

Contratación Estatal: Algunas Reflexiones Generales

Sergio Tafur Sánchez*
Rodolfo Miranda Miranda**

“Mediante el presente artículo, el autor tiene como objetivo advertir que la contratación estatal en el Perú, no se limita a la adquisición de bienes y contratación de servicios. Detalla algunos criterios que permiten comprender que cuando el Estado actúa contractualmente existe presente una pluralidad de intereses que deben ser tomados en cuenta y que van a conllevar a consecuencias especiales. Por último, luego de una amplia reflexión, hará comprender al lector que la meta de la contratación pública es siempre lograr el justo equilibrio entre el interés del contratista privado y el interés del estado.”

“Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo de la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada); otras, de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales para controlar la legalidad de su actuación).

El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término todos los problemas jurídico-administrativos consisten –y esto conviene tenerlo bien presente– en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.”

Introducción

El Estado es probablemente el principal agente de la actividad económica en nuestro país; para ello actúa a través de diversos mecanismos, y definitivamente el contrato, es uno de éstos.

Sin embargo, al ser una entidad estatal una de las partes de esa relación contractual, su contraparte privada, –y algunas veces otras reparticiones del propio Estado– se somete a una serie de requisitos, procedimientos, consecuencias y, en general, a una regulación especial. Como veremos en las siguientes líneas, ello obedece finalmente a la existencia de una pluralidad de intereses que subyacen en un contrato que calificamos como administrativo.

En este artículo, pretenderemos por tanto respondernos inquietudes tales como:

- (i) ¿Por qué existe una regulación especial aplicable a la contratación estatal?
- (ii) ¿Qué intereses se encuentran presentes en contrato celebrado por el Estado?
- (iii) ¿Existen algunos intereses adicionales a los de las partes, que deben merecer cautela en materia de los contratos que celebra el Estado?
- (iv) ¿Cómo se interrelacionan los contratos estatales destinados a la adquisición de bienes, servicios y obras, con la dinámica presupuestal de Estado?

* Abogado por la Universidad de Lima. Profesor en las facultades de Derecho en los Cursos de Contratación del Estado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Arbitraje en la Universidad Particular San Martín de Porres. Socio del Estudio Balbi Consultores Asociados S.A

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de Contratación del Estado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Abogado de Intersur Concesiones S.A.

1 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I p. 51

1.1 Concepción general, intereses presentes en la contratación pública y marco constitucional aplicable a la contratación estatal

A continuación presentamos un marco general sobre la contratación estatal, tanto a nivel conceptual como constitucional teniendo en cuenta las principales normas contenidas en la Constitución Política del Perú de 1993 que tienen incidencia en la materia.

1.1.1 Concepción general

“El hecho de aceptar que los ciudadanos cedan una porción de su libertad a favor de un ente al que llamaremos Estado, supone la reserva para éste de determinados fines superiores que justifican esa renuncia colectiva.”

La referencia anterior alude a que la presencia del Estado se justifica en la búsqueda de objetivos ideales tales como: el bien común, el interés público, el bienestar social, la satisfacción de necesidades colectivas o cualquier otro concepto similar.

El Estado para cumplir con las funciones que le competen, tiene forzosamente que aterrizar lo teórico en lo práctico, es decir tiene que actuar, y ello lo hace de diversas maneras. Y actúa de diferentes formas; por ejemplo, cuando ejerce jurisdicción, a través de las sentencias; cuando interviene en la economía puede ser de diversas maneras: regulando, teniendo empresas, suministrando servicios o productos directamente, entre otros.

Ahora, cuando requiere la participación del sector privado para el cumplimiento de sus fines, lo hace, esencialmente a través del contrato.

Tales relaciones contractuales no son un fin en sí mismas, sino que sirven para conseguir los objetivos que le corresponde al Estado. Nótese pues que, por lo menos teóricamente, el Estado, a diferencia del ciudadano común, no contrata porque quiere, sino porque debe (debe, no en el sentido de obligación sino de necesidad). Precisamente por ello se reconoce prácticamente de manera universal no sólo la existencia de procedimientos especiales a los que se sujeta la contratación pública, sino lo que es más importante en nuestra opinión, la aceptación de determinadas consecuencias poco comunes en estos contratos, que ha conllevado a la existencia de toda una normativa en materia de contratación estatal².

Sin embargo, al pretender analizar la dinámica contractual del Estado podemos preguntarnos: ¿En realidad todos

los contratos que celebra el Estado se orientan a la consecución de esos fines superiores? Imaginaremos, por ejemplo los siguientes casos referidos al Ministerio de Transporte y Comunicaciones:

- El Ministerio contratando con una firma constructora la ejecución de una carretera para unir poblaciones aisladas de nuestra serranía y así integrarlas a la actividad económica del país.
- El mismo Ministerio celebrando un contrato de transporte con una empresa privada para brindar el servicio de movilidad a su personal.
- El Ministerio celebrando un contrato de compra venta para la adquisición de un vehículo que ha decidido sea sorteado entre sus trabajadores por el día del trabajo³.

En todas las relaciones contractuales mencionadas actúa el Estado a través de la misma entidad pública, empero, ¿Podríamos decir que en los tres casos estamos frente a contratos públicos que están orientados a lograr la satisfacción de necesidades colectivas, o del bien común de manera directa e inmediata? De hecho que la respuesta no será unánime.

Como consecuencia de esto, la doctrina administrativa se refiere a dos **categorías conceptuales distintas**:

- los denominados contratos administrativos propiamente dichos y
- los contratos administrativos de derecho privado celebrados por la administración.

Los primeros evidenciarán la presencia y fines propios del Estado, en tanto que en los otros, prácticamente la actuación de la entidad estatal que corresponda no evidenciaría de manera muy directa la consecución de este tipo de finalidades o, como dijimos, lo hará en menor intensidad.

A lo largo del último siglo y medio, los estudiosos en materia de contratación pública –incluyendo los tribunales administrativos y los judiciales en los casos que así les ha correspondido–, han esbozado diversos criterios con el objeto de identificar cuáles son los contratos celebrados por el Estado en los que sea justificable aceptar ciertas consecuencias o prerrogativas, que no serían lógicas, comunes o aceptadas en un contrato entre particulares.

2 Cuando hablamos de contratos públicos o contratos del Estado, hacemos referencia a conceptos tales como licitaciones públicas, concursos públicos, entre otros de procedimientos destinados a seleccionar a quienes contratarán con el Estado en aras de garantizar transparencia en el manejo de la “cosa pública”; sin embargo veremos que éstos finalmente son procedimientos que también pueden seguir el ciudadano común si así lo quisiera (es más, suelen ser también procedimientos comunes en las grandes empresas transnacionales). Empero, lo que a veces no nos detenemos a pensar, es lo que está más allá de esos procedimientos, y que está dado por la aceptación de ciertas consecuencias generadas cuando una de las partes contratantes es el Estado. Por ejemplo, un caso tangible y muy cercano lo tenemos en la reciente intromisión que el Estado Peruano ha dispuesto en los contratos de locación de servicios con personas naturales, en donde ha ordenado prácticamente (en mérito de los Decretos de Urgencia N° 020-2006 y 021-2006) que se proceda a renegociar los mismos a efectos de establecer un tope máximo de honorarios de S/. 15,000. Cabe preguntarse entonces: ¿estamos, en realidad frente a una renegociación?, ¿qué posibilidad tiene el privado de aceptar o no dicha renegociación?, ¿si fuese un contrato entre privados se podría intervenir de esta manera o exigir la renegociación de los términos ya acordados previamente?

3 Olvidémonos por un momento, de las prohibiciones dadas por las normas de austeridad del gasto público.

Se asumieron así los criterios de: **(i)** servicio público, **(ii)** interés público, e incluso se desarrollo, **(iii)** la teoría de las cláusulas exorbitantes. No obstante, éstos no han permitido encontrar una solución definitiva y única a los problemas derivados de la contratación pública.

Así por ejemplo, inicialmente se sostenía que en el caso de contratos administrativos, donde el objeto del mismo está vinculado a la prestación de un **servicio público** –a diferencia de otros contratos en los que el Estado puede intervenir–, se aceptarían ciertas consecuencias aunque no estén expresamente previstas en el contrato o en la legislación, que pueden generarse en función a los altos intereses que el Estado procura en beneficio de la colectividad. Posteriormente, cuando la idea de servicio público resultó limitada para justificar ciertas actuaciones del Estado, se acudió al criterio del **interés público**; sin embargo, tal como hemos pretendido ejemplificar anteriormente con el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, existe un sin número de supuestos que podrían cuestionar si tras un contrato celebrado por el Estado existe o no un interés público directo e inmediato que lo justifique.

Finalmente, se pretendió abordar el tema a través de la figura de las denominadas **cláusulas exorbitantes**. Tradicionalmente, en los países cuya cultura jurídica deriva del denominado derecho europeo continental –esencialmente del modelo francés de derecho administrativo– encontramos que ha existido una clara tendencia a reconocer al Estado prerrogativas especiales cuando actúa como parte en un contrato. A éstos se les ha denominado “cláusulas exorbitantes” las cuales no son sino potestades que resultan inusuales, a veces abusivas, y por ende prohibidas, en la contratación entre privados.

Un claro ejemplo de ello podría ser la facultad que se le reconoce al Estado para reducir a su libre albedrío las prestaciones de su contraparte; o la posibilidad de dejar sin efecto una buena pro aduciendo razones de priorización en su presupuesto, sin responsabilidad alguna frente a quien iría a convertirse en su contraparte contractual, entre muchas otras situaciones especiales.

En ese sentido, la doctrina ha sostenido que las cláusulas exorbitantes pueden ser **explícitas o implícitas**. Serán explícitas cuando se hayan previsto de manera puntual en el contrato o en la ley, y serán implícitas cuando no se señalan de manera específica, pero se sobreentiende que están presentes, siempre que el Estado, como parte del contrato, tiene una finalidad que trasciende al mero interés del particular, cumple una función social, persigue la satisfacción de un interés colectivo y ello le faculta, entre otras cosas a:

- Rescindir⁴ el contrato por sí y ante sí,
- Dar instrucciones permanentes a su co-contratante acerca de cómo debe cumplir el contrato y
- Gozar de poderes de control fuera de lo común.

Por ello, cuando estamos ante cláusulas exorbitantes que podríamos calificar como explícitas, no debería en principio existir mayor problema, en tanto las partes saben de antemano a qué reglas se someten, qué les puede ser exigible y qué no. Ello les permitirá interiorizar los costos de sus decisiones, porque, finalmente las decisiones contractuales, son decisiones económicas.

Sin embargo, el problema se presenta cuando estamos ante lo que podría denominarse “cláusulas exorbitantes implícitas” y que más o menos se refieren a los temas antes expuestos, pero en los cuales desconocemos cuáles serán alcances y límites específicos en el contrato celebrado. Nos encontramos así, nuevamente, ante un vacío que genera incertidumbre respecto a las consecuencias derivadas de la relación contractual con el Estado.

A pesar de lo dicho por la doctrina, a nuestro parecer, no existen ni serían admisibles en el Derecho Peruano las cláusulas exorbitantes implícitas, justamente porque lo “implícito” no debe existir en el Derecho Administrativo. Ello es así, porque en el Derecho Administrativo (a diferencia del Privado donde rige el principio de libertad expresado en la regla que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe⁵) rige el principio de legalidad. Este principio nos indica que para que la Administración pueda imponer un acto, una sanción o una obligación a cualquier sujeto, tiene que estar previamente habilitada para ello por una norma de rango legal suficiente⁶.

En el Perú, en la década de los 80 y primeros años de los 90, no resultaba extraño ante controversias que se presentaban en contratos celebrados con el Estado, iniciar largos procedimientos al interior de la administración pública, que terminaban siendo resueltos por instancias administrativas de alcance nacional.

Frente a éstos no cabía más que recurrir al Poder Judicial, pero no en vía de procesos civiles comunes u ordinarios sino a través del proceso **contencioso administrativo**, con el agregado que, no en pocas veces, el Poder Judicial terminaba sin pronunciarse sobre los temas contractuales de fondo que eran materia de la controversia, sino que se limitaba a una verificación de los aspectos formales de las resoluciones administrativas que se recurrían ante éste⁷. En la actualidad esta

4 En realidad, si bien la doctrina habla de “rescindir”, las figuras legales recogidas en la legislación peruana se debería hablar de “resolución”.

5 Artículo 2.24.a) de la Constitución.

6 Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG)

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

situación ha cambiado porque en la mayoría de los casos se recurre al arbitraje.

Respecto de los criterios de las cláusulas exorbitantes y el fuero donde se ventilan las controversias, estimamos que son criterios equivocados para señalar que tal o cual es un contrato administrativo. Ello es así, porque los contratos tendrán cláusulas exorbitantes y se ventilarán en fueros especiales (consecuencia) porque son administrativos (causa), y no al revés.

Nos inclinamos a pensar que la contratación pública debe orientarse básicamente a armonizar los distintos intereses en juego tras un contrato administrativo⁷, con el objeto de lograr una visión justa y equilibrada de las instituciones contractuales, independientemente de la celebración de contratos administrativos o no.

En ese sentido, creemos que la figura del contrato administrativo, cualquiera que éste fuese, debe permitir:

- **Encuadrar los poderes** de la administración, reduciéndolos a sus justos límites.
- Brindar tutela efectiva tendiente a **garantizar los derechos de los contratistas privados**, a fin de compensar el desequilibrio contractual, y
- Brindar tutela efectiva al Estado para que lejos de que se cumpla el objetivo de cumplir escrupulosamente una serie de procedimientos, contrate bien, lo cual implica recibir bienes/servicios/obras con una buena relación calidad/precio.

Ello requiere reglas claras para:

- Determinar cuándo se está frente a un contrato administrativo, sobre la base de criterios objetivos.
- Conocer hasta dónde es posible exigir según el contrato.
- Delimitar el poder estatal en la contratación.
- Determinar competencias jurisdiccionales en caso de discrepancias.
- Apuntar al objetivo de seleccionar al mejor

7 Más adelante veremos cómo en el Perú antes de la vigencia de la denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), vale decir, antes de setiembre de 1998; los contratos estatales que esta norma regula se hallaban regidos por varios dispositivos legales, siendo éstos principalmente el Reglamento Único de Adquisiciones y Contrataciones (RUA), el Reglamento Único de Licitaciones, Contratos y Obras Públicas (RULCOP) y el Reglamento General de Actividades de Consultoría (REGAC). La mayoría de éstos tenía, no sólo reglas distintas para situaciones similares, sino también Tribunales Administrativos dispersos, criterios interpretativos diversos ante situaciones similares, y una frondosa y profusa legislación. Ello generaba poca predictibilidad y elevados costos de transacción en la mayoría de los contratos que celebraba el Estado y que estuvieron regulados por esas normas.

Particularmente, consideramos que si bien a partir de la vigencia de la Ley N° 26850 se han hecho esfuerzos por unificar en un sólo marco normativo, los contratos que antes se regían por las disposiciones pre citadas, no se puede dejar de advertir que la contratación pública vuelve a ser especializada, y que aun cuando se hagan denodados esfuerzos por hacer pública la misma, cada vez más nos acercamos a la frondosidad normativa anterior al año 1998.

8 En la siguiente sección identificaremos cuáles son los diversos intereses que, en la actualidad, se advierten tras un contrato estatal.

9 No obstante, existen reglas en la contratación pública que resultan por lo menos ilógicas. Por ejemplo, la Ley N° 28483 del 05.04.05, relativa a la exoneración de los procesos formales de selección, a aquellas adquisiciones que ante situaciones de escasez deban realizar las empresas estatales que se dedican a la producción de bienes, sancionando la nulidad de oficio del contrato de adquisición que se celebre si la escasez es por responsabilidad de la administración. Cabría preguntarse: ¿qué responsabilidad podría tener el contratista privado en esta situación, para que la sanción sea la nulidad del contrato que ha celebrado y si el presupuesto de la ley ha identificado a la administración pública como responsable de la situación?

En conclusión, la regulación en materia de contratación estatal debería encaminarnos hacia un esquema contractual más eficiente y menos oneroso⁹.

“(...) la regulación en materia de contratación estatal debería encaminarnos hacia un esquema contractual más eficiente y menos oneroso.”

1.1.2 Intereses presentes en la contratación estatal

Podemos afirmar que tras un contrato que el Estado celebra existen diversos intereses que resultan relevantes por las consecuencias que van a generar no sólo en la regulación de los contratos, sino también en su interpretación.

Identificamos seis agentes que tienen un especial interés en la contratación pública:

- **El contratista:** cuyo interés primordial estará orientado a aprovechar una oportunidad de negocio, ganar dinero y luego poder obtener más contratos para así poder ganar más dinero.
- **La entidad pública contratante:** cuyo interés es cumplir las funciones que se le han asignado, valiéndose del contrato que celebra.
- **La sociedad en general:** cuyo interés consiste en que las entidades públicas y el Estado, cumplan con el rol que le corresponde y utilicen adecuadamente los recursos que para tal fin se les ha asignado. De esta manera, a la sociedad en general le interesa una adecuada relación calidad/precio. El precio sí importa porque como el dinero es un bien escaso, mientras más se gaste para determinadas actividades o sectores de la población, menos se tiene para gastar en otros.
- **Los destinatarios directos del objeto del contrato:** quienes tienen el interés en que los bienes, servicios, obras u otros a obtener a través del contrato, satisfagan adecuadamente sus necesidades.

- **Las entidades estatales que tienen injerencia a nivel de control, supervisión y/o fiscalización:** cuyo interés está centrado en fomentar y hacer respetar las buenas prácticas en materia de contratación pública.
- **La comunidad internacional:** cuyo interés gira en torno a la existencia de reglas de contratación claras y transparentes, en un mundo cada vez más globalizado y al cual puedan acceder personas naturales o jurídicas independientemente de sus nacionalidades, a fin de garantizar una adecuada utilización de los recursos que puedan ser entregados a determinados Estados sea de manera gratuita o no.

Todos estos intereses resultan legítimos, y por ende merecen ser tutelados en mayor o menor grado en la contratación pública; algunos tienen una mayor relación de complementariedad mientras otros podrían excluirse entre sí.

Por ello, al margen de cualquier teoría o criterio que se haya bosquejado doctrinariamente para justificar consecuencias particulares derivadas de los contratos que el Estado celebra, la presencia de esta singularidad de intereses conlleva en términos prácticos, la existencia de una regulación especial que da lugar a determinadas consecuencias especiales que deben permitir:

- Enmarcar adecuadamente los poderes de la administración pública, privilegiando la libertad de gestión en busca de que se cumpla el principio de eficiencia que no es otra cosa que una buena relación calidad/precio
- Constituir una adecuada garantía a los derechos de los contratistas privados, a fin de compensar el desequilibrio contractual.

1.1.3 Marco Constitucional aplicable a la Contratación Pública

La Constitución Política del Perú del año 1993 consagra a lo largo de su articulado diversas disposiciones que consideramos tienen incidencia significativa en lo que será materia de la contratación estatal, algunas de éstas obviamente serán más directas que otras,

empero al final todas ellas tienen determinado efecto en la materia.

A continuación un resumen de cómo desde la Constitución se extraen una serie de reglas importantes para la contratación estatal:

- Libertad contractual: que se divide en **(i)** libertad de elegir la modalidad contractual, **(ii)** libertad de celebrar contratos, es decir, que no se le puede obligar a contratar como a no contratar y **(iii)** libertad de configuración interna, que determina que la Administración y los particulares pueden pactar lo que quieran, siempre que esté en el marco legal y sea materia de competencia de la entidad y sea para cumplir los fines para los cuales fue creada. De más está decir que esta libertad contractual es amplia en el sector privado pero tiene limitaciones en la administración pública (limitaciones que vienen dadas por normas que regulan procedimientos, pasos previos, requisitos del contratista, consentimientos necesarios, nivel de competencia, presupuestales, restricciones al gasto, normas de fondo, normas de control, entre otras). Sin embargo, debe quedar claro que dentro de este abanico de limitaciones sí existe para el Estado la libertad de configuración interna. Así lo dice también el artículo 6° de la Ley N° 28059, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada Descentralizada¹⁰ (artículos 2.14 y 62).
- La libre iniciativa privada según la cual las actividades económicas no requieren de intervención del Estado, salvo que una norma diga lo contrario. Además, este derecho de nuestra Constitución Económica, en el ámbito de la contratación estatal, trae como consecuencia una serie de principios a nivel de los procedimientos de selección como los de igualdad y concurrencia. A su turno, sustenta el derecho de las empresas privadas a proponer iniciativas de inversión al Estado (artículo 58)
- Las acciones positivas del Estado, mediante las cuales, sobre la base del derecho fundamental a no solo tener igualdad ante la ley sino igualdad real, el Estado puede desarrollar acciones positivas a favor de los menos favorecidos o sectores que necesiten un apoyo inicial. Por ejemplo, esto sustenta que en la selva existan reglas de contratación a favor de

10 Artículo 6.- Participación de la inversión privada en proyectos públicos

La inversión privada en proyectos públicos se formaliza a través de contratos de participación de la inversión privada, tales como:

- a) Venta de activos.
- b) Concesión.
- c) Asociación en participación.
- d) Contrato de gerencia.
- e) Joint Venture.
- f) Especialización de Servicios (OUTSOURCING)
- g) Otras permitidas por ley.

No existen límites al contenido de estos contratos, salvo los que establece la Constitución y la ley.

Los contratos de participación de la inversión privada garantizan la competencia y transparencia con la participación del Consejo de Coordinación Regional, y se adjudican mediante Concurso Público, Licitación Pública u otros mecanismos de oferta pública.

los locales, conforme a la Ley de Promoción de la Amazonía o que se otorgue puntos adicionales o formas especiales a las MYPES (pequeñas y micro empresas) o que se dé puntos adicionales a las empresas que declaren producir sus bienes en el Perú (lo cual teóricamente da más trabajo a los peruanos) (artículo 59).

- No se le puede dar preferencia a las empresas públicas por sobre las privadas a efectos de contratar con el Estado. Además, debe respetarse que preferentemente las actividades económicas deben ser realizadas por el sector privado salvo que haya razones de "manifiesta conveniencia nacional" y con autorización de "ley expresa" que faculden al Estado a actuar en la economía. De esta manera, puede ocurrir que el objeto del contrato sea absolutamente legal, pero la suscripción misma de él no lo sea. Un ejemplo de ello es si una municipalidad donde todos sus vecinos son pudientes cree una empresa inmobiliaria para desarrollar proyectos urbanísticos en el distrito, a pesar que los privados también los podrían desarrollar. En ese contexto, la municipalidad podría suscribir un contrato de obra pública con una empresa privada y, como dijimos, el objeto del contrato puede respetar todas las normas existentes (competencia, presupuesto, normativa de contrataciones), pero la suscripción de este contrato es ilegal porque atenta contra el principio de subsidiariedad. (artículo 60)
- Los principios de concurrencia e igualdad según los cuales, sin menoscabo de la buena calidad del contratante, se debe buscar que haya un amplio número de participantes y todos deben recibir un trato similar, sin privilegios ni desventajas para ninguna de las partes. Todo ello contribuirá a que se lleve una libre competencia en la realidad (artículo 61).
- La libertad antes mencionada y la posibilidad de resolver las controversias de los contratos estatales en el Poder Judicial o en arbitraje y la posibilidad de suscribir contratos - ley que permitan al Estado congelar ciertas partes del marco legal, aplicándose éste al estado y al contratante del contrato - ley, en forma ultractiva, aún cuando ese marco legal sea luego derogado o modificado (artículo 62).
- La igualdad de las inversiones foráneas y peruanas, con lo cual se permite a los extranjeros participar en los procedimientos de selección que convoque el Estado Peruano. Además, también se permite recurrir a arbitrajes nacionales e internacionales (como por ejemplo el CIADI, *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*). (artículo 63)
- Vía contrato no se puede establecer derechos de propiedad sobre los recursos naturales, sean renovables o no. Por ello, es que los recursos naturales (minería, petróleo, recursos forestales) se explotan vía concesión o figuras afines que dan un

derecho de explotación, aprovechamiento y lucro, pero no un derecho de propiedad tan amplio como el que existe en la legislación civil (artículo 66).

- El Estado no puede, vía contrato, vender los bienes que son de dominio público, pues éstos están afectos a una finalidad pública o por su naturaleza deben pertenecer a la nación (recursos arqueológicos, pistas, carreteras, infraestructura de agua, aguas mismas, ríos). Eso sí, un bien de dominio público puede dejar de serlo mediante una desafectación, pero, como decimos, mientras siga teniendo la calidad de bien de dominio público no se puede ni vender, ni dar en garantía; sí se puede en cambio dar en concesión o figuras similares (artículo 73).
- Si una empresa privada quiere hacer negocios con un Gobierno de facto corre el serio peligro que cuando se restaure la Democracia el Estado no cumpla con sus obligaciones, pues la Constitución sólo garantiza la deuda pública contraída por gobiernos constitucionales. Adicionalmente, y de acuerdo al principio de legalidad, deberá verificarse que las operaciones de endeudamiento que haga el Estado se hagan conforme a ley, de lo contrario la obligación a favor del privado es inválida, por tanto, nula y por ello, inexigible (artículo 75).
- Existe un marco reducido de actividades que el Sector Público puede contratar en forma directa, pues las obras, suministros, adquisición de bienes o servicios, se ejecutan por procedimientos públicos de selección, siempre que se trate de fondos públicos. Ello es así, porque desde la Constitución se impone la obligación de para la mayor parte de los contratos que suscribe el Estado ejecutar procedimientos públicos de selección. Se deja a la ley regular los parámetros y excepciones, pero ninguna ley podría afectar el contenido esencial de esta disposición, por ejemplo, relajando más allá de lo razonable la necesidad de realizar procedimientos públicos de selección. Ello, con la finalidad que se cumpla el principio de concurrencia a través del cual se busca llegar al principio de eficiencia (artículo 76).
- La actividad de control –que se da en forma muy intensa en las contrataciones– se reconoce constitucionalmente. Esta actividad de control a nivel contractual se da tanto a nivel de legalidad como de eficiencia (si se compra a buen precio), como el de gestión (si las obras están avanzadas conforme a lo pensado) (artículo 82).

Como hemos visto, en la Constitución Política del Perú de 1993 existe no uno, sino diversos artículos que tienen una estrecha vinculación con los contratos que el Estado celebrará

1.2 El universo contractual del Estado

Si bien todos los contratos que celebra el Estado tienen el común denominador de la presencia de alguna de

sus entidades como una de las partes de la relación, no está demás recordar que no todos comparten el mismo objeto y naturaleza y por ende, la misma regulación. En este numeral desarrollaremos los marcos normativos más relevantes a considerar en los principales contratos que celebra.

1.2.1 Principales contratos que el Estado celebra y su regulación

El Estado, para efectos de cumplir con las funciones que la colectividad le asigna, desarrolla numerosas actividades, las cuales generan diversas relaciones contractuales; al ser todas ellas de distinta naturaleza, se regulan por los diferentes marcos normativos.

A continuación, mencionaremos los marcos normativos generales a tenerse en cuenta para los contratos que el Estado suele celebrar.

Las relaciones contractuales que el Estado tiene con su personal.- Decimos relaciones contractuales porque en ciertos casos, la relación jurídica no se encuentra plasmada en un documento contractual; sin embargo, igual sigue siendo un contrato. Por ejemplo, cuando los militares egresan de la Academia y siguen su vida militar, están ejecutando un contrato laboral a favor del Estado. Dicho en categorías civiles (sin que el asunto sea de Derecho Civil), porque existe una especie de invitación a ofrecer cuando el Estado convoca a concursos para que las personas postulen a la Academia, una oferta al postular y una aceptación del Estado cuando culmina la Academia. Ahora bien, es una relación contractual sui generis, porque a diferencia de la mayoría de contratos, la regulación exógena es mucho más intensa. Pero el hecho que existan leyes, escalafones dados por normas, no quita que sea un contrato pues existe un acuerdo de voluntades con relevancia patrimonial. Así como para los militares, existen diversas normas sectoriales especiales que regulan las relaciones jurídicas contractuales del Estado con cierto tipo de personal, por ejemplo, los diplomáticos, policías, profesores.

En cuanto a las normas generales, tenemos la relación del Estado con los servidores públicos de la carrera administrativa (regida por el Decreto Legislativo N° 276 y su Reglamento), con los trabajadores que están bajo el régimen laboral de la actividad privada (regida por el Decreto Legislativo N° 728 y con los denominados "locadores de servicios no personales"-cuya perversión no forma parte de este artículo (regida por la LCAE y su Reglamento). Adicionalmente, se debe tomar en cuenta la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815) y la Ley Marco del Empleo Público (Ley N° 28175) y sendos Decretos de Urgencia (tales como el N° 019-2006 y N° 020-2006).

Los contratos de concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos.- Estos contratos están referidos a los casos en los que el Estado otorga a personas jurídicas nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas

de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, por un plazo establecido.

Su marco regulatorio general está dado, en principio, por las disposiciones contenidas en los Decretos Supremos N° 059-96-PCM y N° 060-96-PCM (Textos Únicos Ordenados de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos; y su Reglamento, respectivamente). Sin perjuicio de ello, pueden también ser aplicables este tipo de contratos, algunas disposiciones de carácter sectorial, dependiendo del tipo de concesión que se pretenda otorgar. Este es el caso típico de los contratos que suscribe el Estado, por ejemplo, para el otorgamiento en concesión de una carretera.

Adicionalmente, hay normas que regulan las concesiones cofinanciadas (que son concesiones donde todo o parte de los ingresos del concesionario proviene de fuente estatal), tales como el Decreto Supremo N° 108-2006-EF y existen las normas regulatorias que expiden los organismos reguladores.

No podemos dejar de lado las concesiones de servicios públicos: concesiones eléctricas (regidas por el Decreto Ley N° 25844) y concesiones de servicios de telecomunicaciones (regidos por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Telecomunicaciones, Decreto Supremo N° 013-93-TCC y su Reglamento, Decreto Supremo N° 020-2007-MTC)

Los contratos de promoción de la inversión privada.- Tal como señalamos líneas arriba, el Estado tiene, mucho más limitado que los privados por cierto, el derecho a la libertad contractual. Ello es ratificado por el artículo 6° de la Ley N° 28059. Esta Ley y su Reglamento (Decreto Supremo N° 015-2004-PCM) regulan una serie de contratos que pueden suscribir los tres niveles de Gobierno con empresas privadas a fin que participen en proyectos de inversión privada pero de interés público. Regula expresamente los siguientes contratos: Venta de activos, Concesión, Asociación en participación, Contrato de gerencia, Joint Venture, Especialización de Servicios (OUTSOURCING).

Los contratos de concesiones autoritativas para explotación de recursos naturales.- En este marco nos estamos refiriendo específicamente a aquellos contratos cuya característica suele ser básicamente la de una autorización para la explotación de recursos naturales, renovables o no renovables y que por mandato del artículo 66° de la Constitución Política debe ser otorgado por el Estado a través del mecanismo de una concesión.

Estos contratos si bien se denominan de concesión, tienen una dinámica distinta a los citados anteriormente y, por ende, su regulación es distinta. Así pues, existen diversos tipos de concesión en el ámbito del sector minería tales como: la concesión minera, la de beneficio, la de labor general y la de concesión de transporte

minero¹¹; o, por ejemplo, el sector hidrocarburos cuando se regula el contrato de licencia o contrato de servicios¹².

Adicionalmente, existen los contratos de concesión de ecoturismo que son otorgados por el INRENA y que se rigen por la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, su Reglamento (Decreto Supremo N° 014-2001-AG) y las Disposiciones Complementarias para el Otorgamiento de Concesiones para Ecoturismo (Resolución Ministerial N° 0314-2002-AG), los contratos de concesión de conservación forestal y los contratos de concesión forestal con fines maderables (donde se permite y obliga a la explotación racional de los recursos forestales, bajo sanción de caducidad de la concesión, conforme a la Resolución Jefatural N° 147-2005-INRENA, Reglamento para la determinación de infracciones, imposición de sanciones y declaración de caducidad del derecho de aprovechamiento en los contratos de concesión con fines maderables¹³.

“En virtud del contrato de administración, el Estado a través del INRENA encarga a una persona jurídica privada la ejecución de las operaciones de manejo y administración del Plan Maestro de una Area Protegida.”

En cuanto a Áreas Naturales Protegidas, conforme a la Ley N° 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas y su Reglamento (Decreto Supremo N° 038-2001-AG) existen contratos de administración, concesiones, prestación de servicios económicos, convenios de investigación y, para actividades menores, existen las autorizaciones y permisos.

En virtud del contrato de administración, el Estado a través del INRENA encarga a una persona jurídica privada la ejecución de las operaciones de manejo y administración del Plan Maestro de una Area Protegida. Este Contrato se encuentra regulado en detalle en la Resolución Jefatural N° 210-2005-INRENA. Muchas veces en esos procedimientos también se aplican normas internacionales de selección, tales como las Normas de Selección y Contratación de Consultores por prestatarios del Banco Mundial¹⁴.

En la pesca, específicamente en la acuicultura, conforme a la Ley N° 27470, Ley de Promoción de la Acuicultura y su Reglamento (Decreto Supremo N° 030-2001-PE)

también existen concesiones de áreas de agua para que se pueda criar peces y luego venderlos.

Los contratos dentro del marco de la privatización.-

Son aquellos que el Estado ha venido celebrando en el marco de la denominada Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado y que están regulados por las disposiciones del Decreto Legislativo N° 674 y sus normas modificatorias, complementarias y reglamentarias. En este marco legal se conciben como mecanismos de promoción de la inversión privada a:

- La transferencia al sector privado del total o parte de las acciones o activos de las empresas comprendidas en la Actividad Empresarial del Estado (en cuyo caso podríamos señalar contratos de compra venta que tengan este objeto).
- El aumento de capital de las empresas de propiedad del Estado, mediante aportes (en cuyo caso estaremos hablando de contratos asociativos).
- La celebración de contratos de asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia u otros similares que tengan por objeto incrementar la eficiencia de las empresas que conforman la actividad empresarial del Estado.
- La disposición o venta de los activos de las empresas comprendidas en la actividad empresarial del Estado, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación.

Los contratos de empréstito público.- Estos casos están referidos a aquellos contratos que el Estado celebra con el objeto de agenciarse de recursos líquidos y que, como tales, no son sino operaciones de mutuo, es decir de préstamos que se le concede al Estado. Para ello hay que tener en consideración las disposiciones establecidas en la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento (Ley N° 28563 y sus modificatorias), así como en la Ley de Endeudamiento del Sector Público que se dicta por cada ejercicio anual.

Los contratos destinados a la adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras.- Según este tipo de contratos el Estado (a través de sus diversas entidades) puede satisfacer sus necesidades de provisión de bienes, servicios y obras, que le permitan cumplir con sus objetivos. Bajo este tipo de contratos se engloban los de compra venta, suministro, arrendamiento, contratación de servicios, consultorías, ejecución de obras, y otros de similar naturaleza. Los contratos regidos por estas normas tienen un denominador común: el Estado entrega dinero y recibe a cambio un bien, servicio u obra. Cuando no ocurre ese denominador común no se aplica la LCAE.

11 El artículo 7° de la Ley General de Minería (cuyo Texto Único Ordenado está aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM) establece que las actividades de exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero son ejecutadas por personas naturales y jurídicas nacionales o extranjeras, a través del sistema de concesiones.

12 Ambos son regulados en el artículo 10° de la Ley Orgánica, que norma las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional (Ley N° 26221).

13 Para mayor detalle, ver la Resolución Gerencial N° 033-2007-INRENA-OSINFOR, publicada en El Peruano el lunes 17 de setiembre de 2007.

14 Para mayor detalle, ver la Resolución de Intendencia N° 049-2007-INRENA-IANP, publicada en El Peruano el domingo 16 de setiembre del 2007.

Éstos suelen estar regulados de manera general a través de la denominada LCAE y su Reglamento (inicialmente aprobados por la Ley N° 26850 y el Decreto Supremo N° 039-98-PCM; y cuyos Textos Únicos Ordenados a la fecha están aprobados por los Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, respectivamente, así como por sus modificatorias). Adicionalmente a estas normas hay una serie de normas que dicta CONSUCODE que deben ser tomadas en cuenta. No obstante es de indicar que para esta materia existen también diversas normas especiales que se han dictado y que se comentan más adelante.

Los contratos celebrados al amparo del Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal.- El Decreto Supremo N° 154-2001-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 042-2006-EF aprobó el denominado Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal. En dicha norma se regula el régimen jurídico de los bienes de propiedad del Estado, los privilegios, restricciones y obligaciones que tiene el Estado respecto de su saneamiento, adquisición, disposición y administración, así como los procedimientos para el ejercicio de los atributos que

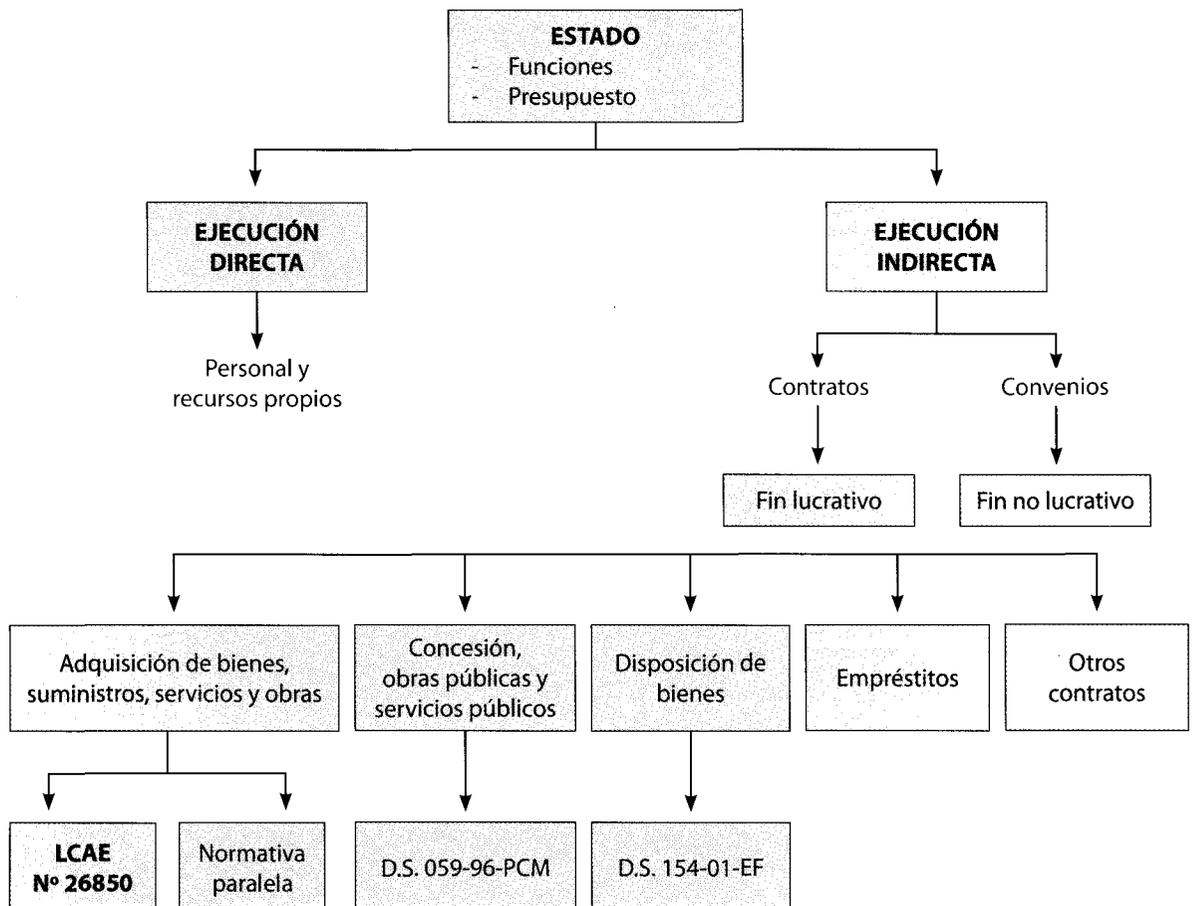
les confiere el dominio. En esta norma se contemplan algunas disposiciones que resultarán de aplicación frente a diversos aspectos contractuales relacionados con actos de disposición de los bienes del Estado. Asimismo, se regulan una serie de relaciones jurídicas posibles que puede tener el Estado con los particulares u otras entidades. Por ejemplo, donación, afectación en uso y desafectación (que no se perfecciona mediante contrato), venta, arrendamiento, permuta, aportes y desahucios de capital, comodato.

Cuando el Estado es arrendatario o comprador, dado que recibe un bien o derecho y entrega de dinero, el contrato se rige por la LCAE y su Reglamento, en cambio, cuando el Estado vende o actúa como arrendador, el contrato se rige por las normas señaladas en este acápite.

1.2.2 Los contratos de adquisición de bienes, servicios y ejecución de obras y su ubicación en el mecanismo de ejecución presupuestal del Estado

En el gráfico N° 1 presentamos la ejecución presupuestaria de una entidad estatal, la ubicación de los contratos de adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras.

Gráfico N° 1
Ubicación de la LCAE en el esquema de Ejecución Presupuestaria del Estado



Fuente: Elaboración propia

Como se aprecia en el gráfico, la denominación "Estado" comprende cualquier entidad pública que desarrolle las funciones para la que ha sido creada, y para lo cual ejecuta su presupuesto.

Dicho presupuesto puede ser ejecutado de manera directa, es decir a través de su propio personal e infraestructura (por ejemplo, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones reparando una carretera con sus propios trabajadores y maquinarias, lo cual es muy poco frecuente); o de manera indirecta, a través de terceros¹⁵.

Cuando ejecuta una entidad el presupuesto de manera indirecta a través de terceros, lo puede hacer de manera onerosa o de manera gratuita.

Cuando se ejecuta un presupuesto de manera **onerosa** se admite como factible que quien se vincule con la entidad lo haga con un fin claramente lucrativo, es decir, con la expectativa de obtener una ganancia legítima; en tanto nos referimos de manera **gratuita** el tercero que se vincula con la entidad lo hará sin tener una finalidad o ánimo lucrativo.

Por ejemplo, para reparar una carretera, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones puede optar por

- Celebrar un contrato de obra (reparación) con una empresa privada, en cuyo caso dicha empresa pretenderá legítimamente obtener un lucro proveniente del contrato (más allá de que al final gane o pierda dinero, según sepa o no administrar debidamente su contrato).
- Acudir a alguna entidad pública, como el Batallón de Ingeniería del Ejército (del sector Defensa), con capacidad de reparar la carretera con su propio personal e infraestructura, en cuyo caso podría celebrar lo que se denomina un convenio de colaboración.

En este último caso, la reparación de la carretera igualmente tendrá un costo, pero no será asumido por el Batallón de Ingeniería del Ejército, ya que la función que se pretende cumplir es competencia y responsabilidad del MTC, por lo que será ese Ministerio quien asuma el costo. No obstante, al no admitirse la finalidad lucrativa por parte del Batallón de Ingeniería se deberá buscar el mecanismo de ejecución presupuestal que permita actuar de acuerdo con ello. Se concibe así la figura presupuestal del "encargo"¹⁶, en virtud del cual el Batallón de Ingeniería del Ejército deberá rendir cuentas documentadas respecto a los gastos realizados en el cumplimiento de la actividad encomendada, procediendo a devolver al MTC los menores gastos que se pudiesen haber realizado. Nótese pues entonces que en este caso no se paga un "precio" por la reparación de la carretera; sino únicamente se asume el gasto.

Luego los contratos destinados a la adquisición de bienes, contratación de servicios y ejecución de obras, se ubican como una ejecución indirecta del presupuesto del Estado y su regulación está dada con carácter general a través de la denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. Sin embargo, si bien dichas normas tienen una vocación integradora, veremos que en esta materia existen marcos normativos especiales o paralelos.

1.2.3 Normativa aplicable a los contratos estatales para la adquisición de bienes, contratación de servicios, y ejecución de obras: Normativa general y paralela

Actualmente las entidades del Sector Público que desean satisfacer sus necesidades de provisión de bienes, servicios y obras contratan con personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras. Dicha contratación se sujeta en cuanto al procedimiento de selección, suscripción, celebración y ejecución, en primer término, a las disposiciones establecidas en la denominada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y a su Reglamento; y sólo en caso de vacío o deficiencia se aplican las normas comunes, como el Código Civil.

La referida Ley conlleva a establecer actualmente un tratamiento uniforme a los contratos estatales que regula. No es necesario entonces identificar el grado de satisfacción directa o indirecta de las necesidades públicas que con dichos contratos se pretenda lograr, sin saber si está o no ante entidades públicas que puedan desarrollar actividades vinculadas a los servicios públicos, ni analizar la presencia o no de cláusulas exorbitantes; basta saber únicamente que se está frente a contratos celebrados por entidades públicas, y el tipo de contratos de los que se trata¹⁷, para saber que dichas relaciones contractuales se someterán a los principios y disposiciones establecidas en la referida norma.

No obstante, y pese al carácter integrador establecido en la referida Ley, ésta contempla una serie de supuestos para los cuales no es aplicable o lo es solo de forma supletoria, previéndose para estos casos una normativa que se puede denominar paralela o especial. Dicha normativa, se aplica en los siguientes casos:

a. Contratos señalados en el artículo 2º de la LCAE

Conforme al artículo 2º de la LCAE, ésta no se aplica a los siguientes contratos:

- La contratación de trabajadores, servidores o funcionarios públicos sujetos a los regímenes de la carrera administrativa o laboral de la actividad privada.
- La contratación de auditorías externas en o para las entidades del Sector Público, la misma que se sujeta específicamente a las normas que rigen el Sistema

15 El artículo 59º de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto - Ley N° 28411 regula específicamente ambas modalidades de ejecución presupuestal.

16 Las Directivas de Tesorería que emite el Sistema Nacional de Tesorería para las diversas entidades públicas, regulan las características y condiciones de la modalidad de ejecución presupuestal a través de "encargos".

17 El artículo 2º de la LCAE señala claramente qué se entiende por "entidades" para efectos de esa norma, así como a qué tipo de contratos se aplican las disposiciones contenidas en esa ley.

Nacional de Control. Todas las demás adquisiciones y contrataciones que efectúe la Contraloría General de la República se sujetan a lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento.

- Las operaciones de endeudamiento interno o externo.
- Los contratos bancarios y financieros celebrados por las entidades.
- Los contratos de locación de servicios que se celebren con los presidentes de Directorio o Consejo Directivo, que desempeñen funciones a tiempo completo en las entidades o empresas del Estado.
- Los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal.
- Las adquisiciones y contrataciones cuyos montos, en cada caso, sea igual o inferior a una Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento de la transacción.
- La contratación de notarios públicos para que ejerzan las funciones previstas en la LCAE y su Reglamento.
- Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales y demás derivados de la función conciliatoria y arbitral.
- Las publicaciones oficiales que deban hacerse en el Diario Oficial El Peruano por mandato expreso de Ley o de norma reglamentaria.
- La concesión de recursos naturales y obras públicas de infraestructura, bienes y servicios públicos.
- La transferencia al sector privado de acciones y activos de propiedad del Estado, en el marco del proceso de privatización.
- Las modalidades de ejecución presupuestal distintas al contrato contemplado en la normativa de la materia, salvo las contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios que se requieran para ello.
- Los contratos internacionales, los cuales se regulan por los tratados en que el Perú sea parte o, en su defecto, por la costumbre y las prácticas del comercio internacional; y
- Las contrataciones y adquisiciones que realicen las Misiones del Servicio Exterior de la República, exclusivamente para su funcionamiento y gestión.

b. Contratos celebrados en el ámbito de convenios suscritos con entidades financieras o de cooperación internacional

Entidades financieras tales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial, entre otras, con el objeto de uniformizar el tratamiento que se otorga a los contratos que realicen los Estados con el dinero que ellos les puedan conceder, les exigen que apliquen las políticas y normas que esos organismos tienen fijadas para el efecto. Para ello, existen algunos requisitos que están fijados en la Tercera Disposición Complementaria de la LCAE.

c. Contratos que se celebren con recursos transferidos a organismos internacionales en mérito de Convenios de Administración de Recursos.-

La Séptima Disposición Final de la Ley N° 28411- Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, permite

que las entidades públicas celebren con entidades u organismos internacionales convenios de administración de recursos, costos compartidos o convenios similares. En virtud de ello algunas entidades (cumpliendo los requisitos y condiciones que fija la normativa aplicable) celebran este tipo de convenios de administración de recursos con organismos internacionales, tal es el caso por ejemplo de los convenios con estos fines se celebran con PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo) o con el BID (Banco Interamericano de Desarrollo). En estos supuestos la contratación y adquisición de los bienes y servicios que se haga con cargo a dichos recursos (pese a haber sido aportados por las entidades públicas) no sujetarpan en su proceso de adquisición y contratación a lo establecido en la LCAE. Es de mencionar que, en los últimos años, se han dictado diversas disposiciones para limitar el uso de este mecanismo.

“Entidades financieras tales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial, entre otras, con el objeto de uniformizar el tratamiento que se otorga a los contratos que realicen los Estados con el dinero que ellos les puedan conceder, les exigen que apliquen las políticas y normas que esos organismos tienen fijadas para el efecto”

d. Proceso de Selección Abreviado (PSA).-

Mediante Ley N° 28880, se aprobó un crédito suplementario en el 2006 de casi S/. 2000 000 000 a efectos de llevar a cabo el denominado Shock de Inversiones. Posteriormente, se expidió el Decreto de Urgencia N° 024-2006 que creó un procedimiento especial para las contrataciones y adquisiciones que se deriven de ese crédito suplementario. Tal procedimiento es el PSA.

Posteriormente, mediante los Decretos de Urgencia N° 014-2007 (modificado por el Decreto de Urgencia N° 015-2007) se ampliaron los supuestos de aplicación del PSA a los proyectos señalados en tales normas¹⁸. Adicionalmente, mediante Ley N° 28912 se autorizó a ESSALUD a utilizar el PSA para atender su plan de emergencia.

Para los proyectos donde se aplique el PSA, en primer lugar, se aplica el Decreto de Urgencia N° 024-2006 y supletoriamente la LCAE.

Como se puede apreciar, el PSA nació con vocación de ser un procedimiento solo para ciertos gastos específicos, pero con el tiempo se han ido ampliando sus alcances.

¹⁸ Mantenimiento de carreteras, Mantenimiento de infraestructura de salud, Educación, Electrificación rural, Saneamiento, Pequeñas y medianas irrigaciones.

Las diferencias principales entre el PSA y los procedimientos regidos por la LCAE son que en el PSA las bases son aprobadas previamente por CONSUCODE, mientras que en los otros CONSUCODE no interviene en la etapa previa al procedimiento de selección. Como consecuencia de ello, en el PSA las observaciones a las Bases (cuestionamientos de legalidad) no se elevan a CONSUCODE, a diferencia de los procedimientos ordinarios.

Una innovación importante del PSA es que solo hay una impugnación en todo el procedimiento: luego de la adjudicación de la buena pro. En cambio, en los procedimientos ordinarios de selección puede haber impugnaciones de diversos actos del Comité Especial durante el desarrollo del procedimiento. La importancia de esta innovación radica en que gran parte de la demora en los procedimientos de selección se debe a la gran cantidad de impugnaciones.

En los contratos regidos totalmente por la LCAE, cuando se debe dar una garantía a favor del Estado, ésta se debe dar antes y como requisito de la firma del contrato. Por su lado, en el PSA primero se firma el contrato y luego se otorga la garantía en un plazo corto, bajo causal de resolución y sanciones administrativas de CONSUCODE.

En cuanto al puntaje, en el PSA hasta el 15% de éste puede ser la demostración de capacidad económica-financiera.

Otro cambio importante en el PSA –como su mismo nombre lo dice– es que se han abreviado los plazos de todos los actos del procedimiento de selección.

e. Proceso Especial de Saneamiento (PES).-

Mediante Ley N° 28870, Ley para optimizar la gestión de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento, se tomó una serie de medidas para optimizar la gestión de las entidades prestadoras de servicios de saneamiento. En su artículo 3° se declaró en emergencia la ejecución de una serie de proyectos vinculados al sector. Luego, mediante Decreto Supremo N° 024-2006-VIVIENDA se estableció el PES, como vehículo de ejecución de las contrataciones y adquisiciones en el marco de la emergencia.

Para tal efecto, las entidades que ejecuten proyectos deberán nombrar un Comité de Saneamiento. En el PSE, el mismo Comité de Saneamiento lleva a cabo todos los procedimientos vinculados a la empresa o entidad. No procede que las observaciones sean elevadas a CONSUCODE. La garantía es bastante elevada, pues se deberá garantizar hasta el 30% del valor de la obra. Un aspecto que nos parece negativo del PSE es que no existe el puntaje técnico, sino sólo el económico. A nuestro parecer, esto solo debe ocurrir en grandes proyectos donde, de por sí, los requisitos técnicos son bastante altos y actúan como un buen filtro, en cambio, en los proyectos más pequeños como los que se van a ejecutar a través del PSE, los requisitos técnicos pueden no ser tan altos con lo cual se puede contratar a un contratista que superó los requisitos técnicos pero que comparativamente con otros puede no ser el mejor. En este caso, lo mejor será ser

muy exigentes con los requisitos técnicos, lo cual también puede llevar a que el procedimiento sea dirigido para que lo gane un postor determinado.

f. Contratos dentro de la normativa del Programa De Vaso de Leche.-

En estos casos deberá observarse en primer término las disposiciones de la Ley N° 27060 y de su Reglamento (Decreto Supremo N° 002-99-PROMUDEH) que establece un procedimiento de selección para comprar insumos a los productores locales. Tal procedimiento estará a cargo de una Comisión Especial, la misma que cumplirá con los lineamientos señalados por el PRONAA.

g. Contratos en los que se haya establecido la exoneración de aplicación parcial o total de la Ley, conforme a la posibilidad que ésta misma otorga a PROINVERSION, COFOPRI y al RPU

La propia LCAE prevé la posibilidad que la COPRI (hoy PROINVERSION) pueda exonerar de la aplicación total o parcial de esa Ley, a las adquisiciones y contrataciones vinculadas a los procesos a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674 y el Decreto Supremo N° 059-96-PCM. Asimismo, prevé esta posibilidad respecto de la COFOPRI y el Registro Predial Urbano (RPU).

h. Contratos que se celebren al amparo del Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de PETROLEOS DEL PERU S.A.-

Es el caso que mediante la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 (Ley de Fortalecimiento y Modernización de la empresa Petróleos del Perú S.A.) se dispuso que las adquisiciones y contrataciones que ella realice se rijan por su propio Reglamento propuesto por su Directorio y aprobado por CONSUCODE. El día 29 de octubre de 2006 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano la Resolución N° 456-2006-CONSUCODE/PRE mediante la que se aprueba el referido Reglamento.

Básicamente, podemos decir que se flexibiliza bastante los procedimientos de selección, se crean 2 procedimientos (Competencia Mayor y Competencia Menor), se amplían los supuestos de contratación directa y se señala que el Reglamento de Adquisiciones de PETROPERÚ no se aplica a los procesos internacionales.

i. Adquisiciones a nivel militar

Las adquisiciones de material militar se encuentran reguladas en el Decreto Supremo N° 052-2001-PCM, siendo que se debe recalcar que esta norma se aplica sólo para material militar (armas, instrumentos), pero no a otros aspectos, en los cuales se aplica la LCAE. Ello tiene relación con el requisito de seguridad nacional que se establece como causal de exoneración en la LCAE. No toda adquisición de las Fuerzas Armadas se puede considerar de seguridad nacional. Así por ejemplo, si el Ejército tiene un litigio por un mejor derecho de propiedad, no se puede decir que el procedimiento de

selección para contratar a los abogados que lo defiendan se enmarque como seguridad nacional.

Mención especial merecen las adquisiciones que realizaban las entidades públicas a través del sistema de la Bolsa de Productos, mecanismo que ya no resulta legalmente válido para las adquisiciones y contrataciones del Estado, en la medida que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional a la Ley que así lo establecía.

En consecuencia, cabe tener presente que cuando se está frente a contratos que celebran las entidades públicas para proveerse de bienes, servicios u obras, deberá observarse como regla general las disposiciones de la LCAE, salvo que se encuentren frente a la aplicación de alguno de los casos donde existe normativa especial (paralela); ante esta situación supletoriamente se aplicarán las disposiciones del derecho común, vale decir las del Código Civil.

j. Adquisiciones de las empresas públicas para el cumplimiento de su objeto.-

Asimismo, debe anotarse que existe legislación especial que exonera a las empresas públicas de los procedimientos de la LCAE (sólo de los procedimientos, no de las regulaciones acerca de la ejecución contractual) cuando se trata de adquisiciones de insumos propios para llevar a cabo su objeto social.

1.3 COMENTARIOS FINALES

El objetivo del presente artículo es presentar al lector el panorama general de la contratación estatal en el Perú,

y que advierta que ello no se limita a la adquisición de bienes y contratación de servicios.

Asimismo pretendemos que se advierta con claridad que a lo largo de la historia de la contratación pública, se han esbozado diversos criterios para identificar cuándo aquellos contratos que el Estado celebra deben estar sometidos a determinadas consecuencias especiales distintas de las que se generan para los contratos en el ámbito privado, muchos de estos criterios han resultado insuficientes, por lo que en esencia de lo que se trata es de comprender que cuando el Estado actúa contractualmente existe presente una pluralidad de intereses sobre esa relación contractual, que deben ser tomados en cuenta y que van a conllevar a consecuencias especiales. Sin embargo de lo que se trata la contratación pública es siempre de lograr el justo equilibrio entre el interés del contratista privado y el interés del Estado (que a su vez debe aglutinar los intereses de todos los otros agentes).

Finalmente y en lo que respecta a la regulación que se dicte en materia de contratación pública, guardando la distancia entre los diversos contratos que se celebran, ésta debe ser una legislación clara y ágil, de lo contrario solo tendremos un sistema normativo complejo, abundante, enredado y que incluso ha dado lugar a que en la actualidad se ofrezcan en el mercado cursos universitarios con nivel de especialización o diplomados en la materia; empero ¿acaso de eso se trata la contratación pública?: ¿De una regulación engorrosa y sumamente especializada en donde quien quiera contratar con el Estado tenga que finalmente asumir esos mayores costos, que en última instancia los pagamos todos? 