
¿Es eficiente el sistema de contratación estatal?

Luciano Barchi Velaochaga

Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la UPC.

“El estándar adecuado del bien común no sólo autoriza la acción estatal; también la restringe. Toda regla social debe tener en cuenta sus consecuencias para todos aquellos a quienes ella gobierna. En principio, deberíamos esforzarnos por propiciar una regla que permita que todos estemos mejor que antes luego de su implementación” (Richard Epstein)

I. Introducción.

Las Entidades del Sector Público¹ requieren adquirir bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, en tal sentido, deben celebrar contratos con los proveedores, sean personas naturales o jurídicas, para que les proporcionen, precisamente, dichos bienes o servicios que les permitan satisfacer sus necesidades.

Para tal fin, las Entidades salen al mercado para contratar, pero no están sujetas a las normas de la contratación privada sino a una normatividad especial. En efecto, para celebrar contratos de servicios en general, servicios de consultoría, arrendamiento, adquisición de bienes, suministro y contratos de obras están sujetas a lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo No. 012-2001-PCM (en adelante LCAE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 013-2001-PCM (en adelante Reglamento).

En aplicación de lo establecido en el artículo 76° de la Constitución Política, la LCAE regula los procedimientos de selección del proveedor. Por ello, las Entidades no pueden elegir libremente sino deben sujetarse a los procedimientos establecidos en dicha norma; vale decir licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía.

Estos procedimientos de selección están regidos, de acuerdo con el artículo 3 de la LCAE, por los siguientes principios: moralidad, libre competencia, imparcialidad,

eficiencia, transparencia, economía, vigencia tecnológica y trato justo e igualitario “teniendo como finalidad garantizar que las Entidades obtengan bienes, servicios y obras de la calidad requerida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados”.

La selección del proveedor tiene como finalidad establecer una relación de cooperación o de intercambio entre éste y la Entidad, la cual, a su vez, tiene como fuente un contrato² que también es regulado, aunque no de manera orgánica, en la LCAE y en el Reglamento.

Al respecto resulta interesante lo señalado por Martín Tirado: “La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-LCAE, propiamente no es una Ley de Contratos del Estado o de Contratos Administrativos sino que consagra un procedimiento administrativo especial de selección de contratista estatal. Esta situación, determina la ausencia de un régimen sustantivo de los contratos estatales, lo que ciertamente genera algunos problemas prácticos en la aplicación de las normas jurídicas relativas a dicho régimen, donde se entrecruzan aspectos propios del Derecho Administrativo y del Derecho Privado”. Para más adelante añadir: “La ausencia de un régimen orgánico de los contratos administrativos (a diferencia de otros países como Colombia o España), determina que no existan reglas claras de manifestación de la voluntad estatal o respuestas a situaciones límites que se presentan en la dinámica de contratación estatal.

1 Nos referiremos a todas las entidades del Sector Público comprendidas en el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo No. 012-2001-PCM, en adelante hablaremos de Entidades.

2 Al proveedor que celebra un contrato con una Entidad conforme con la LCAE y el Reglamento se le denomina “contratista”. De acuerdo con el artículo 36 de la LCAE el contrato se formaliza por escrito aunque, en determinados casos, previstos en el Reglamento, puede formalizarse en una orden de compra o servicio.

Por tal motivo, debería prestarse atención a la eventual elaboración de una ley que concrete, de manera uniforme, el régimen sustantivo de las normas aplicables a la contratación estatal, en el marco del Derecho Administrativo”³.

El presente ensayo pretende, precisamente, analizar la conveniencia de establecer una regulación especial a los contratos en virtud de los cuales las Entidades adquieren bienes y/o servicios para cumplir con sus funciones o si es conveniente “privatizar” la contratación estatal.

Como bien apunta Álvarez Rodrich “Comúnmente se asocia el término *privatización* exclusivamente a la transferencia de propiedad del sector público al sector privado. En realidad, la privatización es un concepto más amplio que implica la introducción de las fuerzas del mercado en la economía, de manera de producir un reacomodo en la naturaleza y en los límites de los roles del mercado y el Estado. Esto se puede lograr a través de la privatización del financiamiento de un bien o un servicio, desplazándolo de la tributación hacia el cobro directo al usuario, de la privatización de la producción de un servicio, de la privatización a través de la transferencia de propiedad o el retiro del sector público de ciertas actividades, y por medio de la liberación para redimir la orientación de la economía hacia el mercado”⁴.

En tal sentido, pretendemos analizar la conveniencia de modificar los mecanismos de contratación de las entidades del sector público orientándolos a la aplicación de los mecanismos de contratación que utiliza el sector privado, con un objetivo de eficiencia.

Un tema central de la Economía consiste en saber cómo debe utilizar una sociedad los recursos escasos de que dispone, para conseguir un mayor grado posible de satisfacción de las necesidades. Una economía será eficiente en la medida que lo logre. En otro caso desperdicia sus recursos. En otras palabras los recursos limitados de los que dispone una sociedad deben ser asignados sin despilfarro; vale decir, eficientemente. En países pobres evitar el despilfarro es una cuestión de justicia, por tanto, eficiencia y justicia pueden coincidir en ciertos ámbitos. Como señalan Schäfer y Ott “Una sociedad con instituciones y un sistema jurídico eficientes no tiene que ser justa. Puede resultar necesario aceptar determinadas pérdidas de eficiencia para la consecución de objetivos normativos más valiosos. Sin embargo, una sociedad ineficiente, generalmente, resulta injusta”⁵.

**“La privatización
es un concepto más
amplio que implica
la introducción
de las fuerzas del
mercado en
la economía...”**

II. ¿Por qué se contrata?⁶

Vivimos en un mundo donde los recursos son escasos y las necesidades del hombre son ilimitadas. La escasez puede ser definida como: “la insuficiencia de los bienes y/o servicios disponibles para satisfacer todos los deseos y necesidades de los seres humanos”⁷.

El hombre primitivo era autosuficiente y autárquico, debía producir por sí mismo lo

suficiente para su propio consumo, como señala De Trazegnies: “Dentro de sociedades más simples y primitivas, muchas de las necesidades pueden ser satisfechas a través de una economía de autoconsumo y, en ese caso, el hombre es bastante autárquico, es relativamente independiente de los demás hombres”⁸.

El hombre moderno se concentra en la producción de un solo bien o quizá de unos cuantos

3 MARTÍN TIRADO, Richard. “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento: la agenda pendiente”. *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima: Gaceta Jurídica, Número 57, junio, 2003, pp. 27-28.

4 ÁLVAREZ RODRICH, Augusto. *Empresas Estatales y Privatización. Como reformar la actividad empresarial del Estado en el Perú*. Lima: Editorial Apoyo, 1991, p.47.

5 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 25.

6 El desarrollo de este tema se basa en BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “La Importancia de hacer cumplir los contratos. Los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito”. *Gaceta Jurídica. Sección de Actualidad Jurídica*, Tomo 85-B, diciembre, 2000.

7 *Economía para todos*. Lima: Editorial Bruño e Instituto Apoyo, 1997, p. 58.

8 DE TRAZAGNIES GRANDA, Fernando. “Marco Institucional: tarea indispensable de la sociedad civil y el gobierno”. En: *XXXIII Conferencia Anual de Ejecutivos. CADE 95. “Perú empresa, hacia una sociedad para el crecimiento*, Cuzco 1-4, noviembre de 1995. Organizado por IPAE, Lima-Perú, p. 346. En el mismo sentido: MUNDELL, Robert. *El hombre y la economía*. Buenos Aires: Amorrortu editores, 1972, p. 19.



bienes. El hecho de concentrarse en la producción de un solo bien o de unos cuantos bienes se denomina especialización.

Cada persona tiene diferentes habilidades. Lo que una persona realiza fácilmente, a otra le parece difícil, de acuerdo con Parkin, se dice que: “una persona tiene ventaja comparativa en la producción de un bien en particular si esa persona puede producir el bien a un costo de oportunidad menor que cualquier otra”⁹.

Al especializarse en la producción de aquellos bienes y servicios en los que se tienen ventajas comparativas, se hace indispensable el intercambio de bienes y servicios entre las personas. Si *Primus* tiene ventaja comparativa en la producción de maíz, dedicará todo su tiempo al cultivo del maíz. Si *Secundus* tiene ventaja comparativa en la producción de tela, dedicará su tiempo a la producción de tela. Obviamente, *Primus* y *Secundus* producirán más maíz y tela que si cada uno se preocupara de sus propias necesidades (produciendo cada uno algo de maíz y algo de tela). *Primus* y *Secundus* deberán intercambiar sus bienes para poder satisfacer sus mutuas necesidades respecto de los bienes que no producen.

Para la sociedad moderna el intercambio es fundamental. Como apunta De Trazegnies: “En la sociedad moderna las necesidades individuales se satisfacen a través del mercado y el mercado es inconcebible sin referencia al conjunto, sin referencia a la sociedad toda, porque no consiste en otra cosa que en un intercambio generalizado de bienes y servicios”¹⁰. En otras palabras, en la sociedad moderna, cada individuo no produce directamente lo que consume sino que produce un bien o servicio que otros necesitan, para intercambiarlo por lo que él necesita.

En la sociedad moderna se establece una estructura basada en relaciones de intercambio, a través de las cuales se busca la satisfacción de las necesidades mediante la cooperación ajena. Una parte importante de la satisfacción de necesidades se efectúa mediante el mecanismo del mercado.

De acuerdo con Pejovich: “una persona realiza un intercambio porque espera que los beneficios derivados de la adquisición de un bien superen al costo

en términos de otras cosas que deben sacrificarse”¹¹. El beneficio derivado del intercambio es el aumento de la satisfacción que proporciona el derecho de usar el bien adquirido.

El intercambio, como aclara Pejovich, “no se deriva de la existencia de un excedente que alguna persona quiere eliminar, sino del hecho de que diversas personas piensan diferente acerca de bienes distintos”¹², diferentes personas valorizan los bienes de modo distinto y el intercambio traslada los bienes de usos menos apreciados a los más apreciados. Esto significa que, en virtud de la maximización de la extensión del intercambio, la transferencia sólo se justifica si el bien es adquirido por quien más lo valoriza; es decir, por quien esté dispuesto a sacrificar más en términos de otros bienes. Cuando ello ocurre, cuando se asigna un bien a quien ofrece más, los economistas dicen que tal bien se está utilizando eficientemente.

Debemos tener presente que cada una de las personas tiene una escala de preferencias. Continuamente las personas optan entre diversas actividades sobre la base de un orden de prioridades. Como señala Cachanosky: “Las escalas de preferencias tienen las siguientes características: (1) Difieren en cada individuo, (2) el orden de prioridades de cada persona varía con el paso del tiempo y el cambio de circunstancias y (3) las necesidades que las componen son infinitas: el hombre siempre tendrá necesidades que satisfacer. A medida que satisface las que considera prioritarias pasa a atender las que considera menos urgentes. Cuando los ingresos reales aumentan empezamos a comprar bienes que continúan en orden de importancia dentro de la escala de preferencias”¹³. De tal manera que cuando un individuo transfiere un bien a cambio de otro, significa que el bien que recibe ocupa un lugar prioritario con relación al bien que entrega, con lo cual ambas partes mejoran su posición, alcanzando ambas el bienestar máximo lo que quiere decir que ambos satisfacen sus necesidades asignando los bienes de manera eficiente.

En este mismo sentido Bullard señala: “El sistema contractual puede ser entendido como sistema de mercado. El intercambio es el momento esencial de la actividad económica moderna. Por esta vía se logra, en teoría, una correcta asignación de los recursos

9 PARKIN, Michael. *Microeconomía*. Wilmington: Addison-Wesley Iberoamericana S.A., 1995, p. 64.

10 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Ob. Cit.*, p.346.

11 PEJOVICH, Svetozar. *Fundamentos de economía. Un enfoque basado en los derechos de propiedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 38.

12 *Ibidem*, p. 39.

13 CACHANOSKY, Juan. “Eficiencia económica y sistemas jurídicos”. *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Francisco Marroquín, Año IV, No. 8, Segunda época, p. 23.

escasos. Si alguien vende una casa es porque el comprador la valoriza más que el vendedor. De lo contrario, jamás se hubiese puesto de acuerdo sobre el precio. Si las partes han hecho una correcta evaluación sobre sus preferencias y el valor que le asignan a la casa, en cada operación de intercambio se ha producido la transferencia de un recurso de un uso menos valioso a un uso más valioso. Como los recursos se van asignando a través del mercado a sus usos más valiosos, el sistema contractual nos irá acercando al Óptimo de Pareto¹⁴: alguien está mejor y nadie está peor que antes.

En esta línea Patrón Salinas señala que la función económica del Derecho Contractual es la de “facilitar el intercambio mutuamente voluntario”, “si los individuos somos maximizadores racionales de nuestro beneficio y si respondemos ante incentivos de precios, entonces el intercambio mutuamente voluntario naturalmente conllevará a que los recursos económicos sean asignados a aquellos usos en los que son más valiosos, logrando así maximizar la riqueza de la sociedad”¹⁵.

Como se ha podido establecer en los párrafos anteriores, la necesidad es el presupuesto del intercambio; en otras palabras, los agentes económicos intercambian bienes y servicios porque tienen necesidades que deben ser satisfechas, por tanto, el intercambio es el vehículo para la satisfacción de las necesidades del individuo.

Dado que el intercambio es un método para la movilización de los recursos de usos menos apreciados a los más preciados, es imperativo proveer incentivos para la realización de intercambios.

III La función del derecho de contratos¹⁶.

Cuando las partes cumplen sus obligaciones de manera simultánea el intercambio permite destinar recursos menos valiosos a los más valiosos, pero cuando no se da la simultaneidad, es decir, cuando los

agentes económicos “cooperan” en momentos diferentes surgen un peligro: el oportunismo.

En efecto, si *Primus* tiene que entregar hoy 10 Kg. de maíz de su producción y esperar que *Secundus* le entregue 5 mts. de tela de su producción dentro de quince días. Este hecho, genera incertidumbre para quien debe cumplir en primer lugar, en la medida que existe el riesgo que el otro agente no cumpla con su parte después. *Primus* percibiendo el riesgo, podría negarse a entregar el maíz. Como señalan Cooter y Ulen: “El paso del tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento crea incertidumbres y riesgos. Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación”¹⁷.

Si no existen remedios legales a este comportamiento entonces ello nos lleva a operaciones económicas que reducen la eficiencia. En términos de Posner, la no simultaneidad concede a una de las partes una “ventaja estratégica”. Veamos el siguiente ejemplo: “A desea vender su vaca. Hay dos postores, B y C. La vaca vale \$ 50 para B y \$ 100 para C (y sólo \$ 30 para A), de modo que la eficiencia requiere que la vaca sea vendida a C y no a B. Pero B tiene \$ 50 a la mano, mientras que C no puede obtener efectivo durante una semana. C promete pagar \$ 75 al cabo de una semana, y supongamos que este premio de \$ 25 no compensaría plenamente a A por los costos, en caso de incumplimiento, de entablar un juicio por daños o de hacer que se le devuelva la vaca, descontados por el riesgo del incumplimiento (si la ley hace ejecutoria la promesa que C ha hecho a A). Sin embargo, si la ley no hace cumplir tales promesas, A podría decidir que, puesto que C podría no obtener el dinero y como B perdería su interés por la transacción, estará mejor vendiendo ahora la vaca a B. Si lo hace, la incapacidad de la ley para proveer un remedio si C no cumple su promesa habrá inducido a una mala asignación de recursos, desalentando un intercambio en el que se difiere el desempeño de una de las partes. (B podría revender la vaca a C más tarde, pero esto conllevaría un costo de transacción adicional)”¹⁸.

14 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “Contrato e Intercambio Económico”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Lima: Palestra, 2003, p. 192. Del mismo modo Posner y Kronman señalan: “The fundamental economic principle with which we begin is that if voluntary exchanges are permitted – if, in the other words, a market is allowed to operate – resources will gravitate toward their most valuable uses” y más adelante concluyen: “The principle that voluntary exchange should be freely permitted in order to maximize value is frequently summarized in the concept (or slogan) of «freedom of contract»”. (KRONMAN, Anthony and Richard POSNER. “Introduction: Economic Theory and Contract Law”. En: *The Economics of Contract Law*. Little, Brown and Company, 1979, p. 2.

15 PATRÓN SALINAS, Carlos. “¿Mentiras Verdaderas?: Reflexiones en torno de la regulación del derecho contractual”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*, Lima: UPC, 2001, p. 136.

16 El desarrollo de este tema se basa en BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. “La Importancia de hacer cumplir los contratos. Los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito”. *Ob. Cit.*

17 COOTER, Robert y Thomas ULLEN. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 238.

18 POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 91.



De acuerdo con los ejemplos citados la inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica, llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se llevará a cabo pero produciendo una asignación sub-óptima de recursos.

El Derecho de contratos, proveyendo remedios en caso de incumplimientos, “provides an essential check on opportunism in non-simultaneous exchanges by ensuring that the first mover, in terms of performance, does not run the risk of defection, rather than cooperation, by the second mover”¹⁹.

En tal sentido, el Estado, a través del Derecho Patrimonial, no hace sino reconocer la importancia del intercambio de bienes y servicios en la sociedad, proporcionando un conjunto de reglas que permitan que éste se realice asignando de manera óptima los recursos. Así, Díez-Picazo considera al Derecho Patrimonial: “como aquella parte del Derecho Civil, que comprende las normas y las instituciones a través de las cuales se realizan y ordenan las actividades económicas del hombre”²⁰. El Derecho de Contratos se refiere, específicamente, a las operaciones que las personas realizan con los bienes económicos.

Como bien menciona Orlando Gómez, el contrato es, en su dimensión exclusivamente jurídica una “construcción” para “juridizar” operaciones económicas²¹. Mediante esta construcción las relaciones de intercambio, que son estrictamente de carácter económico, adquieren, además, carácter jurídico. No

obstante, ello no significa que el contrato se reduzca a una operación económica, así lo entiende Bianca cuando afirma que: “El contrato no se reduce a una operación económica”²²; en efecto, el contrato es, además, el título jurídico sobre el cual se funda la operación económica.

El contrato permite dotar de «juridicidad» a las operaciones económicas. Cuando una relación de intercambio o de cooperación adquiere “juridicidad” significa que los agentes podrán “exigirse” mutuamente el cumplimiento de lo prometido. Como señala Lázaro Carreter explicando en verbo “exigir”: “...sólo puede exigir quien posee alguna fuerza para alcanzar su demanda”²³. Esa fuerza supone la posibilidad de los agentes no sólo de pretenderse mutuamente el cumplimiento de lo debido (pretensión material) sino de recurrir a la tutela jurisdiccional (acción) para pretender el cumplimiento de lo debido (pretensión procesal). En otras palabras, el agente económico cuenta con la posibilidad de recurrir al sistema judicial para conseguir lo prometido.

Como indica Patrón Salinas “sin un mecanismo efectivo para hacer valer los acuerdos voluntarios, el riesgo del posible incumplimiento de la otra parte encarecería y entorpecería el proceso de intercambio”²⁴. O como dice Posner “la función fundamental del derecho de contratos es disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contrapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección”²⁵.

-
- 19 TREBILCOCK, Michael. *Ob. Cit.*, p. 16. En el mismo sentido ver HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüe...Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones en el Perú”. *Thémis, Revista de Derecho*, No. 44, pp. 89 y siguientes.
- 20 DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I. Segunda edición. Madrid. Tecnos, 1986, p. 41. No obstante, la tarea de hacer cumplir los contratos supone tener un adecuado Sistema de Administración de Justicia. Cuando el Sistema no hace valer los contratos se generan una serie de problemas, por ejemplo: 1) se propicia la contratación de mala fe, algunas personas asumen compromisos que no están dispuestos a cumplir; 2) Se propicia el incumplimiento de los contratos, aún si las partes contratan de buena fe, cuando se dan situaciones en las que una de las partes puede salir beneficiada (o puede reducir su perjuicio) incumplirá el contrato; 3) Dada la existencia de estos dos comportamientos la economía se desdobra, un sector serio que cumple sus contratos y otro que no lo hace. Se reduce la competencia puesto que se prefiere contratar sólo con las personas en las que se puede confiar (Comisión V. Costos y Accesos a la Administración de Justicia. Coordinador: ORTIZ DE ZEVALLOS, Gabriel. *Foro: Nuevas Perspectivas para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en el Perú*. Lima, 1994, p. 71).
- 21 GÓMEZ, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 10ª. Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 85. Ver también D'ANGELO, Andrea. “Contrato y operación económica”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*, Lima: Ara Editores, 2003, p. 592 y siguientes. De la Puente no admite analizar el Derecho Contractual desde un punto de vista económico (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “¿Por qué se contrata?”. En: *Contrato & Mercado*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000).
- 22 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. 3 Il Contratto. Milano: Giffre editore, 1998, p. 28.
- 23 LÁZARO CARRETER, Fernando. “Recepcionar, aperturar un detrimento”. *Diario El Comercio* (Suplemento El Dominical), Lima. 8 de setiembre de 1996, p. 14.
- 24 PATRÓN SALINAS, Carlos. “¿Mentiras Verdaderas?: Reflexiones en Torno de la Regulación del Derecho Contractual”. *Ob. Cit.*, p. 137.
- 25 POSNER, Richard. *Ob. Cit.*, p. 92. Sin duda que las partes podrían adoptar medidas de la más variopinta especie cuyo cometido sea lograr que la otra parte cumpla con sus obligaciones (seguridad privada), pero las sociedades optan por mecanismos de seguridad jurídica por los costos que implica la primera.

Cuando el Estado hace cumplir los contratos, genera incentivos para la cooperación eficiente puesto que hace creíble un compromiso de cooperación; es decir, da credibilidad a un contrato. Como dice Santos Pastor “Si el Derecho de contratos no tuviese como objetivo el cumplimiento, se estaría disuadiendo la celebración de contratos y la realización de transacciones, elementos básicos del funcionamiento de nuestro sistema social”²⁶.

No obstante, no es cierto que la función del Derecho de Contratos sea necesariamente asegurar el cumplimiento del contrato. En algunos casos el incumplimiento del contrato puede ser lo eficiente, así Santos Pastor precisa: “...la función del Derecho de contratos consiste en asegurar el cumplimiento o los incumplimientos, dependiendo de qué sea lo eficiente”²⁷.

En efecto, hemos dicho que el intercambio de bienes y servicios debe ser incentivado en la medida que se obtengan resultados eficientes; es decir, que los bienes y/o servicios se asignan a usos más valiosos. Pero no siempre el cumplimiento del contrato nos lleva un resultado eficiente, por tanto, si un determinado intercambio no es eficiente, entonces, el Derecho debe permitir su incumplimiento.

Un caso en el cual no se obtiene un resultado eficiente se da “cuando, entre el momento de la celebración del contrato y el momento de su ejecución, se han presentado cambios de circunstancias que hacen que lo que parecía eficiente en un primer momento, se torne menos eficiente. En otras palabras, el cambio de circunstancias puede llevarnos a que incumplir pueda ser más eficiente que el cumplir”²⁸.

El caso más común se da cuando hay un tercero que valoriza más el bien. Veamos un ejemplo: *Primus* y *Secundus* celebran un contrato de compraventa en virtud del cual el primero ha transferido al segundo la propiedad del predio X por el precio de 750. Este resulta

un intercambio eficiente puesto que el predio ha sido asignado a un uso más valioso.

Pero antes de la ejecución de las respectivas prestaciones (entrega del bien y pago del precio) *Tertius* ofrece a *Primus*, por el mismo predio X, el precio de 1250. Aquí entonces, es eficiente que *Primus* incumpla el contrato con *Secundus* puesto que el cumplirlo supondría asignar el predio X a usos menos valiosos (*Tertius* lo valoriza más).

Pero debemos tener en cuenta que dicho incumplimiento causará daños a *Secundus* y en tal sentido *Primus* se verá obligado a indemnizarlo por la lesión a su interés positivo²⁹. Dicha indemnización supone colocar a *Secundus* en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido³⁰, de tal manera que para *Secundus* sea indiferente si el contrato se cumple o no.

Para que el incumplimiento sea eficiente entonces la indemnización por los daños a *Secundus* debe ser tal que lo coloque en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido y que aún asumiendo dicha indemnización a *Primus* obtenga una ganancia.

Así, si la indemnización de daños es de 250, *Primus* obtiene una ganancia de 1000 (1250 que le paga *Tertius* menos los 250 que tiene que pagar por concepto de indemnización a *Secundus*), el predio es asignado al uso más valioso (*Tertius*) y *Secundus* es colocado, con el pago de la indemnización por la lesión del interés positivo, en la misma posición que si el contrato se hubiera cumplido.

Como señala Basini: “l’efficienza starebbe nel consentire l’inadempimento, al prezzo del solo risarcimento del danno, così da potere liberare risorse già promesse, per destinarle laddove vengano maggiormente valutate: due soggetti della vicenda, nonché la collettività nel suo complesso, ne trarrebbero

26 PASTOR, Santos. *Sistema Jurídico y Economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 149. En el mismo sentido ver TORRES LÓPEZ, Juan. *Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal*. Madrid: Tecnos, 1987, pp. 57 y siguientes.

27 PASTOR, Santos. *Ob. Cit.*, p. 149.

28 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. En: *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Lima: Palestra, 2003, p. 227. También sobre el tema ver POLINSKY, Mitchell. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1985, pp. 44 y siguientes.

29 La resolución del contrato importa la obligación de la parte incumplimiento de resarcir el daño sufrido por la otra parte. Este daño es representado por la lesión del interés positivo, es decir por la lesión del interés a la ejecución del contrato. El resarcimiento por la lesión del interés positivo no debe confundirse con el de la lesión del interés negativo, mientras que el primero busca colocar al no incumpliente en la misma situación que se encontraría si el contrato hubiese sido cumplido el segundo lo coloca en la situación anterior a la celebración del contrato (ver al respecto BIANCA, Massimo. *Diritto Civile. 5 La responsabilità*. Milano: Giuffrè, 1994, pp. 296 y siguiente). También ver, HARO SEIJAS, José Juan. *Ob. Cit.*

30 Como bien señala Bullard González “el problema más importante para la aplicación de esta teoría es el mecanismo de evaluación de los daños” (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato?”. *Ob. Cit.*, p. 234).



un vantaggio superiore a quelli che potrebbero venire da soluzioni differenti; ad un terzo soggetto della vicenda (il creditore originario insoddisfatto) non verrebbe, comunque, alcun pregiudizio, poiché i danni, che dall'inadempimento gli deriveranno, verranno risarciti³¹.

IV. Función de las normas del Derecho Contractual.

Para comprender adecuadamente la función de las normas del Derecho Contractual en el Código Civil recurriremos a la noción de “contrato perfecto”.

El “contrato perfecto” es aquel contrato en el cual las partes han previsto todas las posibles contingencias que pueden sobrevenir durante la vigencia de la relación contractual; en otras palabras han previsto todos los riesgos posibles y los han asignado. En palabras de Schäfer y Ott: “Estamos ante un contrato perfecto cuando las partes contratantes, antes de concluir un contrato, se ha puesto de acuerdo sobre la imputación de todos los riesgos asociados a su ejecución³².”

Dentro de esta idea el “contrato perfecto” es el contrato ideal, puesto que al contener una descripción de todos los riesgos y su imputación, resulta inatacable. No obstante, su alto costo lo hace irreal. Efectivamente el costo de la información requerida para prever cualquier eventualidad y la imputación de los riesgos sería tan alto que lo hace inviable.

En tal sentido, los contratos son normalmente “contratos imperfectos”; es decir, contratos en los cuales las partes no requieren prever todos los riesgos ni asignarlos o casos en los cuales las contingencias son

muy difíciles de prever³³, especialmente cuando se trata de contratos de larga duración.

Los aspectos no previstos por las partes son suplidos por las normas del Derecho Contractual del Código Civil, en tal sentido, se dice que dichas normas son supletorias a la voluntad de las partes. Como dice Bullard: “La razón por la que existen normas supletorias es para evitar que las partes se vean compelidas a negociar y redactar todos los términos de un contrato. Ello los llevaría a tener que prever todas las posibles contingencias que podrían presentarse, con el consiguiente desperdicio de tiempo y dinero. De no existir normas supletorias, todos los contratos tendrían una extensión, por lo menos, equivalente a la que tiene la parte de contratos del Código Civil. Los costos de la negociación necesaria para lograr ello serían sustantivos³⁴.”

Las normas del Derecho Contractual del Código Civil constituyen la reconstrucción del “contrato perfecto” por el legislador. Como señalan Schäfer y Ott “La tarea del ordenamiento jurídico de reconstruir una regulación contractual perfecta según la pauta del contrato perfecto nos remite de golpe al Derecho dispositivo. Éste tiene preparadas «reglamentaciones supletorias» para determinados tipos básicos de relaciones contractuales en caso de que las partes no hayan llegado a acuerdos sobre determinados puntos que necesiten regularse³⁵.”

En tal sentido, para que cumpla la función de reducir los costos de transacción el legislador debe brindar la solución a la que las partes habrían arribado de haber previsto el riesgo. De no ser así, obligaría a las partes a “pactar en contrario” y como indica Bullard

31 BASSINI, Giovanni Francesco. *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempimento*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 48. Bassini señala que tal resultado es más conveniente para la sociedad en su pues obtiene un mayor beneficio. Así, si el contrato de *Primus* con *Secundus* se hubiera cumplido tendríamos que: *Primus* recibiría 750; el predio X iría para *Secundus* que lo valoriza, supongamos en 1000, y *Tertius* conservaría los 1250, por tanto la riqueza total para la sociedad sería de 3000. Incumpliendo el contrato la riqueza será de 3250 (*Primus* recibe 1250 de los cuales 250 irán a *Secundus* a título de indemnización. *Secundus* conserva los 750 y el predio en manos de *Tertius* asume un valor de, por lo menos, 1250).

32 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT, *Ob. Cit.*, p. 261. Ver también POLINSKY, Mitchell. *Ob. Cit.*, pp. 42 y siguientes.

33 Como señala Bullard “Desde un punto de vista económico no hay nada imprevisible. Todo es previsible a un costo determinado” y más adelante añade “Para los economistas, nada es imposible de prever. Algunos eventos son más caros de prever que otros. Aquello que comúnmente es considerado imprevisible es un evento cuyo costo de previsión es tan alto que no resulta razonable considerarlo en el contrato, pues los costos de previsión superan los beneficios de dicha previsión (BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Hay algo imprevisible? La excesiva onerosidad y la impracticabilidad comercial”. *Ob. Cit.*, pp. 261-262). Williamson advierte que en los contratos de larga duración, ejecutados en condiciones de incertidumbre, surgen problemas de varias clases, uno “no todas las contingencias futuras para las que se requieren adaptaciones pueden preverse desde el principio”, otro “las adaptaciones apropiadas no serán evidentes para muchas contingencias mientras no se materialicen las circunstancias” (WILLIAMSON, Oliver. *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 78).

34 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. *Ob. Cit.*, p. 241. Al respecto Richard Craswell señala: “La mayor parte del Derecho Contractual está formado por normas supletorias o por reglas que se aplican cuando las partes omiten considerar un asunto, en uno u otro sentido, en sus contratos” (CRASWELL, Richard. “Libertad de Contratación”. En: *Law & Economics. El Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago. Lecturas en honor de Ronald Coase*, Lima; UPC, 2002, p. 135).

35 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Ob. Cit.*, p. 282.

“El «pacto en contrario» tiene que ser excepcional. Si el «pacto en contrario» fuese la regla general, entonces la realidad nos está diciendo que el legislador se equivocó a la hora de establecer la norma supletoria”³⁶.

De la misma opinión es Salinas Rivas: “Las normas contractuales deben diseñarse para actuar como normas suplementarias a la voluntad de las partes; sólo operan en caso de que las partes no pacten en contra de ellas” y luego añade “Más aún, si seguimos la teoría de los costos de transacción, fundamento conceptual del Análisis Económico del Derecho y criterio determinante para la adopción de reglas legales (desde una perspectiva economicista), la norma suplementaria debiera coincidir con la norma que convencionalmente hubieran pactado las partes *ex – ante* (al momento de celebrar el contrato) si los costos de transacción hubieran sido lo suficientemente bajos como para permitir la negociación directa entre las partes”³⁷.

Trebilcock al respecto dice: “A related function of the law contracts is to provide a set of default or background rules where the explicit terms of a contract are incomplete, not because the parties consciously adverted to the default or background rules and accepted them as appropriate to their transaction, but typically because particular contingencies were not consciously adverted to by one or the other party (or both) at all. Here, an economic framework of analysis would tend to ask, what rule would maximize the parties joint welfare, on the assumption that this rule would generally be the rule that rational parties would have agreed to *ex ante*?”³⁸.

Asimismo, Patrón Salinas señala que otra función del Derecho Contractual es “proveer un stock de cláusulas tipo aplicables en caso de que las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre un supuesto específico. Si las partes están de acuerdo con la solución brindada por el Derecho Contractual, simplemente no negociarán sobre este extremo, reduciéndose así los costos de transacción previa a la celebración de un contrato, facilitándose el proceso de intercambio”³⁹.

Como afirman Kronman y Posner: “Many rules of contract law are designed simple to supply contract term where the parties have not done so expressly. If prospective contracting parties do not like the terms supplied by contract law, normally they are free to supplant them with their own express terms. The parties will prefer efficient terms because those are the terms that minimize the costs of the transaction to them, and accordingly the tendency will be to contract around any inefficient rules of contract law. The efficient rules will survive; the inefficient will be progressively ignored and eventually forgotten”⁴⁰.

El carácter supletorio de las normas del Derecho Contractual suponen que son las partes las llamadas a autorregular sus propios intereses sin necesidad que el Estado les indique cuándo ni en qué términos deben contratar⁴¹. Como dice Epstein: “I believe that most people know their own preferences better than other people do. Accordingly, people are better able to act in order to protect themselves and advance their own interests if given the legal power to do so”⁴².

V. A manera de resumen.

De lo dicho hasta aquí podemos resumir con Santos Pastor que “La función primordial del Derecho de contratos consiste, pues, en proporcionar un conjunto de reglas –y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas- que aseguren que los individuos realizan sus deseos en lo concerniente a un contrato, garantizando el cumplimiento de lo acordado, permitiendo, de esta manera que el tráfico de bienes y servicios (de derechos) tenga lugar y que éstos fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más, que no son otros que quienes estén dispuestos a pagar más por ellos”⁴³.

Como este mismo autor lo advierte esta función se realiza a través de dos tareas:

- 1) Reduciendo los costos de transacción y;
- 2) Asegurando el cumplimiento en determinadas circunstancias.

36 BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente”. *Ob. Cit.*, p. 242.

37 SALINAS RIVAS, Sergio. “El Rol del Estado en la Contratación Privada: A Propósito del Principio de Protección del Deudor en el Código Civil Peruano”. En: *¿Por qué hay que cambiar el Código Civil?*. Lima: UPC, 2001, p. 107.

38 TREBILCOCK, Michael. *The Limits of Freedom of Contract*. Harvard University Press, 1997, p. 17.

39 PATRÓN SALINAS, Carlos. “¿Mentiras Verdaderas?: Reflexiones en Torno de la Regulación del Derecho Contractual”. *Ob. Cit.*, p. 138.

40 KRONMAN, Anthony and Richard POSNER. *Ob. Cit.*, p. 6.

41 Al respecto el artículo 1354 del Código Civil señala: “Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

42 EPSTEIN, Richard. *Simple Rules for a Complex World*. Harvard University Press, 1995, pp. xi-xii.

43 PASTOR, Santos. *Ob. Cit.*, pp. 148-149.



La reducción de los costos de transacción se consigue a través “de la reducción de complicaciones y complejidades innecesarias (que no serían sino costos adicionales que dificultarían la transacción)”⁴⁴, así, por ejemplo, a través de la consagración de libertad de forma (artículo 1352 del Código Civil). El exceso de formalismos supondría, para las partes, costos altos. También se consigue la reducción de los costos de transacción a través de la reconstrucción del contrato perfecto; es decir, el suministro de normas supletorias.

Por otro lado, como señala Haro Seijas “El reto para el Derecho Contractual consiste, precisamente, en identificar mecanismos que permitan inducir el cumplimiento de los contratos “eficientes” (aquellos realmente valiosos desde un punto de vista social) y autoricen el incumplimiento –o la resolución– de contratos “ineficientes” (aquellos que no son susceptibles de mejorar la eficiencia social)”⁴⁵.

VI. La contratación del Estado: algunos comentarios sobre la LCAE y su Reglamento.

1. Generalidades.

Las Entidades requieren adquirir bienes y servicios para el cumplimiento de sus funciones, ello se realiza a través de intercambios voluntarios en el mercado. En tal sentido, deben celebrar contratos con los proveedores⁴⁶, para que les proporcionen,

precisamente, dichos bienes o servicios. Para este fin, las Entidades deben sujetarse a los procedimientos establecidos en la LCAE y su Reglamento.

Pretendemos analizar dichas normas jurídicas para determinar en qué medida impiden el despilfarro de recursos escasos.

2. Algunos comentarios respecto a los procesos de selección previstos en la LCAE y su Reglamento.

Todo proceso de contratación se inicia seleccionando con quien contratar, en el caso de la de las Entidades, conforme con la normativa constitucional no pueden elegir libremente sino deben sujetarse a los procedimientos establecidos en la LCAE y su Reglamento, vale decir, licitación pública⁴⁷, concurso público, adjudicación directa⁴⁸ y adjudicación de menor cuantía.

En efecto, para celebrar contratos de servicios en general⁴⁹, servicios de consultoría⁵⁰, arrendamiento⁵¹, adquisición de bienes⁵², suministro⁵³ y contratos de obras⁵⁴ las Entidades están sujetas a lo dispuesto en dichas normas.

Debemos tener en cuenta que realizar intercambios tiene un costo. Como señala Ronald Coase “Para llevar a cabo una transacción de mercado es

44 *Ibidem*, p. 149.

45 HARO SEIJAS, José Juan. “De tin marín de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú”. *Ob. Cit.*, p. 93.

46 De acuerdo con el Reglamento el “proveedor” es la persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios o ejecuta obras.

47 La licitación pública, a su vez, puede ser licitación pública nacional o licitación pública internacional.

48 La adjudicación directa puede ser a su vez: adjudicación directa pública o adjudicación directa selectiva.

49 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento son aquellos que las Entidades contratan con terceros, ya sean éstos personas naturales o jurídicas, para desarrollar actividades técnicas como limpieza, vigilancia, reparaciones y otras similares.

50 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento son aquellos de carácter profesional, altamente calificados, prestados por personas naturales o jurídicas para investigaciones, proyectos, estudios, diseños, supervisiones, inspecciones, gerencias, auditorías especiales distintas a las previstas en el Decreto Legislativo No. 850 y las asesorías profesionales. Puede apreciarse que se subdivide el contrato de locación de servicios (artículo 1764 Código Civil) en “contratos de servicios en general” referidos a servicios de carácter técnicos y “contratos de servicios de consultoría” referidos a servicios de carácter profesional. En ambos casos las Entidades actúan como comitentes.

51 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento es el contrato por el cual el contratista se obliga a ceder temporalmente a la entidad el uso de un bien a cambio de una renta convenida. Prácticamente es la misma descripción de la relación de arrendamiento del artículo 1666 del Código Civil. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que se refiere a los supuestos en que las Entidades actúan como arrendatarios y no como arrendadores.

52 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento es el contrato de compraventa destinado a transferir la propiedad de uno o más bienes a favor de la Entidad. La definición no es precisa, pero creemos que se refiere exclusivamente a contratos de compraventa, por tanto, supone la transferencia de la propiedad de uno o más bienes a cambio de un precio en dinero y donde la Entidad actúa como compradora. Si bien se excluyen los contratos de permuta, queda la duda si se admiten supuestos en que el precio se fija parte en dinero y parte en otro bien, en que los que consta que la intención de las partes es que se trate de un contrato de compraventa o en su defecto que el valor del bien es menor al del dinero.

53 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento es el contrato por el cual la Entidad adquiere en propiedad bienes a tracto sucesivo, esto es, mediante entregas periódicas, sucesivas o continuadas (en realidad prestaciones duraderas periódicas o continuadas).

54 De acuerdo con el artículo 14 del Reglamento es aquél por el cual el contratista se obliga a ejecutar una obra determinada. La definición es imprecisa pues deja de lado un elemento esencial del contrato de obra como es la retribución.

necesario descubrir con quién se quiere tratar, informar a las personas que uno quiere comerciar y en qué términos, conducir negociaciones que permitan alcanzar los acuerdos, elaborar los contratos, realizar inspecciones para asegurarse de que cumplen los términos de los mismos, etc. Estas operaciones son por lo general extremadamente costosas incluso como para impedir que se concreten muchas transacciones que tendrían lugar si el sistema de precios funcionara sin costes”⁵⁵.

Si, además distinguimos con Williamson⁵⁶ los costos de transacción *ex ante* y *ex post*, tenemos que los primeros son los costos previos a la celebración del contrato mientras que los segundos son los que se generan una vez concluido el contrato siendo el más importante el costo de administración o seguimiento.

En tal sentido, el proceso de seleccionar al contratista⁵⁷ supone costos de transacción *ex ante*. La búsqueda del contratista debe basarse en ubicar a aquél que nos proporcione los “bienes, servicios y obras de la calidad referida, en forma oportuna y a precios o costos adecuados”, ese proceso implica la búsqueda de información, lo que puede tomar mucho tiempo y se hace más complicado mientras más grande sea el mercado. “El costo de oportunidad de adquirir información económica sobre precios, cantidades y calidades de bienes y servicios y factores de producción se llama costo de información”⁵⁸.

Imaginemos, por ejemplo, a *Primus* que quiere adquirir un inmueble con determinadas características, ubicado en ciertos distritos de la ciudad y que su precio se encuentre dentro de un rango determinado de precios. Él puede consultar los anuncios en el periódico que informan sobre ofertas de ventas pero no puede tener una idea muy clara de las características del inmueble que se ofrece. *Primus* necesita visitar los inmuebles. Supongamos que tarda medio día en visitar uno de los inmuebles ofrecidos. El valor de su tiempo es su costo de oportunidad.

Diez vendedores ofrecen inmuebles que se ajustan a las características deseadas pero para *Primus* dicha información no es suficiente por lo que debe iniciar la búsqueda, pero ¿cómo sabrá cuando debe dejar de buscar y comprar?

Primus requiere una regla de decisión. Como señala Parkin “La regla de decisión óptima, también llamada regla de interrupción óptima, consiste en buscar un precio más bajo hasta que el beneficio marginal esperado sea igual al costo marginal”⁵⁹, *Primus* dejará de buscar y comprará.

Estos costos de información pueden ser reducidos a través de una serie de mecanismos. Así, por ejemplo, *Primus* podrá acudir a un corredor de inmuebles que concentra información respecto a las ofertas de venta de inmuebles⁶⁰.

Otro mecanismo al cual se puede recurrir con el fin de reducir los costos de información es la invitación a ofrecer. Esta según Forno consiste en “la declaración que una persona dirige a otra o a un grupo determinado de sujetos o al público en general, manifestando su propósito inicial de celebrar un (o varios) contrato determinado y su disposición a considerar las ofertas que a tal fin le formulen quienes accedieran a la invitación”⁶¹.

La invitación a ofrecer puede ser realizada al público en general (*incertam personam*) es decir, todo el público que puede ser alcanzado teniendo en cuenta los medios de comunicación elegidos (ejemplo publicaciones en diarios de circulación nacional) o puede ser un público calificado o circunscrito. Esto permitiría obtener una mayor cantidad de ofertas para ser evaluadas y elegir la que considere más conveniente, se provoca, así, una competencia entre varios oferentes lo que permite obtener las mejores condiciones posibles⁶².

55 COASE, Ronald. “El Problema del Coste Social”. En: *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, pp. 134-135.

56 WILLIAMSON, Oliver. *Ob. Cit.*, pp. 30 y siguientes.

57 Al proveedor que celebra un contrato con una Entidad conforme con la LCAE y el Reglamento se le denomina “contratista”.

58 PARKIN, Michael. *Ob. Cit.*, p. 500.

59 *Ibidem*, p. 501.

60 Respecto al contrato de corretaje ver RIVADENEYRA SÁNCHEZ, Juan. “La mediación contractual: contrato de corretaje”. En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 265 y siguientes.

61 FORNO FLOREZ, Hugo. “La oferta al público: razones para una discrepancia”. *Derecho, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, No. 45, Lima, diciembre 1991, p. 241. En el mismo sentido ver DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. En: *Biblioteca Para Leer el Código Civil*. Volumen XI. Parte Primera, Tomo II. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 350.

62 En este mismo sentido refiriéndose a la subasta ver FORNO FLOREZ, Hugo. “La celebración del contrato por medio de subasta”. *Thémis, Revista de Derecho*. No. 17, p. 70.



La invitación a ofrecer puede realizarse dentro de un procedimiento de subasta⁶³. La subasta es un procedimiento formal de formación del contrato que tiene básicamente tres etapas: la convocatoria que consiste precisamente en la invitación a ofrecer, la formulación de las ofertas y la adjudicación de la buena pro.

En un mercado perfecto⁶⁴ ningún comprador paga más de lo que cualquier vendedor aceptará, y ningún vendedor aceptará menos de lo que cualquier comprador pagará. Estas condiciones sólo pueden alcanzarse en un mercado totalmente centralizado⁶⁵, la subasta (como el corretaje) precisamente pretenden centralizar la información y con ello reducir los costos de selección.

De acuerdo con lo expresado anteriormente, la subasta, entendida en un sentido, amplio, puede en determinados casos ser un mecanismo que permita la reducción de ciertos costos *ex ante* de formación de contratos. No obstante, debemos tener en cuenta que la realización de una subasta supone un costo, por lo que, recurrir a ella se justifica sólo cuando su costo es menor a cualquier otra forma de conclusión de contratos⁶⁶. Así, por ejemplo, no se justifica un procedimiento de subasta cuando se trata de bienes que se cotizan y compran en bolsa. En estos casos se justificaría una negociación directa con el proveedor.

Las Entidades, conforme con la normativa constitucional, no pueden elegir libremente sino deben sujetarse a los procedimientos establecidos en la LCAE y su Reglamento. Ello fundamentalmente en virtud del principio de libre competencia⁶⁷, que impide excluir cualquier proveedor de la posibilidad de contratar con el Estado, salvo los casos exclusión previstos en la

LCAE⁶⁸. En tal sentido, tendrían que realizar una subasta aún cuando una contratación mediante una libre elección podría resultar menos costosa. Se podría tratar de rebatir este argumento diciendo que los costos de selección pueden ser trasladados al proveedor, a través de la venta de las Bases⁶⁹, sin embargo, queda claro que ello terminará afectando el precio del bien o servicio.

La subasta al propiciar la competencia es beneficiosa para las Entidades, pero como hemos visto no siempre es eficiente recurrir a dicho sistema. Cuando la LCAE exige incurrir en dichos costos, parecería que éstos estarían justificados en aras a la transparencia, de tal manera que se privilegia los formalismos respecto al ahorro de los costos que éstos conllevan.

Se ha dicho que “Toda estrategia sobre contratos del Estado debe ser útil para fomentar una cultura anticorrupción”⁷⁰. Discrepamos respetuosamente con tal afirmación. Esta no es ni puede ser la función del derecho contractual, tenga o no el Estado como parte, por lo menos respecto a los contratos a que se refiere la LCAE. Sin duda alguna el Estado tiene el deber de velar por sus intereses, que no son otros que los de la sociedad, y en tal sentido debe fiscalizar la gestión de los funcionarios y servidores públicos pero esto corresponde al Sistema Nacional de Control. ¿Qué sentido tiene sancionar a un funcionario por no cumplir con los formalismos si con ello ha logrado un uso eficiente de los escasos recursos de la sociedad?

VII. ¿Cuál es la función del derecho de contratos de las entidades del sector público?

1. Las “normas directamente configurativas” de la LCAE y su Reglamento.

63 Hablaremos de subasta en términos genéricos en el sentido de competencia. La subasta puede tener diferentes modalidades.

64 Este modelo desempeña sólo un papel de referencia que permite comparar el rendimiento de las instituciones económicas reales, mercados, burocracias, o sistemas mixtos, con sus imperfecciones (SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Ob. Cit.*, p. 24).

65 En tal sentido ver STIGLER, George. *Teoría de los precios*. 9ª. Edición. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1968, p. 104. Pensemos en la Bolsa de Productos. (Respecto a la Bolsa de Productos ver Ley No. 26361).

66 Asimismo, existen algunas otras limitaciones: 1) dado que una de las características esenciales de la subasta es la competencia no tiene sentido utilizarla en el caso de contratos de carácter personalísimo. Al respecto Forno señala “la subasta es un mecanismo de formación del contrato que puede ser aplicado casi a todos los tipos contractuales en la medida que no sean *intuitu personae*” (FORNO FLOREZ, Hugo. *Ob. Cit.*, p. 75); 2) Dado que es un procedimiento que supone el cumplimiento de plazos determinados, no es adecuada para casos de urgencia. Esto implica entonces excepciones en la LCAE, ver artículo 19 (ver artículos 106 y siguientes del Reglamento). En estos casos, conforme al artículo 20 de la LCAE se recurre al procedimiento de Adjudicación de Menor Cuantía (artículo 92 y siguientes del Reglamento).

67 En el artículo 3 de la LCAE se señalan los principios que rigen los procedimientos de selección. Entre ellos aparece el principio de libre competencia que es definido en el artículo 3 del Reglamento: “En los procedimientos de adquisiciones y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales...”.

68 Ver artículos 8 y 9 de la LCAE.

69 Artículo 47 y 48 del Reglamento.

70 SALAZAR CHÁVEZ, Ricardo. *Exposición sobre transparencia gubernamental en las compras estatales*. <http://www.consucode.gob.pe/htmlsl/exposición>.

De conformidad con el último párrafo del artículo 117 del Reglamento: “El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título y, supletoriamente, por las normas del Código Civil. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo VIII de este título”.

De la norma citada surgen algunas dudas. Veamos. El Título III del Reglamento establece normas que regulan los contratos, entendemos que también están comprendidas las normas del Título III de la LCAE, pero bien ¿se trata de normas de carácter supletorio o imperativo?

Vemos por ejemplo, el artículo 41 de la LCAE⁷¹ dice:

“Los contratos de bienes, servicios u obras incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

- a) **Garantías:** La Entidad establecerá en el contrato las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo, sin perjuicio de las penalidades aplicables que serán establecidas en el Reglamento de la presente Ley. A falta de estipulación expresa en el contrato, se aplicarán las penalidades establecidas en el Reglamento.
- b) **Cláusula de solución de controversias:** Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.
- c) **Cláusula de resolución del contrato por incumplimiento:** En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del acuerdo o resolución en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho acuerdo o resolución será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto

de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por el contratista. Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento” (el subrayado es nuestro).

- a) **Garantías y penalidades.-** De acuerdo al artículo transcrito, los contratos de bienes, servicios u obras deben incluir “necesariamente y bajo responsabilidad” cláusulas referidas a garantías⁷². En tal sentido, la norma obliga a las Entidades incluir dichas cláusulas, éstas no tienen la posibilidad, si así lo estimaran conveniente, de excluir las garantías.

De acuerdo con el artículo 40 de la LCAE las garantías que deberán otorgar los contratistas son: las de fiel cumplimiento del contrato, por los adelantos y por el monto diferencia de propuesta. Por tanto, dicha norma señala cuales son las garantías que deben ser otorgadas y las características de las mismas.

Con relación a la “Garantía de Fiel Cumplimiento”, por ejemplo, el artículo 122 del Reglamento establece: “Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo” (el subrayado es nuestro).

Las garantías que acepten las Entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país a solo requerimiento de la respectiva Entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten, las mismas que deberán estar dentro del ámbito de supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros o estar consideradas en la última lista de Bancos Extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

Queda claro que no puede otorgarse cualquier garantía, lo que está corroborado expresamente en el artículo 121 del Reglamento cuando señala: la carta fianza y la póliza de caución⁷³. Debemos tener en cuenta que respecto a la carta fianza se trata de una garantía a primer requerimiento, la cual es extremadamente expeditiva pues el beneficiario no tiene que probar el

71 Conforme al artículo 36 de la LCAE en los casos en que el contrato se formaliza con una orden de compra o servicio, a ésta no se le aplicará lo dispuesto en el artículo 41 de la LCAE.

72 Los contratos a los que se refiere la LCAE no son negociados, son textos elaborados unilateralmente por las Entidades, a los cuales los contratistas se adhieren. Así el artículo 36 de la LCAE señala: “El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida en las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección”.

73 Ver BASTIN, Jean. *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. Madrid: Mapfre, 1993.



incumplimiento de las obligaciones del deudor; éste, al autorizar la emisión de la garantía, se responsabiliza que el acreedor encuentre plena satisfacción de su interés, concediéndole la libre discrecionalidad de apreciar dicha satisfacción.

Puede percibirse que la capacidad discrecional de las Entidades es extremadamente reducida puesto que no podría optar por una garantía distinta si esto fuera lo más conveniente.

Del mismo modo, se obliga a las Entidades incluir una cláusula con las penalidades establecidas en el Reglamento. Pero más adelante señala: “A falta de estipulación expresa en el contrato, se aplicarán las penalidades establecidas en el Reglamento”. Esto supone la integración de las normas sobre penalidades del Reglamento al contrato. No se entiende entonces el deber de incluir las penalidades “necesariamente y bajo responsabilidad” en cláusulas del contrato.

b) **Solución de controversias.**- Respecto a la cláusula de solución de controversias la norma otorga la posibilidad a las Entidades de optar por el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes. Parecería que, de acuerdo con el artículo 186 del Reglamento, la solución de controversias por defecto es el arbitraje⁷⁴.

Se puede apreciar que las normas de la LCAE y el Reglamento prácticamente establecen el contenido de los contratos, sin admitir pacto en contrario, por lo que termina siendo absurdo que se establezca el deber de incluirlo “necesariamente y bajo responsabilidad” en cláusulas del contrato. Las normas señaladas regulan casi completamente la operación, podríamos decir que se trata de un mecanismo de construcción de la regulación contractual por obra de fuentes heterónomas, distintas a la voluntad de las partes (incluso de la misma Entidad). Esto se llama integración del contrato y particularmente se trata de “normas directamente configurativas”⁷⁵, es decir que integran la cláusula misma del contrato en su contenido, es decir, se trata de normas que prescriben los contenidos.

Por otro lado, según artículo 117 del Reglamento las normas del Código Civil tienen aplicación supletoria a lo establecido en el Título III

del Reglamento ¿puede decirse que las normas del Código Civil que se integran al Reglamento adquieren carácter imperativo?

Esto último no resulta extraño si se tiene en cuenta, por ejemplo, el artículo 1399 del Código Civil. En efecto dicho precepto establece: “En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de eficacia las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez”. Comentando esta norma De la Puente nos dice: “La redacción del artículo 1399 del Código civil, si bien técnicamente más adecuada, pone a la sombra que el objetivo principal de este artículo es hacer imperativas, para los contratos a que él se refiere, las normas dispositivas de los contratos nominativos” (el subrayado es nuestro) y más adelante puntualiza “El efecto buscado por el artículo 1399 es que la falta de aprobación administrativa de las cláusulas generales de contratación dará lugar a que ellas no puedan modificar las normas, tanto imperativas como dispositivas, en los contratos típicos. En otras palabras, la falta de aprobación administrativa determina que todas las normas de los contratos típicos adquieran carácter imperativo, por lo cual no tiene efecto alguno el pacto en contrario”⁷⁶ (el subrayado es nuestro).

Creemos que esta interpretación no debería prevalecer con el fin de permitir a la Entidad pactar en contrario a las normas del Código Civil cuando las circunstancias así lo exijan en aquellos aspectos que dicho Código tendría aplicación supletoria.

2) **El riesgo del incumplimiento: algunas imprecisiones.**

Como ya hemos visto la inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica, llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se llevará a cabo pero produciendo una asignación sub-óptima de recursos.

En materia contractual las partes cuentan frente al riesgo de incumplimiento con dos remedios: la pretensión de cumplimiento y la resolución del

74 La norma señala: “El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación”.

75 Ver al respecto ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto. Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Ludica e Paolo Zatti*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 500.

76 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. *Ob. Cit.* Volumen XI. Parte Primera. Tomo III, p. 223.

contrato. En uno y otro caso la indemnización de daños y perjuicios⁷⁷. En tal sentido corresponde al no incumpliente optar entre requerir el cumplimiento del contrato (lo que conlleva la constitución en mora del deudor) o la resolución del mismo, y en cualquiera de los dos casos la indemnización de daños y perjuicios; los moratorios en la primera y los compensatorios en la segunda opción.

El pago de la indemnización de los daños y perjuicios tiene como garantía, en principio, el patrimonio de la parte incumpliente. En este sentido, el riesgo de insolvencia puede frustrar el intercambio o realizarse produciendo una asignación sub-óptima de recursos. Se incurre en costos de transacción *ex ante*, en el sentido que debe realizarse una investigación respecto al patrimonio del sujeto de derecho con quien se pretende contratar⁷⁸ y luego en costos de transacción *ex post* pues debe hacerse un seguimiento del patrimonio para evitar que caiga en insolvencia⁷⁹. Sin duda alguna dichos costos se reducen considerablemente con el otorgamiento de garantías específicas, particularmente cuando se trata de garantías mediante la afectación de bienes específicos (prenda e hipoteca). Esto fundamentalmente porque en el caso de las garantías personales (fianza o aval) los costos no se reducen pues será necesario información respecto al patrimonio de los terceros garantes⁸⁰. Sin embargo, la evolución económica y social no se detiene y aparecen nuevas respuestas jurídicas en materia de garantías personales. En efecto, cuando intervienen como fiadores instituciones especializadas, generalmente personas jurídicas, como bancos y compañías de seguros, por su probada solvencia financiera y acreditada profesionalidad, inspiran una mayor confianza al beneficiario, reduciendo la necesidad de obtener información respecto a su patrimonio. Aparecen entonces las llamadas garantías independientes o

garantías a primer requerimiento⁸¹. Estas garantías pueden ser, en atención al objeto sobre el que recae la garantía: 1) garantía de sumisión o de seriedad de la oferta; 2) garantía de buena ejecución o de "fiel cumplimiento"; 3) garantía de restitución de anticipos o de reembolsos.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el otorgamiento de cualquier garantía tiene un costo que terminará incidiendo en el precio, por lo que habría que analizar en cada caso cuando corresponde solicitarla y qué garantía es la más adecuada.

De acuerdo con el artículo 41 de la LCAE, debe incluirse en el contrato una cláusula de resolución de contrato por incumplimiento. En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, la Entidad, "podrá resolver el contrato"⁸². Esto permite suponer que la parte no incumpliente tiene la opción, frente al incumplimiento de la otra, de pretender el cumplimiento o la resolución del contrato.

El artículo 144 del Reglamento establece:

"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no menor a dos (2) ni mayor a quince (15) días, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación y, en el caso de obra, para que las satisfaga dentro de un plazo de quince (15) días, bajo apercibimiento de que el contrato quede resuelto de pleno derecho. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada, mediante carta notarial, resolverá el contrato en forma total o parcial" (el subrayado es nuestro).

77 Al respecto ver artículo 1428 del Código Civil. A través de la pretensión de cumplimiento se busca la ejecución en forma específica. En el common law "The normal remedy for breach of contract is, of course, money damages. Specific performance is exceptional. The Anglo American law of contract protects most contract rights with a liability rule, only a few with a property rule" (KRONMAN, Anthony. "Specific performance". En: *The Economics of Contract Law*. Ob. Cit., p. 182). Ver respecto a las reglas de propiedad y a las de responsabilidad ver CALABRESI, Guido y Douglas RELAMED. "Reglas de la Propiedad, Reglas de la Responsabilidad e Inalienabilidad". *Thémis, Revista de Derecho*. No. 21, pp. 63 y siguientes. Para una explicación en castellano del sistema del "Common Law", ver BULLARD, Alfredo. "¿Cuándo es bueno incumplir un contrato? La teoría del incumplimiento eficiente". Ob. Cit. También HARO, José Juan. "De tin marín de do pingüe...un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú". Ob. Cit.

78 Debe buscarse información respecto a los antecedentes crediticios, a los bienes del cual es propietario, a su flujo de ingresos y egresos.

79 El Derecho proporciona una serie de remedios de protección de la solvencia del deudor: la acción subrogatoria, la acción pauliana, etc. Respecto a los problemas que genera la "prenda genérica" ver CANTUARIAS, SALAVERRY, Fernando. "La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca". En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Ob. Cit., p. 62.

80 Ver CANTUARIAS, SALAVERRY, Fernando. "La función económica del derecho: a propósito de los derechos de prenda e hipoteca". En: *El Derecho Civil Peruano. Perspectivas y Problemas Actuales*. Ob. Cit., p. 63.

81 Ver al respecto CERDÁ OLMEDO, Miguel. *Garantía Independiente*. Granada: Comares, 1991.

82 Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad.



La norma consagra como única forma para la resolución del contrato un mecanismo de resolución extrajudicial: la resolución del contrato por autoridad del acreedor. Se excluyen entonces la resolución judicial (o arbitral) y cualquier otra forma de resolución extrajudicial como la cláusula resolutoria expresa.

La resolución por autoridad del acreedor está prevista en el artículo 1429 del Código Civil y no requiere ser incluida en el contrato mediante un pacto específico⁸³, puesto que se integra automáticamente a él. Por tanto, resulta siendo innecesario exigir, también, que se incluya en una cláusula del contrato.

Entendemos que conforme al artículo 41 de la LCAE la parte no incumpliente podrá optar entre requerir el pago o resolver el contrato. De optar por requerir el pago, significará que se pretende la ejecución específica y supondrá la constitución en mora del incumpliente. En estos casos corresponde el pago de los daños y perjuicios moratorios. Conforme al artículo 142 del Reglamento “En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al cinco por ciento (5%) del monto contractual, o, de ser el caso, del ítem, tramo, etapa o lote que debió ejecutarse”. En tal sentido, se establece una penalidad para el caso de mora indicándose la forma de su cálculo, así se entiende que todas las Entidades sufrirán el mismo daño por el retardo, cuando lo lógico sería que la penalidad se determine de acuerdo al daño que cada Entidad prevé sufrirá de producirse el incumplimiento.

De optar por la resolución⁸⁴ tendrá que recurrir al procedimiento de resolución por autoridad del acreedor⁸⁵ contemplado en el artículo 144 del Reglamento.

Al resolverse el contrato queda a cargo de la parte incumpliente la indemnización de daños y

perjuicios, siempre que el incumplimiento le sea imputable. Como ya vimos, conforme al artículo 41 de la LCAE las Entidades deben establecer las penalidades a las que se refiere el Capítulo VII, del Título III (de las normas de contratación y ejecución de contratos) del Reglamento.

Las penalidades a las que se refiere la LCAE y su reglamento no son otra cosa que las llamadas “cláusulas penales” o “penas convencionales”, es decir, constituyen una determinación anticipada de los daños y perjuicios que el incumplimiento ocasiona a la parte incumpliente⁸⁶. En tal sentido, si en el contrato se estipula que quien incumpla una obligación deberá pagar una suma de dinero⁸⁷ a la parte inocente, esto transmite seguridad y confianza, Como señala Posner “Supongamos que sé que cumpliré mis contratos pero me resulta difícil convencer a otros de este hecho. Aceptando una cláusula penal, comunico una información creíble acerca de mi propia estimación de confiabilidad: una información útil para determinar los términos en que se podrían hacer negocios conmigo”⁸⁸.

La cláusula penal o pena convencional es una alternativa para asignar con eficacia el riesgo contractual, distribuyéndolo entre las partes de la manera que éstas consideren conveniente. Con la pena convencional, si por ejemplo el vendedor incumple puede el comprador recuperar una suma de dinero acordada con anticipación (al incumplimiento) por las propias partes. Si lo que las partes pretenden es asignar el riesgo, adoptarán una indemnización que asigne el riesgo según la aversión relativa de las partes a él. Como concluye Polinsky “En principio, pues, la cláusula pena asignaría siempre el riesgo contractual de forma óptima, porque esta pena convencional establecería una liquidación del daño que sería equivalente al pago indemnizatorio óptimo”⁸⁹.

El establecimiento de penalidades para el caso de incumplimiento es un mecanismo de reducción de

83 FORNO FLOREZ, Hugo. “Resolución por Intimación”. *Themis, Revista de Derecho*. No. 38, pp. 105 y 107.

84 De acuerdo con el artículo 143 del Reglamento la resolución sólo procede en caso de incumplimiento injustificado de las “obligaciones contractuales esenciales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello”. En tal sentido, la resolución no procede en caso de incumplimiento de obligaciones accesorias. Asimismo, procede la resolución sólo en caso de incumplimiento “injustificado”, en cambio, en el Derecho Civil se admite la resolución del contrato sin necesidad que el incumplimiento sea culpable. Otra diferencia con el Derecho Civil es que antes de resolver el contrato se debe “requerir el pago” lo que equivale a exigir la previa constitución en mora, lo que no ocurre en el caso del Derecho Civil.

85 Respecto a la resolución por autoridad del acreedor ver FORNO, Hugo. “Resolución por Intimación”. *Ob. Cit.*, pp. 103-124.

86 Cuando se estipulan daños que exceden el daño real por el incumplimiento estamos frente una “sanción” o “castigo” que, conforme con el artículo 1346 del Código Civil puede ser reducido por el juez.

87 El artículo 1341 del Código Civil admite que la prestación pueda consistir en cualquier conducta y no exclusivamente en la entrega de una suma de dinero.

88 POSNER, Richard. *Ob. Cit.*, p 126.

89 POLINSKY, Mitchell. *Ob. Cit.*, p. 79.

los costos que supone la determinación judicial de los daños y perjuicios. Sin embargo, no parece razonable que todo contrato contenga cláusulas penales, en efecto, habrá un incentivo para negociar una determinación anticipada de los daños (cláusula penal) cuando los costos de dicha negociación son menores que los costos esperados de la determinación judicial o convencional ex post en caso de incumplimiento⁹⁰, en tal sentido Goetz y Scott señalan: “Contracting parties have incentives to negotiate liquidated damages clauses whenever the costs of negotiating are less than the expected costs resulting from reliance on the standard damage rule for breach”⁹¹.

Por otro lado Polinsky también nos dice que: “...en términos de asignación de riesgos, una cláusula penal equivale a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios cuando el comprador tiene aversión al riesgo y el vendedor es neutral a él, y es preferible la acción de resarcimiento de daños y perjuicios cuando sucede lo contrario o cuando ambas partes tienen aversión al riesgo”⁹². En tal sentido, debe quedar claro que no existe un remedio para el caso de incumplimiento que sea eficiente en todos los casos, sino que optar por uno de ellos supone un análisis del caso concreto.

Resulta claro, también, que en el caso de los contratos celebrados por adhesión los costos de negociar los términos contractuales se reducen. No obstante debemos tener en cuenta que normalmente el mecanismo de la adhesión funciona cuando quien redacta las cláusulas cuenta con mejor información que la otra parte, cosa que difícilmente puede ser aceptado en la contratación estatal.

Ahora bien la referencia a la penalidad la encontramos en el artículo 142 del Reglamento para el

caso de mora en la ejecución de la prestación, pero no hay una referencia expresa a la penalidad en caso de incumplimiento. Sin embargo debemos tener en cuenta el artículo 144 del Reglamento cuando señala: “Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, de conformidad con el Artículo 124, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir”⁹³.

Aquí parecería haber un contrasentido. Las garantías son accesorias al contrato. En tal sentido, si se opta por la resolución del contrato las garantías se extinguen⁹⁴, ¿cómo puede ser, entonces, que con la resolución del contrato la Entidad ejecute las garantías?. Pues la única respuesta posible es que no se garantiza el cumplimiento de la obligación del contratista sino el pago de la penalidad la cual se hace exigible, precisamente con la resolución, en calidad de indemnización de daños y perjuicios compensatorios. Así, en la garantía de “fiel cumplimiento”⁹⁵ a la que se refiere el artículo 122 del Reglamento el 10% del monto del contrato constituye la penalidad en caso de incumplimiento. Por tanto se trataría de una garantía de fiel cumplimiento de la penalidad y no del cumplimiento de las obligaciones contractuales. La “garantía por adelantos”⁹⁶ a la que se refiere el artículo 130 del Reglamento garantiza, valga la redundancia, la devolución por parte del contratista de los adelantos recibidos y que, como efecto de la resolución, deben ser devueltos a la Entidad.

No se trata pues de garantizar del cumplimiento de las prestaciones a cargo del contratista sino de garantizar los efectos de la resolución, vale decir, la devolución de los adelantos de precio recibidos y la indemnización de daños y perjuicios.

90 El costo de transacción esperado es igual a la probabilidad que el incumplimiento ocurra multiplicada por el costo de la asignación de la pérdida. Cooter y Ullen señalan: “Los riesgos ex ante se refieren al riesgo de las pérdidas futuras que enfrentan las partes cuando negocian un contrato. Las pérdidas ex post se refieren a las pérdidas que efectivamente se generan luego de hacer un contrato. En general, las partes contratantes deben escoger entre la asignación de los riesgos ex ante y la asignación de pérdidas ex post” (COOTER, Robert y Thomas ULLEN. *Ob. Cit.*, p. 257).

91 GOETZ, Charles y Robert SCOUT. “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. En: *The Economics of Contract Law*, *Ob. Cit.*, p. 195. Del mismo modo Polinsky nos dice: “Téngase en cuenta, sin embargo, que la cláusula penal exige, a diferencia de las acciones, una negociación adicional de las partes cuando establezcan el contrato, dado que deben decidir también la cuantía del pago en caso de incumplimiento. Así, a los beneficios potenciales de una cláusula penal en lo que se refiere a la asignación de riesgo, hay que restar el coste adicional de la negociación del contrato. Si los beneficios derivados de la asignación del riesgo no justifican este coste adicional, sería preferible un resarcimiento impuesto por el Tribunal, como, por ejemplo, el establecido mediante la acción de resarcimiento de daños y perjuicios”. (POLINSKY, Mitchell. *Ob. Cit.*, p. 80).

92 *Ídem*.

93 Si la parte perjudicada es el contratista se le reconoce la respectiva indemnización de daños y perjuicios, en este caso no hay penalidades pactadas.

94 Ver expresamente el artículo 1090 del Código Civil para el caso de la prenda y el 1122 para el caso de la hipoteca.

95 Se trata de la “performance bond” anglosajona. En nuestro caso se reducen al pago de una suma de dinero.

96 Deberíamos hablar más bien de una garantía de restitución de anticipos o adelantos.



Podemos confirmar que se trata de una penalidad cuando se dice: “ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, de conformidad con el Artículo 124, sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios ulteriores que pueda exigir”. Al hablar de indemnización por los daños y perjuicios ulteriores se hace referencia al llamado “daño ulterior” propio de las cláusulas penales y que consiste en el mayor daño realmente sufrido con relación al daño previsto anticipadamente como penalidad.

El LCAE y su Reglamento imponen la indemnización de daño ulterior cuando en el Código Civil el daño ulterior debe ser pactado (y probado) por las partes conforme lo establece el artículo 1341. Esta imposición de indemnizar el daño ulterior lleva a las Entidades a incurrir en costos de litigiosidad en caso de incumplimiento que justamente se pretenden evitar con la pena convencional.

3) ¿Todo a favor de la Entidad?

De lo visto hasta aquí podemos apreciar que la LCAE y el Reglamento imponen a las Entidades el establecimiento de una serie de mecanismos de protección de sus intereses. Ello aparentemente podría ser considerado correcto; parece lógico que si podemos establecer todas las cláusulas a nuestro favor seguramente lo haríamos. Pero creemos que ello no es necesariamente eficiente, creemos que debe buscarse un cierto equilibrio en la asignación de los riesgos.

En efecto, como señalan Schäfer y Ott “Según que el riesgo se impute al oferente o al demandante de una prestación, el precio de ésta será de cuantía diferente. Si todos los riesgos recaen en el oferente, exigirá un mayor precio por su prestación, que, al menos cubra el valor previsto de estos riesgos. Si, por el contrario, es el demandante quien asume todos los riesgos, el precio será proporcionalmente más bajo. Es importante que en la negociación del contrato perfecto las partes no distribuyan los riesgos de forma arbitraria. Con un comportamiento racional, a partir del contrato aumentarán en mayor medida su utilidad común, de tal

manera que aquél que en cada caso acepte un riesgo específico pueda evitarlo, asegurarlo o, de otra manera superarlo, con el gasto más reducido. Resulta fácil comprender que esta regulación es recíprocamente beneficiosa para las partes. Si aquél que puede superar el riesgo con el menor gasto lo acepta contractualmente, reducirá relativamente el sobreprecio que exija para su aceptación”⁹⁷.

En el mismo sentido Bianca señala: “L’attribuzione all’Amministrazione di ingiustificati privilegi nei confronti della parte privata finirebbe col rendere piú onerosa la partecipazione negoziale del privato e, in ultima analisi, porterebbe ad aumentare i prezzi dei beni e servizi resi all’Amministrazione”⁹⁸.

En la LCAE y su Reglamento el legislador ha establecido “normas directamente configurativas”; es decir, normas que prescriben el contenido del contrato, sin admitir la posibilidad de pactar algo diferente, pero lo que resulta siendo más preocupante es que la asignación de los riesgos se realiza de manera arbitraria hacia el contratista. Desde un punto de vista económico se dirá que las Entidades tienen aversión al riesgo, en tal sentido pretende estar “asegurado” y que la otra parte soporte todo el riesgo. Ello termina siendo ineficiente haciendo más costosa la intervención del proveedor con el consecuente aumento de los precios de los bienes y servicios.

Es cierto, por ejemplo, que en el caso de un suministro resulta ventajoso que el suministrante asuma el riesgo de un suministro deficiente, dado que es éste quien puede dominar mejor dicho riesgo. En tal sentido, en un “contrato perfecto” reconstruido por el legislador parecería lógico que se asignara el riesgo al vendedor, pero siendo una norma supletoria permite que si en algún caso particular ello no es así, las partes asignen el riesgo de una manera diferente. No es el caso de la LCAE y su Reglamento, puesto que no existe la posibilidad del pacto en contrario. Esto puede ocasionar que en determinados casos las Entidades estén pagando un precio mayor al que podrían obtener con una asignación adecuada de los riesgos.

97 SCHÄFER, Hans-Bernd y Claus OTT. *Ob. Cit.*, p. 262.

98 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile, 3 Il Contratto. Ob. Cit.*, p. 47.