

La Rescisión Administrativa por Lesión en la Contratación Pública de Bienes y Servicios: Un Acto Administrativo Nulo

Jorge Pando Vilchez*

“A través de un análisis de la figura de lesión y rescisión en el marco de una resolución ministerial, expedida por el Ministerio de Educación, en la que este ente administrativo rescinde un contrato de adquisición de bienes, el autor nos da los argumentos que evidencian la irregularidad de este acto administrativo.”

1. Introducción

En los últimos tiempos hemos sido testigos de diversos eventos y situaciones relacionados con las adquisiciones frustradas de bienes y servicios por parte de determinadas entidades del Estado. No es extraño ver en el Diario Oficial, resoluciones administrativas que declaran nulos o desiertos procesos de adquisiciones por diversas causales. Ejemplos muy saltantes de ello han sido los procesos relacionados con las adquisiciones de ambulancias, adquisiciones de patrulleros, compra de pertrechos policiales, entre otros. Pero también se pueden encontrar contratos resueltos o procesos de selección declarados desiertos respecto de otras adquisiciones relacionadas a bienes menores, o a entidades menos conocidas o no tan difundidas en las noticias.

Se puede también advertir, que hay una “preocupación” permanente entre los funcionarios públicos y entre los operadores de las adquisiciones del Estado en general, sobre la eficiencia y la simplicidad de los procedimientos a seguirse en las compras de bienes, y contratación de servicios y obras que realizan las entidades públicas. Para algunos, hay mucha burocracia, para otros es una tema de flexibilizar y simplificar plazos (reducirlos) o eliminar etapas, como las de impugnación, entre otras.

En esa línea de pensamiento, hemos podido ser testigos que entre agosto de 2006 y octubre de 2007 se han venido produciendo una serie de modificaciones a la normatividad sobre la materia, buscando flexibilizar

los procedimientos o creando nuevos procedimientos para las adquisiciones estatales. Un ejemplo de ello lo constituye el denominado proceso abreviado creado por un Decreto de Urgencia para atender el llamado shock de inversiones, con el objeto de intentar lograr una ejecución presupuestal oportuna y eficiente.

No es nuestro objetivo hacer un análisis jurídico ni valorativo, en esta oportunidad, sobre los referidos cambios normativos. Deseamos por el contrario centrarnos en el análisis de un tema que nos pareció preocupante advertir en el Ministerio de Educación en el marco de un proceso abreviado y del shock de inversiones, por el cual mediante una Resolución Ministerial se “rescindió” un contrato de adquisición de bienes por la causal de “lesión” al Estado. En ese sentido, deseamos analizar los argumentos de la referida decisión administrativa y la viabilidad y sustento de la causal invocada, así como el procedimiento seguido para su implementación, identificando en su caso los riesgos y consecuencias que pueden originarse de todo ello.

En esa línea de ideas, el presente artículo busca analizar y aclarar fundamentalmente dos inquietudes:

- Si ¿resulta posible aplicar la figura de la lesión al Estado en las contrataciones de bienes y servicios que éste realice?
- Si es posible aplicar la figura de la rescisión administrativa de un contrato en el marco de la regulación de las contrataciones y adquisiciones del Estado.

* Abogado por la PUCP. Profesor de Derecho Administrativo. Consultor Principal de la firma Panalma Consultores Asociados. <http://blog.pucp.edu.pe/jmpando>.

2. La Lesión

El primer tema de análisis esta referido a la figura de la lesión. Dicha figura se encuentra regulada en nuestro Código Civil en artículo 1447°. Es una figura jurídica que resulta de aplicación a todos los contratos que se celebren a título oneroso o tengan carácter conmutativo.

Un contrato es oneroso cuando existe para cada una de las partes un sacrificio y una ventaja, y es conmutativo, cuando cada una de las partes, al momento en que celebra el contrato, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja correlativos¹.

Siguiendo la definición del referido artículo del Código Civil, para que se configure la lesión como causal de rescisión de un contrato es necesario que concurren tres elementos:

- a. Que la desproporción entre las prestaciones, al momento de celebrarse el contrato, sea mayor a las dos quintas partes. Lo que se conoce como lesión objetiva.
- b. Que la desproporción resulte del *aprovechamiento* por parte de uno de los contratantes (primer elemento de lesión subjetiva) y
- c. Que exista la necesidad apremiante del otro (segundo elemento de lesión subjetiva).

Es decir, para que la lesión sea causal de rescisión de un contrato es requisito ineludible que estén presentes todos los elementos: lesión objetiva (un elemento) y lesión subjetiva (dos elementos)².

De ese modo, se "colige la exigencia de que la desproporción evidentemente provenga del abuso consciente por la parte que se beneficia con ella del estado de necesidad o inexperiencia del otro contratante"³

Para Moisset de Espanés la institución de la lesión busca proteger al débil, al necesitado, a la persona que se encuentra en una situación de inferioridad económica, psíquica o psicológica, frente a aquel que explotando esa necesidad y aprovechando su situación de superioridad consigue en un contrato ventajas inicuas⁴.

3. Caso Propuesto

Veamos los hechos que son materia de análisis⁵.

El Ministerio de Educación convocó a una Licitación Pública por proceso de Selección Abreviado, para la

adquisición y distribución de tres mil unidades de generadores de corriente eléctrica, por un valor referencial de un millón quinientos noventa y siete mil ochocientos noventa nuevos soles.

Efectuada la evaluación y calificación correspondientes, se adjudicó la Buena Pro, del citado proceso de selección, a la empresa Steel Industry S.A.C. (en adelante El Contratista), con quien se suscribió el Contrato de Adquisición de los bienes correspondientes, por un precio total de un millón setecientos cincuenta y siete mil diez nuevos soles.

Según la Resolución expedida por el Ministerio, como consecuencia de una fiscalización posterior al amparo del artículo 32° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General realizada por la Unidad de Abastecimiento del Ministerio de Educación, se emitió un Informe sobre la evaluación de la idoneidad técnica de los bienes ofertados por el contratista y el Área de Estudio de Mercado evaluó la propuesta económica, en relación a bienes similares ofrecidos en el mercado.

Dicho informe llega a la conclusión que de acuerdo con la indagación de precios estimados, en el mercado el precio unitario de dichos bienes contratados asciende a Doscientos once y 42/100 nuevos soles, que incluye el transporte a destino, costo estimado de utilidad, margen de comercialización e Impuesto General a las Ventas, en comparación con el precio unitario pactado con el Contratista de Quinientos ochenta y cinco y 67/100 nuevos soles.

En tal sentido, la Resolución Ministerial analizada concluye que entre los precios de mercado y los precios del contrato respectivo existe una desproporción superior a las dos terceras partes a favor del Contratista y que de acuerdo a lo señalado en los artículos 1447° y 1448° del Código Civil, afirma que se ha lesionado los intereses del Ministerio de Educación al celebrarse el Contrato referido, en tanto la desproporción de precios hace presumir el aprovechamiento del Contratista, procediendo a Rescindir el aludido contrato por causal de lesión en perjuicio del Ministerio de Educación.

De los hechos detallados, se puede apreciar lo siguiente:

- a. Al Contratista se le otorgó la buena pro, al haber cumplido con todos los requisitos exigidos en las bases del proceso de selección.
- b. Las bases de dicho proceso de selección fueron elaboradas y aprobadas en su oportunidad por el Ministerio de Educación.
- c. El valor referencial de los bienes a adquirir fueron determinados por el Ministerio de Educación, y no

1 Exp. N° 3133-97-Lima, En: El Código Civil en su Jurisprudencia. Gaceta Jurídica. Lima, 2007. Pág. 550

2 Moisset de Espanés, Luis. Comentario al artículo 1447°. En Código Civil Comentado. Ed. Gaceta jurídica, Tomo VII, Lima, Agosto 2007, "2da. Edición. Página 469

3 El Código Civil en su Jurisprudencia. Ibid. Pág. 551

4 Moisset de Espanés, Luis. Comentario al artículo 1447°. En Código Civil Comentado. Ed. Gaceta jurídica, Tomo VII, Lima, Agosto 2007, "da. Edición. Página 457.

5 Tomados de la Resolución Ministerial N° 0135-2007-ED, publicada en el diario oficial El Peruano en la Pág.- 342397 del Boletín de normas legales del 29 de marzo de 2007.

por Contratista, constituyendo ésta una de las reglas a las que se somete cualquier contratista que desea participar en un proceso de selección.

- d. Entre el Ministerio de Educación y el Contratista ya se había suscrito un contrato válido y por lo tanto se habían entregado las cartas fianzas correspondientes⁶.
- e. El monto de oferta económica de la propuesta del Contratista se encontraba dentro del margen máximo de 10% sobre el valor referencial, permitido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento.

4. Análisis de los Hechos

Para empezar, analicemos la motivación mediante la cual se busca justificar la emisión de la aludida Resolución Ministerial. Se manifiesta que ello se produce como consecuencia de una fiscalización posterior al amparo de lo previsto por el artículo 32° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

El aludido artículo dispone que a través de la fiscalización posterior la entidad verifica de oficio, mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de:

- las declaraciones
- los documentos
- las informaciones y
- las traducciones proporcionadas por el administrado.

Como se advierte rápidamente, ninguno de estos supuestos son los que están en juego en los hechos antes planteados. Es decir, el Ministerio de Educación ha realizado una fiscalización posterior y no ha determinado falsedad de declaraciones, de documentos, de informaciones o de traducciones proporcionadas por el contratista, pero si ha adoptado la decisión de rescindir el contrato suscrito entre las partes.

La “diferencia de precio” entre la propuesta económica del contrato y el precio supuestamente determinado con posterioridad a su celebración por el Ministerio, no constituye en absoluto ni declaración, ni información inauténtica, que pueda dar lugar a una decisión como la adoptada en la Resolución Ministerial.

Pero más serio es el hecho, que de haberse considerado dicha información como “causal de in-autenticidad declarada por el contratista, la solución legal prevista por la Ley del Procedimiento Administrativo General es la NULIDAD del acto administrativo respectivo y no la Rescisión del contrato.

Aquí podemos evidenciar otro elemento diferenciador. En el presente caso, no estamos frente a un acto administrativo (decisión unilateral de la administración)⁷ sino frente a un contrato (acuerdo bilateral). Siendo así, no resulta jurídicamente viable pretender aplicar las reglas establecidas para declarar la nulidad de un acto administrativo a un supuesto totalmente distinto, como es el caso de la nulidad de un contrato, en el que además se afectan derechos previamente reconocidos y que gozan de plena validez.

Asimismo, el contrato analizado es resultado de un procedimiento seguido de acuerdo con las reglas que regulan las contrataciones del Estado y en virtud de haberse emitido un acto administrativo de buena pro, que goza de la presunción de validez⁸, cuya legalidad nadie ha cuestionado. En tal sentido, mal puede pretenderse dejar sin efecto el producto derivado de dicho acto administrativo: el contrato, mediante la aplicación de normas que sólo corresponden para la declaración de nulidad de actos administrativos.

De otro lado, retomando los elementos constitutivos de la lesión, puede advertirse a priori, de la Resolución Ministerial, que lo que “aparentemente” habría demostrado el Ministerio sería la “lesión objetiva”⁹, más no la “lesión subjetiva”¹⁰. Es decir, se alude a una diferencia de precio del contratista superior a 2/3 al precio unitario que se habría determinado en el mercado:

Valor unitario supuesto del mercado:	S/. 211.42
Valor unitario contratado:	S/. 585.67
Diferencia:	S/. 374.25

Aquí debe tenerse en cuenta, que de conformidad con el artículo 1449° del Código Civil, la desproporción entre las prestaciones se apreciará según el valor que tengan al tiempo de celebrarse el contrato.

En ese sentido, Arias Schreiber señala que es de la esencia de la lesión que el desequilibrio entre las prestaciones exista al momento en que se celebra el contrato, lo que lo distingue de la excesiva onerosidad de la prestación. Siendo así la desproporción de las prestaciones debe ser apreciada de acuerdo con el valor de éstas al momento en que se perfecciona el contrato o no posteriormente¹¹.

Como ya se ha advertido líneas arriba, la determinación en el presente caso de la desproporción es establecida por el Ministerio con posterioridad a la celebración del contrato, y de modo unilateral, sin cumplirse el principio del debido procedimiento, que implica la posibilidad de defensa por parte del contratista.

6 De acuerdo con el texto de las Bases respectivas, y del texto del contrato correspondiente, había en acuerdo de un adelanto del precio a cambio de una Carta Fianza por el monto dado en adelanto.

7 Declaración de la entidad en el marco de normas de derecho público, destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (unilateral) Art. 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General

8 Es decir es válido mientras no se declare administrativa o judicialmente su nulidad.

9 Que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sea mayor a las dos quintas partes.

10 Que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro.

11 Arias Schreiber, Max. Exégesis del Código Civil Peruano de 1984. Tomo 1. 3era. Edición, Lima 1988. Pág. 245

Sobre el aprovechamiento de la situación o necesidad del Ministerio, no se motiva en la Resolución nada en absoluto, probablemente porque se ha alegado que existe una desproporción superior a las dos terceras partes, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 1448°, nuestro legislador civil presume el aprovechamiento por el lesionado (contratista) de la necesidad apremiante del lesionado (Ministerio). Sin embargo, ello lo único que origina es invertir la carga de la prueba, es decir, en lugar que el Ministerio demuestre el aprovechamiento, va a corresponder al contratista probar que él ha actuado correctamente.

“(...) organización estatal no puede alegar desconocimiento (aun cuando sus administradores responsables sean negligentes) en el sentido de trasladar la responsabilidad de la negligencia de sus funcionarios a un contratista, (el administrado) cuando quienes deben responder por el eventual error son los referidos funcionarios o servidores negligentes.”

Esta probanza por parte del contratista, no va a resultar en nada difícil. No debemos perder de vista que el contratista ha participado de un proceso de selección en el marco de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, sujeto a unas bases, que él debe de respetar y dentro de las cuales se ha establecido un valor referencial, determinado por la propia entidad pública, con unos márgenes permitidos por ley.

En otras palabras, las reglas de juego las ha fijado el propio Estado, y corresponde al contratista acomodarse dentro de ellas o ser descalificado.

Muchos de los problemas constantes que se producen en las contrataciones públicas, están relacionados directa o indirectamente con el tema del valor referencial.

Se supone que la entidad, antes de convocar a un proceso de contrataciones, realiza un estudio de mercado, que las normas de contrataciones no le indican como debe hacerlo. En ese sentido, solicitan en el mercado

cotizaciones a diferentes proveedores y normalmente, determinan luego un promedio, resultado que en ciertos bienes o servicios puede resultar adecuado, pero que en otros casos, por la diversidad de calidades, marcas y demás condiciones disímiles, puede resultar excesivo o muy reducido.

Así, debe tenerse claro que no es lo mismo, ir a un establecimiento comercial y preguntar cuanto vale un Laptop Pentium IV, que uno puede pagar y llevársela inmediatamente, que preguntar cuanto vale la misma laptop, con 2 años de mantenimiento preventivo y correctivo, garantía de reposición, aseguramiento de stock de repuestos y colocada en Yurimaguas, para ser cancelada dentro de los 30 días de otorgada la conformidad por el usuario. Probablemente, la laptop de mostrador resulte de menor precio, porque al segundo supuesto habrá que agregarle todos los demás costos de los servicios o características adicionales que se están solicitando por parte de la entidad adquirente.

De igual modo, el precio de una Laptop Pentium IV no es el mismo que si se solicita que esa Laptop además de Pentium IV, tenga procesador Corel Duo, Memoria no menor de 1GB, Disco Duro de 120 GB, Grabador de CD/DVD RW, entre otros. Las especificaciones técnicas adicionales en el segundo caso originaran la obtención de una cotización más cara.

Como se puede apreciar entonces, unas especificaciones técnicas poco claras o un desconocimiento del producto con facilidad puede dar referencias inadecuadas para la determinación de los valores referenciales de un proceso de selección, originando un valor referencial erróneo. Si ello no se corrige a tiempo, derivará en procesos desiertos o en la adquisición de productos más caros o de inferior calidad a la prevista¹². Pero en cualquier caso, quien fija las reglas de juego es la entidad estatal y no el contratista.

Entonces cabría preguntarnos si es posible sustentar alguna posibilidad en que el Ministerio pueda haber sido objeto de aprovechamiento de su necesidad por desconocimiento o estado de necesidad.

El elemento subjetivo de la lesión referente a la “necesidad apremiante”, no es un elemento que encuadre dentro de las descripciones aplicables para una licitación pública como la analizada. Quizá podría alegarse necesidad apremiante, cuando se esta ante un caso de emergencia (Ej.: terremoto) donde primero se compra y luego se regulariza la contratación¹³, y aún así, en nuestra opinión ello resulta dudoso, en la medida que una entidad pública, que tiene a su cargo determinadas potestades y responsabilidades, cuenta (o es su obligación contar) con la información previa necesaria que le permita saber si hay o no un eventual

12 Un caso típico al respecto esta relacionado con el tema de toner y tintas de impresoras (originales, alternativos-con garantía y sin garantía- y rellenados) o con la adquisición de útiles de escritorio, en los que no basta querer comprar lápices sino que debe especificarse alguna característica técnica adicional de dicho lápiz, como puede ser resistencia del carbón del lápiz al tajado (que no se rompa la punta al tajar) o no astillamiento de la cubierta de madera al tajar; lo que originará a someter a dicho bien a una prueba física para acreditar que cumple dicha característica, por ejemplo.

13 Ver artículo 142 del Reglamento de la ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado.

aprovechamiento en su contra en el momento que tenga que realizar una adquisición en estas condiciones y ser capaz de tomar una decisión al respecto buscando alternativas o justificando debidamente la decisión adoptada. A diferencia de una persona natural, la organización estatal no puede alegar desconocimiento (aun cuando sus administradores responsables sean negligentes) en el sentido de trasladar la responsabilidad de la negligencia de sus funcionarios a un contratista, (el administrado) cuando quienes deben responder por el eventual error son los referidos funcionarios o servidores negligentes.

Teniendo en cuenta estas premisas iniciales, veamos que sucede en cuanto a la aplicación de ésta figura jurídica en el caso de la normatividad sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

5. La lesión en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante la Ley de Contrataciones), establece que ella y su reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables¹⁴.

De otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General en el artículo II del Título Preliminar dispone que ella regula los procedimientos administrativos especiales creados y regulados como tales por ley expresa –como en el caso de los procedimientos de contrataciones del Estado–, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por ésta, en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto en la ley especial.

Por su lado el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil establece que sus disposiciones se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes –Vg. Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado–, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

Finalmente, el artículo VIII del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en dicha ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y solo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Teniendo en cuenta estos aspectos legales, podemos preguntarnos ¿cómo encaja la figura de la lesión del Código Civil en el presente caso?¹⁵.

Para empezar, debemos recordar que el Ministerio frente a un aparente problema con su contratista toma decisiones administrativas y en esa medida tales decisiones administrativas tienen que estar ajustadas a las potestades previstas en la regulación administrativa respectiva.

Así, la autoridad administrativa se encuentra frente a un contrato suscrito con un contratista donde aparentemente va a pagar un monto mayor que el encontrado en el mercado en otro contratista, situación que para dicha autoridad no debe ejecutarse. La forma que ello se materialice implicaría que el contrato suscrito quede sin efecto jurídico, a través de algún mecanismo legal establecido en la normatividad de la materia.

La Ley de Contrataciones establece que un contrato derivado de un proceso de selección puede quedar sin efecto por Resolución o por Nulidad¹⁶.

La resolución del contrato esta circunscrita a determinadas causales:

- Mutuo Acuerdo:
 - i. Cuando se trate de causas no atribuibles a las partes, o
 - ii. Cuando estemos frente a una situación de caso fortuito o fuerza mayor¹⁷
- Por causas imputables a la Entidad: es decir cuando ésta incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, contempladas en las bases o en el contrato, pese a haber sido requerida.
- Por causas imputables al contratista:
 - i. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo.
 - ii. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo.
 - iii. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

Por su lado, la nulidad del contrato esta restringido de acuerdo con el artículo 57° de la Ley de Contrataciones, a que éste se haya celebrado infringiendo las

14 Ver artículo 4.1 del Tuo de la Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.

15 Cabe hacer notar que el reglamento de la ley de contrataciones en su artículo 201° alude a que el contrato es obligatorio para las partes y se regula por el título de ejecución Contractual y que en todo caso, son de aplicación supletoria las normas del Código Civil. Esta referencia tiene que considerarse enmarcada en los parámetros de la Ley de Contrataciones y en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

16 *Resolución*: artículos 41° inc. c); 42°; 45° de la Ley de Contrataciones y artículos 224, 225 226 y 227 del reglamento.
Nulidad: artículo 57° de la Ley y 202° del Reglamento.

17 Valga la oportunidad para indicar comentar que la fuerza mayor y el caso fortuito siempre serán causas no atribuibles a las partes, por lo que la referencia normativa resulta redundante. Sin embargo mencionamos el texto tal como esta en la Ley de Contrataciones artículo 45°

incompatibilidades para ser contratistas, las mismas que se detallan en el artículo 9° de la Ley. Este enunciado inicial, ha sido ampliado vía reglamento de la Ley, agregándose el supuesto en que realizada la fiscalización posterior, se determine la trasgresión del principio de veracidad. Esto es, que se hay presentado por ejemplo algún documento falso, o información o declaración inexacta que ha llevado a la suscripción del contrato.

Como puede apreciarse, el caso bajo análisis, tiene mucha semejanza con este supuesto, toda vez que la Resolución Ministerial se ha sustentado en un proceso de verificación posterior. La diferencia radica que en el presente caso, no se ha determinado ningún tipo de documento falso o de información inexacta, por lo que no correspondería aplicar la nulidad del contrato. Tampoco se ha determinado ninguna de las causales para la aplicación de la Resolución del contrato.

¿Será entonces posible utilizar otra figura jurídica, traída por extrapolación del Código Civil, como la lesión?

Como señala Moisset de Espanés, "la teoría de la lesión tiene como finalidad brindar protección a la parte más débil para evitar que la otra se aproveche indebidamente de esa situación de inferioridad"¹⁸.

Teniendo en cuenta que en el derecho administrativo, existen administrados y administración pública, a priori se puede aceptar que el administrado puede ser objeto de lesión por parte del Estado en sus relaciones contractuales, pues puede hallarse precisamente en una situación de "necesidad apremiante".

En lo que respecta al Estado como víctima de lesión, en las relaciones de la administración pública con sus administrados "es muy difícil, por no decir imposible, que ésta se encuentre en situación de inferioridad; muy por el contrario, si hay una parte que tiene en sus manos medios o resortes para imponer condiciones a la otra, es el Estado, y no el administrado. Incluso en situaciones de necesidad urgente puede echar mano no sólo a remedios clásicos, como la expropiación, sino a medidas de tipo excepcional"¹⁹.

Moisset de Espanés, reconoce sin embargo que un supuesto en el que el Estado puede ser víctima de lesión, sería cuando se encuentre frente a súbditos de otros países o con sociedades multinacionales. Nos parece interesante esta aproximación, pero creemos que ello sólo sería posible cuando dichas contrapartes del Estado no estén sometidas al cumplimiento de las normas nacionales, es decir que no se hayan convertido en "administrados" respecto del Estado lesionado.

Siendo este el panorama, la Ley de Contrataciones, debido a la naturaleza de la relación que se genera entre la entidad administrativa convocante y su contratista, no ha tenido necesidad de regular la figura de la lesión como una causal de resolución (o rescisión)²⁰ del contrato, porque se es consciente que la forma en la cual se realiza el proceso de contrataciones implica un sometimiento del participante o futuro contratista a las reglas de juego que la entidad de la administración pública convocante establece en el marco de las normas sobre contrataciones públicas.

Queda pendiente un tema a analizar: la aplicación supletoria, en este caso del Código Civil, a las normas administrativas sobre contrataciones.

Para ello, la aplicación supletoria de una norma dentro del régimen legal propio de un ordenamiento jurídico distinto como una norma civil en una relación jurídico - pública, requiere necesariamente que dicha norma que es traída desde fuera del ordenamiento jurídico público no contradiga los principios esenciales de esta parte del ordenamiento, tal como lo establece la Ley de Procedimiento Administrativo General.

Por lo tanto, la aplicación de cualquier figura o instituto propio o reconocido por la legislación civil como la lesión, en una relación jurídico - público, requiere ser justificada por la constatación de la existencia de un problema jurídicamente relevante que la autoridad estime debe ser corregida. Luego, debería demostrarse que la norma civil que se pretende aplicar no contradice otros principios del derecho administrativo.

Aquí es donde pueden presentarse los problemas fundamentales en la Resolución Ministerial analizada, pues esta no cuenta en absoluto con la motivación respectiva que justifique de la necesidad de la aplicación supletoria de la lesión, ni tampoco cuenta con motivación acerca de cómo es que se ha producido la lesión.

El problema no es tanto si debe o no aplicarse supletoriamente normas de derecho civil por parte de la administración pública, sino la forma y requisitos en que dicha aplicación debe producirse²¹.

6. La Rescisión en las Adquisiciones de Bienes y Contratación de Servicios y Obras.

Un último tema a analizar brevemente es la forma en la cual la administración pública ha actuado.

Partiendo del supuesto negado por nosotros hasta el momento, que se haya producido una lesión en perjuicio del Estado. ¿Cuál debería ser la actuación de la administración?

18 Moisset de Espanés, Luis. La Lesión y el Derecho Administrativo. En <http://www.acader.unc.edu.ar/artlesionderechoadministrativo.pdf>

19 Ibid.

20 Castillo Freyre, Mario. Rescisión y Resolución. En *Contratos. Teoría General*. 1era. Ed. Marzo 2005. Pág. 128. Considera el referido autor, que si bien la distinción entre rescisión y resolución es teóricamente aceptable y hasta correcta, en la práctica resulta inútil, ya que el ámbito de la rescisión es infinitamente pequeño, en tanto que el de la resolución infinitamente grande dentro del Código Civil y la practica jurídica.

21 Notas sobre unos comentarios realizados por el doctor José Antonio Tirado a raíz del análisis de la citada Resolución Ministerial. Marzo 2007

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1372° del Código Civil, la rescisión se declara judicialmente.

Como hemos podido apreciar del caso bajo análisis, el Ministerio de Educación definió unilateralmente que se había producido lesión en su contra y tomó la decisión de emitir un acto administrativo contenido en una Resolución Ministerial, declarando la rescisión del contrato suscrito con el contratista, sin que para ello se haya evidenciado el respeto a un debido procedimiento previo, que como mínimo implica poner en conocimiento del administrado las causales que podrían originar una decisión administrativa posterior a efectos que éste tenga la posibilidad de defenderse.

Pero además de ello, se evidencia una flagrante violación del citado artículo del Código Civil, pues la administración se ha arrogado la facultad de juez, al expedir administrativamente una Resolución Ministerial de rescisión en lugar de recurrir a la vía judicial para que sea el juez quien declare, como corresponde si procede o no la referida rescisión por lesión.

Es decir, no solamente se ha utilizado de manera dudosa una figura jurídica que como hemos indicado no está prevista en el ordenamiento jurídico de las contrataciones estatales, porque no resulta aplicable al Estado como supuesta víctima; sino que adicionalmente se ha actuado en contra de la propia normatividad que se pretende aplicar supletoriamente y que ordena que dicha decisión de rescisión de un contrato, sea declarada judicialmente.

Desde una perspectiva de efectos prácticos, éste hecho es fundamental, porque evidencia una trasgresión flagrante a las normas vigentes y por tanto consecuencias negativas para el Estado. A saber:

- Si la rescisión está mal declarada, como lo está, el contratista tiene todo el derecho de discutir, y con éxito, la nulidad de dicha rescisión en la vía arbitral y además exigir el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que todo ello pueda haberle ocasionado.
- ¿Quién pagará dicha indemnización? ¿El funcionario firmante del acto administrativo? ¿Solidariamente con los asesores que formularon la propuesta? No. Quien asumirá meses después ese pago será el Estado, es decir cada peruano (pobre o rico) que con

sus impuestos (en especial con el Impuesto General a las Ventas) contribuye diariamente al fisco nacional para que el Estado pueda desarrollarse. Pero en este caso, parte de dichos recursos serán desviados a indemnizar errores de sus funcionarios.

- ¿Repetirá el Estado contra estos funcionarios por el monto que han originado como gasto al fisco? Probablemente no y entonces no aprenderán de sus errores, porque no afectará el bolsillo del que cometió el error o la negligencia.
- Finalmente, se crea un precedente, que esperemos no se siga repitiendo porque crea inseguridad jurídica. Cuando se emite un acto en las condiciones en que se ha emitido la referida Resolución Ministerial, se está emitiendo un acto administrativo arbitrario y por lo tanto nulo.

7. Conclusiones

- a) La lesión es una figura jurídica que sólo resulta aplicable en la relación administración - administrado, cuando la víctima de la lesión es el administrado.
- b) En las contrataciones públicas, el Estado no puede alegar ser víctima de lesión, pues es la propia entidad convocante la que fija las condiciones en las cuales van a participar los posibles postores y es ella la que finalmente elige al contratista.
- c) No es de ninguna manera posible declarar administrativamente la rescisión de un contrato celebrado entre una entidad pública y un contratista. Hacerlo es abiertamente violatorio de las normas civiles respectivas
- d) La emisión de cualquier acto administrativo requiere para su validez que éste cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 4° y con los principios previstos en el artículo II del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- e) En el presente caso, la Resolución Ministerial analizada es nula, al evidenciarse que al menos no cumple con los requisitos de validez de competencia, motivación y procedimiento regular, además de no haberse respetado el principio del debido procedimiento y ser contrario a lo dispuesto por el artículo 1372° del Código Civil 