



Víctor Sebastian Baca Oneto^(*)

El concepto, clasificación y regulación de los **contratos públicos** en el Derecho peruano

The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

Resumen: La actividad contractual de la Administración pública es muy importante, y se extiende a diversos ámbitos, desde los supuestos en que se pone fin a un procedimiento de manera negociada hasta los conocidos contratos de gestión patrimonial o *marchés publics*. Por tanto, para una correcta comprensión de dicha actividad, es clave realizar una clasificación de todos los contratos a partir de un previo análisis de lo que tienen en común, reconociendo que siempre se trata de actos en donde de alguna manera se ejercen potestades públicas.

Palabras Clave: Contratos públicos - Clasificación de los contratos públicos - Contratos privados de la Administración - Contratos administrativos

Abstract: Contractual activity of the public administration is very important, and extends to a huge variety of cases, including contracts as different from each other, like the negotiated conclusion of the procedure and the public procurements, also known as *marchés publics*. Therefore, for a correct understanding of such activity, is essential to establish a classification of all contracts based in a previous study of what they have in common, recognizing that in all the cases, the public authority is exercised.

Keywords: Public Contracts - Classification of public contracts - Contracts of the Public administration under private law - Administrative contracts

1. La noción de contrato público

1.1. Una cuestión terminológica (y sustantiva) previa: ¿contratos públicos, contratos del Estado, contratos del sector público, contratos de la Administración o contratos administrativos?

Cuando pensamos en la Administración, lo primero que se nos viene a la cabeza es la idea de una organización a la cual acudimos para que

(*) Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Profesor Ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura. Comisionado en la Comisión de Eliminación de las Barreras Burocráticas del INDECOP. Jefe del Área de Derecho Administrativo de Ferrero Abogados.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law



nos autorice a realizar alguna actividad (licencias, permisos, autorizaciones), que puede sancionarnos si cometemos infracciones, establece regulaciones de carácter general (aunque subordinadas a las leyes), o, incluso, que nos presta determinados servicios, o supervisa como otros los prestan, para asegurar que sean brindados bajo ciertas condiciones, para lo cual puede llegar a imponer ciertas obligaciones,

generales o especiales (obligaciones de servicio público). Estas actividades parecen propias de la Administración, distintas a las que pueda realizar un particular, dado que claramente constituyen actos en ejercicio de sus potestades propias, y por ello sometidas a su régimen jurídico peculiar.

Sin embargo, la Administración pública *también* contrata (cada vez más, al punto que se habla ya de la “administración concertada”), y al hacerlo realiza una actividad que, al parecer, realizan igualmente los particulares entre ellos. En estos casos, nos encontramos ante lo que llamamos “contratos públicos”, que serían aquellos en donde una de las partes es una Administración pública, por lo que se definirían por un criterio orgánico. Se trata de una expresión equivalente a la de *contratos del Estado* o *contratos de la Administración*, que han sido utilizadas por nuestra legislación en algunos casos. Sin embargo, justamente porque estas expresiones pueden tener un contenido más restringido en Perú, vinculados a los que más adelante llamaremos contratos de gestión patrimonial, preferimos utilizar la expresión *contratos públicos*, empleada en el Derecho comunitario europeo, y que goza de cierto reconocimiento en la doctrina española, como denominación de la categoría general, que engloba a todos los supuestos de contratos de los que es parte el Estado⁽¹⁾.

(1) En este sentido, entre otros, MACERA TIRAGALLO, B.F. *La teoría francesa de los actos separables y su incorporación por el Derecho público español*. Barcelona: CEDECS, 2001; p. 64, por nota; y *De nuevo sobre la quaestio disputata de la naturaleza de los contratos públicos en el Derecho español*, en: RAAP 47, 2002; p. 95, por nota; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario*, en *Cuadernos de Derecho judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*. 1994; p. 369; y *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias en Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998; p. 952, por nota. En todo caso, debe indicarse que esta expresión no siempre ha sido utilizada en el Derecho español con el mismo afán totalizador. Así, por ejemplo, para FERNÁNDEZ DE VELASCO (*Los contratos administrativos*. 2da. edición, puesta al día por GASCÓN Y MARÍN, J. Y LEIRA COBEÑA, E. Madrid: IEAL, 1945; p. 9), las nociones de contrato *administrativo* y contrato *público* eran equivalentes. Por su parte, para ÁLVAREZ GENDÍN (*Los contratos públicos*. Madrid: REUS, 1934; p. 38) eran *administrativos* todos los contratos celebrados por la Administración pública, y *públicos* solo los que se definían por el fin público del contrato y eran regulados por el Derecho administrativo. Más recientemente, algunos autores han identificado los contratos *públicos*



Víctor Sebastian Baca Oneto

Sin embargo, no puede utilizarse las expresiones *contratos administrativos* y *contratos del sector público* como equivalentes a *contratos públicos*, pues tienen, respectivamente, un contenido más restringido y más amplio que ésta. Así, como veremos más adelante, los contratos administrativos son únicamente ciertos contratos públicos, que se caracterizan porque en ellos la Administración contrata en un ámbito de su específica competencia, lo que justificaría que pueda ejercer ciertas potestades durante la relación contractual. Por su parte, los *contratos del sector público*, expresión utilizada por la española Ley 30/2007, de 30 de octubre, hacen referencia a un fenómeno más amplio, que incluiría no sólo los contratos propiamente públicos, sino también los contratos armonizados, en donde se aplicaría la normativa comunitaria pese a la ausencia de una Administración pública, debido a la definición funcional que hace aquélla de las *entidades contratantes*, pues no sería únicamente aplicable propiamente a los poderes públicos, sino incluso a los privados que operan con fondos públicos⁽²⁾.

1.2. La naturaleza de los contratos públicos y su diferencia con los contratos celebrados entre privados

De acuerdo a lo señalado en las líneas precedentes, la Administración contrata, y cuando lo hace nos encontramos ante lo que llamamos contratos públicos. Sin embargo, la verdadera cuestión que cabe analizar es si existe alguna diferencia entre estos y los contratos que celebran los privados entre sí. Al respecto, podemos distinguir entre quienes creen que la contratación pública es sustancialmente idéntica a la privada, pues en ella la Administración actuaría como lo hacen los particulares en el mercado, de aquellos que afirman que existe una diferencia esencial, en tanto también

cuando contrata la Administración pública actúa en base a potestades administrativas, lo que explica, por ejemplo, que carezca de autonomía de la voluntad. En la contratación pública, por tanto, existirían también actos administrativos, que para algunos son separables del contrato mismo, mientras que para otros el contrato (como relación contractual) nace de estos actos unilaterales, sin que sea necesario acudir a la teoría del acto separable. A continuación explicaremos con algo más de detalle cada una de estas posiciones.

1.2.1. La identidad de naturaleza entre la contratación pública y la contratación privada, a partir de la ausencia de potestades administrativas en la contratación pública
Es conocida la posición de Boquera Oliver, quien sostuvo años atrás en un trabajo clásico en la doctrina española que *contrato* (entendiendo como tal el acuerdo de voluntades) y *poder público* se excluyen, y todos los contratos son figuras de Derecho privado⁽³⁾. Así, empieza este autor definiendo al *poder público* como “la posibilidad de crear e imponer unilateralmente efectos jurídicos, la posibilidad que tiene una persona de crear e imputar situaciones jurídicas a otras personas, sin necesidad de que éstas lo consientan”⁽⁴⁾, y al *poder administrativo* como una variante de éste, que se caracterizaría por que su eficacia

con aquellos sometidos a reglas propias de Derecho administrativo (ARIÑO ORTIZ, G. *El concepto de contrato público en la CEE*, *noticias CEE* 21, 1986; p. 19; y MONEDERO GIL, J. I. *Doctrina del contrato del Estado*. p. 293); mientras que otros simplemente prescindían del uso de dicha categoría, utilizando la de *contratos de la Administración* para englobar a los contratos propiamente administrativos y a los privados de la Administración (PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho administrativo*, I. 15va. edición. Madrid: Marcial Pons, 2004; pp. 266 y siguientes), e incluso a los convenios de colaboración (GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. *Curso de Derecho administrativo*, I. 12va. edición. Madrid: Civitas, 2004; pp. 677 y siguientes).

- (2) Sobre el ámbito subjetivo de aplicación de la LCSP y la existencia de diversos grados de aplicación de la norma según el tipo de contrato, véase del SAZ, S. *La ley de contratos del sector público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?* En: RAP 174, 2007; pp. 351 y siguientes.
- (3) BOQUERA OLIVER, J. M. *Poder administrativo y contrato*. Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1970; p. 30.
- (4) *Idem.*; p. 24.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

descansa en una presunción *iuris tantum* de legalidad⁽⁵⁾. Así, a partir de una noción funcional de la Administración pública, sostiene que ésta tiene dos *capacidades*: la jurídica privada, por la cual crea situaciones jurídicas contando con el consentimiento de otra persona⁽⁶⁾ y la propia del poder administrativo, por la cual *crea e impone* situaciones jurídicas⁽⁷⁾. Y, a partir de estas bases, afirma que:

“(C)uando el sujeto dotado de estas dos posibilidades llega a un acuerdo con otro sujeto jurídico para crearse recíprocamente derechos y obligaciones, ejercita su capacidad jurídica privada. Si empleara el poder administrativo no necesitaría del consentimiento del destinatario de las obligaciones y derechos para constituirle en sujeto de los mismos. La persona con capacidad administrativa y privada, si contrata, no ejercita poder administrativo y si ejercita poder administrativo, no contrata. Con el empleo de poder administrativo, los efectos jurídicos, por definición, nacen de la sola voluntad de su titular y son impuestos a su destinatario sin contar con su voluntad (...) ejercitar el poder administrativo y contratar son dos actividades que se oponen; quizá mejor, dos actuaciones siempre paralelas. Poder público y contrato son dos realidades que se excluyen”⁽⁸⁾.

No obstante, la posición de Boquera Oliver en torno a la admisión en el ordenamiento español de la existencia de los contratos administrativos (nosotros diríamos públicos) ha variado en los últimos años, a partir de la aprobación en España de la ya derogada Ley 13/1995, asimilándose notablemente con la de quienes sostienen la teoría de los actos separables⁽⁹⁾. Así, para este autor el acto de adjudicación sería un acto administrativo que produciría dos efectos, uno unilateral y por tanto administrativo, que sería la elección

del contratista y el rechazo de los demás aspirantes, y otro bilateral y privado, como define a la coincidencia de voluntades de las dos partes que da origen al contrato⁽¹⁰⁾. No obstante, recientemente otro autor ha vuelto a afirmar que los contratos públicos (aunque entiendo que se refiere esencialmente a los contratos de gestión patrimonial) no son actos administrativos, porque no hay ninguna decisión de autoridad, por lo que no habría ningún inconveniente para defender su bilateralidad constitutiva y, por tanto, su identidad sustancial con los contratos privados⁽¹¹⁾.

1.2.2. El reconocimiento de potestades administrativas en la contratación pública, y sus consecuencias para la definición del contrato público (las teorías del acto administrativo bilateral, del acto separable y la teoría del contrato relación jurídica contractual nacida de un acto unilateral)

1.2.2.1. *Las potestades públicas en la contratación... y los problemas de admisión de la noción del acto administrativo bilateral*
No obstante, la mayoría de la doctrina entiende que la actuación administrativa en la contratación es distinta a la privada, lo que justifica, por ejemplo, que no exista una verdadera autonomía de la voluntad en estos casos. Si bien hay quien ha dicho lo contrario, en general se reconoce que también en el ámbito contractual se manifiesta la vinculación

(5) *Ídem.*; p. 26.

(6) *Ídem.*; p. 31.

(7) *Ídem.*; p. 30 y p. 101, la cursiva es nuestra.

(8) *Ídem.*; pp. 31 y 32, la cursiva es nuestra.

(9) Véase esta evolución en los trabajos BOQUERA OLIVER, J. M. *Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy*. En: *RAP* 150, 1999; pp. 13 y siguientes, en especial: pp. 25 y siguientes; y: *Los contratos de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. En: *Cuadernos de Derecho público*. 11, 2000; p. 222.

(10) BOQUERA OLIVER, J. M. *Los contratos de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. *Óp. cit.*; p. 230.

(11) BOCANEGRA SIERRA, R. *El concepto de acto administrativo*. En: *Revista General de Derecho administrativo*. IUSTEL 2, 2003; p. 16; y, del mismo autor: *Lecciones sobre el acto administrativo*. 3ra. edición. Madrid: Thomson-Civitas, 2006; p. 41.



Víctor Sebastian Baca Oneto

positiva de la Administración a la norma, tan bien definida por Merkl, según el cual para ésta “el Derecho Administrativo no es sólo la *condictio sine qua non*, sino *condictio per quam* de la Administración”⁽¹²⁾. Mientras que en el Código Civil las leyes, la moral y el orden público son un límite *externo* a la voluntad de los particulares, en el caso de la Administración pública el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración son condicionantes de su legitimación para contratar, de modo que nunca actúa con libertad, sino con discrecionalidad⁽¹³⁾.

Esta diferencia se explica, finalmente, porque los actos que realiza la Administración pública al contratar son también actos administrativos, por lo que se trata de actos del Poder público en ejercicio de las potestades que lo definen como tal. ¿Existen, por tanto, potestades en la contratación pública que justifican entender que existen verdaderos actos administrativos en ésta? Como veremos más adelante, en algunos casos los contratos se utilizan como alternativa al dictado de actos administrativos no contractuales, por lo que la potestad que se ejercerá contractualmente será la misma que se ejercería sin contrato. No obstante, presenta más

problemas el caso de aquellos contratos por los cuales la Administración interviene en el mercado, a los que denominamos contratos de gestión patrimonial, y que están regulados en la todavía vigente Ley de Contrataciones con el Estado, aprobada mediante el Decreto legislativo 1017 (LCE/2008) y su Reglamento, así como en la nueva Ley 30225 (LCE/2014). ¿Cuál es la potestad que ejerce en este caso la Administración, si es que existe?

En estos casos, no debe olvidarse que al contratar, la Administración está distribuyendo bienes a los que todos tenemos derecho a optar, lo que justamente exige la presencia de un procedimiento administrativo, por el que se asegure la elección de la mejor oferta. Como parte de la doctrina ha notado, en estos casos nos encontramos ante un acto de justicia distributiva⁽¹⁴⁾, a diferencia de los contratos entre privados, en donde se pone en juego la justicia conmutativa⁽¹⁵⁾. Por tanto, aunque en

-
- (12) MERKL, A. *Teoría general del Derecho administrativo*. Granada: Comares, 2004; p. 205; en el mismo sentido: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *Introducción al Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos, 1986; p. 30.
- (13) Al respecto, pueden verse los trabajos de: ARIÑO ORTIZ, G. *El contrato administrativo en el Derecho español*. En: *Revista de Derecho administrativo y fiscal* 25-26, 1970; p. 73; y de: SOLAS RAFECAS, R. *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*. Madrid: Tecnos, 1990; pp. 147 y siguientes, y puede verse más recientemente, del mismo autor: *Comentario al artículo 4 TRLCAP. Libertad de pactos*. En: ARIÑO y asociados. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, I. *El sistema contractual administrativo*, Granada: Comares, 2002; pp. 237 y siguientes. Véase también BALLESTEROS FERNÁNDEZ, A. et alii, *Contratos de las Administraciones públicas. Comentarios al texto refundido de la Ley (aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*. 3ra. edición. Madrid: El Consultor, 2000; pp. 179 y 180; y: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Ámbito de aplicación de la Ley* (artículos 1 a 9, inclusive). En: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, dir. GÓMEZ-FERRER MORANT, R. 2da. edición. Madrid: Civitas, 2004; pp. 109 y siguientes; y, muy especialmente: REBOLLO PUIG, M. *Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública*. En: *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo*. Madrid: INAP, 2004; pp. 41 y siguientes. Es posible, además, encontrar un antecedente de esta distinción en las afirmaciones de: DELGADO, E. y D. ARRIAGA. *Contratos administrativos*. 2da. edición. Madrid, 1899; pp. X, XI y 17, para quienes la especialidad de *todos* los contratos que celebra la Administración radica en que ésta tiene sus fines trazados por el ordenamiento, por lo que solo puede actuar según las reglas que determinan sus facultades.
- (14) Sobre los contratos públicos como actos en ejercicio de la justicia distributiva, y, por tanto, actos en ejercicio de la potestad pública, pues sólo ésta puede otorgar y denegar lo que es “cosa pública”, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias en Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998; p. 960; y, del mismo autor: *Prólogo al libro de MACERA TIRAGALLO, B.F. Óp. cit.*; pp. 23 y siguientes. Por otro lado, sin profundizar en cuál es el contenido de la potestad ejercida: RIVERO ORTEGA, R. *Administraciones públicas y Derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998; p. 293, sostiene que “los actos de adjudicación de encargos públicos constituyen actos de poder administrativo”.
- (15) ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. 1130.30 y 1131.b y siguientes.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

su vertiente más débil, en tanto se necesita del consentimiento del particular, también aquí es posible identificar una potestad administrativa en juego (la distribución de bienes públicos), lo que justificará la existencia de un procedimiento para la formación de la voluntad de la Administración, que se manifiesta a través de actos administrativos, a los que sería aplicable supletoriamente lo dispuesto por la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General.

Si en los contratos públicos la Administración pública ejerce potestades, entonces es que existe un acto administrativo. La primera opción, por tanto, es entender que así como los contratos entre privados son actos jurídicos bilaterales, los contratos públicos son actos administrativos bilaterales. Sin embargo, esta afirmación encuentra una seria objeción, porque los actos administrativos se entienden que son por naturaleza unilaterales, pues deben imputarse a la Administración, titular de la potestad en virtud de la cual se dictan, aunque en el procedimiento participe el administrado. ¿Cómo, entonces, podemos encontrar un acto administrativo en el contrato? La doctrina ha optado por distinguir entre el contrato y los actos administrativos, separables de éste; o por entender se trata de contratos (relaciones contractuales) nacidas de actos administrativos unilaterales.

1.2.2.2. La recepción (y crítica) de la noción de acto separable en la contratación pública

La primera posición es la que plantea la recepción de la noción de acto separable, teoría nacida en el Derecho francés como una respuesta frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado

que a partir de los últimos años del siglo XIX decidió reservar a las partes del contrato la condición de legitimados procesales para discutir su validez a través del recurso de plena jurisdicción, lo que dejaba sin posibilidad de recurso a los interesados ajenos al vínculo contractual. En consecuencia, para evitar esta situación de indefensión el propio Consejo de Estado recurrió a la ficción jurídica del carácter separable de ciertos actos, para permitir que contra ellos al menos procediera el recurso por exceso de poder para obtener su anulación.

Sin embargo, esta separación producía otros problemas, pues a diferencia de lo que la *teoría del todo indivisible* pregonaba, la anulación de estos actos no ocasionaba automáticamente la del contrato, que debía ser declarada por los jueces competentes. Pero sólo las partes del contrato podían impugnarlo, por lo que fue necesario buscar mecanismos que obligaran a la Administración a hacerlo, y además nada garantizaba que finalmente el juez del contrato declarara su invalidez. Obviamente, esta teoría ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina francesa⁽¹⁶⁾, que han terminado por trasladarse al seno del propio Consejo de Estado, como lo muestran las conclusiones del Comisario de Gobierno M. Casas en el asunto *Société Tropic travaux signalisation*

(16) MACERA TIRAGALLO, B.F. *Les "actes détachables" dans le droit public français*. Limoges: Pulim, 2002; *passim*; TERNEYRE, P. *Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs*, EDCE 39, 1988; pp. 69 y siguientes; y WEIL, P. *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, París: Pedone. 1952; pp. 202 y siguientes; para quien sería necesaria una vuelta a la teoría del todo indivisible, que, sin olvidar la impugnabilidad de los actos preparatorios por terceros que posean un interés legítimo, mérito de la teoría de los actos separables, reconozca que la anulación de éstos debe implicar la del propio contrato (pp. 205 y siguientes). Más aún, la separación del acto de celebración del propio contrato para permitir la impugnación del primero provoca conflictos para la definición de éste último, pues, como indicó años atrás: DE LAUBADÈRE (*Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, III. París: L.G.D.J., 1956; p. 327, por nota), "*cette manière de décomposer l'acte même de passation du contrat est habile, mais tout de même un peu subtile ; pour arriver à découvrir dans le contrat un "acte d'autorité administrative" contre lequel le recours pour excès de pouvoir puisse être considéré comme recevable, le Conseil d'État est obligé d'adopter une analyse qui implique une définition bien discutable du contrat ; car tout cela ne paraît cohérent que si l'on considère le contrat, non point, selon la définition habituelle, comme un acte bilatéral, un concours de deux volontés, mais plutôt comme une sorte de juxtaposition de deux manifestations de volonté, de juxtaposition de deux actes unilatéraux, le recours étant dirigé contre l'un de ces actes unilatéraux, celui qui émane de l'administration. Cette manière de ramener l'acte bilatéral à un double acte unilatéral est à tout le moins subtile*".



Víctor Sebastian Baca Oneto

Guadeloupe, que ponen en discusión la regla según la cual un tercero no puede pretender se declare la invalidez (y se detenga la ejecución, por supuesto) de un contrato del que no es parte, lo que podría convertir en innecesaria a la teoría de los actos separables como fue concebida en el Derecho francés.

Esta teoría fue importada por el Derecho español, aunque con una finalidad algo distinta, pues fue utilizada para delimitar la competencia de la jurisdicción civil y de la administrativa⁽¹⁷⁾. Así, en tanto serían actos (administrativos) *separables* del contrato todos los dictados durante al procedimiento de contratación, incluido el acto de adjudicación, por los que las controversias suscitadas en torno a ellas serán conocidas por los jueces contencioso administrativos, también cuando se trata de contratos privados de la Administración. Si las controversias se refieren a la ejecución de los contratos, éstos serán competentes sólo si se trata de contratos administrativos, mientras que lo serán los jueces ordinarios cuando sean contratos privados de la Administración⁽¹⁸⁾. Desde el punto de vista conceptual, que nos interesa en este momento, lo que permite la utilización de la categoría de los actos separables es entender que pese a que el contrato en sí es un acto bilateral, nacido por la confluencia de voluntades entre la Administración y los administrados, existen actos administrativos unilaterales,

separables de éste, a los cuales se les aplica el Derecho administrativo. El contrato, por tanto, es un acto jurídico bilateral, que requiere para dictarse de una serie de actos administrativos unilaterales.

Sin embargo, un sector de la doctrina ha reaccionado frente a la utilización de esta categoría, que consideran innecesaria e inadecuada⁽¹⁹⁾. A diferencia de lo que sucede en el Derecho francés, en España la anulación de los actos separables trae consigo la del propio contrato, por lo que lo separable acaba nuevamente unido⁽²⁰⁾. En realidad, la anulación del acto de adjudicación es la del propio contrato, no debido a una separabilidad luego negada, sino porque mediante la primera se perfecciona el segundo, que de este modo nacería por un acto administrativo unilateral, que da origen a una relación contractual.

1.2.2.3. *El contrato público como relación contractual nacida de un acto unilateral*

La teoría de los actos separables es seguramente la que permite explicar del

(17) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Óp. cit.*; pp. 61 y 62.

(18) En la recepción de esta teoría, sin imprescindibles los sucesivos trabajos de GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A. *Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local*. REVL 87, 1956; pp. 301 y siguientes; *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del "Hotel Andalucía Palace" de Sevilla*. En: RAP 28, 1959; pp. 147 y siguientes; y *Reciente evolución de la Jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal supremo*. En: RAP 36, 1961; pp. 227 y siguientes. Al respecto, véanse también los trabajos de BOQUERA OLIVER, J. M. *La selección de contratistas*. Madrid: IEP, 1963; en especial pp. 177 y siguientes, y pp. 205 y siguientes; CARRETERO PÉREZ, A. *La teoría de los actos separables*. En: RAP 61, 1970; pp. 83 y siguientes; y CLAVERO ARÉVALO, M. *El estado actual de la doctrina de los actos separables*. En: REVL 164, 1969; pp. 545 y siguientes.

(19) Esta afirmación respecto a lo innecesario e inadecuado de la trasposición de la doctrina francesa de los actos separables al Derecho español se encuentra originariamente en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Óp. cit.*; p. 964. Sin embargo, ha sido Macera Tiragallo quien ha desarrollado más ampliamente estas ideas, en su trabajo: MACERA TIRAGALLO, B. F. *Óp. cit.*; pp. 135 y siguientes.

(20) Nuevamente, MACERA TIRAGALLO, B.F. *Óp. cit.*; p. 182. Ya BOQUERA OLIVER (*Óp. cit.*; pp. 209 y 210) había puesto de relieve esta situación, al afirmar que:

"(E)s evidente que la repercusión automática de la anulación del acto sobre la validez del contrato es opuesta a la lógica de la teoría. De admitirla resultaría que los actos del procedimiento, que se independizan del contrato para hacer posible su impugnación, vuelven después a formar un todo indivisible con él para lograr que su anulación ocasione la nulidad del contrato. En el momento de la impugnación, acto y contrato viven con independencia, y se identifican en el momento de resolver la pretensión de anulación. Desde luego, esto no ocurre en la patria de la teoría. Nuestra jurisprudencia lo ha dispuesto así alguna vez pero no cabe duda de que es una consecuencia ilógica".

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

modo más simple la existencia de actos administrativos en el procedimiento contractual. Sin embargo, no deja de presentar algunos inconvenientes, derivados del régimen jurídico de éstos, que no termina de encajar con una separación que aparece y desaparece según sea conveniente. Como decíamos más arriba, no tiene sentido decir que estamos ante actos administrativos separables, si luego su anulación es la del propio contrato, como tampoco lo tiene reconocer potestades de revisión de oficio a la Administración para anular sus contratos, pues esto tiene sentido cuando se trata de actos unilaterales, en los cuales el propio autor del acto los anula debido a su invalidez, pero no en los bilaterales. Claro, cabría decir que la Administración no anula el contrato, sino el acto unilateral separable, pero lo cierto es que la anulación de éste conlleva la del propio contrato.

Estas incongruencias de la aplicación de la teoría del acto separable para explicar la presencia de actos administrativos en la contratación pública han llevado a algunos autores

a dar un paso adicional, y entender que se trata de un acto administrativo que da origen a una relación contractual⁽²¹⁾. Es decir, se trata de verdaderos contratos, porque hay una relación sinalagmática, pero ésta nace de un acto unilateral de la Administración pública, materializado ya sea en la adjudicación del contrato, según el modelo clásico español, o en el acto de suscripción, como se ha afirmado luego de la modificación introducida a partir de la Ley 34/2010⁽²²⁾. La voluntad del administrado es necesaria para que la Administración contrate, pero ésta no es la que da origen a los efectos contractuales, sino que éstos derivan del acto administrativo unilateral de aquélla, que no es separable del contrato (como acto contractual), sino que constituye al contrato (como relación contractual). Hay bilateralidad, pero esta no es constitutiva, sino

- (21) Véase, entre otros, BACA ONETO, V. S. *La invalidez de los contratos públicos*. Madrid: Civitas, 2006; pp. 115 y siguientes; MACERA TIRAGALLO, B.F. *Óp. cit.*; pp. 173 y siguientes; y: MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Óp. cit.*; *passim*. Aunque exceda del campo de este trabajo, no podemos dejar de mencionar que esta teoría ha sido criticada por Ariño Ortiz, G. *El enigma del contrato administrativo*. En: *RAP* 172, 2007; pp. 86 y siguientes; quien basa su apreciación en dos puntos: (i) la tesis de la desigualdad jurídica alegada en los trabajos citados como argumento para justificar la unilateralidad constitutiva de la relación contractual le parece poco convincente, especialmente porque en el tráfico privado tampoco existe la supuesta igualdad sobre la cual florecen los contratos; y, (ii) la visión unilateralista negaría la fuerza del *contractus-lex*, según la cual el contrato debe de ser la primera normal aplicable a la relación, con preferencia incluso del Derecho objetivo, al menos mientras no sea anulado. Existe, sin embargo, respuesta para ambas críticas. En primer lugar, la desigualdad existente entre la Administración y los contratantes al momento en que el contrato nace es “esencial”, y se produce por una razón que no se da en las desigualdades “fácticas” existentes entre privados: en los contratos públicos una de las partes es titular de una potestad pública, por la cual ejerce una función de justicia distributiva. En segundo lugar, como si veremos a lo largo de este trabajo, la posición de quienes creemos que el contrato público tiene un origen unilateral no afecta la regla del *contractus-lex* ni tampoco le otorga a la Administración pública poderes que el propio Ariño Ortiz no reconozca en los mismos casos, pues, independientemente de su origen, la relación es verdaderamente contractual y, por tanto, son los principios propios de los contratos los que se deben aplicar durante su duración. En todo caso, la criticable modificación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector público, introducida en cumplimiento de la STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión c/ España, que ha cambiado el régimen tradicional español según el cual era la adjudicación y no la suscripción el acto que perfeccionaba el contrato, ha introducido elementos nuevos al debate, que no es el momento de abordar ahora, pero que no afectarían a esta naturaleza unilateral, en la medida que el acto administrativo final sería la suscripción y no la adjudicación. Puede verse un breve comentario a esta cuestión en Martínez López-Muñiz, J. L. *La causa jurídico-pública de los contratos públicos*. En: *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*. Lima: Palestra, 2010; pp. 691 y siguientes.
- (22) Sobre esta Ley, dictada en cumplimiento de la Directiva 2007/1966 y en virtud de la STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-444/06, Comisión c/ España, puede verse una crítica en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *El nacimiento de los contratos públicos. Reflexiones sobre una equivocada transposición de la Directiva comunitaria “de recursos*. En: *RAP* 185, 2011; pp. 323 y siguientes. Del mismo autor, puede verse una crítica a la sentencia en la que dicho cambio normativo se fundamenta, en “La causa jurídico-pública...”, *Óp. cit.*; pp. 691 y siguientes.



Víctor Sebastian Baca Oneto

que se manifiesta en la relación jurídica sinalagmática entre las partes del contrato. Si hay potestades, los efectos tienen que atribuirse a su titular, y el recurso al acto separable confunde más que ayuda.

Por tanto, el *contrato público* nace de un acto unilateral. ¿Es esto posible? ¿No son contrato y acto unilateral nociones contrapuestas? Para responder a esta pregunta, es preciso distinguir previamente entre dos cosas distintas: el acto por el que nace una relación o situación jurídica, y esta última. Generalmente, y “como influencia de los canonistas, el voluntarismo jurídico de la escolástica tardía y el racionalismo e individualismo propio de la ilustración”⁽²³⁾, se conoce como *contrato* al acto bilateral por el que surge una relación jurídica. No obstante, también existen relaciones jurídicas contractuales, caracterizadas especialmente por su reciprocidad. Es más, en el origen de la noción de contrato está la reciprocidad de la relación (está en la raíz del vocablo griego sinalagma), como consecuencia de la cual se empezó a sostener la necesidad de un acuerdo, pues era la única forma de producir obligaciones recíprocas entre iguales.

Así, en Roma se definía al contrato como la obligación recíproca: “*contractus est ultro citroque obligatio*” (Labeón-Ulpiano, Digesto 50.16.19). Frente a quienes sostienen que *contractus* signifique consenso o convención, Bonfante mantiene que:

“(L)a palabra romana *contractus* (elipsis de *contractus negotii* o *negotium contractum*), más que el *acuerdo*, alude y da realce al *negocio* o a la *relación*, causa del *vínculo obligatorio*, ya que la relación objetiva tiene en el Derecho romano mayor peso e importancia que en el Derecho moderno”⁽²⁴⁾.

Más radicales se muestran Augé⁽²⁵⁾ y Soto Klos⁽²⁶⁾, para quienes el consensualismo en la noción de contrato sería sólo un paréntesis en un desarrollo confuso, largo tiempo dominado por concepciones distintas, como la aristotélica de Synallagma, llegando a afirmar el segundo que el verdadero aporte del Derecho administrativo en materia contractual consiste en volver a poner el énfasis en la reciprocidad funcional del contrato.

Aun en el Derecho Civil se acepta la posibilidad de que nazcan, muy excepcionalmente, relaciones jurídicas entre dos particulares en todo idénticas a las contractuales, pero no en virtud del mutuo consentimiento, sino debido a un acto del Poder público (contratos forzosos). Es decir, el Poder público puede crear relaciones jurídicas contractuales entre dos sujetos privados, en ejercicio de sus potestades. Y allí radica justamente el eje de la cuestión, pues este Poder público, justamente en ejercicio de sus potestades (y amparándose en su especial naturaleza), puede crear también unilateralmente relaciones jurídicas *contractuales* en las cuales es parte, caracterizadas por la reciprocidad de la prestación y la necesidad de mantener el equilibrio contractual. Es decir, se trata de verdaderos contratos, *in facto esse* (pues existe un enlace causalizado de prestaciones), aunque su origen (el contrato *in fieri*) sea unilateral.

(23) DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. I. 5ta. edición. Madrid: Civitas, 1996; p. 120.

(24) BONFANTE, P. *Instituciones de Derecho romano*. Traducción de la 8va edición italiana de BACCI, L. y LARROSA, A. revisada por CAMPUZANO HORMA, F. Madrid: Reus, 1929; pp. 399 y 400. Véase también, en el mismo sentido, GROSSO, G. *Il sistema romano dei contratti*. 2da. edición. G. Giappivchelli, Torino, 1950; p. 36.

(25) AUGÉ, G. *Contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius*. En: *Archives de Philosophie du droit*, XII, *Sur les notions du contrat*. Sirey. 1968; pp. 99 y siguientes.

(26) *La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato (a propósito de la distinción contrato administrativo/ contrato civil de la Administración)*, RAP 86, 1978; pp. 569 y siguientes.

(27) DE SOLAS RAFECAS, R. *Comentario al artículo 53 TRLCAP. Perfección de los contratos*. En: ARIÑO y asociados. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, II, La gestación del contrato*. Granada: Comares, 2003; pp. 671 y siguientes; en especial pp. 677 y siguientes.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

Obviamente, definir el contrato público como un acto unilateral en su origen y bilateral en sus efectos resulta cuando menos llamativo, lo que ha llevado a algún autor a afirmar que su uso es injustificado, incoherente e incomprensible desde un punto de vista dogmático⁽²⁷⁾. Sin embargo, la voz contrato en Derecho civil hace referencia tanto al acto por el que se constituye la relación contractual como a esta última, y originalmente se definía por la segunda, aunque en la actualidad sea casi un lugar común acudir a la primera y definir al contrato como acuerdo. Esto es lógico en el ámbito civil, donde casi siempre uno puede obligarse sólo por el propio consentimiento (aunque se reconozca la existencia de los contratos forzosos⁽²⁸⁾), pero no tiene por qué ser igual en los contratos públicos, donde uno de los sujetos es una Administración pública y, por tanto, un sujeto con potestades, que puede modificar unilateralmente la situación jurídica de los particulares. Obviamente, esto no implica negar la existencia de acuerdo en los contratos públicos, sino simplemente que el nacimiento de la relación jurídica sea consecuencia de dicho acuerdo y no del acto del sujeto titular de la potestad para darle origen. Si existen dos manifestaciones de consentimiento, se trata de expresiones de voluntades heterogéneas, que no tienen la misma relevancia jurídica cuando una de ellas es expresión del ejercicio de potestades⁽²⁹⁾.

En consecuencia, para quienes defienden esta tercera teoría sobre la naturaleza del contrato público, éste puede definirse como “un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de previa aceptación y contractual en sus efectos”⁽³⁰⁾. Así, si bien es necesario el consentimiento del particular, la existencia de

dos voluntades no supone necesariamente la transformación del acto con que se perfecciona el contrato de unilateral en bilateral, pues, “*la rencontre de deux volontés distinctes pour l’adoption d’une mesure n’empêche pas que celle-ci puisse être un acte administratif unilatéral*”⁽³¹⁾. Lógicamente, el punto siguiente en nuestro análisis debería ser analizar cuál de estos conceptos es el que ha sido recibido por el Derecho positivo peruano. Sin embargo, dejamos este punto para el final de nuestra exposición, ya que para esto es preciso analizar previamente la clasificación de los contratos públicos y la dispersión normativa existente.

2. La clasificación de los contratos públicos. La distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración

2.1. La clasificación de los contratos públicos

La primera gran división de los contratos públicos es aquella que distingue entre los contratos de cooperación y los contratos de subordinación⁽³²⁾, según las partes se encuentren en pie de igualdad o no, y que

(28) DIEZ PICAZO, L. *Los llamados contratos forzosos*, *Anuario de Derecho civil*. 1959, pp. 85 y siguientes.

(29) En palabras de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (*Óp. cit.*; p. 955, la cursiva es nuestra), “para que la existencia de un acuerdo de voluntades de dos o más sujetos para constituir una relación jurídica de obligaciones y derechos recíprocos entre ellos dé nacimiento *per se ipsum*, como tal acuerdo, como tal consentimiento de voluntades concordes, a esa relación jurídica, será necesario que todas esas voluntades vengán a originar o perfeccionar el acto jurídico constitutivo (o meramente declarativo) correspondiente en condiciones de esencial igualdad jurídica, de modo que pueda predicarse a la vez y conjuntamente de todos sus sujetos, sus auténticos coautores. No será necesario que todas las partes contribuyan con igual amplitud a la configuración del contenido de la relación jurídica a establecer (es perfectamente posible el acto bilateral, el pacto o el contrato de adhesión, en el que todo el contenido lo fije uno de los sujetos autores del acuerdo), ni será precisa una situación de total igualdad en el seno de la relación que se constituya (no ya económica, sino ni siquiera jurídica), pero *no habrá acto jurídico propiamente bilateral o plurilateral, en su momento perfectivo o constitutivo, si las voluntades de sus dos o más coautores no tienen la misma relevancia en el hecho de dar nacimiento reconocibles en Derecho al acto jurídico de que se trate*”.

(30) MACERA TIRAGALLO, B.F. *Óp. cit.*; p. 176.

(31) DEVOLVÉ, P. *L’acte administratif*. Paris: Sirey, 1983; p. 75.

(32) En realidad, la distinción se hace habitualmente entre los contratos de subordinación y los de *coordinación*. Sin embargo, hemos preferido emplear la expresión *contratos de cooperación* al referirnos a estos últimos para enfatizar la posición de igualdad



Víctor Sebastian Baca Oneto

encuentra su origen en el Derecho alemán⁽³³⁾. Los primeros se celebran *entre entidades públicas* en pie de igualdad, para ejercer de modo conjunto sus potestades, respecto de un asunto para el que ambas tienen competencia. Los segundos pueden darse entre dos Administraciones públicas o entre una de éstas y un particular, pero lo determinante es que la Administración (o una de ellas) aparece en una posición de superioridad jurídica respecto a la otra parte, pues actúa en ejercicio de sus potestades propias⁽³⁴⁾. Debe dejarse claro que esta superioridad no es meramente económica, sino jurídica,

pues por un lado tenemos a un sujeto que actúa en virtud de las potestades que le son propias, sin libertad y positivamente vinculado al ordenamiento jurídico, y por otro a un particular que carece de dicho poder. No cabe, por tanto, identificar estos contratos con los contratos por adhesión del Derecho privado, en donde la diferencia entre las partes no es sustancial sino posicional⁽³⁵⁾, además de que en los contratos públicos los administrados sí

de ambos contratantes, propia de la cooperación, frente a la superioridad de una de ellas que caracteriza a la coordinación (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. *Los convenios entre Administraciones públicas*. Madrid: Marcial Pons, 1998; pp. 23, 26 y 29). Además, la noción de contrato se vincula más con la idea de *obrar conjuntamente*, propia de la cooperación, que con la de ordenarse de común acuerdo *en sus propios comportamientos*, que define a la coordinación. Por otro lado, la noción de contratos de cooperación tiene cierta tradición en el Derecho español, donde fue empleada años atrás por Entrena Cuesta (*Consideraciones sobre la teoría general de los contratos de la Administración*. En: *RAP* No. 24, 1957; pp. 39 y siguientes), quien distingue los contratos entre una Administración y los particulares y entre dos Administraciones públicas, que, según se encaminen o no de forma directa e inmediata a una finalidad de servicio público, pueden estar sujetos a Derecho privado y a Derecho público, y entre estos últimos diferencia además entre aquellos en donde una de las partes contratantes tiene competencia en cuanto a la prestación del servicio público (en su sentido más amplio) que constituye su objeto y por ello está en una situación de privilegio, y aquellos en los que las partes están en una situación de igualdad, al tener los dos entes públicos competencia, y para los que sostiene debería reservarse la expresión de “contratos públicos en sentido estricto” y que él denomina contratos públicos de *cooperación*. Al respecto, y siguiendo la denominación de Entrena Cuesta para incluir entre los contratos de cooperación a los consorcios, aunque resaltando la naturaleza asociativa de éstos, véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. *Los consorcios en el Derecho español (análisis de su naturaleza jurídica)*. Madrid: IEAL, 1974; pp. 468 y siguientes.

- (33) Sobre esta división en el Derecho alemán, pueden verse los trabajos de HENDLER, R. *Convenio jurídico público y contrato público en la República federal de Alemania*. Traducción de J. C. Laguna de Paz. En: *Contratación pública. Jornadas de Valladolid, 27-29 de enero de 1993*. coords. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. y LAGUNA DE PAZ, J. C. Madrid: Marcial Pons, 1996; pp. 127 y siguientes; KREBS, W. *Contratos y convenios entre Administración y particulares*, *DA* 235-236, 1993; pp. 55 y siguientes; y, con un amplio resumen de las posiciones doctrinales, MASUCCI, A. *La quaestio nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico fra amministrazione e privato*, en *Scritti in onore di M. S. Giannin*. Milano: Giuffrè, 1984; pp. 413 y siguientes.
- (34) Nos apartamos así del concepto más estricto de los contratos de subordinación (*subordinationsrechtlichen Verträgen*) en Derecho alemán, donde éstos son aquellos en donde la Administración podría dictar un “acto unilateral” con el mismo contenido que el contrato, sin contar con la participación del particular (propiamente, los acuerdos procedimentales a los que nos referimos más adelante). Sin embargo, y dado que no solamente en este caso existe desigualdad entre las partes (y no partimos de una definición legal, como ocurre en Alemania), nosotros emplearemos la noción de contrato de *subordinación* para referirnos a aquellos contratos en donde haya una desigualdad originaria entre las partes: un particular por un lado y la Administración pública en ejercicio de sus potestades del otro
- (35) En relación al carácter contractual o no de estas decisiones, la referencia clásica al respecto es la de MAYER (*Tratado de Derecho administrativo alemán*, I, traducción del original francés *Le droit administratif allemand*, por HEREDIA, Horacio y Ernesto KROTOSCHIN. Buenos Aires: Depalma, 1949; pp. 130 y 186, por nota), que bien puede completarse con lo que sostuviera FLEINER (*Instituciones de Derecho administrativo*, trad. de la 8va edición alemana de ÁLVAREZ-GENDÍN, Sabino. Barcelona: Labor, 1933; p. 155), para quien “el contrato supone que las partes están colocadas en igual plano. Por lo tanto, no hay margen para el contrato más que en los casos en que, según la ley, la voluntad de cada una de las partes tenga igual valor jurídico para conseguir cierto resultado en Derecho. Pero esto no acaece en los ejemplos citados”. Sin embargo, es cierto que, como sostiene HUERGO LORA (*Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid: Civitas, 1998; p. 119 y siguientes, en especial pp. 130, 131 y 135), las afirmaciones de estos autores se realizaron en un contexto distinto, no referidas a lo que ahora en Alemania son los *öffentliche Verträge*, sino específicamente respecto al empleo público, las

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

que participan en la determinación del contenido del contrato, en un elemento tan esencial, por ejemplo, como el precio⁽³⁶⁾.

A su vez, dentro de los contratos de subordinación es posible distinguir entre los contratos de compromiso⁽³⁷⁾,

que tienen por objeto la eliminación de una duda en la razonable valoración de los hechos o el derecho y los contratos de intercambio, que se caracterizan porque quien contrata con la Administración se obliga a una

concesiones administrativas, la naturalización y la renuncia a la nacionalidad. No obstante, en todo caso, creemos que sus argumentos pueden trasladarse también a los contratos públicos sobre actos y potestades. Así, por ejemplo, en tal sentido los ha empleado VIRGA (*Teoria generale del contratto di Diritto pubblico*. En: *Enciclopedia del Diritto*. IX. Milano: Giuffrè, 1961; pp. 981 y siguientes; y, del mismo autor, *Il provvedimento amministrativo*, *Op. cit.*; pp. 161 y siguientes), quien afirma que la cuestión que debe dilucidarse para admitir los contratos públicos, entendiendo por tales aquellos que la Administración realiza en ejercicio de sus potestades, es si éste puede ser remitido, además de a la voluntad de los órganos de aquélla, al particular que con ella contrata. Y así sostiene que “*la vera ragione* (de la no admisibilidad del contrato público) *è invece da ricercarsi nel fatto che non si può avere un incrocio contrattuale di facoltà eterogenee e precisamente, da un lato, di diritti soggettivi dei privati e, dall’altro, di pubbliche potestà dell’amministratore*” VIRGA. *Generale del contratto de Diritto pubblico*. *Op. cit.*; p. 982, para concluir en que “*le due manifestazioni di volontà sono dotate di natura diversa e, come tali, non essendo omogenee, non possono mai fondersi in un unico atto (...) non può ammettersi che all’esercizio di un diritto privato ovvero alla assunzione di un obbligo da parte del singolo se contrapponga l’esercizio di una potestà pubblicistica da parte dell’amministrazione. Le volontà hanno un contenuto completamente diverso, si muovono su piani diversi ed hanno portata ed effetti diversi ed un loro incontro nell’ambito dello schema dell’accordo contrattuale è inconcepibile*” (*Ibidem*, p. 982); de modo que “*solo la volontà della pubblica amministrazione deve essere considerata costitutiva del rapporto, mentre la manifestazione di volontà dei soggetti privati funziona da presupposto di legittimità o da requisito di efficacia del provvedimento*” *Ibidem*; p. 983).

(36) Es imposible no hacer una referencia a MESSINEO (*Il Contratto in genere*. En *Tratato di Diritto civile e commerciale*, dir. CICU., A. y MESSINEO, F. (Directores) Volumen XXI. Tomo I. Milano: Giuffrè, 1968), que desde su perspectiva iusprivatista, le negaba verdadero carácter contractual al llamado contrato de derecho público, aunque no al contrato de adhesión. Así, a partir de la distinción entre desigualdades económicas y desigualdades jurídicas, incluye a la posición de superioridad de la Administración entre estas últimas, y sostiene que por ello “*nei rapporti fra privato e ente pubblico, in quanto munito di potere di supremazia, non vi è luogo per un contratto in senso tecnico*” (p. 48), para más adelante preguntarse si, traspuesto del Derecho privado al administrativo “*nella sua veste propria di ente di diritto pubblico, dotato, di regola, di supremazia e di potere di imperio*”, conserva el contrato su naturaleza jurídica, dando una respuesta negativa, ya que “*deve ritenersi che, essendo la disciplina del contratto, secondo il codice civile, improntata al presupposto chiaro (sebbene solo implicito) della pariteticità fra le parti nel caso considerato, dove la pariteticità viene nemo, si trascende il terreno del contratto in senso tecnico, pur se, nella pratica, sia adoperato tale nome per designarlo*” (p. 60). En otro lugar, MESSINEO (*Doctrina general del contrato*, I. Traducción de la 3ra. edición italiana por FONTANAROSA, R. O. SENTÍS MELENDO, S. Y M. VOLTERRA. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1952; pp. 52 y siguientes) había rechazado la categoría del contrato público, afirmando que “*cuando (la Administración pública) actúa en función de carácter público habrá lugar, por lo común, a un acto administrativo de naturaleza unilateral (que llevan en si todo el contenido de la relación jurídica patrimonial a realizarse), pero no a un contrato; la declaración de voluntad, con la que se manifiesta la eventual aceptación del particular, funciona como condición suspensiva o, según el punto de vista, resolutoria del acto administrativo. Hay aquí algo análogo a lo que se verifica en el derecho privado cuando dos negocios jurídicos unilaterales, si bien autónomos en cuanto a su estructura, se condicionan y se combinan en sus efectos*” (p. 54), reconociéndole carácter contractual (paritario) únicamente a los contratos que celebra la Administración actuando como sujeto privado o a los contratos entre dos entes públicos actuando como tales, ya que en estos casos no existirá disparidad (en sentido muy similar, entre los iuspublicistas, ALESSI, R. *Instituciones de Derecho administrativo*. Traducción de la 3ra. edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats, I. Barcelona: Bosch, 1970; pp. 265 y siguientes, aunque este autor utiliza como argumento para negar la admisibilidad de los contratos *de Derecho público* [no así los de Derecho privado] entre la Administración y los particulares la prevalencia del interés general que defiende la primera sobre los intereses de los segundos). En los contratos de adhesión, por el contrario, la desigualdad entre las partes no es jurídica, sino económica o fáctica, y mayoritariamente se reconoce que son verdaderos contratos (así, por ejemplo, DíEZ-PICAZO, L. *Op. cit.*; p. 349).

(37) La expresión “convenio de compromiso” fue empleada por LINDE PANIAGUA (*La ley de procedimiento administrativo en la República federal alemana*. RAP 83, 1977; cit. p. 517) para traducir la noción de *Vergleichsvertrag* del § 55 VwVfG, aunque,



Víctor Sebastian Baca Oneto

contraprestación. Dentro de los contratos de compromiso a su vez pueden incluirse tanto a los contratos de transacción, por los que se busca eliminar una controversia mediante concesiones recíprocas, como a los contratos de fijación, por los que las partes buscan eliminar una incertidumbre, aunque en estos pueda faltar en algunos casos el enlace causalizado de prestaciones que define al contrato⁽³⁸⁾.

Entre los contratos de intercambio podemos a su vez incluir a los acuerdos procedimentales o contratos sobre actos y potestades, entre los que se incluyen a los convenios urbanísticos, a través de los cuales la Administración ejerce sus potestades de modo concertado, dando por terminado un procedimiento administrativo con la participación de los particulares afectados por él, y los contratos o acuerdos prestacionales. En estos últimos la potestad que ejerce la Administración es una de justicia distributiva, aunque es posible distinguir dos supuestos: el de las concesiones, en donde lo que distribuye la Administración son bienes

excluidos del comercio de los hombres, y los contratos de gestión patrimonial (los *marchés publics* del Derecho francés⁽³⁹⁾), mediante los cuales la Administración obtiene bienes o servicios o hace realizar trabajos mediante el pago de un precio. Antes de seguir adelante, es preciso hacer una aclaración: muchas de las llamadas concesiones en Derecho peruano son en realidad acuerdos procedimentales, autorizaciones contractualizadas para lograr una mayor seguridad jurídica, pero en las cuales no existe la previa reserva de la actividad que define a la concesión.

Los contratos de gestión patrimonial son un medio para intercambiar prestaciones patrimoniales, a través de los cuales la Administración ejerce una potestad de

en estricto, la traducción más acertada sería “convenio de transacción”, ya que ese es el sentido que tiene el término *Vergleich* en el § 779 del Código Civil alemán (al respecto, véase HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000; pp. 43 y 44), y así es como se viene entendiendo casi unánimemente. En este sentido, por ejemplo, DELGADO PIQUERAS, F. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 1995; p. 50; y PALMA DEL TESO, A. *Los acuerdos procedimentales en el Derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000; p. 284; aunque Laguna de Paz (en HENDLER, R. *Óp. cit.*; p. 128) traduce dicha expresión como “acuerdos de fijación”; y VELASCO CABALLERO (*Las cláusulas accesorias del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1996; p. 309) lo hace como “contratos de compensación”. Sin embargo, en este caso nosotros no la empleamos como una traducción de lo dispuesto por la *VwVfG*, sino como un medio para incluir en una categoría más amplia tanto a los contratos de transacción, que tienen por objeto solucionar una controversia mediante concesiones recíprocas, como a los contratos de fijación, por los que las partes buscan eliminar una incertidumbre (aun cuando en muchos de estos últimos el carácter contractual sea, en realidad, discutible, al faltar el enlace causalizado de prestaciones obligacionales, como lo han indicado GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Óp. cit.*; p. 688), en tanto en ambos el intercambio que pueda producirse es instrumental con respecto a la búsqueda de una solución, ya sea para terminar con una incertidumbre o dirimir una controversia. Sobre las diferencias entre unos y otros véanse los trabajos de HUERGO LORA, A. *Óp. cit.*; pp. 77 y siguientes; y PALMA DEL TESO, A. *Óp. cit.*; pp. 276 y siguientes.

- (38) La distinción entre contratos de transacción y contratos de fijación no siempre es reconocida por la doctrina. Sin embargo, es posible diferenciarlos entre sí: mediante los primeros se soluciona una controversia (que ha dado origen a un pleito o podía ocasionarlo), mientras que en los segundos se pretende dar certeza a un hecho, una situación o a una situación jurídica inciertas (como sucede, por ejemplo, en algunos casos en donde se recurre a conceptos jurídicos indeterminados), sin necesidad de concesiones recíprocas (PALMA DEL TESO, A. *Óp. cit.*; pp. 276 y siguientes).
- (39) En palabras de RICHER (*Droit des contrats administratifs*. 2da. edición. Paris: L.G.D.J., 1999; p. 311.), se trata de contratos que, por su objeto, “*sont semblables aux contrats que concluent entre eux des particuliers. Il s’agit en effet de contrats par lesquels l’administration se procure des fournitures ou des services et fait réaliser des travaux moyennant un prix qu’elle verse [et] son identiques aux contrats de vente et contrats d’entreprise du droit privé*”, y de cuyo concepto estarían excluidas, sin embargo, las concesiones públicas (FLOGAÏTIS, S. *Les contrats administratifs*. Londres: Esperia Publications, 1998; pp. 50 y 51; p. 143).

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

distribución de bienes y derechos que, en el plano de las legítimas expectativas o intereses, les pertenecen a todos⁽⁴⁰⁾. Se trata, por tanto, de contratos que:

“(S)uponen la utilización por parte de la administración de instrumentos contractuales dentro del ámbito específico de las relaciones patrimoniales que son comunes a todos los sujetos de Derecho. Como se ha dicho expresivamente, la Administración actúa aquí como *cliente* de los empresarios privados, esto es, en un terreno de simple colaboración o intercambio patrimonial: paga dinero o transfiere posibilidades de actuación frente al público a ella

reservadas a cambio de cosas o servicios que busca y que recibe”⁽⁴¹⁾.

No obstante, entre los contratos de gestión patrimonial es posible todavía hacer una clasificación adicional, propuesta por Zwahlen⁽⁴²⁾ y que fue introducida en España por Garrido Falla⁽⁴³⁾. Por un lado, están los contratos de colaboración, en los cuales la Administración paga un precio para obtener del particular la prestación principal que define al contrato, frente a los contratos de atribución, en donde sucede lo contrario.

- (40) De allí que no compartamos la contraposición que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Óp. cit.*; p. 681) entre estos contratos y aquéllos que constituyen una técnica de administrar pues, en realidad, también al actuar como proveedora o como cliente la Administración pública “administra”, en tanto ejerce sus potestades.
- (41) *Ídem.*; pp. 674 y 682 (el entrecomillado en la primera). En el mismo sentido, Martín-Retortillo Baquer (*La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes*. En: *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*. 2da. edición. Madrid: Civitas, 1996; p. 79) se refiere a los contratos por los cuales “la Administración satisface sus necesidades clientelares con un espíritu de gestión doméstica”. Por su parte, Baño León (*La figura del contrato en el Derecho público: nuevas perspectivas y límites*, en *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo. Madrid: INAP, 2004; p. 13.) distingue entre los contratos de la Administración como cliente o “mercados públicos” y los contratos de la Administración como poder, distinción esta última con la que, por los motivos expuestos en la nota anterior, no podemos compartir plenamente.
- (42) ZWAHLEN, H. *Le contrat de droit administratif*. En: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1958-II; pp. 611a y siguientes; para quien “*dans le cas du contrat d’attribution, c’est la prestation de l’État qui est essentielle, celle de l’administré n’étant que la contre-partie ou en quelque sorte la conséquence de l’avantage concédé. En cas de contrat de collaboration, c’est au contraire la prestation de l’administré qui est essentielle, celle de l’État n’étant que la contre-partie du service rendu par le particulier qui accepte de collaborer à une tâche d’administration publique (...). Dans le cas du contrat d’attribution, c’est par les droits conférés à l’administré, et non par les obligations assumées par lui, que l’intérêt public se trouve directement en jeu. Dans le cas du contrat de collaboration, au contraire, ce sont les obligations imposées à l’administré quant à la tâche dont ils se charge qui ont le plus d’importance pour l’intérêt public*”.
- (43) GARRIDO FALLA, F. *Tratado de Derecho administrativo*, II, 2da. edición. Madrid: IEP, 1962; p. 49 (afirmación que desde entonces se mantiene sin cambios en las posteriores ediciones). Más recientemente ha sido planteada nuevamente por MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (*Óp. cit.*; p. 950, por nota; y *La formación de la doctrina del contrato administrativo. Evolución legislativa*, en *Materiales para el estudio del Derecho, Derecho administrativo III; actos, contratos y garantías*, en: www.iustel.com, p. 2); mientras que en Derecho argentino fue recogida, a partir de la referencia hecha por Garrido Falla, por MARIENHOFF (*Tratado de Derecho administrativo*, III-A, 4ta. edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994; pp. 55, 56 y 113) y luego por CASSAGNE (*La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas*. En: *Revista de Derecho administrativo* 15/16; pp. 157 y 158). Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la clasificación de Zwahlen es empleada en estos dos ordenamientos jurídicos en un sentido algo diferente al original, ya que la noción de contrato administrativo que maneja el autor citado (pp. 510a y 511a) es producto de la doble influencia alemana y francesa del Derecho suizo, de modo que excluye de ella al contrato de obras (pp. 527a), al tiempo que incluye no sólo a los contratos que pongan en juego un interés público, sino también a los tienen por objeto una prerrogativa de potestad pública (p. 509a) y que se identificarían con los contratos sobre actos y potestades del Derecho español. Sobre el eclecticismo de la elaboración de dicho autor llamó la atención en Derecho español años atrás MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *Óp. cit.*; p. 71, por nota. Además, sobre el Derecho suizo y el sentido de la clasificación de Zwahlen, el trabajo de: NGUYEN, M. S. *Le contrat de collaboration en droit administratif*. Berna: Stämpfli Editions, 1998; pp. 28 y siguientes.



Víctor Sebastian Baca Oneto

2.2. La distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. ¿Tiene sentido en el Derecho peruano?

2.2.1. La cuestión en la doctrina comparada

Por otro lado, la distinción fundamental, la que ha hecho correr más tinta, es la que distingue entre los contratos administrativos y los contratos privados de la administración, discutiéndose si las peculiaridades de los primeros constituyen simples *modulaciones* o acaso implican una *substantivación* frente a los segundos. Así, solo a efectos de presentar el tema, puede decirse que los contratos administrativos son aquellos en donde la relación jurídica se regula por normas de Derecho administrativo, mientras que los contratos privados de la Administración serán aquellos en donde la relación jurídica se regula por normas de Derecho privado, sin más especialidades que las propias de su proceso de formación.

La figura del contrato *administrativo* tiene su origen en Francia (de donde pasó a algunos ordenamientos, como el español). El primer paso en este nacimiento fue la sustracción del conocimiento de determinados contratos (en materia de obras, suministros y servicios públicos, así como la venta de bienes desamortizados) de los Tribunales civiles, para atribuírselo a la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, JCA). Sin embargo, el contrato seguía siendo considerado como un *acto de gestión* (frente a los actos de autoridad, en los cuales la Administración actúa con *imperium*), cuyo conocimiento se atribuía a la JCA únicamente por razones instrumentales: la mayor rapidez en el conocimiento y resolución de los contenciosos y el mayor conocimiento de la materia administrativa por parte de los miembros de esta jurisdicción.

Es con el abandono de la distinción (propia de Francia, porque en otros países como Alemania se planteó la *teoría del fisco*) entre actos de gestión y actos de autoridad, y su sustitución por el criterio del servicio público, que la categoría del contrato administrativo empieza a adquirir importancia, y a complicarse (en especial, a partir de Gastón Jeze). Así, algunos de estos contratos, los que afectan a los servicios públicos (entendidos de una manera muy amplia, casi como actividad de interés público), serían administrativos *por naturaleza*, lo

que justificaría que se les aplique un régimen especial. En este contexto se inscriben las afirmaciones del arrêt Terrier, de 6 de febrero de 1903, según el cual “todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por vía de contrato, ya por vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza del dominio de la jurisdicción administrativa”.

Una vez atribuida una *naturaleza administrativa* a estos contratos, se admitió que se caracterizaban por la presencia en ellos de una serie de *cláusulas exorbitantes de derecho común*, de prerrogativas a favor de la Administración que no serían admisibles en un contrato entre particulares. Entre éstas destacan el privilegio de decisión ejecutoria, la *potestas variandi*, las facultades de supervisión, vigilancia y control, de interpretación unilateral, o el poder de sanción. Sin embargo, lo cierto es que la existencia de estas *prerrogativas* no puede servir como criterio para delimitar cuáles contratos son privados y cuáles no, porque se trataría más bien de una consecuencia de dicho carácter.

¿Dónde encontrar dicho criterio de distinción? Son varios los que se han propuesto. Así, por un lado, García de Enterría y Fernández Rodríguez⁽⁴⁴⁾ hablan del *giro o tráfico* propio de la Administración, terminología que ha sido criticada por su escasa raigambre administrativa (es más bien mercantil). De allí que seguramente sea más correcto entender que nos encontramos ante un contrato *administrativo* (es decir, regido por el Derecho administrativo *también* en la fase *in facto esse*, gozando la Administración de una serie de prerrogativas en ella) siempre que la Administración contrate en el ámbito específico

(44) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Óp. cit.*; p. 693.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

de su competencia⁽⁴⁵⁾. Es decir, serán administrativos aquellos contratos por los que la Administración busque satisfacer de forma directa o inmediata (porque siempre ha de buscar la satisfacción del interés general) una finalidad pública de su específica competencia⁽⁴⁶⁾. Esta especial vinculación de los contratos administrativos al interés general ha sido puesto de relieve por de Solas Rafecas⁽⁴⁷⁾, quien incluso los define como aquellos en donde dicho interés constituye un motivo causalizado (que influye no sólo en el acto administrativo de adjudicación, sino también sobre el contenido de la relación jurídica), y, como veremos, es muy importante, pues en donde realmente radica la razón de sus especialidades.

La discusión, sin embargo, no termina aquí, pues en el Derecho español se ha mantenido una viva polémica (traslada a otros países) sobre la *sustantividad* de los contratos administrativos. Así, algunos autores sostienen que la presencia de una Administración pública introduce en el contrato una serie de *modulaciones* (y las prerrogativas se explican todas por la presencia de dicha Administración: se trata de poderes *externos* al contrato). Para estos autores:

“(S)i de entre el conjunto contractual de la Administración se especifica un grupo de ellos a los que se da en calificar de administrativos *strictu sensu*, se trata de una medida pragmática determinada por el criterio de que allí donde la modulación del contrato alcanza una cierta intensidad es más conveniente que su análisis se atribuya a los Tribunales especializados en Derecho administrativo que a los Tribunales ordinarios, porque su

enjuiciamiento necesariamente requiere el conocimiento del régimen peculiar de la Administración”⁽⁴⁸⁾.

Sin embargo, otros autores han defendido la sustantividad de los contratos administrativos. Así, según Ariño Ortiz, el régimen jurídico de estos contratos, hecho de privilegios y de sujeciones, y derivadas del régimen jurídico aplicable al Estado, “introducen en el contrato tales distorsiones, que se hace imposible mantener la figura dentro de las reglas y el molde con que fue diseñada por el Derecho privado”⁽⁴⁹⁾, lo que viene a exigir su reconstrucción desde los supuestos del Derecho público.

No obstante, como bien sostiene Santamaría Pastor⁽⁵⁰⁾, esta polémica carece de interés en el Derecho español, pues:

“(E)n sus términos más estrictos, se trata de una más de tantas logomaquias estériles que tanto abundan en la ciencia del Derecho, y que no admite una solución concluyente: la distinción entre *diferencia de naturaleza* y *meras modulaciones* es tan relativa como discutir si un vaso que contiene sólo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Una discrepancia,

(45) ARIÑO ORTIZ, G. y J. L., VILLAR PALASÍ. *Lecciones sobre contratación administrativa*. Madrid: Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho de Madrid, 1969; pp. 34 y siguientes.

(46) MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. *Óp. cit.*; p. 949.

(47) DE SOLAS RAFECAS, R. *Óp. cit.*; pp. 24 y 33.

(48) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y T.R., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. *Óp. cit.*; p. 692.

(49) ARIÑO ORTIZ, G. *Contrato y Poder público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo*. En: *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998; p. 879. Sobre la sustantividad del contrato administrativo, pueden verse del mismo autor los siguientes trabajos: *De nuevo sobre el contrato administrativo*, Prólogo al libro de SÁNCHEZ ISAAC. *Estudios sobre contratación local*. 2da. edición. Madrid: Civitas, 1990; pp. 9 y siguientes; *Estudio introductorio*. En: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, I. *El sistema contractual administrativo*. Granada: Comares, 2002; pp. 1 y siguientes; *Estudio introductorio* al libro de EXPÓSITO VÉLEZ, J. C. *La configuración del contrato de la Administración pública en Derecho colombiano y español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005; pp. 25 y siguientes; y *El enigma del contrato administrativo*, cit.; pp. 79 y siguientes.

(50) SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho administrativo general*, II. Madrid: Iustel, 2004; p. 179.



Víctor Sebastian Baca Oneto

pues, de mera perspectiva que, además, carece de consecuencias prácticas: lo que importa, exclusivamente, es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho positivo”.

Es de destacar que ni la teoría de las modulaciones y menos la teoría de la sustantividad pretende negar que existan *algunos* contratos en donde la Administración pública pueda ejercer ciertas potestades en la relación contractual, y que ello se produzca como consecuencia de la especial vinculación al interés general de estos contratos. Por tanto, lo cierto, sin importar si de ello se deriva la sustantividad de la categoría o si se trata de meras modulaciones, es que en unos la mayor vinculación del objeto del contrato al interés general, cuando la Administración contrate en el ámbito específico de su competencia y el interés público se incorpore a la causa, justifica que aquélla pueda ejercitar sus potestades (de las que nunca se desprende) incidiendo sobre la relación contractual, mientras que en los otros no.

2.2.2. ¿Tiene sentido hablar de contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano?

En primer lugar, ha de indicarse que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, y pese a que se trata de una categoría que gozó de aceptación en la doctrina más antigua⁽⁵¹⁾, el Derecho peruano vigente no reconoce *expresamente* la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, estableciendo lo que parece una regulación general aplicable a *todos* los contratos de la Administración por igual. Esto ha llevado a algunos autores, como Linares Jara⁽⁵²⁾, a sostener que el contrato administrativo no existe en el Derecho peruano, pues “los fundamentos o criterios que han apuntado para ello han sido insuficientes, no habiendo logrado individualizarlo y distinguirlo objetivamente del contrato privado”. Por su parte, Martín Tirado⁽⁵³⁾ defiende también una *teoría unitaria* de la contratación pública, a partir de la no consagración legal de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración y de una crítica a los que

(51) Véase DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. *El contrato en general*, I. 2da. edición. Lima: Palestra, 2003; p. 273. Entre los administrativistas peruanos, era habitual referirse a la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración. Así, por ejemplo, NÚÑEZ BORJA, H. *Lecciones de ciencia de la Administración y Derecho administrativo del Perú*. 2da. edición, 1959; p. 74; y BACACORZO, G. *Tratado de Derecho administrativo*, I, 3ra. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1998; pp. 301 y siguientes. Otros, como es el caso de Ruiz Eldredge e Isasi Cayo, han sido incluidos por LINARES JARA (*El contrato estatal*. Lima: Grijley, 2002; p. 17) y MARTÍN TIRADO (*La naturaleza del contrato estatal. La necesidad de contar con un régimen unitario de contratación pública*. En: *Revista Peruana de Derecho administrativo económico* 1, 2006; p. 105.) entre los *dualistas*, que distinguiría entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración. Sin embargo, no estamos seguros de poder incluirlos en dicha categoría. Indudablemente, RUIZ ELDREDGE (*Manual de Derecho administrativo*. Lima: Editorial Cuzco, 1990; pp. 179 y siguientes) reconoce la existencia de los contratos administrativos, en los que consideran implícitas las cláusulas exorbitantes de Derecho común, que existirían incluso si las partes pactan su exclusión. Sin embargo, no está del todo claro que pretendan distinguir entre unos contratos administrativos y otros privados de la Administración, pues termina dando a entender que la Administración pública siempre goza de prerrogativas y que “cuando uno de los sujetos es la administración pública el contrato se ubica en el Derecho administrativo” (*Ídem.*; p. 194). Por tanto, pareciera que realmente pretende distinguir entre unos contratos de la Administración, que serían todos ellos *administrativos* y otros privados, que serían los celebrados entre particulares. Por tanto, sería una tesis “dualista” en tanto distingue entre contratos administrativos y civiles, pero *unitaria* también, porque sostiene que todos los contratos de la primera pueden incluirse en una única categoría. Igual de difícil es decidir en qué corriente inscribir a ISASI CAYO (*Introducción al Derecho administrativo*. Lima: edición privada; pp. 197 y siguientes), pues no queda del todo claro que distinga los contratos administrativos de los contratos privados de la Administración, ya que parece alinearse con la posición de Ruiz Eldredge.

(52) LINARES JARA, M. *Óp. cit.*; p. 158.

(53) MARTÍN TIRADO, R. *Óp. cit.*; pp. 103 y siguientes.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

sostiene son los criterios que se han empleado para distinguir entre ambos tipos de contratos en la doctrina comparada. En consecuencia, sostiene, el régimen jurídico aplicable a todos los contratos del Estado es el mismo.

Sin embargo, no compartimos esta conclusión. Así, es verdad que no existe una diferencia *expresa en la ley*, pero también es cierto que ésta poco dice respecto a las reglas aplicables a la relación contractual, respecto a la cual reconoce algunas de las prerrogativas más características (*potestas variandi*, resolución por interés general en especial para las concesiones de obras y servicios públicos, [poder de dirección y control] especialmente claro en los contratos de concesión de obras), aunque desconoce otras. Sin embargo, no todos los contratos de la Administración son regulados por esta ley, ni tampoco encuentran sentido dichas prerrogativas en *todos* los contratos públicos. Así, ¿qué sentido tienen en un contrato que no sea de tracto sucesivo?

Es cierto que, como ya lo sostuvimos hace tiempo⁽⁵⁴⁾, el ordenamiento jurídico peruano no distingue *expresamente* entre los contratos administrativos y los privados de la Administración, pero si alguna conclusión podría desprenderse del régimen legal existente (si solo miramos la legislación de contratos de gestión patrimonial) es la falta de reconocimiento de los segundos (y no de los primeros!), en tanto se le atribuyen a la Administración las potestades antes indicadas sin hacer distinción alguna. Por tanto, la discusión en este caso debería girar en torno a la existencia de unos contratos *privados de la Administración por naturaleza*, que bien podría solucionarse indicando que si bien la Administración pública goza de sus potestades en todo caso, sólo las puede ejercer

cuando así lo justifique el interés general, y ello solo ocurrirá en los casos en que éste sea la causa directa e inmediata de la actuación de una Administración pública que busca satisfacer una necesidad de su específica competencia.

La teoría monista peruana bebe de la doctrina argentina⁽⁵⁵⁾, planteándose que en nuestro ordenamiento jurídico no se han reconocido los contratos administrativos porque no existen verdaderas potestades, tanto porque no son implícitas (requisito que sería necesario para aplicar la teoría del acto administrativo), como porque se reconoce que las controversias surgidas una vez suscrito el contrato se resuelven mediante arbitraje, y si hay arbitraje, es que no hay potestades⁽⁵⁶⁾. Sin embargo, en realidad ambos argumentos pueden ser rebatidos.

En primer lugar, no solo hay contratos administrativos cuando las potestades son implícitas, sino que también cuando son expresamente atribuidas en el ordenamiento jurídico, como sucede en el caso español. Distinto es si el reconocimiento de la categoría del contrato administrativo implica la atribución implícita de potestades, como la resolución, interpretación o modificación unilateral del contrato, si éstas no son reconocidas por el ordenamiento jurídico.

(54) BACA ONETO, V. S. *Recensión* al libro de MACERA TIRAGALLO, B.F. *Óp. cit.*; publicada en: *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. No. 3, 2002; p. 322.

(55) Es famosa la polémica entre los profesores CASSAGNE y MAIRAL, materializada en los trabajos del primero *Óp. cit.*, pp. 165 y siguientes; *Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo*. *El Derecho* 180: 773; *La delimitación de la categoría del contrato administrativo (réplica a un ensayo crítico)*, *El Derecho* 23-III-89; y en los trabajos del segundo *De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo*. *El Derecho* 179: 655; y *El aporte a la crítica a la eventual evolución del derecho administrativo*, *El Derecho* 180-849. Sin embargo, más allá del desacuerdo sobre la utilidad e importancia de la figura del contrato administrativo, ambos están de acuerdo en que no existen potestades implícitas. Así, Cassagne entiende que éstas deben estar siempre previstas en el ordenamiento, por lo que es en realidad más correcto hablar de un régimen exorbitante aplicable a estos contratos que de cláusulas exorbitantes, porque estas últimas derivan del propio contrato, pero el primero lo hace del ordenamiento jurídico.

(56) LINARES JARA, M. *El contrato administrativo en el Perú*. En: *Revista de Derecho administrativo-CDA* 1, 2005; pp. 302 y siguientes.



Víctor Sebastian Baca Oneto

Esta cuestión es realmente controvertida, pues si bien parece contrario a la seguridad jurídica otorgar facultades a la Administración que no le han sido atribuidas por la norma, es imposible no recordar que las facultades de resolución o modificación unilateral del contrato público por razones excepcionales tienen una vieja raigambre jurídica en autores nada sospechosos de estatismo, como Suarez o Grocio. Así, el primero escribía en 1612 que “el Príncipe, por una necesidad urgente o por una causa urgente, puede rescindir el contrato, aunque no puede, en justicia, privar completamente al súbdito de lo suyo sin una compensación, pues esto no es necesario para el bien común”⁽⁵⁷⁾. Por su parte, el segundo sostenía que, cuando un contrato redunde en la ruina pública, puede revocarse, al tiempo que reconocía la posibilidad de retirar un derecho obtenido por contrato cuando sea de utilidad pública, todo ello con la correspondiente indemnización⁽⁵⁸⁾.

En realidad, la discusión debe plantearse en otro plano, pues si bien puede que la Administración no tenga atribuidas ciertas facultades en la normativa que regula los contratos públicos, debe tomarse en cuenta que éstos nacen de actos administrativos, por lo que supletoriamente cabría acudir a la normativa general. Por tanto, serían admisibles potestades implícitas en los contratos, siempre y cuando sean explícitas para la Administración, en tanto los poderes propios de los contratos administrativos derivan realmente de la posición que tiene aquélla como parte del contrato. Así, por ejemplo, en el caso peruano, donde la potestad revocatoria, a la cual podría vincularse la resolución unilateral, está proscrita por razones

de oportunidad, ésta no podría ejercerse en materia contractual sin una expresa previsión normativa, que no existe. La única salida sería entender, por ejemplo, que se trata de un supuesto de desaparición de la causa, lo que implicaría la desaparición sobrevinida de un elemento esencial del acto administrativo, y en todo caso llevaría una indemnización, al estar permitida la revocación en este supuesto. El Tribunal Constitucional parecer haber llegado a esta conclusión, cuando en la sentencia recaída en la sentencia recaída en el Expediente 2488-2004-AA/TC admite que procede la resolución unilateral de un contrato de concesión cuando así lo exija el interés general, aunque en el caso concreto no se justificaría.

Por otro lado, respecto a la arbitrabilidad, en realidad el tema es más complejo, y se relaciona con una característica de nuestro sistema jurídico, en el cual por expresa previsión constitucional son arbitrables las controversias relacionadas a los contratos públicos, sin importar si éstas nacen del ejercicio de potestades o no. Es cierto que la doctrina mayoritaria en Derecho Comparado entiende que el ejercicio de potestades no es arbitrable⁽⁵⁹⁾, pero ésta

(57) DE SUAREZ, F. *Tractatus de legibus ac Deo Legislatore*, citado por ARIÑO ORTIZ, G. *Óp. cit.*; p. 869.

(58) GROCIO, H. *De iure belli ac pacis*, Lib. II. Cap. XIV, §XII, puntos 4 y 7.

(59) El argumento generalmente utilizado para cuestionar la arbitrabilidad de las controversias sobre el ejercicio de potestades es la indisponibilidad de éstas. Sin embargo, los propios términos de la discusión probablemente no son del todo correctos, porque la disponibilidad o no es un concepto de Derecho privado, que no encuentra fácil acomodo en el Derecho público, dada la vinculación positiva a la norma de la Administración, la que carece de libertad, incluso cuando contrata. Los problemas del concepto de indisponibilidad se ponen de manifiesto, por ejemplo, cuando se admiten los acuerdos procedimentales, pues ¿cómo pueden ejercerse las potestades contractualmente, si solo cabe contratar sobre lo disponible, y el ejercicio de potestades no lo es? En realidad, como decimos en el texto, la solución deberá aportarla el Derecho positivo, ya que en todo caso puede considerarse que lo indisponible es la titularidad de las potestades, pero no su ejercicio. Lo que bajo ningún concepto puede admitirse es que la Administración decida someter una controversia a arbitraje, porque libremente introduzca un compromiso arbitral, excluyendo así el control judicial; pero las leyes, siempre que la Constitución lo permita, sí pueden establecer procedimientos arbitrales de solución de controversias, incluso cuando éstas nazcan de actos administrativos. No obstante, la doctrina mayoritaria sostiene que no cabe arbitrar sobre el ejercicio de potestades, debido a su indisponibilidad. En este sentido, en el Derecho español, véase HUERGO LORA, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000; pp. 172 y 197, entre otras (este autor [pp. 203 y siguientes] expresa grandes reservas para admitir el arbitraje en cuestiones jurídico administrativas, reservando esta técnica

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

es una cuestión de Derecho interno. Así, en nuestro caso la Constitución establece que los actos administrativos que causen estado pueden ser impugnados judicialmente; es decir, establece una reserva de control judicial, lo que adquiere importancia dado que el arbitraje es considerado como una jurisdicción. Es decir, los actos administrativos no se discuten en una Jurisdicción, sino específicamente en la Jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la propia Constitución es la que admite el arbitraje cuando se trate de controversias contractuales, en concordancia con lo que establece la Ley de Arbitraje (que permite el arbitraje sobre materias disponibles y sobre aquellas [se entiende que indisponibles, o al menos diferentes de las disponibles] consideradas arbitrables por leyes o tratados internacionales), sin distinguir si se trata de controversias surgidas del ejercicio de potestades (como

sería cualquiera donde se ponga en tela de juicio la validez del propio contrato) o no⁽⁶⁰⁾.

No obstante, volviendo a los argumentos de Linares para negar la existencia de los contratos administrativos debido que no existen potestades por ser las controversias arbitrables, esta discusión es en gran parte bizantina, debido a que la propia legislación aplicable a los contratos de gestión patrimonial establece que el ejercicio del *ius variandi* (la principal potestad reconocida en nuestro ordenamiento jurídico) no es arbitrable en todos los casos⁽⁶¹⁾, lo que implicaría reconocer que se trata del ejercicio de una potestad⁽⁶²⁾.

a supuestos excepcionales, como las grandes inversiones o proyectos de dimensión internacional); TORNOS MÁZ, J. *Medios complementarios a la resolución judicial de los conflictos administrativos*, RAP 136, 1995; p. 176; TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *El arbitraje de Derecho administrativo*, RAP 143, 1997; p. 95. Por su parte, ROSA MORENO (*El arbitraje administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1998; pp. 108 y siguientes), admitiendo la aplicación del arbitraje a las materias contractuales, entiendo que también sería aplicable en todos los litigios que versen sobre determinación de cantidad (como la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial de la Administración) y en el ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo, Huergo Lora (*Óp. cit.*; pp. 198 y siguientes) se pronuncia en contra de la admisibilidad del arbitraje en este último supuesto, pues la discrecionalidad habría existido antes de la toma de la decisión, y no cuando ésta es objeto de litigio. También en contra de que sea posible recurrir al arbitraje cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, porque la Administración tampoco en este caso dispone de autonomía de la voluntad, SANZ RUBIALES, I. *Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho peruano*. En: *Derecho administrativo*. Lima: Jurista Editores y Asociación peruana de Derecho administrativo, 2004; pp. 657 y 658. En el Derecho francés, puede verse, entre otros, los trabajos de JARROSSON, Ch. *L'arbitrage en droit public*. AJDA 1997; p. 20; y PATRIKIOS, A. *L'arbitrage en matière administrative*. Paris: LGDJ, 1997; pp. 65, 66, 82 y 186 (el entrecomillado en esta última), para quien "con seguridad es inadmisibile reconocer a los árbitros la potestad de anular actos dictados por los titulares del poder público, actos que sólo pueden ser anulados por los órganos de la jurisdicción administrativa siguiendo el procedimiento legalmente establecido". No obstante, hay un pequeño grupo de autores, esencialmente iberoamericanos, que defienden la admisibilidad del arbitraje sobre el ejercicio de potestades, entre los cuales cabe citar a COMADIRA, J. P. *La declaración de nulidad del acto administrativo o reglamento y el arbitraje*. En: *Cuestiones de Acto administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho administrativo*. Ediciones RAP, 2009; pp. 391 y siguientes; DÍAZ-CANDÍA, H. *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*. Caracas: Legis, 2011, *passim*; y: QUIÑONES ALAYZA, M. T. *Arbitraje, ius imperium y contratos de concesión en Derecho administrativo y regulación económica. Liber amicorum. Profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011; pp. 741 y siguientes.

(60) En realidad, existen tres requisitos que deben cumplirse para que se pueda plantear el arbitraje con el Estado sobre el ejercicio de potestades: (i) carácter jurisdiccional del arbitraje; (ii) independencia de los árbitros; y, (iii) reconocimiento del arbitraje como modo de solución de controversias en el Derecho positivo. Y el arbitraje puede darse en cuatro supuestos: (i) arbitraje en contratos de gestión patrimonial; (ii) arbitraje en concesiones; (iii) arbitraje en virtud de convenios de estabilidad; y, (iv) arbitraje de inversiones, en aplicación de Tratados de Libre Comercio o Tratados de Protección Recíproca de Inversiones. Sobre este tema, con más detalle, puede verse nuestro trabajo BACA ONETO, V.S. *El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la Administración*, en *Contratación pública. Doctrina Nacional e Internacional*. Volumen. II. Lima: Adrus Editores, 2013; pp. 533-558.

(61) Véase al respecto la nota 69 y el texto al que hace referencia.

(62) En realidad, el propio LINARES JARA entiende que es la Administración la que dispone la modificación del contrato, sin necesidad de consensuarlo con el contratista (*Adicionales de obra pública. Obra pública y Contrato, Adicionales, Función*



Víctor Sebastian Baca Oneto

Por tanto, sean arbitrables o no, y en tanto derivan del propio ordenamiento jurídico, la Administración es titular de potestades cuando contrata, y en algunos casos tendrá sentido que pueda ejercerlas, mientras que en otros no, lo que nos lleva a la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, que cobraría sentido también en el Derecho peruano.

3. La regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano

Como se ha indicado más arriba, en Perú no existe una norma que regula, de modo general, toda la actividad contractual de la Administración. En realidad, existen distintas normas, todas ellas importantes, que regulan algunas de las clases de contratos, aunque otras simplemente no han sido reguladas en modo alguno⁽⁶³⁾.

3.1. La regulación de los contratos de gestión patrimonial de colaboración

3.1.1. La evolución de la normativa sobre la materia

El punto de quiebre en nuestra legislación fue la promulgación y entrada en vigor de la Ley 26850, por la cual se unificó el régimen de los contratos de obras, de suministro y de servicios, que hasta entonces habían estado regulados de un modo disperso, en el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obra Pública (RULCOP; que fuera aprobado inicialmente por el Decreto Supremo 034-80-VC y al que le fue dado posteriormente rango de ley) y en el Reglamento Único de Adquisiciones (Decreto Supremo 065-85-PCM). Quizá influenciada por su origen, la Ley 26850 llevaba por título Ley de *adquisiciones* y de *contrataciones* del Estado, cuando en realidad las primeras son también una clase de las segundas, ya que también son contratos. Está norma,

además, creo el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, CONSUCODE, como organismo rector y supervisor de la contratación pública en Perú. Esta norma fue reglamentada en febrero del 2001, mediante el Decreto Supremo 013-2001-PCM.

Tanto la Ley 26850 como su Reglamento fueron durante su vigencia objeto de múltiples modificaciones, que llevaron a la aprobación de sucesivos Textos Únicos Ordenados. Es el caso del Decreto Supremo 012-2001-PCM, que aprobó el primer TUO de la Ley, que fue sustituido años más tarde por el Decreto Supremo 083-2004-PCM (en adelante, cuando usemos la abreviatura LCAE, nos referiremos al texto contenido en esta norma), que fue publicado el 29 de noviembre del 2004. El mismo día se aprobó también el Decreto Supremo 084-2004-PCM, con el TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones (en adelante, RLCAE). Sin embargo, los cambios normativos continuaron, y entre ellos destacan los introducidos por la Ley 28911, que alteró completamente el régimen jurídico de los recursos administrativos en materia contractual pública. Finalmente, mediante Decreto legislativo 1017 se aprobó la Ley de Contrataciones del Estado (que hemos denominado más arriba LCE/2008), cuyo reglamento fue aprobado mediante el Decreto Supremo 184-2008-EF (en adelante, RLCE), habiendo sido ambas normas objeto

administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. En: *Revista de Derecho administrativo del Círculo de Derecho administrativo*. No. 7, 2009; p. 181), lo que entendemos es característico del ejercicio de potestades. En contra, AGUILERA BECERRIL (*El arbitraje en los contratos públicos y los adicionales de obra, en Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho administrativo*. Lima: Palestra, 2010; p. 852) justifica la arbitrabilidad de las controversias sobre los adicionales de obra en que no se trata de potestades, pues en un contrato celebrado bajo la Ley de Contrataciones del Estado hay una relación de igualdad entre la Entidad y el contratista; posición que no compartimos.

(63) Sobre este tema, puede verse uno de los pocos trabajos que en nuestro país abordan la contratación pública desde una perspectiva general en DANÓS ORDÓÑEZ, J. *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. En: *ITA IUS ESTO* 1, 2008; pp. 157 y siguientes. Disponible en web: <http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/11/1_11-El-regimen-de-los-contratos-estatales-en-el-Peru.pdf>

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

de diversas modificaciones de importancia, hasta el dictado de la Ley 30225 (la ya citada LCE/2014), que deroga la anterior, pero que todavía está a la espera de reglamentación para entrar en vigor.

3.1.2. La definición de contrato público y la legislación sobre contratos de gestión patrimonial

Más allá de las regulaciones puntuales efectuadas por esta norma de los contratos de gestión patrimonial de colaboración, a los que es sustancialmente aplicable, nos interesa destacar que se define al contrato "el *acuerdo* para regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del Reglamento" (artículo 13 RLCE). Es decir, utiliza unas palabras muy parecidas a las empleadas por el Código Civil, mostrando que en el fondo subyace la idea de la identificación entre ambas categorías, de modo que también el contrato público sería un acto jurídico bilateral, nacido de la confluencia de voluntades.

Además, si analizamos el texto completo de ambas normas, veríamos cómo nuestro sistema guarda ciertas similitudes con el modelo clásico francés. Así, en Francia los postores no adjudicatarios sólo gozan de legitimidad para impugnar los actos separables del contrato mediante el recurso por exceso de poder, pero no el contrato en sí mismo, cuya validez sólo puede ser puesta en duda por las partes, que serían los únicos legitimados para hacerlo, a través de la acción de plena jurisdicción. Paralelamente, en Perú el contrato suscrito sólo puede ser impugnado mediante arbitraje, lo que restringe el ámbito de los legitimados a las partes del contrato, vinculados por dicha cláusula arbitral. Los postores no adjudicatarios únicamente pueden impugnar, a través de los recursos administrativos pertinentes, los actos administrativos previos, hasta el otorgamiento de la buena pro. Por tanto, igual que allí, parece que tendría sentido reconocer la técnica de los actos administrativos separables, distintos del acuerdo que constituye el contrato.

Sin embargo, antes de aceptar esta conclusión, es necesario hacer una lectura algo más detenida de nuestros textos normativos, pues esas similitudes ocultan notables diferencias. La primera es que en Francia es también impugnabile como acto separable la manifestación de voluntad administrativa en el acuerdo de celebración del contrato, lo que tiene importancia para garantizar la vigencia de alguno de los principios de la contratación pública, en especial la inalterabilidad del contrato.

Pero, además, encontramos que en Perú, a diferencia de lo que sucede en Francia y al igual de lo que sucede en España, la *separación* no impide que la declaración de invalidez del otorgamiento de la buena pro sea la del propio contrato. Así, una vez agotados los mecanismos de recurso, la Administración pública puede celebrar el contrato público, que sólo será discutible en arbitraje por las partes. Sin embargo, puede que el postor a quien se le hubiera denegado su pretensión en vía administrativa acuda al Poder judicial, y si gana allí, se anulará no sólo el otorgamiento de la buena pro, sino también el propio contrato, que de ese modo deja de ser separable.

Por otro lado, nuestra legislación le ha reconocido a la Administración pública la potestad de revisar de oficio sus actos, también en materia contractual (artículo 44 LCE/2014). Es preciso indicar que esta posibilidad no se limita a aquellos casos en donde el contrato no se ha celebrado todavía, en que inequívocamente estamos ante actos administrativos unilaterales, a los que dicha potestad sería aplicable en virtud de lo dispuesto por la Ley 27444, del procedimiento administrativo general, sino también a los contratos ya suscritos. Sin embargo, llama mucho la atención que se ha reconocido esta potestad en una regulación como la peruana, pues la Administración sólo revisa de oficio los actos que ella misma dicta, lo que exigiría atribuirles carácter unilateral en su origen también a los contratos públicos.

En consecuencia, la definición reglamentaria de éstos no sería tan clara, en tanto se reconocen al mismo tiempo poderes a la Administración propios de aquellos sistemas en donde puede defenderse su unilateralidad constitutiva. Es evidente que existe un *acuerdo* (puesto que hay dos voluntades coincidentes), pero, como se ha indicado antes, los efectos contractuales no surgen de ese *acuerdo*, sino del ejercicio de una potestad, que ha sido



Víctor Sebastian Baca Oneto

atribuida a uno de los sujetos: la Administración. No obstante, es preciso reconocer que se trata de una interpretación algo forzada en nuestro ordenamiento, impregnado de la visión bilateral en su origen del contrato público, que no se acierta a distinguir del contrato privado.

3.1.3. Una breve nota sobre los principales cambios introducidos en la LCE/2014

Hace algunos años publiqué un breve trabajo, en donde analizaba algunos de los temas principales de la entonces reciente LCE/2008⁽⁶⁴⁾. No es el momento de hacer lo mismo con la LCE/2014, porque implicaría ir más lejos del alcance de este trabajo, pero su publicación es una buena oportunidad para siquiera mencionar algunos de los puntos que entiendo son más relevantes de la ley que entrará próximamente en vigor.

Así, en primer lugar, se ha modificado el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la norma. Se ha incluido así dentro del ámbito subjetivo a los “fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o de derecho privado”, lo que seguramente tiene una justificación práctica. Además, la norma establece que será aplicable a otras organizaciones, diferentes a las reseñadas en la lista del artículo 3.1 LCE/2014, siempre que asuman el pago con fondos públicos. Se trata de una modificación importante, que en cierta medida nos acerca a los intentos que se han dado en otros ordenamientos jurídicos de aplicar las normas sobre contratos públicos a privados, cuando utilicen fondos públicos, como sucede en el caso de los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada del Derecho español (artículo 17 del Real Decreto legislativo 3/2011, que aprueba el Texto Refundido de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público).

No obstante, cabe criticar que la norma siga refiriéndose a las empresas pública como incluidas dentro de su ámbito de aplicación sin matización alguna, pues si bien podría tener justificación que se les mantenga a efectos de aplicarles las normas sobre procedimientos de adjudicación (en tanto empleen

fondos públicos), no tiene mayor sentido que puedan modificar unilateralmente sus contratos ni tampoco anularlos de oficio, como si fueran un Poder público. Del mismo modo, cabría exigir que respecto de los contratos celebrados por sujetos que no tengan la condición de Entidades de acuerdo a la LCE/2014 se apliquen únicamente las normas de selección de contratistas. Así sucede, por ejemplo, en España en el caso los contratos sometidos a regulación armonizada que celebren privados subvencionados por Entidades que tengan la condición de Poder adjudicadores, en los cuales únicamente son de aplicación las normas referidas a los procedimientos de selección de contratistas, no la LCSP al completo⁽⁶⁵⁾.

Por otro lado, la norma mantiene una lista de supuestos excluidos de su ámbito objetivo de aplicación, aunque distingue ahora entre unos casos no sometidos a supervisión por parte del OSCE, y otros que sí lo estarán. Entre estos últimos se incluyen casos como la contratación directa (cuyo monto se ha ampliado hasta las 8 UITs), la contratación entre Estados y la contratación sometida a exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estado o entidad cooperante, siempre y cuando “dichas donaciones representen por lo menos el 25% del monto total de las contrataciones involucradas en el convenio suscrito para tal efecto o provengan de organismos multilaterales financieros”.

Es decir, sigue permitiéndose que las contrataciones que se realicen al menos parcialmente con fondos del exterior, se realicen siguiendo los procedimientos

(64) BACA ONETO, V. S. *Luces y Sombras en la Nueva Ley de Contrataciones del Estado*. En: *Revista Jurídica del Perú*, 94, 2008; pp. 187-199.

(65) Sobre esta cuestión, puede verse los trabajos de MORENO MOLINA, A. *Un mundo para Sara. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada*. En: *RAP* 178, 2009; pp. 175 y siguientes; en especial pp. 195 y siguientes; y: DEL SAZ, S. *Óp. cit.*; pp. 335 y siguientes.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

establecidos por dichos organismos. Sin embargo, se ha producido un importante cambio en el artículo 6 LCE/2014 respecto de la misma disposición de la LCE/2008, pues únicamente se hace referencia a la posibilidad de que se encargue a otra Entidad las actuaciones preparatorias y el procedimientos de selección, a diferencia del texto precedente, que permitiría el encargo, mediante convenio, a Entidades del sector público o privado, nacional o internacional. Es decir, cabría interpretar que las “entidades” a las que se refiere el artículo 6 LCE/2014 son únicamente las establecidas en el artículo 3.1, y ya no los organismos internacionales.

Por otro lado, respecto de los impedimentos, se ha mantenido el que probablemente resulta más controversial, y que incluso ha sido objeto de un..., en el cual se indicaba expresamente que se cumplía porque la norma lo indicaba, no porque fuera razonable. Nos referimos al inciso k) del artículo 11, de acuerdo al cual están impedidos:

“las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en la presente Ley y su reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente”.

Son numerosas las críticas que pueden hacerse a esta norma. Por un lado, si bien el OSCE ha sostenido que no se trata de una sanción sino de un impedimento, que esta extensión del castigo a otras personas jurídicas diferentes a la que

cometió la infracción respeta el principio de personalidad de las penas, al menos en aquellos casos en donde no se busque con el uso de distintos vehículos societarios evadir el cumplimiento de la sanción (supuesto actualmente regulado en el artículo 237 RLCE). Por otro lado, la norma sigue tomando como punto de partida no el momento en que se realiza la conducta infractora, sino cuando se impone la sanción; es decir, puede que el *contagiado* por la sanción sea un sujeto que no formaba parte de la persona jurídica cuando cometió la infracción, lo que no tiene sentido. Además, debe tomarse en cuenta que el porcentaje de 5% establecido para extender el impedimento no implica que el sujeto *contagiado* tenga control en ambas personas jurídicas, trasladándose además a éstas llevar el control de quiénes están inhabilitados y quiénes no, dado que este impedimento se aplica automáticamente, sin un procedimiento administrativo previo. Al respecto, si se quisiera respetar mínimamente las garantías de los administrados, el OSCE tendría que verificar durante el procedimiento sancionador abierto contra el infractor qué otras personas jurídicas podrían verse afectadas, y llamarlas al procedimiento, como lo exige el artículo 60 LPAG para los terceros administrados⁽⁶⁶⁾.

Una de las novedades de la LCE/2014 es que sustituye los que venían siendo los cuatro tradicionales procedimientos de selección (concurso, licitación, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía) por un abanico más amplio, que incluye licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y los

(66) Sobre este impedimento, puede verse ORTEGA SARCO. *Adiós al principio de culpabilidad, en especial a la personalidad de las penas*. Disponible en web: <www.ius360.com/publico/administrativo/adios-al-principio-de-culpabilidad-en-especial-a-la-personalidad-de-las-penas/>; así como el trabajo de Carpio Ramírez, C. *Las empresas vinculadas, la reorganización societaria, los testaferreros en el marco de los impedimentos para contratar con el Estado*. En: RDA-CDA, 13; pp. 297 y siguientes.



Víctor Sebastian Baca Oneto

demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento. Es decir, el reglamento de esta norma podría establecer algunos procedimientos adicionales, en aras de buscar una mayor simplicidad. Esta norma es una muestra de un objetivo patente a lo largo de todo el texto normativo: que la ley sea simple, dejando algunos aspectos que previamente estaban establecidos en la LCE/2008 al desarrollo reglamentario.

En este contexto, las exoneraciones previamente previstas se mantienen, pero como supuestos de *contratación directa*, habiéndose agregado algunos supuestos adicionales, entre los que se incluye el arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles, la necesidad de continuar con la ejecución de un contrato resuelto o anulado por las causales previstas en los incisos a) y b) del artículo 44 LCE/2014 (siempre que se haya invitado a los demás postores que participaron en el procedimiento de selección y no se hubiese obtenido aceptación a dicha invitación) y para la contratación de ciertos servicios educativos. Probablemente, de todas las nuevas causales de exoneración la que puede resultar más controvertida es el arrendamiento o adquisición de inmuebles, lo que sin embargo podría justificarse en que en realidad difícilmente puede entenderse que un inmueble es sustituto de otro.

Por otro lado, el artículo 28 LCE/2014 permite a la Entidad rechazar motivadamente las ofertas que le suscitan dudas sobre el cumplimiento del contrato, en el caso de bienes y de servicios, sin establecer un porcentaje por debajo del cual está obligada a hacerlo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las obras⁽⁶⁷⁾. Se enmienda así uno de los problemas de la previa regulación, que no solamente eliminó las llamadas bajas temerarias, sino que no estableció ningún mecanismo para que las Entidades puedan rechazar ofertas imposibles de cumplir, más allá de exigir la garantía por el valor diferencial. A diferencia de la norma anterior, la LCE/2014 no regula las garantías, por lo que será preciso esperar a su reglamento para saber si se conserva la garantía por el valor diferencia, para aquellas ofertas que puedan ser consideradas como sospechosas, a partir de cierto porcentaje de reducción respecto del valor referencial.

Respecto de la modificación del contrato, el artículo 34.1 LCE/2014 ha introducido expresamente una referencia al equilibrio económico del contrato, el cual constituye uno de los principios más importantes durante la ejecución contractual. Más adelante, el inciso 5 de la misma disposición incluye una importante modificación respecto de las ampliaciones de plazo, que es preciso resaltar, pues expresamente indica que únicamente se deberán pagar en caso éstas se aprueben los gastos y costos *siempre que sean debidamente acreditados*. Si bien se trata de un cambio menor en la redacción, pues ser muy importante en la práctica, pues de acuerdo al artículo 202 RLCE únicamente se exigía acreditar los gastos en el caso de las paralizaciones, no así en los atrasos, supuesto en que se debían pagar los mayores gastos generales variables aplicando la fórmula prevista, lo que en ocasiones llevaba a la Administración a pagar grandes sumas por esta razón.

Se mantiene el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre la Administración y los contratistas, conservándose su carácter obligatorio para estos últimos, lo que en otro lugar hemos cuestionado⁽⁶⁸⁾. No obstante, en el caso de los contratos de obras se ha previsto la posibilidad de acudir a las Juntas de Resolución de Disputas, las cuales serán reguladas en el Reglamento, el cual podrá establecer además otros medios de solución de controversias. Sin embargo, más allá de otros cambios introducidos en este apartado, cabe resaltar que de acuerdo a la LCE/2014 ya no sólo no puede someterse a arbitraje la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República respecto de aprobar

(67) La norma en este punto sigue casi literalmente lo que en su momento propuso MORÓN URBINA, J. C. *Las ofertas temerarias o el temor a la competencia en las compras públicas*. En: *Revista Jurídica del Perú*. No. 92, 2008; pp. 177 y siguientes.

(68) BACA ONETO, V.S. *Óp. cit.*; 551 y siguientes.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

o no prestaciones adicionales, sino tampoco las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República. La LCE/2014 pretende zanjar de esta manera uno de los puntos más discutidos en los últimos años, que había dado pie a una intensa discusión doctrinal e incluso jurisprudencial⁽⁶⁹⁾.

Finalmente, respecto del régimen sancionador se ha producido un importante cambio, que podría solucionar uno de los más graves defectos de la legislación anterior, al menos por los efectos que producía. Así, junto a la sanción de inhabilitación, se reconoce una sanción pecuniaria, aplicable para ciertas infracciones: desistirse o retirar injustificadamente la propuesta, no perfeccionar el contrato y registrarse como participantes sin

contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, suscriban un contrato por encima de su capacidad máxima de contratación o en especialidades distintas a aquellas en las cuales se hubieran registrado.

Sin embargo, para que los defectos que existen en el régimen punitivo en contratación pública se superen, tendría que corregirse el carácter objetivo que en algunos casos se les atribuye a las infracciones en clara contradicción con el principio de culpabilidad, como exigencia de dolo o cuando menos culpa, reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional⁽⁷⁰⁾. Además, seguramente será necesario realizar un estudio más detallado respecto a si el principio de culpabilidad, en

(69) Teóricamente, en el marco de un contrato público el enriquecimiento sin causa podría plantearse en dos supuestos. El primero, cuando el contrato es anulado y se han realizado algunas prestaciones, las cuales igualmente tienen que ser pagadas. En este supuesto, la Opinión en Arbitraje 004-2012/DAA admite que pueda plantearse en la vía arbitral el pago del contratista, pues de otro modo se avalaría un enriquecimiento injustificado. El otro supuesto, que nos interesa ahora mismo, es aquel en el cual se realiza una prestación adicional, la cual luego no es reconocida por la Administración. Cuando la autorización de Contraloría General de la República era previa al pago, esta situación era muy frecuente. Sin embargo, en la medida que dicha aprobación pasó a ser exigida también antes de la ejecución de la prestación, los casos en que dicho enriquecimiento podía alegarse disminuyeron, en la medida que no habría buena fe si se ejecuta una prestación sabiendo que no se han cumplido los requisitos para hacerlo. No obstante, más allá de esta cuestión práctica, se cuestionó también que el enriquecimiento sin causa pudieran plantearse en arbitraje, al tratarse de una fuente de las obligaciones diferente al contrato. Al respecto, lo cierto es que estamos ante un enriquecimiento sin causa *sui generis*, que está estrechamente vinculado a un contrato válido, en el cual una prestación que se habría ejecutado en el marco contractual es desconocida por la Administración al no haberse cumplido con algunos requisitos previos. Por tanto, se trataría de una materia estrechamente vinculada al contrato, por lo que la cláusula arbitral de éste podría darle cobertura, siempre y cuando la legislación lo permitiera. Y esta es justamente la cuestión fundamental sobre la arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa, pues el artículo 41 LCE/2008 establecía no sólo que no eran arbitrables las controversias sobre la aprobación de los adicionales de obra, sino tampoco las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que necesitaran aprobación de Contraloría General de la República. En este caso, ¿cómo podría arbitrase sobre el enriquecimiento sin causa derivado de un adicional, si las controversias referidas a la ejecución de éste no son arbitrables? Más allá de este cuestionamiento, la arbitrabilidad de estas controversias era defendida por una importante corriente doctrinal e incluso jurisprudencial (como la Sentencia de Casación 825-2006, de 15 de diciembre de 2006), lo que ha quedado zanjado con la LCE/2014. Sobre este tema, véase por ejemplo AGUILERA BECERRIL, Z. *Op. cit.*; pp. 841 y siguientes; CAMPOS MEDINA, A. *La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos*. En: *Revista Peruana de Arbitraje* 3, 2006; pp. 307 y siguientes; CASTILLO FREYRE, M. y R. SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, 2009; pp. 72 y siguientes; de los mismos autores *El arbitraje y los adicionales de obra*. En: *Derecho PUCP* 66, 2011; pp. 319 y siguientes (también disponible en web: <<http://lexarbitri.pe/wp-content/uploads/2014/02/El-arbitraje-y-los-adicionales-de-obra-actualizada.pdf>>); GARCIA CALDERÓN MOREYRA, G. *Enriquecimiento sin causa en el arbitraje según la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Volumen 2. Lima: Palestra, 2008; pp. 389 y siguientes; y LINARES JARA, M. *Op. cit.*; pp. 189 y siguientes.

(70) Véase por ejemplo la Sentencia de 3 de septiembre de 2010, recaída en el Expediente 01873-2009-PA/TC.



Víctor Sebastian Baca Oneto

su vertiente de personalidad de las penas, se ve afectado por lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 13 LCE/2014, que establece responsabilidad solidaria en el caso de los consorcios por las infracciones derivadas de su participación individual o conjunta durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato derivado de este⁽⁷¹⁾.

Por último, cabe indicar que el plazo de prescripción en el caso la infracción prevista en el inciso i) del artículo 50.1 LCE/2014 se ha llevado hasta los siete años. Más allá del error en el texto de la norma (que alude a la prescripción de la sanción, no de la infracción), este plazo puede resultar excesivo, más aún cuando este es uno de los supuestos en los cuales se plantea la responsabilidad objetiva.

3.2. La regulación de los contratos de gestión patrimonial de atribución

Por su parte, los contratos de atribución están sustancialmente regulados en la Ley 29151, Ley del Sistema de bienes nacionales, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA. En dichas normas se regulan los distintos contratos que pueden emplear la Administración para gestionar sus bienes patrimoniales, tanto muebles como inmuebles, destacando la aplicación de la regla general de la subasta, salvo casos excepcionales, tratándose además de contratos en los cuales no tendría sentido atribuirle potestades a la Administración, por lo que serían contratos privados de ésta. A diferencia de la LCE, no existe una definición de contrato, aunque estos se encuentran incluidos dentro de los actos de disposición.

3.3. La regulación de las concesiones y de los contratos de asociación público privada

Las concesiones en Perú están reguladas de modo general por el Decreto Supremo 059-96-PCM, texto único ordenado 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 (en adelante, Ley de Concesiones), y el Decreto Supremo 060-96-PCM, Reglamento del texto único ordenado 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 (en adelante, Reglamento de Concesiones).

Como hemos indicado más arriba, muchas de las llamadas concesiones en el Derecho peruano, esencialmente las de servicios públicos debido a la ausencia de reservas de titularidad pública de actividades, no encajan en el concepto tradicional de concesión, sino más bien en el de autorizaciones concertadas. Además, es significativa la definición de concesión prevista en el Reglamento de Concesiones, como:

“(E)l acto administrativo por el cual el Estado otorga a personas jurídicas naturales nacionales o extranjeras la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de determinados servicios públicos, aprobados previamente por la PROMCEPRI [actualmente ProInversión], por un plazo determinado”.

Es decir, se define a la concesión como un acto administrativo, en el cual se aprueban incluso los términos del contrato que posteriormente será suscrito. Sin embargo, el título del que realmente deriva el derecho es la resolución administrativa.

Por otro lado, en Perú se han regulado las modalidades de colaboración público-privadas, dentro de las cuales se incluyen a las concesiones pero no únicamente a ellas, mediante una normativa especial, dentro de la cual cabe destacar a la Ley 28059 (Ley de promoción de la inversión descentralizada); el Decreto Supremo 015-2004-PCM, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Promoción de la inversión descentralizada;


(71) El artículo 239 RLCE todavía vigente permite la individualización de las infracciones entre los miembros de un consorcio durante la participación en el procedimiento de selección de contratistas, siempre y cuando la promesa formal de consorcio permita hacerlo.

El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano
The concept, classification and regulation of public contracts in the Peruvian Law

y, especialmente, el Decreto Legislativo 1012 aprueba la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada; y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 127-2014-EF.

3.4. La (escasa) regulación sobre los contratos sobre actos y potestades: los contratos de estabilidad en Derecho peruano

Finalmente, nuestra Constitución establece la figura de los Contratos ley, mediante los cuales “el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. Se trata de contratos mediante los cuales el Estado decide congelar el régimen jurídico extracontractual aplicable a una actividad en un momento determinado, para darle seguridad al inversionista⁽⁷²⁾. No

pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a la que se refiere el párrafo precedente” (artículo 62). Por su parte, el artículo 1357 del Código Civil establece que “por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”. El Tribunal Constitucional se ha referido a estos contratos, estableciendo que se trata de contratos privados, que la Administración no puede modificar durante su vigencia⁽⁷³⁾. Han sido regulados por el Decreto legislativo 662, por el que se otorga un régimen de estabilidad jurídica para las inversiones extranjeras mediante el reconocimiento de ciertas garantías; el Decreto legislativo 757; Ley 27342, Ley que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los Decretos legislativos 662 y 757; y el Decreto Supremo 148-2008-EF, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo 1011 que Modifica el Artículo 10 del Decreto Legislativo 662 y el Artículo 38 del Decreto Legislativo 757, e incorpora el supuesto de suscripción de Convenios de Estabilidad Jurídica con posterioridad a la obtención del Título Habilitante. 

(72) En general, sobre los contratos de estabilidad, puede verse la monografía de ZEGARRA VALDIVIA, D. *El Contrato-ley. Los convenios de estabilidad jurídica*, Lima: Gaceta jurídica, 1997; así como los trabajos de DANÓS ORDÓÑEZ, J. *Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú*. En: IUS ET VERITAS. No. 46, 2013; pp. 258 y siguientes.; AMADO, J. D. y MIRANDA ALZAMORA, L. *La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato ley*. En: *Themis*. No. 33. Lima: 1996; pp. 15 y siguientes; SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. *Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú*. En: *Homenaje a Jorge Avendaño*, I. Lima: PUCP, 2004; pp. 577 y siguientes. Por otro lado, sobre estos convenios como mecanismos para otorgar seguridades respecto al régimen estatutario aplicable a un inversionista, pues para otorgar seguridades en materias contractuales (como las establecidas en una concesión) basta el propio contrato, véase ZEGARRA VALDIVIA, D. *Servicio público y regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra, 2005.

(73) Sentencia de 3 de octubre de 2003, recaída en el Expediente 005-2003-AI/TC.