sea el ámbito del ordenamiento jurídico en el cual se manifiesta y, por lo tanto, el régimen normativo que regula cada modalidad contractual guarda relación con los fundamentos y principios que regulan la correspondiente Rama del Derecho"<sup>3</sup>. Así, en el ámbito del Derecho Privado, el contrato establece vínculos entre por lo menos dos partes, considerándolas en un plano de igualdad; por otro lado, en el ámbito del Derecho Social, contratos como los de contenido laboral establecen vínculos entre dos partes, de las cuales una es considerada en situación de debilidad respecto de la otra, razón por la que se la protege, sin negar los márgenes permitidos para la negociación directa y libre entre las partes. En el ámbito del Derecho Administrativo, el contrato establece vínculos entre una entidad de la Administración Pública —que actúa en ejercicio de la función administrativa para el cumplimiento de sus metas, objetivos y fines—, con un proveedor, normalmente del sector privado<sup>4</sup>. Se aprecia, entonces, que existen diferentes ámbitos contractuales en los que, por sus características propias, se requiere de un tratamiento normativo específico y distinto muchas veces a los otros.

Uno de esos ámbitos es el del Derecho Administrativo, en el cual se entiende que se regula el ejercicio de la función administrativa del Estado, que se supone está siempre orientada a lograr el interés público, sea directa o indirectamente, de forma mediata o inmediata. En este propio campo, se ha discutido mucho respecto a la naturaleza de los contratos estatales<sup>5</sup>.

Sin perjuicio de la discusión al interior del Derecho Administrativo, creo que un contrato de la administración

pública es aquel que tiene como una de sus partes a una entidad del Estado, sin que ello implique necesariamente prerrogativas para esta última, toda vez que "será el ordenamiento jurídico el que fijará la posición de la entidad administrativa respecto de su co-contratante, otorgándole en algunos casos prerrogativas especiales, mientras que en otros casos no"<sup>6</sup>.

Sobre esa base, nos encontramos con los contratos regulados por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por D.S. N° 083-2004-PCM (en adelante, la Ley), y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM (en adelante el Reglamento), normas en las que se ha dado a la relación contractual entre la Administración Pública y sus proveedores un criterio de igualdad entre las partes; sin perjuicio de la igualdad a la que se alude, la normativa de contratación pública ha establecido excepcionales prerrogativas a favor de la Administración Pública.

Por otro lado, hay elementos en la actuación de las entidades que constituyen parte de su actividad administrativa, de la que, incluso, pueden desprenderse importantes consecuencias a favor o en contra de la Administración, como puede ser el silencio administrativo positivo que podría favorecer al proveedor (contratista) ante determinadas solicitudes suyas que no fueron atendidas de manera oportuna. Y ese tipo de temas requieren, necesariamente, del conocimiento especializado de los árbitros que vayan a resolver las eventuales controversias que pudieran suscitarse respecto a esos temas, a fin de lograr decisiones correctas y justas.

## 2. La Fase Contractual en la Normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y las Consecuencias del Silencio por Parte de la Administración Pública

La contratación estatal es diversa y por ello se ha señalado que existe todo un Sistema de Contratación Pública en el Perú, que está conformado por diferentes regímenes, uno de los cuales es el régimen regulado por la Ley y su Reglamento, que regulan de manera específica los aspectos relativos a la fase de ejecución del contrato entre el proveedor (contratista) y la entidad. Hay que tomar en cuenta, además, que la propia Ley

3 SALAZAR CHAVEZ, Ricardo, "La Contratación de la Administración Pública en función de los intereses involucrados en cada contrato", en Revista Derecho & Sociedad N° 23, 2004, Lima, p 36.

4 Ibidem, pp 36-37.

5 Ver BREWER CARIAS, ALLA. "La Evolución del Concepto del Contrato Administrativo", citado en LINARES, Mario. El contrato estatal. Editora Jurídica Grijiyley E.I.R.L., Lima, 2002, p. 15. "En el ámbito del Derecho Administrativo, existen, a la hora de abordar el tema de los contratos en los que es parte el Estado, dos posturas en la doctrina. La primera se denomina teoría dualista y señala que existen dos tipos de contratos, aquellos en los que el Estado actúa como tal (contratos administrativos) y otros en los que actúa como una persona de derecho privado (contratos de derecho común o privados de la administración); la segunda corriente se denomina teoría unitaria y sus seguidores señalan que todos los contratos de la administración "tienen un régimen mixto de derecho público y de derecho privado, una parte sustancial de dicho régimen es común a todos los contratos y es de derecho público, se trata de las normas relativas a la formación del contrato. En materia de ejecución, cumplimiento y extensión del contrato, el régimen será preponderantemente de derecho público o preponderantemente de derecho privado según la finalidad de servicio público perseguida por la administración, pero no autoriza a plantear una distinción y régimen estático". El mismo Ricardo Salazar en la obra citada, indica que dos teorías han servido de punto de apoyo para determinar las denominaciones asignadas a los contratos en que es parte la Administración Pública. La primera, la dualista, parte de considerar que el Estado tiene una doble personalidad —una pública, por la que ejerce actos de poder, y otra privada, por la que ejerce actos privados—, lo cual también se reflejaría en los tipos de contratos que celebra. La segunda, conocida como unitaria y a la cual adhiere, parte de considerar que el Estado tiene una sola personalidad, siempre pública y, por lo tanto, siempre sus actos son expresión de poder; razón por la cual los contratos de la Administración Pública siempre son manifestaciones específicas de una de las funciones del Poder, específicamente de la Función Administrativa.

6 SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo, Op. Cit., p 37.

establece en su artículo 4.1 que tanto la Ley como su Reglamento prevalecen “sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables”.

Tomando en cuenta que el proceso de contratación pública está dividido en tres fases (la primera referida a actos preparatorios y planeamiento, la segunda, relativa a la selección de los proveedores, y, la tercera, de ejecución contractual), normalmente se ha asumido que la etapa propiamente “administrativa” es la de selección y la “civil” es la contractual, razón por la que se entendería que la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), sería supletoria para esos aspectos administrativos, y el Código Civil, lo sería para los aspectos contractuales. Este razonamiento, aunque cuenta con cierta lógica, no es el correcto, pues incluso en la fase de ejecución contractual, nos encontramos dentro del ámbito de la contratación estatal, en el que se está disponiendo de recursos públicos, lo que implica que ese tipo de situaciones se encuentren reguladas por normas distintas a las que regulan las relaciones entre privados. Resulta claro que, en el ámbito de la contratación pública, existen aspectos administrativos que hacen necesaria y hasta indispensable la aplicación supletoria de la LPAG en determinados supuestos.

Es así que en diversos supuestos de la regulación contractual se ha establecido que si una entidad no resuelve y notifica oportunamente (dentro del plazo) un pedido del proveedor (contratista), se entenderá que ese pedido ha sido aprobado. Esta ficción jurídica es lo que se conoce como *silencio administrativo positivo*. Y encontramos ejemplos de ello en los casos de ampliación de plazo y liquidación final de contrato, materias que, además, son altamente controvertidas y de frecuente reclamación a través de arbitraje. Veamos estos casos con mayor detalle.

### Ampliaciones de Plazo

Las entidades públicas, luego de desarrollado el proceso de selección —o verificado el procedimiento de exoneración—, proceden a suscribir el contrato con el proveedor que resultó adjudicatario de la buena pro. Los términos contractuales, en muchos aspectos, van a recoger las condiciones ofrecidas por el contratista cuando todavía era postor, condiciones que, normalmente, dieron lugar a que su propuesta sea considerada la mejor. Entre las condiciones que puede ofrecer el postor —para el caso de bienes y servicios, pues para la ejecución de obras existen mínimos— se encuentra el plazo de ejecución de las prestaciones a su cargo. Entonces, en el contrato se establecerá el plazo de

acuerdo a esa propuesta. Y el contratista se encuentra obligado a cumplir las prestaciones a su cargo dentro de ese plazo, por cuanto si incurriera en mora, se le aplicarán las penalidades correspondientes, pues se entiende que esa demora estaría ocasionando daños y perjuicios a la Administración Pública.

Pero, respecto a las demoras en que incurre un contratista al ejecutar las prestaciones a su cargo, pueden deberse a causas injustificadas como también a causas justificadas. Este último caso, podría dar lugar a que el contratista tenga derecho a una ampliación del plazo para que cumpla con sus obligaciones contractuales, siempre que solicite esa ampliación siguiendo los criterios establecidos en la Ley y el Reglamento.

Así, la Ley establece en su artículo 42 lo siguiente:

“El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que modifiquen el calendario contractual”.

En este caso la norma no establece, propiamente, una consecuencia jurídica —ni positiva ni negativa— frente al silencio de la entidad respecto a su obligación de resolver la petición del contratista. Más bien, establece los requisitos que deben cumplirse, necesariamente, para la procedencia de la solicitud: que la causal que lo motive no sea atribuible al contratista y que modifique el calendario contractual<sup>7</sup>.

Sin embargo, el Reglamento sí establece el silencio administrativo positivo (favorable al contratista) en estos casos. Así, el artículo 232 precisa cuándo procede otorgar una ampliación de plazo y, además, establece el procedimiento a seguir:

“El contratista deberá solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles de aprobado el adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.

“La Entidad resolverá sobre dicha solicitud en idéntico plazo, computado desde su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, **se tendrá por aprobada la solicitud del contratista**, bajo responsabilidad del Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda”.

Para el caso de los contratos de ejecución de obras —en los que este tema tiene mayor incidencia—, el artículo

7 En el caso de ejecución de obras, el calendario de avance de la ejecución de la obra se elabora, generalmente, sobre la base de los métodos de programación denominados como PERT-CPM, razón por la que su afectación debe atender a esos mismos criterios. El método PERT (Program Evaluation and Review Technique) fue desarrollado por la Armada de los Estados Unidos de Norteamérica, en 1957, para controlar los tiempos de ejecución de las diversas actividades integrantes de los proyectos espaciales, por la necesidad de terminar cada una de ellas dentro de los intervalos de tiempo disponibles; fue utilizado originalmente por el control de tiempos del proyecto Polaris y actualmente se utiliza en todo el programa espacial. El método CPM (Critical Path Method) fue desarrollado también en 1957 en los Estados Unidos de América, por un centro de investigación de operaciones para la firma Dupont y Remington Rand, buscando el control y la optimización de los costos de operación mediante la planeación adecuada de las actividades componentes del proyecto. “La diferencia principal entre ellos es simplemente el método por medio del cual se realizan estimados de tiempo para las actividades del proyecto. Con CPM, los tiempos de las actividades son determinísticos. Con PERT, los tiempos de las actividades son probabilísticos o estocásticos”. Ver ACOSTA, William. “Redes y PERT/CPM Método del camino crítico”, <http://www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/pertcpm.htm>

258 precisa lo establecido por la Ley y el artículo 259 regula el procedimiento correspondiente en los términos siguientes:

“[...] durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

“Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. **De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.**

[...]

“Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión” (subrayados míos).

Puede apreciarse, claramente, que estas normas han establecido, dentro de la fase de ejecución de los contratos un procedimiento administrativo para la ampliación de plazo solicitada por el contratista. Y ese procedimiento administrativo sería de instancia única y, además, en caso de que la entidad no cumpliera con emitir su pronunciamiento en el plazo establecido, operará el denominado “silencio administrativo positivo”, por el cual se entenderá aceptado o aprobado el pedido del contratista en los términos solicitados. Pero ese procedimiento implica que el contratista debe cumplir, también, con determinados requisitos para formular su solicitud de ampliación de plazo; de lo contrario, esa solicitud debiera declararse improcedente.

### Liquidación Final del Contrato

Este es un tema de alta relevancia, pues de conformidad con el artículo 43 la liquidación debidamente aprobada cerrará el expediente de la contratación, teniendo en cuenta que para el caso de los contratos de ejecución o consultoría de obras, “el contrato culmina con la liquidación, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en

el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. **De no emitirse resolución o acuerdo, debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales**” (subrayado mío).

## “La liquidación debidamente aprobada cerrará el expediente de la contratación.”

Esta norma prevé que la Liquidación es un acto que practica el contratista y que requiere de la aprobación —expresa o tácita— de la entidad, con la finalidad de que se cierre el expediente de contratación. La norma bajo comentario ha sido desarrollada en el Reglamento, cuyo artículo 269 establece lo siguiente:

“El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo de treinta (30) días de recibida, **la Entidad deberá pronunciarse**, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

“Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, **su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo**, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

**“La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.**

“Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; **de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.**

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

“Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la ley y en

el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

[...]

"No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver".

Como puede apreciarse, de la lectura de lo prescrito en la Ley es indudable que la Liquidación Final del contrato tiene alta relevancia, pues su aprobación expresa o ficta por parte de la Entidad acarrea consecuencias sumamente delicadas, empezando por el hecho de que es de esa manera como concluye o se cierra el ciclo de cada contratación en particular. En esa medida, una vez aprobada la liquidación, la contratación habría concluido para todos sus efectos legales.

Quiero llamar la atención sobre los diferentes conceptos que se utilizan frente, en este caso, al silencio administrativo durante la ejecución del contrato. En el caso de la ampliación de plazo, en la parte referida a bienes y servicios, el artículo 232 del Reglamento señala que la solicitud presentada por el contratista "se tendrá por aprobada"; el artículo 259, dice que "se considerará ampliado el plazo", aunque si el silencio se produce respecto del Calendario de Avance de la Obra Actualizado, este "se tendrá por aprobado".

En el caso de la Liquidación, el artículo 43 de la Ley dice que, si la entidad no se pronuncia dentro del plazo respecto de la liquidación presentada por el contratista, esta "se tendrá por aprobada para todos los efectos legales". Sin embargo, el Reglamento en su artículo 269, utiliza de manera indistinta los conceptos "consentida" y "aprobada", tanto cuando el silencio se produzca por parte de la entidad como por parte del contratista. Este es un primer problema que debiera resolverse a través de una modificatoria de la norma.

Este problema era inexistente en el caso del artículo 139 del Reglamento derogado, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM, el mismo que distinguía las consecuencias del silencio cuando este es de parte de la Administración Pública (entidad) o de parte del contratista (particular); desde mi punto de vista, esa distinción es lógica, pues nos encontramos en un régimen de contratos con la Administración Pública, que tienen sus propias normas y hasta criterios jurídicos especiales. De ese modo, cuando el silencio es de parte de la Entidad, la norma señalaba que la liquidación se entenderá "aprobada"; mientras que, en el supuesto de que sea el contratista el que no formule oportunamente sus observaciones a la Liquidación presentada por la Entidad, la misma "quedará consentida".

Sobre este particular, creo que resulta pertinente traer a colación la comparación que existe entre el vencimiento de los plazos para un particular y para el Estado.

"La contrapartida de la caducidad de las actuaciones por la alegada inactividad procedimental del particular, no es la caducidad de las actuaciones imputable a la administración. Esta última no ha sido legislada ni es aplicable a la administración. El derecho establece que las consecuencias de la inactividad administrativa es el "silencio administrativo" que es dar carácter decisorio a la falta de pronunciamiento de la administración [...]. El silencio permite al particular continuar en la vía jerárquica con otros medios de impugnación o acudir finalmente a la justicia, a pesar de que no le resuelvan sus pretensiones [...]"<sup>8</sup>.

En otras palabras, las consecuencias de no actuar en determinados supuestos, tiene consecuencias distintas si se trata de la administración o de un administrado.

### 3. El Silencio Administrativo y su Aplicación en los Contratos del Estado

En la doctrina y la legislación administrativa nos encontramos con diferentes conceptos respecto del silencio administrativo, pero con un denominador común: las consecuencias del silencio y sus límites también.

El silencio administrativo es una ficción que resulta en el correlato del derecho de petición reconocido a los administrados. Así, se ha señalado que "El derecho de petición representa un avance constitucional en cuanto, no solo ratifica el derecho de dirigir peticiones a la Administración, sino que **exige a ésta responder a dichas peticiones dentro de los plazos previstos en la ley**, abriendo de esta manera, la puerta constitucional para la aplicación del silencio administrativo, el que está regulado en varias leyes"<sup>9</sup> (subrayado mío).

#### 3.1. Consecuencias del silencio administrativo

De ese modo, se ha entendido que "La existencia del acto administrativo ficto o real es un presupuesto indispensable para la procedibilidad de las acciones contencioso-administrativas"<sup>10</sup>. Por tanto, el silencio administrativo es una garantía de acceso a la vía jurisdiccional, pues sino existiera este, bastaría con que dicha decisión no se produjera para que el acceso a los órganos judiciales, resultara imposible. Por ello "ante el peligro de que no se dicte ningún acto administrativo y no se pueda acceder a la revisión judicial, surgió la doctrina del *silencio administrativo*"<sup>11</sup>.

Asimismo, se ha dicho que el silencio administrativo "constituye **una ficción que la ley establece en beneficio del particular** (administrado), complemento indispensable de la obligación de resolver. Lo trascendental de esta institución es el hecho de que, a la falta de respuesta de la Administración se le atribuye

8 GORDILLO, Agustín. El Procedimiento Administrativo. Ver en <http://www.gordillo.com/Pdf/4-8/4-8%AAVIII.pdf>, p. 34

9 ROBALINO ORELLANA, Javier. "El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador", en <http://www.usfq.edu.ec/foro/15.pdf>, p. 197

10 DUARTE CASTRO, Mario Bernardo y OSORIO TORRES, Aura Ximena. "Connotaciones del silencio administrativo en el Estado social de derecho", Tesis dirigida por Jorge Enriquez Ibáñez Najar, en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/TESES05.pdf>, 1999, p. 110

11 Ibidem, p. 117

un significado concreto y así, se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo), según los casos, la solicitud del ciudadano cuando la Administración incumple su deber de resolver<sup>12</sup> (subrayado mío).

Por otro lado, se entiende que el silencio administrativo positivo “le da [al administrado] una solución efectiva a la petición realizada a la administración, garantizando de esta manera el cumplimiento de derecho de petición del administrado”. Asimismo, esta figura jurídica es un verdadero acto administrativo, “ya que no permite a la administración resolver de forma expresa en sentido contrario al otorgamiento presunto de la autorización o aprobación instadas<sup>13</sup>”.

A nivel nacional, se ha dicho que “el silencio de carácter positivo **si puede ser considerado un verdadero acto administrativo** presunto de la Administración. En dicho supuesto se entiende otorgado lo pedido por el particular **si su petición se ajusta a lo previsto en el ordenamiento jurídico**”<sup>14</sup> (subrayado mío).

Sin embargo, el silencio administrativo positivo es una figura que se ha criticado mucho por diversos aspectos, especialmente porque se sostiene que reviste gran peligrosidad para el interés público<sup>15</sup>, aunque existe también un sector de la doctrina que ha apostado, más bien, por destacar las ventajas de este silencio .

### 3.2. Límites para que el silencio administrativo positivo surta efectos

Una pregunta que vale la pena formularse es si el “silencio administrativo positivo”, una vez que haya operado en algún caso concreto, puede dejar de lado los alcances de un contrato celebrado entre las partes e, incluso, el propio ordenamiento jurídico. En otras palabras, ¿el silencio administrativo positivo puede generar derechos que no tienen un sustrato lógico en el ordenamiento jurídico o, incluso, “derechos” abiertamente contrarios a la legalidad?

En ese sentido, la propia doctrina administrativa ha entendido que por el silencio administrativo positivo “las pretensiones en sede de la entidad o persona prestadora por el usuario o suscriptor, le han sido resueltas de manera favorable a él, pretensiones éstas que en sí mismas, deben ser acordes con las competencias propias de la entidad prestadora del respectivo servicio público que se trate, y más aún, **ser materialmente posibles, así como estar exentas de causa u objeto ilícito,**

**puesto que en caso contrario, tales pretensiones no adquirirán la fuerza vinculante** ‘que le imprime el silencio administrativo al no existir nexo de causalidad entre lo normado y lo solicitado’<sup>16</sup>. De ese modo, “si un usuario o suscriptor, en ejecución del derecho de petición, eleva en sede de la entidad o persona prestadora **una petición**, queja o recurso, **que en sí misma resulta lesiva o contraria al ordenamiento jurídico en general, dicha solicitud, ‘no tiene eficacia por ser contraria a Ley’**”<sup>17</sup>.

Vemos que, en caso de que la solicitud presentada ante la Administración Pública, fuera lesiva o contraria al ordenamiento jurídico, el silencio administrativo positivo resultaría ineficaz, es decir, no produciría efectos, a pesar de haberse verificado los supuestos de hecho que le dieron lugar, toda vez que no cabe que alguien ejerza derechos de manera contraria al ordenamiento jurídico, sino que el disfrute de esos derechos debe darse de manera armónica con aquel.

En similar sentido, cuando el supuesto de nulidad de pleno derecho en los casos de silencio administrativo positivo fue incorporado en la legislación española, se concluyó que “podrá hablarse de silencio administrativo y como tal producirá efectos jurídicos hasta que se reaccione contra el mismo, declarándose la nulidad. La consecuencia jurídica más importante de este planteamiento es que se habrá de proceder a eliminar esta situación ilegal no con una mera revocación, sino instando un procedimiento formalizado dirigido especialmente a erradicar este vicio del ordenamiento jurídico”<sup>18</sup>. En otras palabras, la nulidad del “silencio administrativo positivo” en determinados supuestos es posible en la medida que dicha ficción constituye un acto administrativo en sí mismo:

“A diferencia del silencio negativo en el que la falta de pronunciamiento de la Administración dentro de los plazos previstos por la ley no la exime de resolver las cuestiones planteadas si el particular no ha optado por interponer el recurso impugnativo o la demanda judicial correspondiente, en el caso del silencio positivo el vencimiento de plazo para que la Administración adopte una decisión supone el otorgamiento de la autorización o licencia solicitada por el particular de modo que la Administración ya no puede resolver en forma expresa en sentido contrario al otorgamiento positivo o revocarlo, **salvo que su contenido se oponga al ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sólo en ese supuesto la Administración podrá declararlo nulo de pleno**

12 TANTALEÁN ODAR, Christian. “Los beneficios del silencio administrativo”, en <http://www.bahaidream.com/lapluma/derecho/Revista13/silencio.htm>.

13 GÓMEZ DE LA TORRE, Blanca. “Nociones básicas sobre el silencio administrativo”, en: <http://www.cidces.org.ec/archivos/boletin5/archivos/silencio.html>.

14 DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. “El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad formal de la Administración”, en *Ius et Veritas* Año 7, N° 13, 1996, pp. 227-228.

15 Cfr. FERNÁNDEZ PASTRANA, José M<sup>a</sup>, “Reinvindicación del silencio positivo: Reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas”. En *Revista de Administración Pública* N° 127, Enero-Abril 1992, España.

16 SAAVEDRA CAYCEDO, María Margarita. “Naturaleza jurídica del silencio administrativo positivo en materia de servicios públicos domiciliarios”, en <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS%2059.pdf>, p. 75

17 *Ibidem*

18 AGUADO Y CUDOLA, Vicenc. “Silencio administrativo e inactividad. Límites y técnicas alternativas”, *Marcial PONS*, Madrid-Barcelona, 2001, 459 páginas, p. 106

**derecho mediante el procedimiento establecido en la ley de procedimientos administrativos para la declaración de oficio de nulidad de resoluciones administrativas que hayan quedado consentidas**<sup>19</sup> (subrayado mío).

Es decir, resulta claro, a nivel doctrinal, que el silencio administrativo positivo tiene consecuencias graves, por cuanto se presume aceptado lo pedido por el administrado, pero, al mismo tiempo y lógicamente engarzados con esta gravedad, tiene límites establecidos por el propio ordenamiento jurídico. Así, se ha dicho que la propia Ley de Procedimiento Administrativo General “establece límites específicos para el aprovechamiento del silencio positivo, en la medida que se busca preservar la legalidad de los actos administrativos fictos (en el cumplimiento de requisitos, trámites y presentación de documentación) y **evitar que estos contradigan el ordenamiento jurídico**, dado que la actuación del administrado debe actuar [sic] en consonancia con el principio de conducta procedimental (inciso 1.8. del artículo IV de la LPAG), que implica que **ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal**”<sup>20</sup> (subrayado mío).

El inciso 1.8 referido establece exactamente lo siguiente: “La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal”. Se aprecia, pues, que la Ley de Procedimiento Administrativo General no solo establece derechos para las partes sino, además, obligaciones, y una de esas obligaciones, de carácter esencial, además, es que sus actuaciones deben estar guiadas por la buena fe. Todo acto administrativo que se haya logrado u obtenido dejando de lado el principio de buena fe, no puede validarse pues encierra un vicio desde su nacimiento y su convalidación afectaría el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444<sup>21</sup>, prescribe en su artículo 10-3 que son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los actos que resulten como consecuencia de la aprobación por silencio administrativo positivo, “por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición”. Sin perjuicio de ello, el artículo 188.1 de esa misma norma señala que los procedimientos

administrativos sujetos a silencio administrativo positivo **“quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados** si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera comunicado al administrado el pronunciamiento”.

En otras palabras, los efectos del silencio administrativo positivo son claramente establecidos por la norma, toda vez que se entenderá automáticamente aprobada la solicitud del administrado en los términos solicitados. Pero, dicha ficción es sancionada con nulidad, cuando los derechos que se adquieren por ella son contrarios al ordenamiento jurídico. Y esas normas son completamente concordantes con lo dispuesto en el Artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que establece claramente que “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”.

#### 4. El Arbitraje Como Medio de Solución de Conflictos en el Ámbito de la Contratación Pública

Nuestro ordenamiento jurídico —más allá de cualquier carga valorativa que se tenga de esta decisión— permite y hasta incentiva que el Estado recurra a medios consensuales, especialmente el arbitraje, para resolver los conflictos en que es parte.

Así, la Constitución Política del Estado, en su artículo 63, establece que “En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”, sin perjuicio de lo cual pueden someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales **“a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”**.

En esa misma línea, la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (LGA), establece en sus artículos 2 y 92, que pueden ser sometidas a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, **controversias derivadas de los contratos** que celebren el Estado peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados o no domiciliados.

Reafirmando esta idea, el artículo 41-b de la Ley establece que “Toda controversia surgida **durante la etapa de ejecución del contrato** deberá, resolverse mediante conciliación o arbitraje”. Ese mismo artículo precisa que “No es aplicable [el arbitraje] a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo y serán resueltas por ésta”. Con mayor precisión aun, el artículo 53.2 del mismo Reglamento señala

19 DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, Ob. Cit., p. 228

20 CASTRO-POZO CHÁVEZ, Hildebrando. “El silencio administrativo en la nueva ley del procedimiento administrativo general”. En [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/asesjuridica/juridica.nsf/832be2ea8709b6bd05256a7600785807/ca98d267837729ff05256c7e007de96c/\\$FILE/2DA%20PARTE%20-%20%205ILENCIO%20POSITIVO.doc](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/asesjuridica/juridica.nsf/832be2ea8709b6bd05256a7600785807/ca98d267837729ff05256c7e007de96c/$FILE/2DA%20PARTE%20-%20%205ILENCIO%20POSITIVO.doc).

21 Esta norma resulta de aplicación supletoria a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

que “Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje”.

Nuestro ordenamiento jurídico es claro en señalar las controversias que pueden someterse a arbitraje y, en el caso de la normativa de contratación pública, establece además en qué casos no es aplicable el arbitraje<sup>22</sup>. Los temas relativos a decisiones positivas fictas no han sido abordados de manera expresa, a pesar de que razón por la que existe un vacío sobre el particular que requiere la aplicación supletoria de la LPAG, para de ese modo encontrar alguna solución o medida de corrección a las situaciones contrarias al derecho y de evidente injusticia en que podría concluir la aplicación mecánica del silencio administrativo positivo.

#### 4.1. El arbitraje como sustituto del proceso contencioso administrativo

Continuando, la interpretación respecto a la competencia con que cuentan los árbitros respecto a este asunto, podemos también rastrearla en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, que establece en su artículo 4-5 que pueden impugnarse en la vía contenciosa administrativa las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

En otras palabras, en el ámbito de la contratación pública no existe, al menos para las controversias surgidas durante la ejecución del contrato, excepto el caso de adicionales de obra, mayores metrados y mayores prestaciones de supervisión que sean de competencia de la Contraloría General de la República, la vía judicial contencioso administrativa, sino que está prevista únicamente la vía arbitral para resolver todas las controversias.

#### 4.2. Competencia de los árbitros para declarar la nulidad de un acto administrativo ficto

Propongo el siguiente ejemplo: se trata de un contrato cuyo plazo de ejecución es de 100 días calendario, en el que, por causales no muy claras y que no se ha demostrado fehacientemente que hayan afectado el calendario contractual —con lo cual, de acuerdo a Ley no sería procedente la ampliación solicitada, pues no se cumplen los requisitos o las condiciones

necesarias para ello—, un contratista solicita una ampliación de plazo por 200 días calendario. Es más, asumamos que esa solicitud de ampliación de plazo se presenta cuando ya había vencido el plazo de vigencia del contrato. En un procedimiento regular, la entidad debiera declarar improcedente esa solicitud de ampliación de plazo y, en caso de que esta denegatoria terminara en un arbitraje, los árbitros tendrían que denegar la pretensión también.

**“(...) en el ámbito de la contratación pública no existe, al menos para las controversias surgidas durante la ejecución del contrato, excepto el caso de adicionales de obra, mayores metrados y mayores prestaciones de supervisión que sean de competencia de la Contraloría General de la República, la vía judicial contencioso administrativa, sino que está prevista únicamente la vía arbitral para resolver todas las controversias.”**

Sin embargo, la figura cambia cuando la entidad no se pronuncia sobre la solicitud de ampliación de plazo en el tiempo que señala la norma. De acuerdo al Reglamento, se tendrá por aprobada la solicitud de ampliación presentada por el contratista, con lo que se le otorgarán los 200 días calendario a que, de acuerdo al análisis de fondo, ese contratista no tiene derecho, solamente como efecto del silencio administrativo, con los derechos económicos que nacen de dicha ampliación (gastos generales). En casos similares al del ejemplo, las entidades se negaban a pagar los montos resultantes de este “acto administrativo ficto” y, por tanto, el contratista iniciaba un arbitraje en el que los resultados eran bastante previsibles: solamente basados en un análisis formal y rígido de las normas, los árbitros daban la razón a la reclamación del contratista, sin importar la racionalidad y ni siquiera la legalidad de la misma, pues se privilegia el efecto inmediato —y casi divino— del “silencio administrativo positivo”; es decir, la aceptación del

22 Se esté a favor o en contra de este punto en particular, es claro que nuestro ordenamiento restringe el ámbito de materia arbitrable a los temas contractuales en los que el Estado es parte, con excepciones como puede ser el caso de las expropiaciones. Sin embargo, hoy en día se están consiguiendo por la vía indirecta lo que está prohibido por la vía directa; es decir, se está arbitrando y decidiendo favorablemente respecto a las materias no arbitrables de manera expresa, reclamándolas de manera camuflada, vía la demanda de indemnizaciones por “abuso de derecho” o por “enriquecimiento sin causa”. Sobre el tema particular del enriquecimiento sin causa existe un debate que merece un ensayo particular, pues a pesar de que se trata, de conformidad con nuestro ordenamiento, de una fuente de obligaciones distinta al contrato, se está incluyendo como materia arbitrable, sin mediar siquiera el acuerdo entre las partes. Para confrontar una opinión distinta a la planteada en este pie de página, ver CAMPOS, Alexander. Revista Peruana de Arbitraje N° 3, 2006, pp. 307-328.



pedido del contratista en los términos exactos en los que formuló dicho pedido<sup>23</sup>.

Sin embargo, es necesario que se efectúe un análisis también del contenido de la petición, pues si dicho contenido fuera lesivo o contrario al ordenamiento jurídico, estaríamos frente a causales de nulidad del acto administrativo presunto. Dicha nulidad, en el caso de que se haya verificado, debería ser declarada por quien corresponda de acuerdo a la normativa aplicable; de acuerdo al artículo 9 de la LPAG, todo acto administrativo “se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. Por tanto, en caso que el acto administrativo ficto fuera nulo, esta nulidad debería ser declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional (incluidos los árbitros).

En el caso de una ampliación de plazo aprobada de manera ficta o en el caso de una liquidación final aprobada del mismo modo, ¿puede darse el caso de que la nulidad la declare la autoridad administrativa? Creo que hay que ser cuidadosos con esto, toda vez que en el caso de contrataciones y adquisiciones del Estado, los procedimientos administrativos que se desarrollan durante la fase de ejecución contractual son de instancia única —toda vez que no está prevista la posibilidad de impugnarlos administrativamente— y el único supuesto en el que está prevista, de manera expresa, la posibilidad de que el Titular del Pliego o Máxima Autoridad Administrativa de la entidad declare la nulidad, está referida a la nulidad del propio contrato, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 de la Ley (en el caso de que se verifiquen los impedimentos para ser postor y/o contratista establecidos en el artículo 9 de la propia Ley), aunque el artículo 202<sup>24</sup> del Reglamento va más allá, pues está incorporando un nuevo supuesto (de acuerdo con la modificatoria efectuada a través del D.S. N° 063-2006-EF). Veamos el texto:

Sin embargo, en vista de que la normativa especial no ha previsto los supuestos de nulidad de los actos administrativos durante la ejecución de los contrato, es

aplicable supletoriamente la Ley General de Arbitraje, razón por la que resulta de aplicación el artículo 202.2 de dicha norma, que establece lo siguiente:

“La nulidad de oficio sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida. Si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada también por resolución del mismo funcionario”.

Es decir, aunque no esté previsto de manera expresa, por aplicación supletoria de la LPAG sería posible que la propia Entidad declare la nulidad de manera unilateral de un acto administrativo ficto, decisión que, también, podría ser discutida ante un Tribunal Arbitral por la parte afectada (en este caso el contratista). Sin embargo, nada obsta para que esa pretensión sea planteada ante un Tribunal Arbitral, órgano jurisdiccional que cuenta, de manera más clara e indiscutible, con las facultades para tomar tal decisión.

Siguiendo el ejemplo de la ampliación de plazo, lo que la Entidad debiera hacer una vez verificado el silencio administrativo positivo que otorga al contratista los 200 días de ampliación de plazo solicitados más los gastos generales, puede seguir los siguientes caminos:

- El Titular del Pliego declara la nulidad del acto administrativo ficto que aprueba esa solicitud de ampliación de plazo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10-3 de la LPAG, por cuanto dicho acto estaría permitiendo que el contratista adquiera derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplieron los requisitos para su adquisición, como son el que se haya afectado el calendario de avance de la obra. Frente a dicha actuación administrativa, seguramente, el contratista acudirá a un arbitraje, en el que finalmente se discutirá la procedencia o no de esa nulidad y, por ende, de la propia ampliación de plazo.
- Solicitar en arbitraje que se declare la nulidad del acto administrativo ficto que aprueba esa solicitud

23 Ver DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. “Administración, gestión y arbitraje de contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas”, en [www.aryme.gob.pe](http://www.aryme.gob.pe). En dicho trabajo, el autor, ingeniero experto en temas de obras viales, señala, constatando lo grave de estos temas —con nostalgia de la antigua norma conocida como RULCOP—, por la que muchos laudos arbitrales no han entrado en el fondo de una controversia, dándole la razón al demandante sólo por la verificación de este aspecto formal (el silencio administrativo positivo). “Por ello, qué importante es evaluar la Norma en este aspecto, para que resulte más equitativa y justa para el Estado, lo cual no lo es en este momento”. Sigue señalando que es comprensible que en otros campos de la Administración Pública en los que no existe un perjuicio económico, las leyes hayan alentado la incorporación en los textos únicos de procedimientos administrativos de la figura del silencio positivo (cita ejemplos como el de la solicitud de una licencia de construcción o de proyectos de habilitaciones urbanas). “No obstante, si esto se traslada a la administración de obras públicas, en el [sic] cual el perjuicio económico sí es verdadero, el problema toma otro cariz. Pongamos un ejemplo: Qué pasa si un Contratista presenta en una obra cuya duración es de un año, una ampliación de plazo de 03 años (sin merecerlo) con sus correspondientes gastos generales. Supongamos que el monto de estos Gastos Generales equivale al 100% del costo de la obra y por alguna razón se vence el plazo de la Entidad o se notifica mal la Resolución o pasa *cualquier otra circunstancia*. Y esto se lleva a un tribunal Arbitral de Derecho. **Este Tribunal no tiene más alternativa que dar la razón al Contratista, en algo que probablemente no le corresponda.** Como puede verse, la Norma en este aspecto es injusta y genera muchos riesgos, con grave perjuicio económico. Al funcionario que le ocurriera esto por más que lo embarguen y le quitaran todos sus bienes, jamás podría resarcir una cosa de esta magnitud”. Ante este panorama desolador, lanza su propuesta: “En el caso que se cumpla un plazo en el cual la Entidad no haya podido emitir y notificar su Resolución, *la Entidad queda obligada a emitir una Resolución concordante con la que haya informado el Supervisor, tanto en las Ampliaciones de Plazo, como en las Liquidaciones de Obra*”. Esta propuesta es muestra clara de que, para el Estado y para los funcionarios públicos estos supuestos de silencio administrativo positivo constituyen un tema de alta relevancia y gran complejidad; sin embargo, el propio ordenamiento jurídico y, en particular, la normativa administrativa abren la puerta a soluciones más eficaces y, por qué no decirlo, justas.

24 Artículo 202 del RLCAE: “Son causales de nulidad del contrato las previstas por el Artículo 9 de la Ley así como cuando, una vez efectuada la fiscalización posterior, se determine la trasgresión del principio de presunción de veracidad. **La Entidad declarará la nulidad de oficio:** para lo cual se cursará Carta Notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato; dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje”.

de ampliación de plazo, argumentando justamente que se trata de un acto nulo, de conformidad con lo establecido en el artículo 10-3 de la LPAG. Creo que este camino sería el más adecuado. Los árbitros debieran entrar a conocer el fondo de la cuestión, para lo cual tendría que procederse a evaluar si la solicitud de ampliación de plazo cumplió con los requisitos establecidos en la propia Ley. Un actuación arbitral contraria no se ajustaría a derecho, pues estaría amparando un beneficio contrario al ordenamiento jurídico.

Otro ejemplo que me permite sustentar lo que afirmo aquí es el supuesto en el que, por ejemplo, un consultor de obra presenta una liquidación a todas luces contraria a derecho. Digamos que el contrato era para la supervisión de una obra y que llegó al 9% del monto del contrato de ejecución de obra, es decir, dentro de los límites legales permitidos. Sin embargo, al presentar su liquidación el supervisor aplica las fórmulas de reajuste previstas no para contratos de servicios, sino para contratos de ejecución de obras, cuestión que indudablemente conculca las normas vigentes y genera un resultado con

un saldo a favor del supervisor mucho mayor al que, en realidad, le corresponde. Para seguir con el ejemplo, la entidad no formula observaciones ni se pronuncia en los plazos establecidos razón por la cual se entiende, por silencio administrativo positivo, que la entidad ha aprobado esa liquidación manifiestamente ilegal. ¿La entidad está obligada a pagar el monto resultante de esa liquidación?

La experiencia práctica nos muestra que esta ha sido una *patente de corso* recurrente por la que los recursos públicos han sido en muchos casos expoliados mediante conductas de evidente mala fe<sup>25</sup> de proveedores que han buscado sacar partido de una mala norma, ante la pasividad (a veces complicidad) de una burocracia<sup>26</sup> falta de compromiso con la defensa y el cuidado de esos recursos públicos. No obstante, el propio ordenamiento jurídico pone al alcance de los usuarios (funcionarios bien intencionados y árbitros correctos) las herramientas necesarias para no seguir permitiendo que se utilicen los recursos públicos de una manera inapropiada, toda vez que dichos recursos constituyen el patrimonio económico de todos los ciudadanos 📧

25 Ver KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. "¿Y la política nacional anticorrupción? Bien, gracias...". En Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, pp. 254, 257, 253. En dicho artículo, Kundmüller señala que "el volumen total de la economía global alcanzaría aproximadamente los 33 trillones de dólares; es decir, US\$ 33.000.000.000,000 [sic]. La cifra a la que ascendería el total del costo por concepto de actos de corrupción a escala global, sería hoy de un trillón de dólares, es decir: US\$ 1.000.000.000,000 [sic]. Este monto deriva de sobornos y de una variada gama de prácticas corruptas en diversas regiones y lugares del mundo". Señala además que la corrupción se ha extendido a las instituciones dedicadas a la cooperación internacional. En suma, "la corrupción se convierte en un grave factor limitante para la inversión en países que, precisamente, se caracterizan por una alta demanda y necesidades de inversión, como el Perú". Aunque comparto el punto de vista reseñado, creo que es necesario precisar que la corrupción extiende sus telarañas tanto en el ámbito público como en el ámbito privado y, por tanto, es necesario efectuar un análisis integral —no parcial— de este fenómeno.

26 En el presente trabajo, el uso del concepto de burocracia recoge la definición que Max Weber hizo del mismo como la forma más eficiente de organización teniendo en cuenta la complejidad de los aparatos estatales, de las dependencias gubernamentales y pensando en las necesidades de sociedades cambiantes y dinámicas. Como dice Blanca Ollas de Lima Gete, "Los estudios sobre la burocracia parten de Max Weber, quien diseñó un modelo de dominación legal-racional que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático. La administración burocrática significa dominación gracias al saber, racional y específico, y es inseparable de la administración de masas. A ella atribuye Max Weber cualidades de precisión, continuidad, disciplina, rigor, calculabilidad, extensión y perfeccionamiento técnico"; a pesar de esta definición muy positiva, "Weber dejó planteados algunos temas que constituirían el eje de reflexiones críticas posteriores, como la relación entre burocracia y democracia, burocracia y socialismo, o los efectos sociales de la burocracia", ver en <http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/B/burocracia.pdf>.