

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**ANÁLISIS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD SOBRE LAS DECISIONES
DE LAS ENTIDADES DEL ESTADO EN LA FASE DE EJECUCIÓN
CONTRACTUAL, DENTRO DEL MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA CON MENCIÓN EN GESTIÓN
EMPRESARIAL**

AUTOR:

FRANK ANTHONY QUISPE LIMA

ASESOR:

VICENTE ALBERTO CAIRAMPOMA ARROYO

FEBRERO, 2020

LIMA, PERÚ



Dedicatoria:

A mis padres, Mavilio y Rosario,
cuyo apoyo agradezco infinitamente.

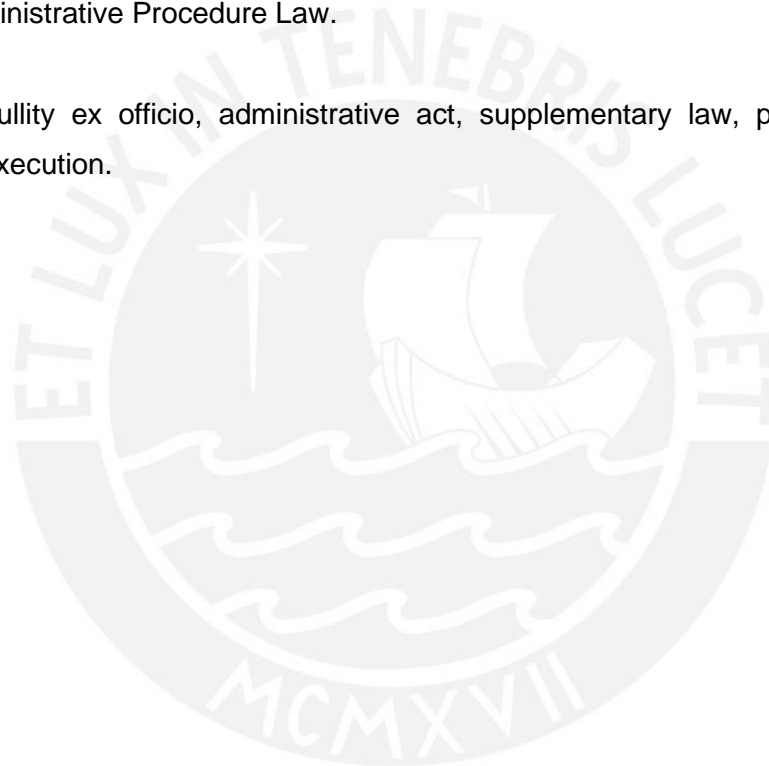
ABREVIATURAS

CC	Código Civil, Decreto Legislativo 295.
CPC	Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial 010-93-JUS.
CPP	Constitución Política del Perú de 1993.
DTN	Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
JRD	Junta de Resolución de Disputas, Directiva 012-2019-OSCE-CD aprobada mediante Resolución 184-2019-OSCE-PRE.
LCE	Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225.
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444.
LPCA	Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584.
MARC	Medio Alternativo de Resolución de Conflicto.
OSCE	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
RNP	Registro Nacional de Proveedores.
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo 344-2018-EF.
SEACE	Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado.
TCE	Tribunal de Contrataciones del Estado.
TUO	Texto Único Ordenado.
TUO de la LCE	Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 082-2019-EF.
TUO de la LPAG	Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS.
TUO de la LPCA	Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado mediante Decreto Supremo 011-2019-JUS.

ABSTRACT

This investigation addresses a recurring problem in the execution of public contracts: the possibility of the Entity to declare the nullity ex officio of the decisions taken during the contractual execution. For example, an Entity identifies that it approved an extension of term based on false or erroneous information submitted by the contractor. Can you declare the nullity ex officio of that decision? The regulations do not clarify this problem. The OSCE and the arbitrators have had different and even contradictory criteria to solve this problem. This investigation analyzes whether the Entity can declare the nullity of such decisions based on the nullity of the administrative acts or in the application of the General Administrative Procedure Law.

Keywords: nullity ex officio, administrative act, supplementary law, public contract, contractual execution.



RESUMEN

Esta investigación aborda un problema recurrente en la ejecución de los contratos públicos: la posibilidad de la Entidad de declarar la nulidad de oficio de las decisiones adoptadas durante la ejecución contractual. Por ejemplo, una Entidad identifica que aprobó una ampliación de plazo basada en información falsa o errada que presentó el contratista. ¿Puede declarar la nulidad de oficio de esa decisión? La normativa no aclara esta problemática. El OSCE y los árbitros han tenido criterios distintos e incluso contradictorios para resolver esta problemática. Esta investigación analiza si la Entidad puede declarar la nulidad de tales decisiones con base a la nulidad de los actos administrativos o en la aplicación de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Palabras clave: nulidad de oficio, acto administrativo, supletoriedad de la ley, contrato público, ejecución contractual.



ÍNDICE

ABSTRACT	1
RESUMEN.....	2
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I.....	9
ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	9
1.1. Concepción general	9
1.2. Formalismo	10
1.3. La naturaleza del contrato	12
1.4. Función administrativa de la Entidad.....	12
1.5. Discrecionalidad.....	15
1.5.1. Discrecionalidad de la Entidad.....	15
1.5.2. Discrecionalidad del contratista.....	22
1.6. La nulidad.....	22
1.6.1. En fase de selección.....	29
1.6.2. En fase de ejecución contractual	30
1.7. Mecanismos de resolución de controversias	31
1.7.1. Conciliación	32
1.7.2. Arbitraje	33
CAPÍTULO II.....	34
REVERSIÓN O CONSERVACIÓN DE LAS DECISIONES EMITIDAS POR LA ENTIDAD EN LA FASE EJECUCIÓN CONTRACTUAL	34
2.1. Autosuficiencia normativa de la contratación pública.....	34
2.2. Desmitificando la naturaleza administrativa de la actuación de la Entidad en la fase de ejecución contractual	38
2.2.1. Aspecto formal.....	38
2.2.2. Relación administración-administrado.....	39
2.2.3. Función administrativa	41
2.2.4. Procedimiento administrativo	42
2.2.5. Proceso contencioso administrativo	44
2.3. La nulidad de oficio	46
CAPÍTULO III.....	54
APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA NULIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL.....	54

3.1.	Panorama actual	54
3.1.1.	Opiniones de la Dirección Técnico Normativo del OSCE	54
3.1.2.	Laudos arbitrales	57
3.2.	Supletoriedad	61
3.2.1.	Norma legal aplicable.....	64
3.2.2.	El silencio administrativo positivo.....	69
4.1.	Conclusiones.....	71
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS		72
5.1.	Legislación	72
5.2.	Opiniones de la DTN del OSCE	73
5.3.	Tribunal Constitucional.....	74
5.4.	Laudos arbitrales.....	74
5.5.	Libros y artículos	75



INTRODUCCIÓN

Todas las instituciones públicas y las empresas del Estado [en adelante, la/s Entidad/es], salvo algunas excepciones, cuando necesitan comprar bienes, contratar servicios o ejecutar obras, deben regirse –obligatoriamente– bajo el marco normativo vigente del TUO de la LCE y del RLCE. La inobservancia de las referidas normas acarrea responsabilidad para los funcionarios y servidores que hayan participado en cualquier fase de la contratación pública.

El marco normativo de la contratación pública se divide en las siguientes fases: (i) actos preparatorios, (ii) selección del proveedor, y (iii) ejecución contractual. A grandes rasgos se puede señalar que los actos preparatorios nacen con los requerimientos de necesidades de las áreas usuarias y concluyen con la respectiva convocatoria. La etapa de selección del proveedor, nace con la convocatoria del procedimiento de selección en el SEACE, en el que se evalúa la mejor oferta del postor para –finalmente– concluir con la adjudicación de la buena pro. Por último, la etapa de ejecución contractual se origina con la suscripción del contrato. En esta etapa el proveedor o contratista ejecuta la prestación a su cargo dentro de una relación contractual con la Entidad-Contratista y culmina con la conformidad y pago de la contraprestación.

Esta investigación se centra en analizar un aspecto controvertido que se presenta específicamente en la fase de ejecución contractual, debido a que no existe un panorama claro y uniforme sobre qué normativa debería aplicar la Entidad, si decidiera declarar de oficio su propia decisión que ya fue notificada al contratista, y si es que esta resulta viable.

Por ejemplo, en la fase de selección del proveedor en la que se determinará el otorgamiento la buena pro, cabe la posibilidad que la propia Entidad, declare la nulidad de oficio del procedimiento y lo retrotraiga hasta una fase anterior a la verificación del acto considerado como nulo. Del mismo modo, en la fase de ejecución contractual –la cual surge con la suscripción del respectivo contrato– también se prevé que puede declarar de oficio la nulidad por determinadas causales previstas en el tercer párrafo del art. 44 del TUO de la LCE, pero, que no están vinculadas a las decisiones que la Entidad adopte propiamente sobre aspectos contractuales, p. ej. ampliación de plazo, etc.

Por otro lado, el TUO de la LCE establece su propio orden de preferencia al aplicar la normativa de la contratación pública. Véase que en primer orden se otorga preferencia a la CPP, LCE, y el RLCE. En segundo orden, se encuentran las normas de

derecho público (LPAG). Por último, en tercer orden, las normas de derecho privado (CC).

Qué ocurre en la fase de ejecución del contrato cuando la Entidad aprueba –por ejemplo– una solicitud de ampliación de plazo del contratista, la cual es notificada y ejecutada, pero resulta que esta solicitud se sustentó en documentos falsos o con información inexacta aportados por la contratista, o que su aprobación es abiertamente contraria a ley, situación que recién es advertida en forma posterior a la ejecución de tal decisión. Cabe preguntarse si la Entidad al amparo de la LPAG ¿podría declarar de oficio la nulidad de su propia decisión aprobada o acaso tendría que recurrir a un proceso arbitral para lograr ello?

Del cuestionamiento planteado en el párrafo precedente se desprende dos aspectos que van a clarificar, por un lado, si resulta viable que la Entidad revierta su propia decisión emitida en la fase de ejecución contractual, y, por otro lado, ¿cuál sería la base legal y los límites de la aplicación supletoria de la LPAG y el CC para tal escenario? El desarrollo de estos aspectos son sumamente importantes, ya que tendrá un impacto legal en la correcta gestión de la ejecución del contrato, independientemente del ejemplo planteado, el cual podrá aplicarse a penalidades, resolución de contratos, aceptación de cambio de personal, liquidación de contratos de obra o servicios de consultoría, entre otros.

En la etapa de ejecución contractual, se plantea un escenario en el que tenemos al funcionario que decide discrecionalmente aplicar la norma de orden público (LPAG) para –de oficio– revertir o corregir una decisión que adoptó en la fase de ejecución contractual. La figura jurídica que utilizaría sería la nulidad. Sin embargo, otra postura, sostiene que ello no sería viable, en la medida que la nulidad de oficio implica que la contratista se encuentre dentro de un procedimiento donde hay una relación de administración-administrado, cuando en realidad hay una relación de Entidad–contratista, en el que éste último no actúa en calidad de administrado en sentido estricto.

Entonces, asumir una u otra posición definirá si es capaz de resistir un cuestionamiento de su validez en una eventual controversia. Clarificar esta problemática permitirá a los operadores de del TUO de la LCE y su reglamento actuar en forma apropiada y, sobre todo legal, ante los problemas que afronte específicamente en la fase de ejecución contractual.

En forma preliminar, se puede esbozar que la declaración de nulidad de una decisión que la Entidad emita en la fase de ejecución contractual –que se ejecuta bajo el marco normativo de la LCE y su reglamento– no se contrapone a dicha norma especial, debido a que se protege la legalidad de la actuación de la Entidad. Esto, conlleva a asumir implícitamente que en etapa de ejecución contractual las decisiones que adoptan las Entidades son actos administrativos, los cuales ciertamente resultan cuestionables.

En la ejecución de los contratos derivados de la LCE, la Entidad tiene prerrogativas frente al contratista, de tal manera que no existe un plano de igualdad absoluto entre las partes. Esta desigualdad genera que en ocasiones la Entidad utilizando su posición de dominio en la relación contractual sustente sus decisiones en la norma de derecho público (LAPG). La razón fundamental de la Entidad para recurrir sin mayor análisis alguno a la LPAG es porque consideran –si es que no están convencidos– que sus decisiones en la fase de ejecución contractual son verdaderos actos administrativos en sentido estricto. Y no solo ello, sino que gran parte de los laudos arbitrales al analizar las controversias relacionadas con nulidad sobre decisiones de la Entidad, asumen sin duda alguna que son actos administrativos, y la otra parte de los laudos sustentan la nulidad en el CC, claro está que, en este último caso, no se cataloga como acto administrativo.

Precisamente, esa desigualdad le permite –sin que se pueda apreciar como una contravención a la LCE– declarar la nulidad de su propio acto, sin que para ello deba someterlo a los mecanismos de resolución de controversias. Lo que esta situación origina, o si se quiere fuerza, es que la contratista deba someter dicha declaración de nulidad a una controversia, pero dicha controversia es *sui generis*, en tanto, que no está contemplado en ninguna parte del TUO de la LCE y su reglamento como un aspecto controvertible propiamente, como si lo están, p. ej., las penalidades, las ampliaciones de plazo, la resolución de contrato, la nulidad del contrato, entre otros.

En la presente investigación se analiza si es viable que la Entidad pueda declarar la nulidad de oficio de sus propias decisiones que adopte en la fase de ejecución contractual, o si el mismo le corresponde ser declarado dentro de un proceso arbitral. Esta determinación no solamente define a quién correspondería declarar la nulidad, sino bajo qué marco legal, sea la norma de derecho público o de derecho privado. Esto último podría pensarse que está claro, sin embargo, los tribunales arbitrales no tienen un

criterio uniforme sobre este aspecto, y tampoco el OSCE, tal como se desarrollará en los siguientes capítulos.

Se presenta el desarrollo doctrinario sobre la materia basada en contratación pública y derecho administrativo, que permitirá discernir la naturaleza jurídica de la decisión que aprueba la Entidad en la fase de ejecución contractual. Se va a desmitificar este aspecto sobre el cual no hay claridad por parte de los funcionarios de la Entidad y sobre la forma cómo resuelven los árbitros pretensiones vinculadas sobre nulidad de las decisiones emitidas por la Entidad.

Así también, se analiza la postura que asume la DTN del OSCE en relación a la naturaleza de la decisión de la Entidad, la cual, por cierto, fue contradictoria en los últimos años. Esto es una prueba que ni siquiera el órgano que realiza una interpretación normativa tiene claro este asunto de la naturaleza de la decisión de la Entidad en la etapa de ejecución contractual.

Asimismo, se presenta la posición y el criterio que utilizan los árbitros al resolver pretensiones relacionadas con la nulidad de las decisiones que adoptan las Entidades. Es preciso señalar que no hay uniformidad sobre el criterio de la base legal aplicable para declarar la nulidad, siendo la mayoría que acoge la aplicación de la LPAG, no obstante, y no menos importante, los que acogen como base legal el CC para declarar la nulidad.

Finalmente, para resolver el problema de la investigación propuesta, se utiliza como enfoque metodológico el análisis normativo de la vigente LCE y su reglamento, vinculado con la LPAG y el CC, desde una perspectiva cualitativa. Se debe acotar que el problema que se aborda se desprende de las referidas normas, las cuales serán analizadas desde una óptica legal y doctrinaria.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1. Concepción general

El rol del Estado peruano tiene un protagonismo importante en el desarrollo económico del país, ya que a nivel macro requiere constantemente comprar bienes, contratar servicios y ejecutar obras. De tal manera que como indica Pinto (2015), resulta incuestionable que en estos últimos tiempos se haya incrementado el presupuesto del Estado peruano, y es que precisamente como principal consumidor de bienes, servicios y obras, es natural que haya aumentado las contrataciones del Estado, con lo que indudablemente se promueve la economía del Perú. Para lograr ello, se utiliza principalmente la figura jurídica del contrato, que ostenta determinadas particularidades, la cual es catalogada como contrato administrativo (p. 192).

Tenemos un marco legal de rango constitucional que define una línea general sobre cómo el Estado debe realizar la compra pública, la cual se encuentra íntimamente vinculada con la ley de presupuesto. Linares & Pomasonco (2015) señala que la CPP establece en forma general la manera sobre cómo el Estado debe remediar las diversas necesidades para las entidades públicas y empresas del Estado, por ello indica que debe realizarse mediante contrata y licitación pública. La ley define el desarrollo del procedimiento para materializar la compra pública, debiendo observar con sumo cuidado un adecuado manejo y eficiente gasto del presupuesto público (pp. 156-157).

El concepto de contrato en el marco de la contratación pública podría inducir naturalmente a pensar en la institución jurídica que está legislada en el CC, sin embargo, desde ahora se tendrá presente que los dispositivos legales que contiene dicho cuerpo normativo son de aplicación supletoria sobre aspectos muy puntuales, y además tiene una aplicación muy restringida.

Es importante saber que Retamozo (2014) indica que, en general, el concepto de contrato tiene la definición legal establecida en el art. 1351 del CC. No obstante, agrega, que la categoría jurídica del contrato administrativo, de la cual se sirve la contratación pública para generar el vínculo contractual con el contratista, se encuentra integrada en la doctrina que corresponde al contrato privado, de tal manera, que esta no representa una clase o especie diferente (p. 213).

En esa misma línea, Revilla (2011) sostiene que precisamente la estructura de la contratación pública del Perú conllevó a fijar un cimiento para realizar una adecuada observancia a la normativa de la materia y limitación de la corrupción por parte de los operadores que intervienen en sus fases. No obstante, ello, hace hincapié que las medidas adoptadas si bien no son suficientes, lo que existe a la fecha de alguna manera orienta una configuración de actuación de forma transparente (p. 196).

Dado el volumen de fondos del erario nacional que se manejan en las compras públicas a través de las licitaciones y concursos públicos, Navas (2017) indica que resulta esencial la delimitación de las funciones y atribuciones de los funcionarios para que actúen en forma transparente y eficiente en cualquier fase o etapa de la contratación pública (p. 103). Esto es sumamente importante ya que por un lado, se genera predictibilidad en la forma en la que el funcionario actúa, y por otro, trasmite transparencia en la forma cómo se ejecuta (Navas, 2017, p. 103).

1.2. Formalismo

La nueva normativa de la contratación pública se sustenta en la gestión por resultados, en la que se da preponderancia al resultado en sí mismo más que a la mera formalidad. Navas (2015) considera que en el marco de las compras públicas hay dos beneficios que las partes representan en la contratación estatal, y es que precisamente el proveedor del Estado busca obtener una utilidad como contraprestación, y el Estado busca tener una obra, bien o servicio que tenga una finalidad pública. Claro está que el entorno en el que se gesta este vínculo se encuentra sujeto a formalidades y controles que necesariamente deben observarse. Además, agrega que esta –cierta– formalidad a la que se propugna está destinada a la prevención de la infracción de la normativa de contratación pública (p. 40).

Lo que se puede notar en la práctica es que casi todo está tasado. Es decir, el margen de discrecionalidad del funcionario ya se encuentra parametrado y las opciones están predefinidas. En determinadas fases de la contratación pública esta atribución de discrecionalidad será en mayor o menor grado. De tal manera que, en estricto, la contratación pública lejos de tener un régimen flexible en la aplicación de sus normas, en realidad tiene un esquema rígido que delimita la actividad discrecional.

En esa medida, resulta relevante saber qué tan flexible es la normativa de la contratación pública, para que evitar incurrir en responsabilidad administrativa, ya que

esta clase de responsabilidad son pasibles de ser atribuidos tanto a los servidores como funcionarios en el caso que se contravenga la LCE y el RLCE, y demás directivas que regulan la contratación pública (Navas, 2017, p. 105).

Entonces, este es el escenario en el que se desenvuelven las contrataciones estatales, tal como se puede constatar en el artículo 1 del TUO de la LCE, que establece el alcance de la normativa al indicar que esta contiene «las disposiciones y lineamientos que deben observar las entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos» (Retamozo, 2014, p. 15).

Aunado a la misma posición, Hernández (2015) profundiza el concepto, tras señalar que cuando el Estado establece vínculo contractual con el proveedor mediante la firma del contrato, su objeto va más allá que solamente adquirir de bienes, contratar servicios, o ejecutar obras, teniendo su razón de ser en la satisfacción de una necesidad de interés público. En esa medida, para lograr ello, predomina la formalidad en todas sus etapas, dejando en un segundo plano la naturaleza de la misma (p. 14).

Por otra parte, la formalidad referida si bien aparte de ser impuesta por la ley, tiene su justificación en la prevención de los actos corrupción, esto permite encaminar la actuación de los funcionarios y servidores que participan íntegramente en las etapas de la contratación. Sin embargo, como contrapartida esto lleva inexorablemente a que la normativa de contratación sea menos flexible, situación que va en contra de la gestión por resultados que propugna la LCE (Álvarez, 2016, p. 100).

Resulta de suma relevancia indicar que la postura que asume Retamozo (2014), al señalar que, cuando se aplica la norma de contratación estatal, tanto por las Entidades como Empresas del Estado, no hay mucho margen o si se quiere un margen muy reducido para la aplicación de la potestad discrecional. Es decir, todas las funciones y actos están debidamente identificados, tasados, de tal manera que la acción que despliegue el servidor o funcionario se concentre en aplicar lo que específicamente establece la ley (p. 15).

Ahora bien, en esa misma línea, Retamozo (2014) señala que dicha potestad denominada reglada tiene una razón de ser, la cual reside en la libertad que tienen los servidores y funcionarios para actuar de forma discrecional dentro de las alternativas que permite la legislación en materia de contratación pública. No obstante, reconoce

que la forma de proceder en la administración pública implica siempre analizar el costo-beneficio sobre aquella elección (p. 14).

1.3. La naturaleza del contrato

En el marco de la contratación pública, “todo contrato celebrado por el Estado obedece a un régimen de derecho público en su génesis, esto en correspondencia a normas específicas sobre la existencia o no de presupuesto, en cuanto su autorización previa, respecto a los órganos o funcionarios competentes y a la realización de procedimientos selectivos tendentes a la elección del cocontratante estatal” (Linares, 2002, p. 14).

Por ello, “todo contrato celebrado por el Estado no puede sustraerse de normas de derecho privado, éstas tendrán que aplicarse en mayor o menor grado, como por ejemplo en materia de capacidad del cocontratante, objeto del contrato, ejecución y extensión del mismo” (Linares, 2002, p. 14).

En esa línea, se indica que los actos administrativos tasados o reglados están bajo el marco legalmente previsto en el ordenamiento jurídico. Esto se pone en evidencia cuando se configura un supuesto de hecho que la norma lo prevé. Esto implica una genuina comprobación de cumplimiento de las condiciones establecidas por la propia norma. Asimismo, la razón ser de los actos discrecionales se centran en el «interés público», en los «principios generales del Derecho Administrativo» y sobre la norma habilitante. Esto implica que adoptar por una determinada decisión en virtud a un acto discrecional, significa adoptar una opción igualmente válida entre todas las opciones posibles (Huapaya, 2006, p. 129).

Como bien se indica, la discrecionalidad en el campo de acción de una Entidad puede adoptar muchas formas y se materializa en diversas expresiones. Se caracteriza porque al utilizar la discrecionalidad se usa los términos de «social», o también «libre de reproche», que son conceptos que no tienen un argumento válido, por lo que suelen ser *cajones de sastre* para sustentar casi cualquier acción en nombre de la discrecionalidad (Bullard, 2003, p. 131).

1.4. Función administrativa de la Entidad

El ejercicio de la función administrativa radica en la materialización de la función pública para la cual fue creada la Entidad. Debe tenerse en cuenta que las personas jurídicas sujetas a las normas de derecho público, se encuentran sometidas a dicha clase de norma por cuanto ejercen función administrativa. Justamente esta suerte de habilitación o subsunción normativa se hace en el ámbito de la imprescindible cooperación que tiene que existir entre los entes privados y el Estado (Guzmán, 2017 p. 54).

Como señala Guzmán (2017), los entes que no son estatales y que realizan función administrativa son aquellos que prestan servicios públicos, ya sea mediante una concesión o permiso otorgado por el Estado. En tal sentido, los entes privados se transforman en el administrador directo de la prestación del servicio –entiéndase de carácter público–, sobre el cual se interpreta que el Estado conserva su titularidad (p. 53).

Por otro lado, la concesión o habilitación que puede otorgar el Estado, también puede surgir de un contrato de Derecho Público. Sobre esto se hace referencia precisamente a las concesiones que son otorgadas mediante la forma de una Asociación Público Privada (APP). Como consecuencia, los entes privados que ostenten la titularidad de una concesión referida a un servicio público, y especialmente los vinculados a infraestructura, ejercen función administrativa, lo que implica que la transferencia de la administración respecto de un bien cuyo dominio es esencialmente público (Guzmán, 2017, p. 54).

Debe tenerse presente que la función administrativa no es exclusiva solamente de las entidades públicas, como el ONPE, la SUNARP, entre otros, sino que también converge en su ejercicio con las entidades privadas, como son las empresas del Estado, cuyo accionariado está a cargo del FONAFE, que prestan servicios de carácter público, ya sea mediante una concesión, u otro tipo de delegación (Morón, 2019, p. 40).

Es importante la acotación que realiza Morón (2019) al indicar lo siguiente:

La reforma del Decreto Legislativo N° 1272 ha incluido respecto a esta categoría de personas jurídicas la precisión que: “Los procedimientos que tramitan las personas jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se rigen por lo dispuesto en la presente Ley, en lo que fuera aplicable de acuerdo a su naturaleza privada”. El propósito de esta precisión es

claramente remarcar que pese a considerársele entidad de la Administración Pública para los fines de la LPAG, no dejaba de ser una persona jurídica privada debiendo seguir siendo ese su régimen predominante (p. 41).

En esa misma línea, Morón (2019) afirma que precisamente la administración de los procedimientos en las personas jurídicas de derecho privado está vinculada exclusivamente a aquello solamente preciso e indispensable, lo que supone que no se altere la condición de entidad privada (p. 41).

Asimismo, es menester traer a colación la cita que hace Morón (2019) de la exposición de motivos, al señalar que:

Se refuerza así la idea de que no se está perdiendo la naturaleza privada que ya se tiene, pero que sí deben respetarse ciertas pautas, en tanto y cuanto se está ante una persona que presta una importante actividad estatal (servicio público, ejercicio de la función administrativa). Se apuntala así de mejor manera el objetivo de esta disposición, el de determinar cuáles son las entidades a los que se le aplica la LPAG, no correspondiente aquí, como algunos erróneamente han entendido, tratar de encontrar una definición de los que debe entenderse como Administrativización Pública en el Perú (p. 41).

Cabrera, Quintana y Aliaga (2017) sintetizan de forma interesante las características de la empresa pública, al destacar que se ocupan a la producción de bienes y servicios. Tienen un capital social cuyo aporte corresponde al Estado peruano. Y por supuesto, tienen cierta flexibilidad que las demás instituciones públicas, ya que al ser empresas su lógica de funcionamiento tiene un horizonte rentabilidad y producción, diferente a la clásica institución pública. No obstante, agregan que las empresas del Estado se rigen bajo su propia ley de creación, u otro tipo de legislación. Asimismo, hace énfasis en las partes que intervienen en torno al control, como son: (i) El Fondo Nacional de Financiamiento de Empresas del Estado, y (ii) la Contraloría General de la República (p. 69).

Una entidad pública por defecto ejerce función administrativa, sin embargo, un ente privado solamente ejercerá función administrativa cuando preste un servicio de carácter público habilitado por el Estado mediante una concesión, u otro mecanismo.

En esa medida, cuando se emitan actos administrativos en ejercicio de la referida función, estos actos pueden o podrían estar inmersos dentro de alguna causal de nulidad que establece el art. 10 de la LPAG.

1.5. Discrecionalidad

La discrecionalidad es un atributo de los funcionarios de las Entidades que les permite elegir, dentro de un rango de opciones, la que mejor se ajuste a los intereses de la gestión sobre la institución. Esta discreción está íntimamente vinculada con el principio de legalidad, ya que de igual manera deberá solo encaminarse dentro de lo que la ley le permite accionar.

Rodriguez-Arana (2011) delimita el concepto de discrecionalidad, al darle sentido como una cuestión preestablecida por el propio Estado para delimitar los conceptos uniformes que engloba la normativa. El núcleo de la discrecionalidad en la administración pública lo representa el «interés público». Es importante la referencia que hace a Mozo Seoane, al indicar que no existe acto discrecional auténtico, por cuanto cualquier acto discrecional en realidad solamente es una parte del todo, ya que la otra parte, es una atribución tasada por una norma (p. 210).

1.5.1. Discrecionalidad de la Entidad

El TUO de la LCE establece supuestos o circunstancias en el que se deja a discreción del funcionario la posibilidad de determinar la acción que mejor le convenga a los intereses de la Entidad. La premisa básica y general es que el funcionario público solamente puede hacer aquello que la ley le ordena, cuyo sustento reposa en el principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del art. 1 del TUO de la LPAG. La discrecionalidad no es ajena a dicho principio, por cuanto también la propia ley establece aquel margen de acción en el que se puede aplicar dicha discreción.

Es importante saber en qué aspectos de las fases de la contratación pública uno puede determinar válidamente que la decisión que se adopta está dentro de aquel margen de discreción legal. Este aspecto también está delimitado en el TUO de la LCE y su reglamento, si bien no lo dice expresamente, se puede inferir claramente de acuerdo a la naturaleza de la decisión que puede corresponder a la fase de actos preparatorios, fase de selección del proveedor o a la fase de ejecución contractual.

En la fase de actos preparatorios y selección se aprecia que, tanto en el TUO de la LCE como en el RLCE, la Entidad tiene posibilidad de aplicar discrecionalmente determinadas acciones para lograr materializar la finalidad pública, pues para ello, la normativa de contratación pública otorga varios supuestos discrecionales en la referida fase, p. ej. los siguientes:

- La Entidad puede encargar a otra Entidad que efectúen los actos preparatorios e incluso el desarrollo del procedimiento de selección [numeral 6.2 del art. 6 del TUO de la LCE].
- Realizar compras corporativas [art. 7 del TUO de la LCE].
- Conformar varios comités de selección [numeral 8.1 del art. 8 del TUO de la LCE].
- Delegar la facultad de aprobar prestaciones adicionales de obra [numeral 8.2 del art. 8 del TUO de la LCE].
- La elaboración de las especificaciones técnicas, términos de referencia y expediente técnico pueden ser elaborados por el órgano encargado de las contrataciones [numeral 16.2 del art. 16 del TUO de la LCE].
- Realizar contratación directa [numeral 27.1 del art. 17 del TUO de la LCE].
- Establecer en las bases si el perfeccionamiento del contrato se formaliza propiamente mediante contrato u orden de compra o servicio [numeral 32.4 del art. 32 del TUO de la LCE].
- Realizar entregas parciales del terreno donde se ejecutará la obra [numeral 32.5 del art. 32 del TUO de la LCE].
- Determinar si habrá adelantos al contratista [numeral 38.1 del art. 38 del TUO de la LCE].
- El plazo de responsabilidad del contratista, en el caso de ejecución de obra, no poder ser inferior a 7 años [numeral 40.1 del art. 40 del TUO de la LCE].
- El plazo de responsabilidad del contratista, en el caso de supervisión de obra, no puede ser inferior a 7 años [numeral 40.4 del art. 40 del TUO de la LCE].
- En principio, la norma establece que el órgano encargado de las contrataciones ejerce la gestión administrativa del contrato, no obstante, se permite que esta función pueda ser asignada a otro órgano, p. ej. al área usuaria [numeral 5.2 del art. 5 del RLCE].
- El plan anual de contrataciones puede ser objeto de modificaciones, sea para incluir o excluir contrataciones [numeral 6.2 del art. 6 del RLCE].
- El requerimiento del área usuaria puede ser modificado, ya sea para actualizar o mejorar [numeral 29.11 del art. 29 del RLCE].

- El órgano encargado de las contrataciones tiene la posibilidad de poder efectuar el estudio de mercado con información existente [numeral 32.1 del art. 32 del RLCE].
- Puede ser público o reservado el valor referencial [numeral 34.5 del art. 34 del RLCE].
- La Entidad puede optar o no por efectuar sus contrataciones sean por paquetes, ya sea para bienes o servicios [numeral 37.1 del art. 37 del RLCE].
- La Entidad puede optar o no por efectuar sus contrataciones sean por paquetes, en el caso de obras [numeral 37.2 del art. 37 del RLCE].
- La Entidad puede optar o no por efectuar sus contrataciones sean por paquetes, en el caso de estudios sobre proyectos de inversión pública [numeral 37.3 del art. 37 del RLCE].
- El procedimiento de selección puede ser efectuado por relación de ítems [numeral 39.1 del art. 39 del RLCE].
- La Entidad puede optar por realizar contrataciones ya sea por lotes o tramos [numeral 39.2 del art. 39 del RLCE].
- Los procedimientos de selección pueden estar a cargo del órgano encargado de las contrataciones o de un comité de selección [numeral 43.1 del art. 43 del RLCE].
- Cuando la Entidad no tenga especialistas respecto de lo que se va a contratar, puede optar por tener un experto independiente, a fin de que conforme el comité de selección [numeral 44.8 del art. 44 del RLCE].
- Determinar un límite a la cantidad de consorciados [numeral 49.5 del art. 49 del RLCE].

A partir del art. 136 hasta el art. 222 del RLCE se regulan aspectos vinculados a la fase de ejecución contractual, p. ej., ampliación de plazo, prestación adicional, entre otros. Dentro de este rango de artículos se otorga cierto margen de discrecionalidad a la Entidad que se originan y aplican propiamente en la referida fase de ejecución del contrato. Son muy pocos los supuestos que se pueden materializar en la fase de ejecución contractual y la razón de esto radican en restar la discrecionalidad de la Entidad en efectuar modificaciones unilaterales al contrato en ejecución.

Por ejemplo, la aplicación de “otras penalidades” no sería una actividad discrecional que surge en la fase de ejecución del contrato, ya que la misma viene proyectada desde las bases administrativas del procedimiento de selección [fase de

actos preparatorios]. Por tanto, la única opción que tiene la Entidad es aplicarla si verifica la configuración de determinados supuestos.

Considero que los supuestos donde la Entidad tiene la posibilidad de aplicar discrecionalmente determinadas figuras jurídicas de la contratación pública en la fase de ejecución contractual son los siguientes:

1. Declaración de nulidad del contrato

Si la Entidad verificase la configuración de cualquiera de los supuestos de nulidad de contrato previstos en el segundo párrafo del numeral 44.2 del art. 44 del TUO de la LCE, concordante con el numeral 145.1 del art. 145 del RLCE, no implica que tenga la obligación ineludible de aplicarla, ya que representa una decisión de gestión contractual que estará sujeta a la necesidad de la Entidad de recibir la prestación. De esto surge la obligación para la Entidad de comunicar al OSCE la infracción cometida por el contratista y de denunciar el hecho ante el Ministerio Público sobre la presunta comisión sobre algún ilícito penal que pudiese advertir.

2. Subcontratación

En el caso que la subcontratación no haya sido prohibida en forma expresa en las bases del procedimiento de selección o se trate obligaciones esenciales en que fue determinante la selección del contratista por sus características particulares, la Entidad tiene la posibilidad de autorizarlas o no solamente hasta un 40% de la prestación a cargo de la contratista, de conformidad con lo previsto en el art. 35 del TUO de la LCE, concordante con el art. 147 del RLCE. Incluso la omisión de respuesta a la solicitud de autorización de subcontratación tiene un efecto negativo, aspecto que acentúa más la discrecionalidad de la Entidad.

3. Adicional y reducción

Tanto la aprobación de una prestación adicional como la reducción de la misma, para el caso de bienes y servicios, representan una potestad discrecional de la Entidad, la cuales tiene como límite del 25% del monto del contrato original, conforme a lo previsto en el numeral 34.3 del art. 34 del TUO de la LCE, concordante con el art. 157 del RLCE. Solamente le

competete a la Entidad decidir si se aprueba o no tanto el adicional como la reducción.

De la misma manera para el caso de supervisión de obra, la aprobación de una prestación adicional tiene un límite para la Entidad del 15% del monto contractual original, conforme a lo previsto en el numeral 34.6 del art. 34 del TUO de la LCE.

Para el caso de obras, la Entidad puede aprobar prestaciones adicionales hasta por el límite del 15% del monto contractual original, conforme a lo previsto en el numeral 34.4 del art. 34 del TUO de la LCE, concordante con el art. 205 del RLCE.

A diferencia de otras figuras, en el numeral 45.4 del art. 45 del TUO de la LCE se establece que no puede someterse a arbitraje las decisiones vinculadas a la aprobación o no de las prestaciones adicionales, aspecto que denota la discrecionalidad no está sujeto a ser controvertido propiamente.

4. Modificación del contrato

El numeral 160.3 del art. 160 del RLCE prevé la posibilidad de que la Entidad pueda modificar el contrato, cuando el contratista ofrezca otros bienes y/o servicios de idéntico o superior propiedad.

5. Resolución contractual

Cuando se configura alguno de los supuestos que prevé el numeral 36.1 del art. 36 del TUO de la LCE, concordante con el numeral 164.1 del art. 164 del RLCE, la Entidad se encuentra habilitada para resolver el contrato, no obstante, la misma no representa una obligación ineludible, en la medida que la Entidad puede tolerar el incumplimiento si considera que de acuerdo a sus intereses le resulta más conveniente recibir la prestación aunque sea de forma extemporánea.

6. Ejecución de prestación pendiente

Cuando el contrato ha sido resuelto o declarado nulo, la prestación que haya quedado pendiente de ejecución puede ser objeto de culminación por uno los postores que participaron en el procedimiento de selección, quienes serán invitados para que manifiesten su aceptación. Nótese que esto representa una opción para la Entidad, en la medida que también podría no optar por aplicar el art. 167, y culminar el saldo de la prestación pendiente mediante un nuevo procedimiento de selección regular.

7. Recepción y conformidad

Cuando la prestación ejecutada por el contratista haya sido observada por la Entidad, en el que se otorgó el plazo que prevé el numeral 168.4 del art. 168 del RLCE para la subsanación, la Entidad puede optar o no por otorgar mayor plazo para que cumpla con efectuar la subsanación tal como lo prevé el numeral 168.5 del mismo artículo.

8. Contratación complementaria

Cuando el plazo de ejecución contractual de la prestación de un servicio o entrega de bienes haya culminado, la Entidad tiene la opción de realizar una contratación complementaria a los mismos, de conformidad con lo previsto en el art. 174 del RLCE.

9. Inicio del plazo de ejecución de obra

El numeral 176.2 del art. 176 del RLCE prevé que la Entidad tiene la opción de designar a un inspector de obra o equipo de inspectores para el inicio de ejecución de una obra que requiere supervisión.

10. Suspensión de plazo de ejecución

El numeral 178.1 del art. 178 del TUO prevé que la Entidad tiene la opción de acordar la suspensión del plazo de ejecución de obra.

11. Intervención económica de obra

El numeral 204.1 del art. 204 del RLCE prevé que la Entidad tiene la opción de intervenir de oficio o pedido de parte.

Los aspectos descritos representan situaciones específicas en que la Entidad tiene la posibilidad de efectuarla o no, sin incurrir en algún supuesto de infracción o inobservancia normativa. El contratista no tendría la posibilidad de controvertir su aplicación o no, en la medida que no hay una exigencia o imperativo legal específico que obligue a la Entidad a ejecutarla. Se tratan de herramientas de gestión del contrato que merecen aplicarse discrecionalmente atendiendo a la evaluación puntual de cada contrato. De allí que la normativa de contratación pública en aras de cautelar la mejor manera el interés público que soporta el contrato, otorgue un espectro de margen discrecional reducido en la fase de ejecución contractual.

Si comparamos los aspectos discrecionales que se presentan en la fase de actos preparatorios y selección con la fase de ejecución contractual, se podrá apreciar que en el primero de ellos se contempla una mayor gama de aspectos discrecionales, en la medida que la Entidad debe planificar y ejecutar de la manera más eficiente posible la contratación de servicios, compra de bienes, y ejecución de obras.

La Entidad tiene libertad en establecer características que se ajusten a la necesidad de contratar, por ejemplo, puede o no determinar si habrá adelanto directo y/o de materiales en la prestación. Es una atribución que solamente le compete a la Entidad, y sobre la cual el contratista no puede cuestionar aspecto alguno. Esta elección debe constar expresamente con las bases para que el postor pueda decidir si está dispuesto a contratar con el Estado bajo esas condiciones.

En esa misma línea, se considera que la LCE es conceptualizada por el sector del derecho administrativo de alguna forma como una norma que tiene una regulación amplia, que deja poco a casi nada de margen para que el funcionario o servidor público adopte una decisión discrecional en la aplicación de la normativa de contratación pública. La discrecionalidad que se aparta de lo expresamente establecido, en general causa algún tipo de daño al Estado (Hernández, 2012).

A saber, para la Entidad, en fase de actos preparatorios tiene un margen amplio de gestión, en donde puede o no delegar el procedimiento de selección, establecer o no comités de selección, delegar o no atribuciones, etc. En cambio, en la fase de ejecución

contractual, las decisiones con contenido discrecional son las siguientes: (1) resolución de contrato, (2) adicionales, (3) reducciones, y (4) contratación complementaria.

Por ejemplo, en el numeral 40.4 del TUO de la LCE se aprecia que el plazo para determinar responsabilidad derivada de servicios de consultoría no puede ser menor a 7 años. Así se aprecia claramente que la normativa fija un estándar de plazo mínimo, el cual puede o no ser ampliado por el funcionario de la Entidad. Una vez más, determinar si es igual o mayor el plazo, queda a discreción de la Entidad.

1.5.2. Discrecionalidad del contratista

El TUO de la LCE y su reglamento no solamente prevé situaciones de discrecionalidad para la Entidad, sino que también habilita al contratista determinado margen de elección en el que puede optar o no por ejecutar. De tal manera que el halo de discreción alcanza a las partes del contrato, claro que a una con más amplitud que a la otra parte.

Uno de los supuestos en el que la contratista puede ser discrecional en su decisión, es cuando tiene la posibilidad de solicitar o no ampliación de plazo contractual. La norma no lo obliga, pero si desea acceder a ese derecho tendrá que observar los plazos y el procedimiento que prevé el RLCE.

Otro supuesto se aprecia en la cesión de derechos que la contratista puede ejercitar. Resulta irrelevante que el mismo haya o no estado redactado en las bases integradas, de tal manera que si la contratista desea ampararse en dicha figura podrá hacerlo de acuerdo a su conveniencia.

Para la contratista la discrecionalidad se encuentra limitada a la ejecución contractual, a diferencia de la Entidad quien tiene mucho más supuestos desde la fase de actos preparatorios.

1.6. La nulidad

El TUO de la LCE y el RLCE no regulan su propia institución jurídica de la nulidad, como sí lo hacen la LPAG y el CC en los que hay un desarrollo de dicha materia. No obstante, solamente el art. 44 del TUO de la LCE tipifica las causales específicas de nulidad que corresponden ser aplicadas (i) hasta antes de la suscripción del contrato

[numeral 44.1], y (ii) luego de suscrito el contrato [numeral 44.2], cuyas causales son distintas. Además, se establece un procedimiento y a los responsables de su aplicación como son al Tribunal de Contrataciones del Estado y la Entidad.

Una apreciación liminar de este aspecto permite inferir que la nulidad prevista en la normativa de contratación pública, tiende a proteger ampliamente la correcta actuación de la Entidad en la fase de actos preparatorios y de selección, y prueba de ello son los supuestos normativos tipificados como causales de nulidad previstas en el numerales 44.1 y 44.2 del art. 44 del TUO de la LCE.

Las causales de nulidad que corresponden ser aplicadas hasta antes de la suscripción del respectivo contrato son cinco, las cuales representan a una categoría de supuestos normativos generales. Esta nulidad se configura cuando la Entidad haya emitido algún acto por un (i) funcionario que no resultaba competente para realizarlo, o que (ii) haya contravenido una norma legal, o (iii) que contenga un imposible jurídico o (iv) prescinda de normas esenciales o (v) prescinda de la formalidad que dispone la ley.

Una vez perfeccionado el contrato, ya sea mediante la suscripción del mismo o con la recepción de la orden de compra o servicio, únicamente la Entidad tiene la potestad discrecional de declarar la nulidad de oficio por las causales previstas en el num. 44.2 del art. 44 del TUO de la RLCE. Nótese que se está en una fase distinta, por cuanto el contrato ya se encuentra en ejecución, entonces las causales de nulidad tienen supuestos con un nivel de especificidad mayor.

Lo único que puede declararse nulo de luego de suscrito el contrato, es el propio contrato que ya se encuentra suscrito por Entidad y el contratista, y no las decisiones que la Entidad podría haber emitido. Estas causales representan una categoría de supuestos normativos específicos, las cuales son cinco. En este caso, la nulidad del contrato se configura por aspectos que vician su nacimiento, (i) sea porque el postor se encontraba impedido para contratar con el Estado, (ii) sea porque el proveedor transgredió el principio de presunción de veracidad al elaborar su oferta o durante el perfeccionamiento del contrato, (iii) sea porque la Entidad a pesar de tener un acto de buena pro apelado, decidió suscribir el respectivo contrato, (iv) sea porque la Entidad no observó las condiciones para realizar una contratación directa o cualquiera de los métodos de contratación, y (v) sea porque existe una sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista, sus socios, persona vinculada u otros integrantes de la

empresa por haber intentado realizar algún tipo de soborno respecto del contrato o procedimiento de selección.

Si bien estas causales de nulidad cuya configuración únicamente es posible advertirlo en la fase contractual, ninguna está referida al comportamiento del contratista en el cumplimiento de la prestación, sino sobre aspectos que afectan el nacimiento válido del vínculo contractual. La normativa de contratación pública carece de supuestos de nulidad vinculados con los aspectos de la ejecución del contrato propiamente.

El TUO de la LCE solamente establece causales de nulidad orientadas a la protección del cumplimiento de las disposiciones normativas que implican las actuaciones preparatorias y de selección del postor, cuya aplicación es de ineludible cumplimiento si es que se verifica su configuración en la fase de selección.

El punto controvertido surge en la fase de ejecución cuando la contratista presenta documentos falsos para obtener, p. ej., una ampliación de plazo. No existe ninguna causal de nulidad en la normativa de contratación pública que le permita a la Entidad declarar la nulidad de oficio del derecho que pudiera haber obtenido el contratista. La cuestión es ¿por qué no se otorgó a la Entidad la potestad nulificante cuando el contratista transgrede el principio de integridad durante la ejecución del contrato?

Cuando la Entidad aplica la nulidad de oficio lo que pretende es autocorregir la transgresión o inobservancia normativa. En la fase de selección nos encontramos dentro de un procedimiento administrativo en sentido estricto, donde la Entidad asume plenamente su posición de administración frente al administrado [postor]. Si el postor no estuviese de acuerdo con el resultado de la buena pro puede impugnarla, con cuyo resultado [sea resuelto por la Entidad o por el TCE] se agota la vía administrativa, donde cabe la posibilidad que el postor inicie un proceso contencioso administrativo en la vía judicial.

Como premisa general el TCE o la Entidad deben declarar la nulidad cuando se configure cualquiera de los supuestos de nulidad hasta antes del perfeccionamiento del contrato, cuando corresponda. Cuando ya está suscrito el contrato, la nulidad puede o no ser declarada exclusivamente por la Entidad. En la fase de ejecución contractual la Entidad y el contratista ya no se encuentran dentro de un procedimiento administrativo -como si lo están en la fase de selección- de tal manera que ya no existe una relación

de administración – administrado. La declaración de nulidad del contrato no implica que se retrotraiga hasta un momento anterior a la configuración de la causal, ya que la norma especial [TUO de la LCE] no dispone tal consecuencia jurídica, como si lo hace cuando se está en la fase de selección.

Conforme a lo señalado en el párrafo precedente, sería inadmisibles asumir que la Entidad aplicando supletoriamente la LPAG pudiera retrotraer -como consecuencia de la declaración de nulidad del contrato - hasta una etapa de la fase de selección donde se configuró la causal de nulidad, situación que resultaría un claro ejemplo de la desnaturalización de la aplicación supletoria de la norma de derecho público [LPAG].

El TUO de la LCE no ha previsto causales de nulidad en que la Entidad pueda aplicarlas de oficio cuando el contratista ejecuta la prestación a su cargo, precisamente porque la Entidad representa a una parte de la relación contractual como lo es el contratista, cuya relación es horizontal, y ya no vertical como lo es en la fase de selección, donde la Entidad administra un procedimiento administrativo y tiene el deber de corregir cualquier anomalía procesal o adjetiva. Si bien la Entidad goza de prerrogativas exclusivas en la fase de ejecución contractual, ello no implica que relación deje ser horizontal.

Asumir que la Entidad tiene la posibilidad de declarar la nulidad de oficio sobre aquellas decisiones en las que habría emitido sobre documentos falsos o adulterados aportados por el contratista, implicaría que la Entidad asuma una postura de órgano resolutor de controversias, cuando dicha atribución no ha sido prevista en ningún extremo de la normativa de contratación pública. Menos aún podría aplicarse supletoriamente la LPAG para dotar -forzadamente- a la Entidad de una potestad nulificante que no le corresponde aplicar en un escenario como el descrito.

La razón que considero por la que el TUO de la LCE no ha previsto causales de nulidades para situaciones como la descrita en el párrafo anterior, es por que la norma de contratación pública no tiene por objetivo desarrollar a detalle la forma en que se resuelven las controversias que derivan de la ejecución de contrato propiamente. Más allá de establecer plazos de caducidad para someter a controversia aspectos contractuales y definir los mecanismos de resolución de controversias y la forma en que se deben realizar, la solución a las pretensiones de nulidad debe ser superada con la aplicación supletoria de las normas de derecho publico y privado, según corresponda.

Este vacío normativo o ausencia de regulación sobre causales de nulidad, para ser aplicadas en la fase de ejecución sobre las decisiones que emite la Entidad, es un aspecto que origina problemas de aplicación práctica. Ya que de esta situación se desprende interpretaciones equivocadas que desnaturalizan la aplicación supletoria de la LPAG en la ejecución del contrato, como p. ej. se considera que se configura el silencio administrativo positivo cuando se omite responder una solicitud de ampliación de plazo, cuando la relación que existe entre la Entidad y el contratista es contractual, y no administrativa.

Tal como está diseñado el régimen de nulidad que prevé la normativa de contratación pública, es compatible con la nulidad de oficio que desarrolla la LPAG. Danós (s.f., p. 2) indica que esta atribución para declarar de oficio la nulidad sobre una actuación administrativa que realiza la Entidad, representa una potestad que le resulta exorbitante, cuyo fundamento reposa en la cautela y protección del interés público.

Danós (s.f.) hace una diferenciación entre la nulidad que desarrolla la LPAG y el CC, entre las cuales indica que dentro del ámbito del CC lo importante es conservar la voluntad de las partes, ya que esto representa la esencia misma del acto jurídico, por ello ninguna de las partes podría aducir su propia impericia para pretender deshacer el acto, sin embargo, en el ámbito de la LPAG lo importante es preservar lo que en estricto dispone el ordenamiento legal de acuerdo al principio de legalidad, de ahí que las Entidades pueden remediar de oficio cualquier contravención normativa declarando la nulidad (p. 4).

La circunstancia que amerita una declaración de nulidad de oficio, como indica Cabrera, Quintana & Aliaga (2017) es que el acto administrativo debe adolecer de una evidente ilicitud, aspectos que muestran como un proceder contrario a lo que dispone la ley y que se contraponen al ordenamiento jurídico, ya sea porque el sustento del acto administrativo se basó en documentos falsos, se aplicó una norma indebida o simplemente no aplicó la norma que debía concernir (p. 222).

Esta potestad nulificante tiene límites. Navas (2015) indica que se procede con dicha acción solo cuando imperan motivos de índole legal, como es la contravención a normas que agraven el interés público. Asimismo, esta nulidad también puede invocarse cuando estamos ante un vicio cuya inobservancia resulta imposible de subsanarse (p. 202).

Sobre este mismo tema, Navas (2015) señala algo fundamental, “en los casos en que se compruebe el fraude o la falsedad en las declaraciones, informaciones, traducciones o en las documentaciones presentadas por los postores en los procesos de selección o por los proveedores de sus trámites ante el RNP o los que se presente ante el TCE o ante el OSCE; la Autoridad administrativa considera que se ha vulnerado la presunción de la veracidad y se debe declarar la nulidad del acto administrativo sustentado en tales ilicitudes” (p. 200).

Sobre el particular, es valioso tener en cuenta que “Los actos administrativos, dada su condición de actos emitidos en razón de los intereses públicos, se presumen válidos y producen todos sus efectos mientras no se declare su nulidad, mediante los medios establecidos por la ley. Solo se puede convalidar o conservar el acto cuando existen vicios leves no trascendentes, que no impiden la existencia de aplicación o cambio de sus elementos esenciales” (Navas, 2017, p. 716).

Para declarar la nulidad necesariamente debe comunicarse previamente al administrado que resulta beneficiado con el acto administrativo, con el objeto de que pueda presentar y/o manifestar lo que corresponda a su derecho, con lo cual se le garantiza el derecho a la defensa. Precisamente, esta cuestión previa permite superar un eventual acto arbitrario respecto del derecho reconocido al administrado que este contenido en un acto administrativo nulo (Roca, 2017, p. 209).

Como bien indica Morón (2017), cuando se refiere a la nulidad de oficio, esta atribución no puede corresponder al mismo funcionario que emitió el acto administrativo, sino que es atribución de un funcionario de rango superior de aquel que dictó el acto administrativo nulo. Precisamente esta estructura tiene su razón de ser en que la función que realice el funcionario de menor jerarquía, pueda estar supeditado a la revisión por el superior en grado (p. 254).

La conceptualización de la invalidez, según Roca (2017), implica la preexistencia de un razonamiento lógico jurídico que contraste el acto entre lo que dispone la norma, a partir de la cual se observa que no se ha configurado al menos uno de los requisitos de validez que el ordenamiento legal determina para tal efecto (p. 195). Así, el art. 3 de la LPAG establece las condiciones que deben concurrir para que un acto jurídico sea considerado válido.

En relación al art. 10 del TUO de la LPAG, Roca (2017) indica que dicho artículo tiene que armonizarse junto al art. 213 del mismo cuerpo normativo, en la cual se establece que para declararse de oficio una nulidad sobre un acto administrativo, aun habiendo quedado firme, debe siempre contravenir el interés público o la lesión de derechos fundamentales. Agrega, que la persona beneficiada con el acto administrativo nulo no tendría la posibilidad de invocar cosa juzgada (p. 209).

Es conveniente mencionar que «La petición de nulidad es consecuencia de un vicio en los elementos constitutivos de la resolución administrativa; implica la destrucción retroactiva del contrato, el nacimiento de obligaciones recíprocas de restitución, la falta de eficacia del acto por vicios sustanciales, la vulneración de ordenamiento jurídico y, eventualmente, el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios» (Navas, 2015, p. 197).

El único caso que la normativa de contratación estatal prevé de forma específica es la nulidad de contrato. Navas (2015) indica que, esta situación puede haberse originado –ya sea– porque el proveedor que obtuvo la buena pro está inhabilitado para contratar con el Estado, o se haya suscrito el contrato con base en documentos falsos. La nulidad, tiene un efecto de suprimir todas las consecuencias derivadas del contrato nulo, lo que implica la retroactividad (p. 197).

Si bien, la potestad de declaratoria de nulidad de un acto administrativo cabe ser revocado por el funcionario de mayor jerarquía, es menester señalar qué efectos conlleva tal acción. Morón (2017) sustenta que cuando se declara la nulidad de un acto administrativo, ya sea en la misma vía administrativa o judicial, esto conlleva el desvanecimiento de la supuesta legalidad que lo amparaba. Añade, además, que el efecto de esta nulidad se retrotrae hasta la fecha en que se emitió, lo que implica que el derecho que podría haber sido reconocido quede sin sustento alguno (p. 257).

No obstante, ello, es importante indicar que la potestad nulificante no se encuentra exenta de dificultad en su aplicación. Muy bien lo fundamenta Morón (2017) al señalar que “la constatación de la nulidad puede atravesar por vicisitudes adicionales: que se hayan consumado los efectos del acto viciado (por ejemplo, si la actividad autorizada ya se realizó) o sea imposible retrotraer sus efectos (por ejemplo, si los resultados se han consolidado en tal grado que declararlo retroactivo solo sea formal). En ambos casos, el pronunciamiento de la Administración no se contentará con una declaración formal de ilegalidad y la responsabilidad administrativa del acto” (p. 258).

No debe olvidarse que “La nulidad responde siempre a causas originarias. Se trata de causas ya existentes en el momento de originarse el acto administrativo; por ejemplo, falta de competencia de la autoridad administrativa; inobservancia de la forma y el procedimiento regular, entre otras. La nulidad priva al acto de los efectos que normalmente debía producir. La nulidad es siempre una sanción prevista e impuesta por la ley; y esa sanción se establece mediante ley, declaración de resolución administrativa o judicial, ya sea a petición de parte o de oficio” (Cabrera, Quintana & Aliaga, 2017, p. 212).

En puridad, la nulidad no es otra cosa que el castigo jurídico a determinado acto o decisión que haya inobservado la normativa legal. Esta figura jurídica únicamente puede ser aplicada cuando el supuesto de hecho predeterminado por la ley lo sancione expresamente con nulidad. En tal sentido, no toda inobservancia a la ley puede ser sancionada con la aplicación de dicha figura jurídica.

En correlación a lo indicado en el párrafo precedente, Navas (2017) señala que justamente cuando se emite un acto nulo en el desarrollo de la contratación pública genera responsabilidad administrativa frente a los servidores o funcionarios que propiciaron o favorecieron tal situación. En esa medida, cuando un acto administrativo es declarado nulo, necesariamente la Entidad debe deslindar responsabilidad, por cuanto dicha situación genera perjuicios, tanto para los administrados como a la Empresa, por haber transgredido el marco legal respectivo (p. 106).

La normativa de la contratación pública no ha desarrollado la figura de la nulidad. Si bien, esta figura en su definición tiene consenso, su tratamiento y desarrollo en el ámbito administrativo y civil difieren, no solamente en las causales, sino que también se diversifican. En el ámbito civil la nulidad tiene un espectro normativo mucho mayor del que se regula en el ámbito administrativo.

1.6.1. En fase de selección

El art. 44 del TUO de la LCE establece supuestos expuestos en los que la Entidad se encuentra habilitada para decidir de oficio aplicar la nulidad respecto de aquellos actos emitidos en la fase de selección del contratista, cuando se trate de actos que fueron expedidos o dictados: (a) por órgano incompetente, (b) que contravengan norma legal, (c) que contengan un imposible jurídico o (d) que prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

Tanto la ley, como el reglamento de la normativa de contratación pública, no regulan propiamente la figura de la nulidad, y menos la figura de la nulidad de oficio. El diseño de esta normativa está pensado en que su propia regulación pueda proporcionar todas las soluciones a la problemática que de su aplicación puedan surgir. Esto permite inferir válidamente que cualquier interpretación que deslice la tentación de aplicar norma de otra legislación, debe ser restrictiva.

Esta normativa es muy precisa para señalar cuáles son las causales y en qué etapa o fase de la contratación pública resulta viable aplicarse. Tiene dos momentos. El primer momento nace cuando la Entidad convoca el procedimiento de selección hasta antes de la suscripción del contrato.

Una aproximación liminar podría llevar a pensar que cuando la Entidad de oficio declara la nulidad de una decisión dictada durante la etapa de selección del contratista nos podemos referir a que se trata de un acto administrativo. Aún más, el tema se vuelve controvertido cuando se declara la nulidad de oficio un contrato, ya que surge el cuestionamiento si dicha decisión puede o no configurar acto administrativo. Este aspecto es analizado a detalle en el siguiente capítulo.

1.6.2. En fase de ejecución contractual

Tenemos que la LCE establece dos ámbitos que corresponden a dos fases distintas en el que se puede aplicar la nulidad de oficio: (a) etapa de selección del proveedor, y (b) etapa de ejecución contractual. El segundo momento nace cuando la Entidad ya tiene suscrito el contrato hasta antes de la conformidad de la prestación.

En la fase ejecución del contrato es natural que surjan controversias entre las partes, las cuales tienen plazos de caducidad para someterlos arbitraje o conciliación, sin embargo, la LCE no ha previsto causales de nulidad aplicables sobre aspectos propiamente de la ejecución contractual, p. ej., sobre ampliaciones de plazo, liquidaciones, pagos, etc.

La nulidad que puede aplicarse en esta fase está vinculada con aspectos que vician la génesis del contrato, ya que sus causales de aplicación están referidas a (i) impedimentos para contratar con el Estado, (ii) la vulneración del principio de presunción de veracidad en la oferta del adjudicatario o durante el perfeccionamiento del contrato, (iii) porque la Entidad a pesar de tener un acto de buena pro apelado, decidió suscribir

el respectivo contrato, (iv) porque la Entidad no observó las condiciones para realizar una contratación directa o cualquiera de los métodos de contratación, y (v) porque existe una sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista, sus socios, persona vinculada u otros integrantes de la empresa por haber intentado realizar algún tipo de soborno respecto del contrato o procedimiento de selección. Es decir, se tratan de aspectos específicos que haberse detectado antes de la firma del contrato no se habría perfeccionado el mismo.

Podemos comparar los efectos de esta nulidad con la figura jurídica de la rescisión contractual prevista en el art. 1370 del CC, la cual precisamente deja sin efecto un vínculo contractual por haber celebrado un contrato que estuvo inmerso dentro de determinadas causales de rescisión, las cuales de haber tomado conocimiento de ellas no se habría suscrito el contrato.

1.7. Mecanismos de resolución de controversias

El art. 45 del TUO de la LCE ha previsto como únicos mecanismos de solución de controversias extrajudiciales (i) la conciliación, (ii) el arbitraje, y (iii) la junta de resolución de disputas. Cuando en el ínterin de la ejecución del contrato surja alguna discrepancia entre las partes sobre cualquier aspecto –por más absurdo e irracional que pueda parecer– las cuales deben recurrir obligatoriamente a cualquiera de los indicados MARCs para solucionarlo.

Es preciso indicar que, tanto el arbitraje como la JRD, tienen ciertas particularidades que las partes deben observar para establecerlos válidamente como MARCs en la cláusula de solución de controversias del contrato. El primer aspecto a tener en cuenta es (i) la naturaleza de la prestación [bien-servicio-obra], y (ii) la cuantía del monto adjudicado en la buena pro. Con base en estos elementos, y como segundo aspecto, se debe observar las pautas que establece el RLCE y la Directiva 012-2019-OSCE/DC para estipular en el contrato si la cláusula arbitral será arbitraje ad hoc o institucional, o si corresponde establecer como MARC la JRD, respectivamente.

La LCE y RLCE han previsto determinados aspectos en los que puede surgir controversia en la fase de ejecución contractual, p. ej., de una solicitud de ampliación de plazo, de una liquidación de obra, de una solicitud de pago, de una solicitud de conformidad de prestación, etc., sin embargo, no todos los aspectos controvertibles están identificados. Sobre esto, Navas (2015) señala lo siguiente:

Las materias controversiales que existen en las contrataciones del Estado son numerosas y diversas, versan sobre diversos temas que no están consideradas taxativamente en la normativa vigente; más aún se ha establecido que alguna de ellas, ya no deben ser demandas mediante la conciliación o el arbitraje y se han configurado otras formas de solución de conflictos (p. 62).

Por otro lado, es importante señalar que no solamente puede recurrir en controversia el contratista, sino también, las Entidades. Retamozo (2014) considera que es importante precisar este aspecto por cuanto el marco legal por el cual se realizan las compras públicas se encuentra un detalle de todos los entes bajo el cual se irradia su aplicación. Es decir, si realizas compras bajo el marco de la LCE, es obligatorio a recurrir a la conciliación o arbitraje (p. 265).

Álvarez & Álvarez (2017) detallan que las controversias que pueden solucionarse, mediante conciliación o arbitraje, son: nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorización o metrados, liquidación del contrato (p. 1432).

Para complementar lo que se indicó en el párrafo anterior, Retamozo (2014) agrega que acuerdo a lo que establece la LCE y el RLCE, se refiere a la conciliación y arbitraje como los mecanismos oficiales de solución de controversias, esto implica, que aquellas controversias que surjan en la etapa de ejecución contractual necesariamente deben solucionarse sea mediante conciliación o arbitraje. Recurrir al Poder Judicial no está permitido. Se precisa también, que no hay un orden para recurrir a la conciliación primero y luego al arbitraje, o viceversa, debiéndose en todo caso observar los plazos de caducidad (p. 260).

1.7.1. Conciliación

El contratista frente a la Entidad tiene como mecanismo de resolución de controversias, la conciliación administrativa, el arbitraje y la junta de resolución de disputas. En relación a la conciliación administrativa, las partes representadas por la Entidad y el Contratista tendrían que acudir a un centro de conciliación extrajudicial autorizado por el Ministerio de Justicia, en la que un tercero (conciliador) propicie una solución a la controversia mediante un consenso mutuo de las partes. La figura de la conciliación tiende reforzar la relación contractual, ya que no tendría que implicar la

existencia de un ganador o perdedor. No obstante, en muchas ocasiones las Entidades prefieren someter la controversia directamente a arbitraje, debido al temor del funcionario o servidor público, alegando que como hay cuestiones económicas que atañen al Estado niegan cualquier intento de negociación (Morón & Aguilera, 2017, pp. 176-177).

1.7.2. Arbitraje

Es preciso indicar que en el marco legal de la contratación pública, se tiene que:

El arbitraje junto con la conciliación constituyen las formas alternativas para resolver controversias que se deriven de las contrataciones que celebra el Estado; pero en la práctica sucede que sólo el arbitraje cumple esta finalidad, ya que los actos de conciliación no dan resultado, ni tienen mayor eficacia para decidir los puntos contradictorios, en los que no existen acuerdos que solucionen en forma voluntaria los conflictos (Navas, 2015, p. 61).



CAPÍTULO II

REVERSIÓN O CONSERVACIÓN DE LAS DECISIONES EMITIDAS POR LA ENTIDAD EN LA FASE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

2.1. Autosuficiencia normativa de la contratación pública

El marco legal de la contratación pública en el Perú principalmente se sostiene en la CPP (art. 76), la LCE y el RLCE, la cual es complementada con las diversas directivas que aprueba el OSCE como parte de sus atribuciones en calidad de órgano técnico especializado. Asimismo, también forma parte de este conglomerado normativo los Acuerdos de Consejo que aprueba el Consejo Directivo del OSCE sobre precedentes administrativos sobre la normativa de contratación pública, las cuales deben ser observadas en forma obligatoria desde el día siguiente que sea publicaba en el diario oficial “El Peruano”, tal como lo establece expresamente la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE.

Sobre esto último, es el la DTN del OSCE quien presenta ante el Consejo Directivo aquella propuesta que contiene la exégesis de la normativa de contratación pública para que sea aprobada y luego publicada, en cuyo caso recién se genera el efecto vinculante del precedente administrativo. Ahora bien, la cuestión que se presenta en la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE, es si las opiniones que emite la DTN tienen o no el efecto vinculante aún sin contar la aprobación del Consejo Directivo del OSCE.

No podría la DTN sostener que sus opiniones sean vinculantes como si lo es un precedente administrativo aprobado por el Consejo Directivo del OSCE, en tanto que dicha cualidad vinculante se mantuvo hasta el derogado RLCE aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF en su tercera disposición complementaria final, aspecto que no se mantiene en el vigente RLCE. Cabe puntualizar, que las opiniones que emite la DTN aún sin esa cualidad vinculante, representan una fuente de interpretación importante de la normativa de contratación pública a la que recurren las Entidad y los contratistas.

Considero que, dado el carácter especial del tratamiento de la contratación pública, es una medida apropiada que se le haya atribuido al OSCE la función de emitir directivas sobre aspectos que el RCLE no tiene previsto un desarrollo puntual. Lo cual,

en buena cuenta, resulta una medida acertada que permite hacer cambios ágiles con la que se requiere actuar en las compras públicas para garantizar eficiencia y eficacia. Evidentemente, estas directivas desarrollan procedimientos específicos y en algunos casos establecen pautas orientativas para mejorar la actuación de las Entidades y de los proveedores en las fases de la contratación pública.

Por ello, si bien tanto la LPAG como el CC tiene un rango normativo superior a las directivas que emite el OSCE, la especialidad de la materia hace que esta distinción jerárquica normativa se invierta, prevaleciendo en este caso toda la normativa especializada de contratación pública, la cual incluye claro está, a las directivas, incluso los pronunciamiento u opiniones que los órganos del OSCE emiten.

En esa línea, Álvarez (2009) sostiene que la LCE y su reglamento tienen preferencia en su aplicación por sobre otras ramas del derecho, ya sea sobre las normas de derecho público o derecho privado (p. 44). Con esta misma postura, agrega Linares (2002), la particularidad de la celebración del contrato bajo el alcance de la referida ley implica la observancia de la normativa especial de la materia con la finalidad de elegir al contratista (p. 14).

No obstante, es necesario puntualizar que el OSCE tiene varias directivas aprobadas por su Consejo Directivo que están destinadas a regular aspectos de la contratación pública, p. ej., procedimientos sobre el RNP, procedimiento para la certificación del OEC, procedimientos sobre conciliación y arbitraje, entre otros. No obstante, solamente me centraré en indicar puntualmente aquellas directivas vigentes que aplican propiamente a las fases de la contratación pública en la tabla 1.

Tabla 1: Directivas aplicable a las fases de la contratación pública

Fase de la contratación	Resolución	Publicada en "El Peruano"	Directiva	Denominación
Actos preparatorios	Resolución No. 011-2016-OSCE-PRE	10 de enero de 2016	Directiva N° 004-2016-OSCE/CD	Aprueban Directiva "Lineamientos para la contratación en la que se hace referencia a determinada marca o tipo particular"
	Resolución No. 014-2016-OSCE-PRE	10 de enero de 2016	Directiva N. 007-2016-OSCE-CD	Aprueban Directiva "Catálogo Único de Bienes, Servicios y Obras (CUBSO)"
	Resolución No. 016-2019-OSCE/PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 004-2019-OSCE-CD	Aprueba Directiva "Disposiciones sobre el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias"
	Resolución No. 099-2019-OSCE/PRE	29 de mayo de 2019		Aprueba modificación de la Directiva "Disposiciones sobre el contenido del resumen ejecutivo de las actuaciones preparatorias"
	Resolución No. 018-2017-OSCE/CD	24 de mayo de 2017	Directiva No. 012-2017-OSCE/CD	Aprueba Directiva actualizada "Gestión de riesgos en la planificación de la ejecución de obras"
	Resolución No. 057-2019-OSCE-PRE	3 de abril de 2019	Directiva No. 001-2019-OSCE/CD	Modificación de la Directiva "Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley No. 30225"
	Resolución No. 098-2019-OSCE-PRE	29 de mayo de 2019		Aprobación de modificación y de incorporación de Bases Estándar como anexos de la Directiva "Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley No. 30225"
	Resolución No. 111-2019-OSCE-PRE	14 de junio de 2019		Aprobación de modificación de las Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar de la Directiva No. 001-2019-OSCE-CD "Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley No. 30225"
	Resolución No. 185-2019-OSCE-PRE	21 de octubre de 2019		Aprobación de modificación de la Directiva "Bases y Solicitud de Expresión de Interés Estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley No. 30225" e incorporación de Bases Estándar
	Resolución No. 014-2019-OSCE-PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 002-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Plan Anual de Contrataciones"
	Resolución No. 112-2019-OSCE/PRE	14 de junio de 2019.	Directiva No. 011-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Disposiciones sobre el contenido del convenio de compra corporativa facultativa"
Resolución No. 019-2019-OSCE/PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 007-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Disposiciones aplicables al registro de información en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE"	
Selección del proveedor	Resolución No. 274-2016-OSCE-PRE	25 de julio de 2016	Directiva No. 023-2016-OSCE/CD	Aprueban Directiva "Disposiciones sobre la formulación y absolución de consultas y observaciones"
	Resolución No. 016-2018-OSCE/PRE	17 de marzo de 2018	Directiva No. 001-2018-OSCE/CD	Aprueban Directiva "Requisito de solvencia económica en adjudicaciones simplificadas cuyo uso se autoriza mediante normas de excepción"
	Resolución No. 015-2019-OSCE/PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 003-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Lineamientos para la aplicación de la garantía de fiel cumplimiento por prestaciones accesorias"
	Resolución No. 017-2019-OSCE/PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 005-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado"
	Resolución No. 018-2019-OSCE/PRE	29 de enero de 2019	Directiva No. 006-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Procedimiento de Selección de Subasta Inversa Electrónica"
Ejecución contractual	Resolución No. 183-2019-OSCE/PRE	21 de octubre de 2019	Directiva No. 013-2019-OSCE/CD	Aprueba Directiva "Intervención Económica de la Obra"

Se puede apreciar que no es una limitación que el RLCE no haya precisado a detalle todos los aspectos que regulan las directivas señaladas, de tal manera que el OSCE suple ese vacío normativo mediante la aprobación de directivas. Lo que llama especial atención, y es natural, es que existe mucha regulación en la fase de actos preparatorios, y esto obedece a la necesidad de fijar criterios uniformes para que el

funcionario no pueda ejercer discreción alguna sobre la interpretación normativa. Por ejemplo, en todas las bases estándar se indica instrucciones en su contenido, de tal manera que guían la forma en que debe actuar la Entidad, lo que genera a su vez predictibilidad en la expectativa del proveedor sobre el desarrollo de la misma.

En la fase de selección se aprecia una menor cantidad de directivas, en comparación con la fase actos preparatorios, y esto se debe a que precisamente en los actos preparatorios se fijan las bases sobre los cuales se va a realizar el procedimiento de selección, de tal manera que no hay mucha posibilidad de aplicar discrecionalidad en una fase en la que los cambios o modificaciones deben ser mínimas como consecuencia de las observaciones y consultas a las bases.

Por último, la ejecución contractual es la fase que solamente tiene una directiva que regula un aspecto vinculado a ésta. Esa es la Directiva 013-2019-OSCE/CD que está referida a la intervención económica en los contratos de obra, la cual constituye una versión actualizada de su predecesora, la Directiva 001-2003-CONSUCODE/PRE que versa sobre el mismo aspecto.

Sobre esto último, se aprecia que la escasa aprobación de directivas que incidan en la fase de ejecución contractual representa un síntoma positivo, en la medida que denota que el RLCE tienen una regulación que no necesita ser complementada con directivas. En buena cuenta se puede inferir que no hay vacíos normativos que suplir. No obstante, considero que el desarrollo contenido en la Directiva 013-2019-OSCE/CD ya debería haber formado parte integrante del vigente RLCE, debido a que son aspectos que desde hace más de 15 años ha estado, y sigue estando fuera del RLCE.

No tengo motivos razonables que me permitan validar que el procedimiento de intervención económica de los contratos de obra aún siga estando regulado en una directiva dado el tiempo transcurrido. Su inclusión en el RLCE ya es una necesidad. La aprobación de directivas por parte del OSCE representa una función estratégica, en tanto permite articular procedimientos que originalmente el RLCE no tenía previsto, pero no puede estar por mucho tiempo así, por ello considero que en una próxima modificatoria del RLCE debería incorporarse como tal.

Por otro lado, la DTN del OSCE emite opiniones sobre el sentido interpretativo de los artículos de la LCE y el RLCE. El contenido de estas opiniones obedece siempre a consultas de carácter general, y no sobre casos específicos.

2.2. Desmitificando la naturaleza administrativa de la actuación de la Entidad en la fase de ejecución contractual

Lo que se va a desarrollar a continuación esclarecerá la forma como las Entidades, sean instituciones públicas o empresas del Estado, conceptualizan a sus decisiones en la fase de ejecución contractual. Esto también resultará útil para los árbitros en la medida que les permitirá tener un panorama claro sobre la naturaleza de la decisión que emiten las Entidades en dicha fase.

En la fase de ejecución contractual es muy fácil asumir que las decisiones que emiten las Entidades son verdaderos «actos administrativos». Tal es así que, sin mayor reparo alguno, los operadores legales de la Entidad y del contratista recurren a la LPAG para extrapolar figuras jurídicas que la LCE y el RLCE no prevén, basándose simplemente en la supletoriedad inmediata a la norma especial. En el capítulo siguiente se explica cuáles son los límites de esta supletoriedad.

2.2.1. Aspecto formal

Como primer aspecto, es menester cuestionarse qué puede llevar a pensar, tanto a las Entidades como a los contratistas, que las decisiones que emiten las Entidades en la fase de ejecución contractual son actos administrativos. Si observamos la forma como está redactada la LCE y el RLCE, se apreciará que en ningún extremo del conjunto de artículos aplicables a la ejecución de contratos se hace alusión a los actos administrativos. Esto no es casualidad. Si revisamos p. ej., el art. 21 del RLCE, se aprecia que se denomina expresamente como acto administrativo al pronunciamiento que emite el RNP, sin embargo, este supuesto normativo no se configura en la fase de ejecución contractual.

Otro ejemplo lo apreciamos en los arts. 134 y 135 del TUO del RLCE, en el que se hace referencia al agotamiento de la vía administrativa cuando el TCE resuelve como órgano de segunda y última instancia administrativa una impugnación de la buena pro, en el que cabe la posibilidad de recurrir al proceso contencioso administrativo. Aquí claramente estamos ante un acto administrativo el cual es recurrible en sede judicial. El solo hecho de tener la posibilidad de recurrir a un proceso contencioso administrativo contra una decisión emitida por una Entidad, es un indicador claro de la actuación administrativa –el que se contempla al acto administrativo– de la Entidad, sin embargo, este supuesto normativo tampoco se configura en la fase de ejecución contractual, ya

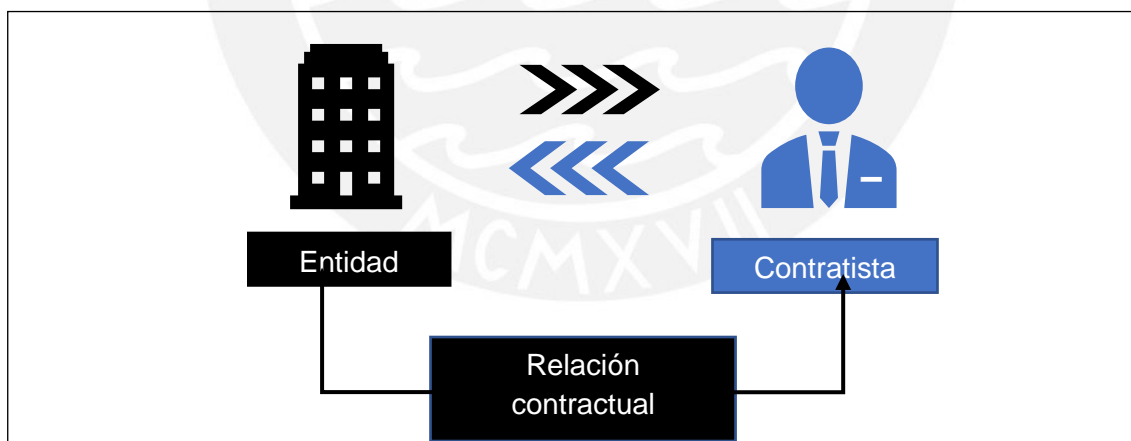
que la vía natural para resolver las controversias –cuando no hay posibilidad de acuerdo conciliatorio– es el arbitraje por excelencia.

Hasta este punto queda claro que la propia LCE y el RLCE no contempla tácita ni expresamente la figura del acto administrativo para las decisiones que la Entidad emite en la fase de ejecución contractual, al menos en su aspecto formal. Esta omisión no es un error, sino que así fue diseñada dicha normativa. Sin embargo, este no es el único fundamento que sostiene esta postura.

2.2.2. Relación administración-administrado

Como segundo aspecto, se tiene que la partida de nacimiento de la fase de la ejecución contractual se representa con la suscripción del contrato. A partir de la suscripción, nacen derechos y obligaciones recíprocas entre las partes. En esta fase se configura una «relación contractual» entre la Entidad y la contratista, donde existe un plano de igualdad –con ciertas prerrogativas a favor de la Entidad– cuya relación es horizontal, precisamente porque nace de un contrato administrativo (ver figura 1).

Figura 1: Esquema de la clase de relación entre Entidad – Contratista



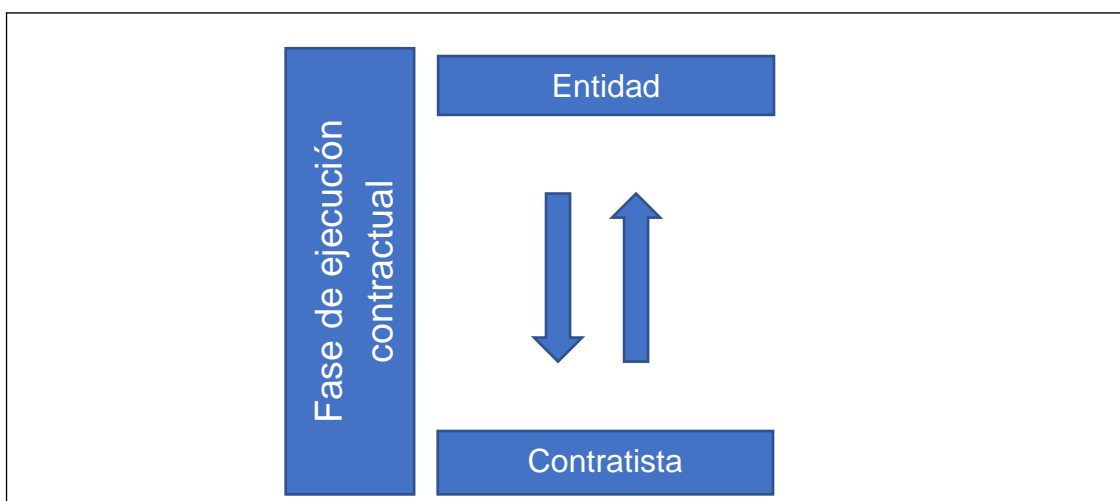
De esto se desprende nítidamente que entre la Entidad y la contratista nace una relación esencialmente contractual, porque deriva de un contrato administrativo. No hay otra forma de crear esta relación, si es que esta no se perfecciona por escrito de acuerdo a lo previsto en el art. 141 del RLCE o mediante la recepción de una orden de compra o servicio en los supuestos detallados en el artículo 137 del RLCE. No podría deducirse bajo ninguna circunstancia que nace otro tipo de vínculo. Entonces, la única fuente que origina este tipo de relación es causada por la suscripción de un documento [contrato] o la recepción de dicha orden de compra o servicio.

El hecho de que el contrato derive de un procedimiento de selección implica que tenga una categoría administrativa, esto es así precisamente porque una de sus partes lo integra el Estado, y además porque nos “[...] encontramos frente a una categoría especial de contrato que se rige por reglas, principios y procesos propios, en los que existe acuerdo de voluntades sobre un objeto cierto, consentimiento de las partes y creación de derechos y obligaciones recíprocas de ellas” (Morón & Aguilera, 2018, p. 43). Sin embargo, ello no implica que el tipo de relación que origine sea de administración (Entidad) y administrado (contratista), por cuanto estamos ante un régimen jurídico eminentemente contractual regulado por normas especiales, en el que el derecho administrativo no interviene sino es para un aspecto meramente supletorio.

En tal medida, si entre las partes [Entidad–Contratista] existe únicamente vínculo contractual, no resulta válido afirmar que las decisiones que emite la Entidad en fase de ejecución contractual sean actos administrativos en sentido estricto, por cuanto no existe una relación de administración–administrado entre las partes que permita originar una decisión de naturaleza administrativa (ver figura 2).

Asumir ligeramente que entre las partes existe una relación de administrado y administración en la fase de ejecución contractual, tiene consecuencias legales que seguramente quienes defienden o asumen ello, no lo miden. Si se concibe como postura correcta que la Entidad actúa como administración y que el contratista actúa como administrado, tácitamente estaríamos vinculando a las partes a usar todo el marco normativo de la LAPG, porque precisamente esta norma tiene su razón de ser regular en ese tipo de relación de naturaleza administrativa, tal como se desprende del artículo III del TUO de la LPAG.

Figura 2: Error de concepto de la relación entre la Entidad y el contratista durante la fase de ejecución contractual



2.2.3. Función administrativa

Como tercer aspecto que desbarata la postura errónea que considera en sentido estricto como acto administrativo la decisión que emite la Entidad en la fase de ejecución contractual, es que, en esta fase, la Entidad no ejerce función administrativa frente al contratista como si fuese este último un administrado. Es decir, la Entidad no reacciona con la emisión de cualquier pronunciamiento porque exista una relación de administración-administrado, sino porque la aplicación concreta de la norma de contratación pública en cualquiera de sus fases implica *per se* ejercicio de la función administrativa.

Brever-Carcías (2005) concibe a la función administrativa de la Entidad como la gestión del interés público (p. 83). El interés público representa todos aquellos aspectos que tienen un aprovechamiento general para la sociedad o comunidad. Por otro lado, “la función administrativa implica una estructura orgánica; equivale a aparato administrativo o “Administración Pública”. Es decir, el conjunto de órganos, no solo estatales, sino también no estatales, encargados de la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales” (Dromi, 2005, p. 198).

El ejercicio de la función administrativa –en otras palabras– se define como aquel ejercicio o acción que la Entidad despliega o ejecuta como administrador del interés público, para lo cual se vincula con personas naturales o jurídicas. Cuando la Entidad se pronuncia en relación a una solicitud de ampliación de plazo, previamente analiza el marco normativo y lo aplica al caso en concreto. Esta actividad no es otra cosa que el ejercicio de la función administrativa, precisamente porque gestiona el interés público que hay detrás de la ejecución del contrato y que subyace a esta. Por tanto, el ejercicio de la función administrativa en la fase de ejecución contractual no debe ser mal interpretado o tergiversado con la existencia de una relación administración-administrado.

Asimismo, es ilustrativo la siguiente definición de función administrativa:

La función administrativa como acción material: se destaca aquí la connotación dinámica del fenómeno administrativo, en cuanto implica por excelencia acción; las finalidades del estado se concretan de distinta manera, y cuando lo hacen a través de las acciones efectivas, se está en presencia de función administrativa. Con la producción de

la ley, en estricto sentido no se “actúa; se “regula”, se “predispone”, se “permite”, se “circunscribe”, se “prohíbe” una actividad. La función administrativa desde esta perspectiva actúa la ley, su connotación “concreta” y “práctica” la diferencia es por excelencia entonces la concreción de las finalidades del estado (Montaña Plata, 2010).

Para la génesis de la relación contractual entre la Entidad y la contratista, previamente se desarrolla un procedimiento de selección que la LCE y el RLCE establecen en forma previa. En este procedimiento, la Entidad ejerce función administrativa ya que aplica en forma concreta la normativa de la contratación pública, la cual tiene por finalidad seleccionar la mejor oferta entre los postores.

La respuesta o pronunciamiento que se recibe de la Entidad, en sentido estricto, constituye acto administrativo, porque se emite un acta que adjudica la buena pro, resultado que deriva del ejercicio de la función administrativa que la Entidad realiza en el marco legal para la cual fue creada, dentro de una relación administración-administrado. Por tanto, esto demuestra claramente la manifestación del ejercicio de la función administrativa.

2.2.4. Procedimiento administrativo

Como cuarto aspecto que cuestiona la existencia del acto administrativo -en sentido estricto- en la fase de ejecución contractual, es que para que la Entidad ejerza función administrativa, es imprescindible que exista un «procedimiento administrativo» donde se canalicen todas las actuaciones propiamente de la actividad administrativa.

El TUO de la LPAG en su art. 29 define el concepto de «procedimiento administrativo» como sigue:

Artículo 29. Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Cuando se inicia un procedimiento administrativo, esta tiene por finalidad llegar a la meta, la cual es representada precisamente por el acto administrativo. Una de las razones de ser del procedimiento administrativo es generar acto administrativo, tal como lo establece la propia LPAG, coloquialmente se le podría decir que es el producto final acabado. Debo precisar que el acto administrativo es uno de los aspectos que la administración pública consigue mediante el ejercicio de la función administrativa, ya que el contrato también es otro de las herramientas que el ordenamiento jurídico proporciona al derecho administrativo, para que la Entidad pueda materializar la finalidad pública.

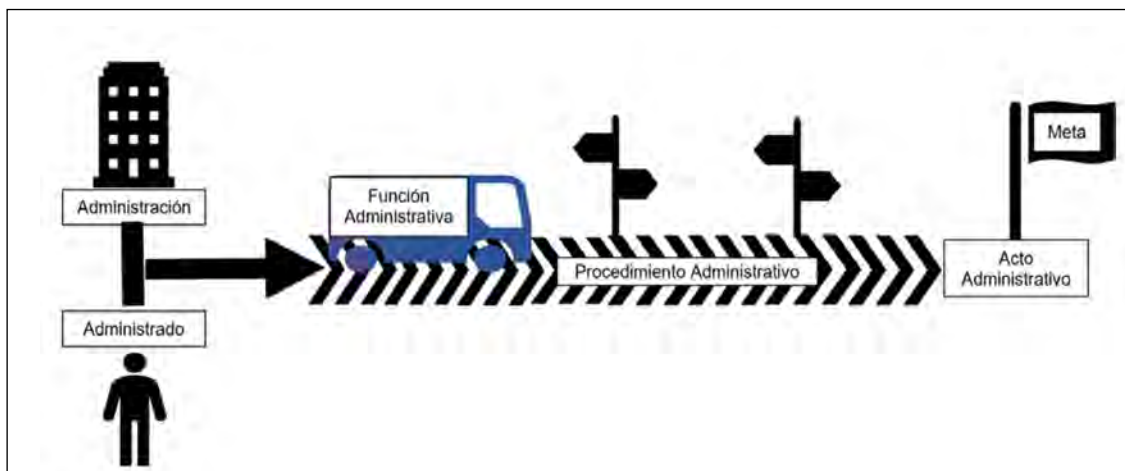
Robles & Yunque (2017) indican que «[e]l procedimiento administrativo implica el desarrollo formal de las acciones que se requieren para concretar la intervención administrativa necesaria para la realización de un determinado objetivo. Su propósito es la concreción de un acto administrativo» (p. 302).

Cabrera, Quintana & Aliaga (2017) señalan algo muy interesante al respecto:

El cause formal de la función administrativa lo que diferencia el procedimiento administrativo de los demás tipos de procedimientos es, precisamente, la función que a través del mismo se realiza. Podemos afirmar que el procedimiento es a la función administrativa lo que el acueducto al agua que por el mismo corre. La función administrativa requiere un procedimiento, reducido a su mínima expresión formalista en ciertos casos y sobrecargado de trámites en otros (p. 292).

Se puede hacer un símil de lo señalado y se indica que el procedimiento administrativo es la vía o carretera en el que como consecuencia de la relación jurídico administrativa entre la administración–administrado, realizan actos y diligencias a través del vehículo de la función administrativa para llegar al destino final que es el acto administrativo (ver figura 3).

Figura 3: Elementos propios de un procedimiento administrativo en sentido estricto



2.2.5. Proceso contencioso administrativo

Como quinto y último aspecto, si las decisiones de la Entidad en fase de ejecución contractual fueran actos administrativos, la única y exclusiva vía para impugnarlos sería la vía judicial, de acuerdo a lo establecido en el art. 3 del TUO de la LPCA, a través del proceso contencioso administrativo. Asimismo, el art. 4 del de la referida ley establece cuáles son las actuaciones impugnables, como son:

Artículo 4. Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos

de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.

6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

Sobre el objeto del proceso contencioso administrativo, Huapaya (2011) señala lo siguiente:

El objeto del proceso contencioso-administrativo es la pretensión procesal. Ya quedaron atrás las ideas enraizadas en el ideario doctrinal peruano pasado que señalaban (siguiendo las rancias escuelas francesas) que el objeto del proceso contencioso administrativo era el acto objeto de revisión. El proceso contencioso-administrativo es un acabado y legítimo proceso jurisdiccional, pleno, donde el juez tiene todos los poderes específicos para disponer las medidas necesarias para la tutela de los derechos e intereses afectados por la actuación administrativa, y para someter ésta a la legalidad.

Pero es necesario hacer una precisión: el objeto del PCA [proceso contencioso administrativo] es la pretensión procesal administrativa. La pretensión procesal administrativa es <<administrativa>> en la medida que su contenido específico viene delimitado por el Derecho Administrativo. De esta manera, son controlables a través del PCA las actuaciones de la Administración Pública sustentadas o sometidas al Derecho Administrativo. La eventual impugnación jurisdiccional de las actuaciones de la Administración Pública (en cuanto persona jurídica) sujetas al Derecho Privado serán conocidas por los órdenes jurisdiccionales correspondientes (sea el civil y comercial o el laboral, por ejemplo). El Derecho Administrativo delimita el contenido de las pretensiones procesales del PCA, éstas sólo podrán incoarse en función a actuaciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo (p. 371).

Esto último confirma que la Entidad no emite actos administrativos en la fase ejecución contractual conforme a lo estructura completamente la LPAG, porque de ser

así, estos deberían ser resueltos en la vía del proceso contencioso administrativo, pero como no tiene la decisión de la Entidad naturaleza eminentemente administrativa deben resolverse utilizando los mecanismos de resolución de controversias previstos en la LCE.

Como primera conclusión, queda claro que la Entidad cuando administra la ejecución del contrato, y en el ínterin emite u omite pronunciamientos o decisiones sobre aspectos propios de la ejecución contractual que afecten, positiva o negativamente, al contratista, sea sobre ampliación de plazo, liquidación de obra, pagos, conformidad, nulidad, entre otros, lo que decide no se configura propiamente como acto administrativo, debido a que (i) la LCE y el RLCE no han previsto expresa ni tácitamente tal situación, (ii) no existe entre las partes una relación administración–administrado, (iii) la Entidad ejerce función administrativa, pero no porque exista una relación administración–administrado, (iv) la decisión no se emite dentro de un procedimiento administrativo como lo exige la LPAG, y (v) porque sí fuera acto administrativo –u otra actuación administrativa– el cuestionamiento es única y exclusivamente judicial en la vía del proceso contencioso administrativo.

Bajo la señalado en el párrafo anterior, si partimos de la premisa de que las decisiones de las Entidades no son actos administrativos en sentido estricto conforme al ordenamiento legal previsto en el TUO de la LPAG, y que tampoco podrían considerársele como acto jurídico en tanto que no existe libre de voluntad de las partes para regular los derechos y obligaciones en el marco de la contratación pública, surge la pregunta natural ¿qué es entonces? Esta interrogante es absuelta en el capítulo siguiente.

2.3. La nulidad de oficio

En la ejecución de un contrato, sea cual fuere su naturaleza, siempre existe la posibilidad que surjan discrepancias o controversias. Lo ideal es que no surja ninguna, sin embargo, lo usual es que siempre haya desavenencias contractuales por más insignificantes que sean, y este escenario no es ajeno en el marco de la contratación pública, donde el mayor consumidor del mercado peruano es el Estado a través sus diversas entidades públicas y empresas.

En el Perú, casi todas las Entidades que hayan programado dentro del año fiscal comprar bienes, contratar servicios o ejecutar obras lo deben hacer obligatoriamente

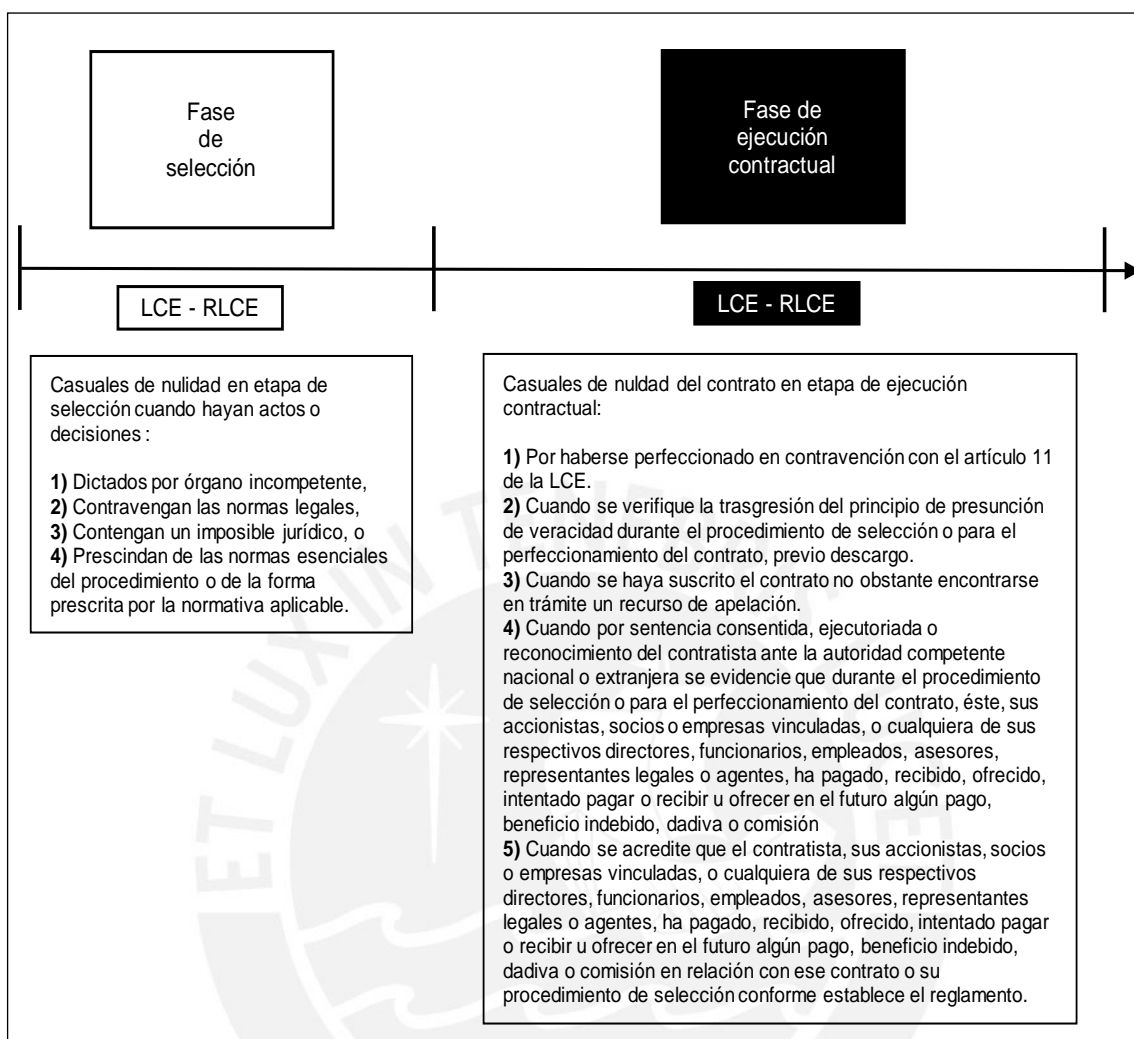
conforme a lo regulado en la LCE y su reglamento. Ahora bien, cuando la Entidad suscribe el respectivo contrato con el proveedor o contratista, entramos a la fase de la ejecución contractual. Es aquí donde surgen los problemas.

La suscripción del contrato representa el acta de nacimiento de la fase de ejecución contractual. Es aquella etapa en donde las partes tienen derechos y obligaciones que exigirse recíprocamente. Es común que durante la ejecución del contrato surjan controversias en relación a la conformidad del cumplimiento de la prestación, con el pago de gastos generales, con el pago de intereses, con el monto final de la liquidación de contratos de obra y consultorías, con las ampliaciones de plazo, entre otras controversias.

En la práctica profesional he podido apreciar casuística que hasta el momento no ha sido estudiada, y sobre la cual no existe claridad. Este tópico versa sobre la viabilidad de la declaración de oficio de la nulidad específicamente en la etapa de ejecución contractual. No es un tema pacífico ni uniforme en la resolución de controversias arbitrales, e incluso la fundamentación que se hacen en los laudos arbitrales es precaria.

Si bien como se indicó en los acápite precedentes, existe discrecionalidad tasada en la contratación pública. La aplicación de la nulidad es una atribución que está inmersa dentro del catálogo de la discrecionalidad, ya que, si la Entidad verifica cualquiera de las causales previstas en el art. 44 del TUO de la LCE, no está obligado a declararla. En la figura 4 podemos apreciar las causales de nulidad previstas en el referido artículo, tanto para la etapa de selección del proveedor como para la etapa de ejecución contractual:

Figura 4: Causales de nulidad del TUO de la LCE



Si revisamos las causales de nulidad tipificadas para ser aplicadas en la etapa de ejecución contractual, se podrá apreciar que de alguna manera estas podrían haber sido subsumidas en las casuales de nulidad de la fase de selección por cuanto tienen un radio de acción más general, sin embargo, considero que al tratarse de la fase de ejecución que tiene características sumamente diferentes, amerita que sean mucho más específicas ya que existe un vínculo contractual materializado con la suscripción del contrato.

El contrato suscrito en el marco de la contratación pública representa un esfuerzo conjunto de diversas áreas de la Entidad para determinar finalmente quien será el contratista que estará a cargo de la ejecución de una prestación que va a satisfacer una necesidad pública. Por tanto, la nulidad del vínculo contractual no puede estar supeditada a la inobservancia o contravención de cualquier aspecto normativo que se haya originado en etapas previas.

En la etapa de selección se sanciona con nulidad cualquier inobservancia. Nótese la generalidad del supuesto nulificante. En cambio, las causales de nulidad previstas para la etapa de ejecución son mucho más específicas. De ahí se desprende la importancia que se le da al contrato y su preservación tiene como límite la configuración específica de los supuestos de nulidad.

Ahora bien, las causales de nulidades establecidas en forma expresa en el art. 44 del TUO de la LCE están vinculadas y relacionadas con aspectos para el nacimiento válido del contrato, pues se cautela que no haya surgido inobservando las prohibiciones para contratar con el Estado, que no haya nacido transgrediendo el principio de veracidad, que no haya sido objeto de colusión entre la Entidad y el contratista, y que se haya utilizado el procedimiento selección que establece la ley, entre otros.

Ninguno de estos supuestos de nulidad está referido al comportamiento del contratista en la etapa de ejecución contractual. Esto es un punto de partida importante para el análisis posterior que se realizará para determinar la viabilidad de la aplicación de la nulidad por circunstancias diferentes a las previstas en el art. 44 del TUO de la LCE.

Un aspecto que no ha sido regulado por la normativa de contratación pública está referido sobre aquellos eventos en los que el contratista para obtener un derecho como, por ejemplo, ampliación de plazo, presentase documentos falsos sobre los cuales la Entidad toma como sustento para otorgarlo, pero, que lo descubre, luego de notificado su decisión o incluso luego de haberse ejecutado tal derecho.

Si partimos de la premisa que el funcionario solo está habilitado para actuar según marcan las pautas normativas legales, al no estar previsto una situación como la descrita en el párrafo precedente ni en la LCE ni en su reglamento, el funcionario de la Entidad no podría declarar de oficio la nulidad de su propia decisión, a pesar de tener los elementos probatorios que demuestran la falsedad o inexactitud de los documentos que presentó la contratista.

No existe una causal de nulidad prevista sobre el quebrantamiento de la presunción de veracidad sobre documentos que hayan sido evaluados y revisados por la Entidad para el reconocimiento de derechos del contratista durante la ejecución de la prestación. ¿Qué puede hacer la Entidad ante una situación como ésta?

En esta fase de ejecución contractual, corresponde al proveedor ejecutar la prestación a la que se obligó según su oferta con la que obtuvo la buena pro, y en general de acuerdo al contenido de las bases integradas. Es común que los contratistas efectúen solicitudes, por ejemplo: ampliaciones de plazo. Este tipo de solicitud es compatible con los contratos de bienes, servicio u obras. Para el caso de bienes y servicios, las causales y el procedimiento se detallan el artículo 158 del RLCE, y para el caso de obras en los artículos 197 y 198 del RLCE, respectivamente.

En ambos grupos de prestaciones (bienes y servicios–obras) la Entidad está en la obligación de responder la solicitud de ampliación de plazo, sea aprobándola o no. Pues bien, para que el contratista solicite y tenga cierto grado de probabilidad en que se ampare la solicitud de ampliación de plazo debe sustentarla. En la siguiente tabla se puede apreciar las causales específicas en las que se puede sustentar la solicitud de ampliación de plazo:

Tabla 2: Causales de ampliación de plazo

RLCE	
Casuales para solicitar ampliación de plazo	
Art. 158: numeral 158.1	Art. 197
Bienes y Servicios	Obras
a) Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.	a) Atrasos o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.
b) Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.	b) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
	c) Cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.

La causal que invoque el contratista debe estar debidamente sustentada y acreditada, de lo contrario no se aprobará la solicitud de ampliación. Si la Entidad resuelve el pedido de ampliación de plazo en forma favorable a la contratista, sustentada en documentos con información inexacta, falsa o adulterada que este último aportó o que jurídicamente no resultaba amparable otorgar la ampliación de plazo, y que tuvo incidencia directa en la forma como se pronunció, pero la Entidad recién lo advierte en forma posterior a la notificación de su decisión, el problema que se aprecia para la Entidad es determinar si ¿podría revertir su decisión o corregirla declarando de oficio la nulidad prevista en la LPAG?

Debe tenerse presente que la aprobación o no de una solicitud de ampliación de plazo tiene efectos económicos en las partes, ya que esta, de no ser aprobada, implica que la Entidad aplicará la penalidad que corresponda. Si bien el caso planteado hace referencia directa a una casuística sobre ampliación de plazo, que aplica a bienes, servicios y obras, el mismo problema se puede reflejar al liquidar un contrato de obra o un contrato de consultoría (supervisión de obra). En ambos casos la Entidad emite un pronunciamiento sobre la liquidación que haya presentado la contratista, sea observándola o emitiendo una liquidación propia.

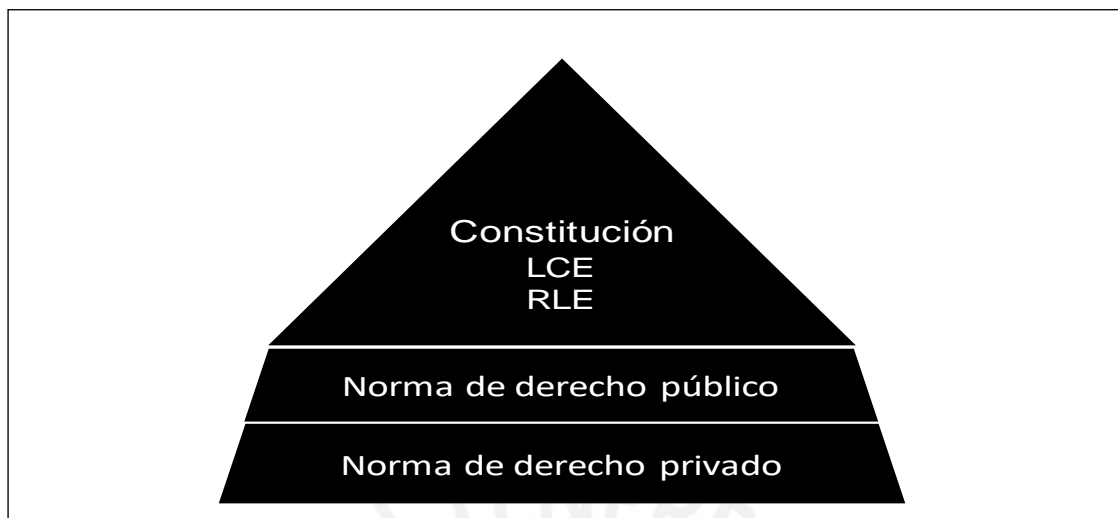
La liquidación –al igual que la ampliación de plazo– tiene efectos económicos directos, sea en favor o en contra de la Entidad o la contratista. De tal manera que, si la Entidad advirtiese, por ejemplo, que luego de haber aprobado la liquidación con un saldo a favor del contratista por un importe de S/100,000 soles, pero, advierte luego que esta tuvo como sustento documentos con información inexacta, falsa o adulterada que el contratista aportó, el problema que surge para la Entidad es si determinar si ¿podría revertir su decisión o corregirla declarando de oficio la nulidad prevista en la LPAG?

El cuestionamiento señalado –en ambos casos planteados– lleva implícito la idea de asumir que las decisiones emitidas en el ámbito de la ejecución contractual son actos administrativos y por ello, resultaría aplicable la nulidad de oficio prevista en el art. 202 de la LPAG, acción que constituye una revisión de oficio de los requisitos de validez sobre lo resuelto por la propia Entidad.

Si se asume como premisa válida lo señalado en el párrafo anterior, implicaría a su vez que la contratista pueda interponer ante la Entidad un recurso de reconsideración o apelación. Es decir, por qué la Entidad sí estaría habilitada a declarar la nulidad de oficio de sus propias decisiones en la etapa de ejecución contractual, y no recurrir a los mecanismos de resolución de controversias que prevé la ley especial (LCE), como son la conciliación, arbitraje, o junta de resolución de disputas.

El numeral 45.3 del art. 45 del TUO la LCE determina que las controversias deben ser resueltas aplicando un orden de preferencia normativo como sigue en la figura 5.

Figura 5: Orden de preferencia normativo



La discrecionalidad del funcionario responsable de emitir decisiones vinculantes en la etapa de ejecución contractual, ¿debe tener respaldo en la normativa de la LPAG?, ¿debería aplicar determinados artículos esenciales de la LPAG? o ¿su actuación debería enmarcarse estrictamente en lo que establece el CC?, claro está que luego de haber agotado el uso de las normas del primer nivel.

Hasta qué punto usando la discrecionalidad se podría justificar decidir aplicar solamente aspectos esenciales de la LPAG, como son los requisitos de validez de los actos administrativos, pero no aplicar las modalidades de notificación de estos.

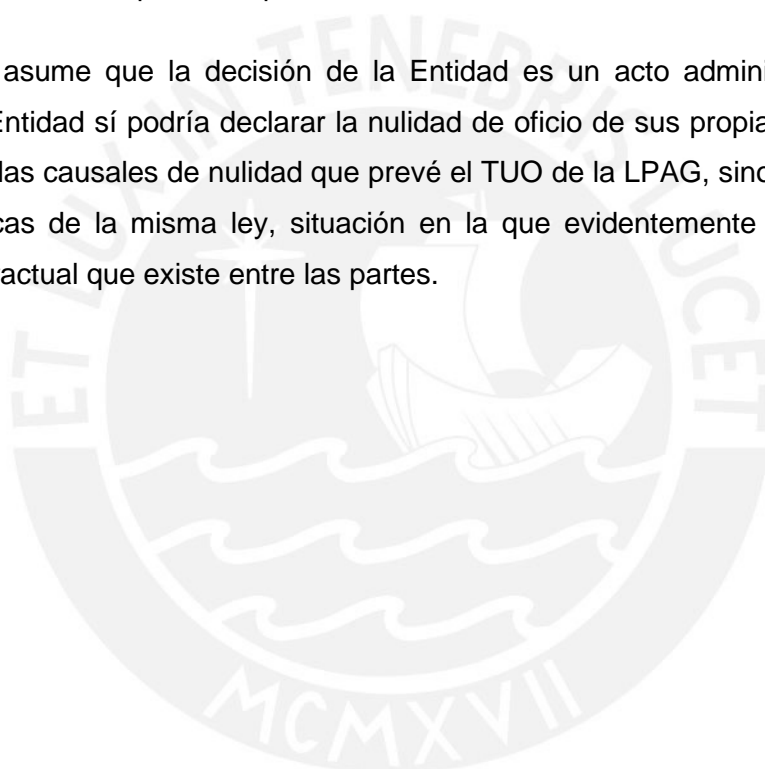
Por ejemplo, el procedimiento de resolución de contrato de bienes y servicios, tiene un procedimiento establecido en el art. 165 del RLCE. Señala las causales y los márgenes de plazo en los que discrecionalmente la Entidad le puede otorgar al contratista, y viceversa. En este caso, solamente se usa conducto notarial para requerir el cumplimiento bajo apercibimiento y para resolver. Es decir, se necesita solamente dos comunicaciones notariales, las que surten pleno efecto así la contratista no se haya encontrado en el domicilio de ejecución contractual (conocido como la notificación «bajo puerta»), para resolver un contrato.

¿La contratista podría alegar que en virtud al numeral 20.1.2 del art. 20 de la LPAG que al no haber tenido conocimiento fehaciente de su acuse de recibo y de quien lo recibe, ese procedimiento es nulo? Resulta cuestionable que el contratista plantee una defensa en esa forma.

Se aprecia de lo descrito, que la LCE y su reglamento no dan un alcance preciso sobre qué aspectos de la norma de derecho público o norma de derecho privado debería aplicarse en la etapa de ejecución contractual, situación que necesita ser aclarada para determinar la normatividad que debe ser aplicada en forma correcta.

La DTN mediante la Opinión No. 192-2019/DTN ha concluido que en la fase de ejecución del contrato no resulta viable aplicar las causales de nulidad que corresponden al contrato, postura con la que estoy de acuerdo. No obstante, esta opinión tiene un trasfondo que pasa desapercibido, en la medida que si bien no podría aplicarse causales de nulidad que corresponden al contrato, ¿acaso se podría aplicar las causales de nulidad previstas para la LPAG o el CC?

Si se asume que la decisión de la Entidad es un acto administrativo pleno, entonces la Entidad sí podría declarar la nulidad de oficio de sus propias decisiones y utilizar todas las causales de nulidad que prevé el TUO de la LPAG, sino también otras figuras jurídicas de la misma ley, situación en la que evidentemente se deforma la relación contractual que existe entre las partes.



CAPÍTULO III

APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA NULIDAD EN LA FASE DE EJECUCIÓN CONTRACTUAL

3.1. Panorama actual

3.1.1. Opiniones de la Dirección Técnico Normativo del OSCE

El art. 67 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo 076-2016-EF, establece que la DTN define criterios sobre aspectos técnicos legales, en relación sobre el sentido y alcance del marco legal de la contratación pública, entre otras funciones. Por ello, considero que esta una de las funciones más relevantes porque su impacto tiene una incidencia directa en la forma de proceder de los funcionarios de las Entidades, ya que el sentido interpretativo que realiza la DTN sobre determinado artículo, sea de la LCE o del RLCE, es una fuente importante de consulta.

Si bien la LCE y el RLCE vigente no establecen expresamente que las opiniones que emite la DTN son vinculantes –como así lo estableció expresamente el derogado RLCE aprobado mediante Decreto Supremo 184-2008-EF en su tercera disposición complementaria final– resulta que estas deben ser observadas en forma obligatoria según la Opinión 211-2017/DTN, ya que lo emite un órgano de línea especializado del OSCE cuya función es precisamente interpretar la normativa de las contrataciones con el Estado. Dicha opinión si bien no está referida a la vigente LCE y el RLCE, importa tenerla en cuenta porque realiza un razonamiento que lo compatibiliza con la actual LCE y el RLCE anterior. Así, en el numeral 3.2 de la Opinión 211-2017/DTN se concluyó lo siguiente:

3.2 No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser –su emisión– una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

En el literal c) del art. 69 como en el art. 67 del Decreto Supremo 76-2016-EF, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, concordante con el literal n) del art. 52 del TUO de la LCE, se aprecia que la DTN tiene como una de sus funciones establecer criterios técnicos legales y absolver consultas sobre la norma de contratación pública, sin embargo, no se establece que las opiniones que emita tengan el carácter de vinculantes.

No cabe duda que las interpretaciones que desarrolla la DTN en las diversas opiniones que emite representan un referente sumamente importante, en la exégesis de la normativa de contratación pública, sea para las Entidades como para los contratistas en la medida que la DTN como órgano de línea del OSCE define un sentido de interpretación oficial [no precisamente vinculante]. No obstante, no puede calificarse propiamente de vinculante dichas interpretaciones por cuanto la Tercera Disposición Final del RLCE atribuye expresamente al Consejo Directivo del OSCE la aprobación de precedentes administrativos de observancia obligatoria, precisamente sobre normativa de contrataciones del Estado.

El fundamento jurídico que la DTN desarrolla en la Opinión 211-2017/DTN pretende restablecer vía interpretación el efecto vinculante de las opiniones que emite, sin embargo, el vigente RLCE autoriza expresamente a fijar precedentes administrativos de observancia obligatoria únicamente al Consejo Directivo del OSCE, siendo función vital de la DTN presentar las propuestas del precedente administrativo para la aprobación del referido consejo.

En tanto no exista una norma que disponga expresamente que las opiniones de la DTN tienen un efecto vinculante desde su publicación, no se puede afirmar que las mismas sean de observancia obligatoria. Un aspecto que se expone en el numeral 2.4 de la Opinión 211-2017/DTN para justificar la vinculatoriedad de las opiniones de la DTN, es que la misma cumple una función de interpretación e integración para superar vacíos o lagunas legales, sin embargo, señalar ese tipo de funciones u otras, no hace que las opiniones de la DTN recobren la cualidad de vinculante que el derogado RLCE [Decreto Supremo 184-2008-EF] les confería.

Por tanto, no puede considerarse que las opiniones que emite la DTN en función a las consultas que se le efectúan sean vinculantes, como sí lo son los precedentes administrativos que aprueba el Consejo Directivo del OSCE porque el RLCE así lo ha previsto expresamente en la Tercera Disposición Final del RLCE

En tal sentido, cuando las Entidades realizan consultas a la DTN del OSCE sobre cuestiones de interpretación normativa de la LCE y el RLCE, asumen *per se* que sus decisiones son actos administrativos. Situación que se evidencia en la forma cómo formulan sus preguntas que necesitan sean absueltas.

La determinación de la naturaleza de la decisión de la Entidad y de la normativa [LPAG o CC] que correspondería aplicarse en fase de ejecución contractual no ha sido –y tampoco lo es ahora– un tema pacífico. La DTN en el devenir de los años tuvo un criterio variable sobre este aspecto.

Así, la DTN del OSCE en el tercer párrafo del numeral 2.2.2 de la Opinión 107-2012/DTN señaló que la LPAG no regula las relaciones contractuales, por ello, no podría recurrirse a las disposiciones de dicha norma de derecho público para aplicarla supletoriamente, sino a la norma de derecho privado [CC].

En contra de lo que sustenta la posición asumida por la DTN referida en el párrafo anterior, el tercer párrafo del numeral 2.4 de la Opinión 007-2013/DTN fundamenta que el pronunciamiento de la Entidad que emite respecto de una solicitud de ampliación de plazo es un acto administrativo, y que la notificación de esta puede ser realizado de forma análoga al régimen de notificación de los actos administrativos. Lo curioso del asunto es que ambas opiniones [107-2012/DTN y 007-2013/DTN] fueron emitidas por el mismo Director Técnico Normativo, las cuales evidencian una plena contradicción.

No obstante, en el numeral 2.1.4 de la Opinión 195-2015/DTN se replica en forma similar el criterio adoptado en la Opinión 007-2013/DTN, al indicar que la decisión que emite la Entidad en la fase de ejecución del contrato representa un acto administrativo.

Posteriormente, la DTN del OSCE concluyó en los numerales 3.2 y 3.3 de la Opinión 130-2018/DTN que la Entidad no está habilitada a declarar la nulidad de su propia decisión, y que no puede aplicarse en forma supletoria en la fase de ejecución contractual las disposiciones de la LPAG.

Ante los criterios variantes y contradictorios de la DTN del OSCE sobre un mismo aspecto, este último pronunciamiento determina que no existe una relación de carácter administrativo entre la Entidad y la contratista, y que -supuestamente- en el tercer párrafo del numeral 2.1.5 de la Opinión 130.2018/DTN se hace una precisión sobre lo que señalaron las Opiniones 007-2013/DTN y 195-2015/DTN. Sin embargo, considero

que en realidad no se trata de una precisión en sentido estricto, sino de un cambio de interpretación totalmente opuesto a los criterios adoptados en las opiniones de los años 2013 y 2015.

La DTN del OSCE concluye en los numerales 3.2 y 3.3 de la Opinión 130-2018/DTN que la Entidad no está habilitada a declarar la nulidad de su propia decisión, y que no puede aplicarse en forma supletoria en la fase de ejecución contractual las disposiciones de la LPAG.

La DTN asume una posición muy conveniente al señalar simplemente que la LPAG no puede aplicarse en la fase de ejecución contractual, y deja a discreción de las oficinas o gerencias legales de las Entidades ver qué causal de nulidad aplican del CC. La norma supletoria llamada, luego de descartar la aplicación de la LPAG, es el CC, sin embargo, la DTN no ha medido el impacto que ello significaría.

Finalmente, la DTN en la reciente Opinión No. 065-2019/DTN flexibilizó la aplicación de la LPAG y del CC en la fase de ejecución contractual, al señalar que corresponderá realizar un examen de compatibilidad entre la norma de derecho público y de derecho privado. Este último criterio adoptado por la DTN del OSCE resulta más coherente con el marco legal de la contratación pública, ya que la norma de derecho público resulta esencial para compatibilizar algunos aspectos de la ejecución contractual, que no podría haberse realizado recurriendo únicamente al CC.

La LPAG establece un régimen de nulidad al igual que el CC, sin embargo, hay diferencias sustanciales que hacen cavilar sobre si resulta coherente con el régimen legal especial de la contratación pública recurrir a la nulidad de carácter civil, la cual tiene una categoría de nulidad más amplia sobre la materia.

3.1.2. Laudos arbitrales

Los laudos arbitrales cuando resuelven controversias relacionadas con la nulidad de los pronunciamientos de las Entidades, en su mayoría recurren a las causales de nulidad de la LPAG, previa afirmación –claro está– que las decisiones que emite las Entidades son actos administrativos. Otro grupo de laudos sustentan la nulidad en las cuales que establece el CC. Y otro grupo de laudos simplemente no señala base legal para declarar la nulidad.

El *quid* del asunto es saber hasta qué punto se puede recurrir en forma supletoria a la normativa que prevé la LPAG, sin vaciar de contenido a la norma especial de contratación pública. Se aprecia cierta inercia en tratar siempre de vincular o encasillar aspectos que el RLCE desarrolla en la fase de ejecución contractual con figuras jurídicas propias de la LPAG. Por ejemplo, Rocca sostiene que, si cualquiera de las partes es notificado con la liquidación de obra, y ninguna de ellas se pronuncia dentro del plazo de ley, se configura el silencio administrativo positivo (2018).

No comparto la postura de Rocca, porque se advierte que asume *per se* que la Entidad se encuentra en una relación de administración y administrado frente al contratista, y esto no es así, por la sencilla razón que asumir la posibilidad de que en la etapa de ejecución contractual se configure el silencio administrativo positivo, implica que entre la Entidad y el contratista exista una relación de carácter administrativo, y no lo que es, contractual.

Se asume tan fácilmente, sea consciente o inconscientemente, que las decisiones de las Entidades son actos administrativos en sentido estricto, porque es la única manera de justificar la aplicación de diversos artículos de la LPAG. Esa idea errada prácticamente es la llave maestra para utilizar indiscriminadamente diversas figuras jurídicas de la LPAG, como si fuere algo natural y según lo que establece el numeral 45.10 del art. 45 y la primera disposición complementaria final del TUO de la LCE. Es momento de cambiar esa idea errada que es considerada por muchas Entidades, contratistas y árbitros como dogma de fe.

A quién se le podría ocurrir que la notificación de la decisión de resolución contractual deba notificarse en forma personal al destinatario utilizando como base legal la norma de derecho público [numeral 20.1.1. del art. 20 de la LPAG]. Seguramente para quienes consideran dicha decisión como acto administrativo esa opción es viable. Este ejemplo, podría parecer un caso de laboratorio, pero ocurrió en el proceso arbitral seguido por Consorcio Villa Naval en contra de la Marina de Guerra, cuya controversia versa sobre la resolución de un contrato de servicio, tal como lo describe el laudo de fecha 2 de febrero de 2017:

En el presente caso, tenemos que la carta Notarial N° **V.200-2024** de fecha 23 de julio del 2014, FUE DEJADA- EN PRIMERA CONCURRENCIA AL DOMICIUO-DEBAJO-DE LA PUERTA- conforme se acredita de la propia certificación notarial- y sin cumplir

con la con lo establecido por la Ley del Procedimiento Administrativo General se ha impedido que el contratista pueda ejercer su defensa, decidiendo presentar o no sus descargos, no habiendo consignado otra anotación en la que se indicara que en primera visita no se encontró a la persona o su representante, dejando una nota del día en que se iba a regresar y que en la segunda visita programada se dejó la notificación bajo puerta debido a que no se encontró a la persona a ser notificada.

La situación antes descrita vulnera el Principio de Legalidad y el Principio del Debido Procedimiento Administrativo establecido en los incisos 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley n.º 27444, aun cuando se produzca dentro de una relación contractual, es en esencia un acto administrativo (p. 18).

El razonamiento del árbitro es claramente contrario a la supletoriedad que alude la normativa de contratación pública, porque el RLCE ya establece un procedimiento específico de resolución de contrato para el caso de bienes y servicios, y otro procedimiento resolución de contrato para el caso de obras. ¿Acaso era necesario recurrir a las formas de notificación del acto administrativo para analizar si la Entidad había efectuado o no un correcto procedimiento formal de resolución de contrato? Claro que no, porque lo que se notifica no es un acto administrativo en sentido estricto, sino una decisión de carácter contractual, y esto último está perfectamente desarrollado en el RLCE.

Lo más grave es que el árbitro reconoce que está en una relación contractual, pero, aun así, sin mediar justificación jurídica alguna, señala que en esencia es un acto administrativo, incurriendo en una flagrante motivación contradictoria en su estructura lógica. Es evidente que la notificación de una decisión que resuelve un contrato no representa un acto administrativo por lo ya expuesto en el capítulo II.

A continuación, se hace referencia a una serie de laudos arbitrales que sustentan un criterio que se inclina por asumir que son actos administrativos las decisiones de las Entidades en la fase de ejecución contractual:

En el proceso arbitral ad hoc [sin número de expediente], seguido por A y D Asociados S.A.C. en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, cuya

controversia está vinculada sobre la invalidez o ineficacia de una penalidad, el árbitro único emitió laudo arbitral, con fecha 3 de febrero de 2016, en el que asumió que la carta que la Entidad envió al contratista para comunicarle la aplicación de la penalidad es un acto administrativo válido, porque se sujetó a los requisitos que establece el art. 10 de la LPAG.

En el proceso arbitral ad hoc [exp. No. 006-2016], seguido por el Consorcio San José en contra del Gobierno Regional Pasco, cuya controversia está vinculada sobre la nulidad de la resolución ejecutiva regional emitida por la Entidad que determinó resolver el contrato, el tribunal arbitral emitió laudo arbitral, con fecha 23 de enero de 2018, en el que asumieron que dicha resolución ejecutiva representa un acto administrativo.

En el proceso arbitral ad hoc [sin número de expediente], seguido por el Consorcio Vial San Miguel en contra de la Municipalidad Metropolitana de Lima, cuya controversia está vinculada sobre la nulidad de una carta que comunica la aplicación de una penalidad, el tribunal arbitral emitió laudo arbitral, con fecha 2 de febrero de 2018, en el que asumieron que dicha carta representa un acto administrativo.

En el proceso arbitral ad hoc [sin número de expediente], seguido por la Constructora Quimera S.A.C. en contra de la Municipalidad Provincial de Trujillo, cuya controversia está vinculada sobre la nulidad de dos resoluciones que declararon no aprobar una solicitud de ampliación de plazo y resolver el contrato, el tribunal arbitral emitió laudo arbitral, con fecha 22 de enero de 2018, en el que asumieron que dichas resoluciones son actos administrativos, y que el análisis de validez debe efectuarse de acuerdo a lo previsto en el art. 10 de la LPAG.

En el proceso arbitral ad hoc [sin número de expediente], seguido por la Constructora Huanta en contra de la Municipalidad Provincial de Huanta, cuya controversia está vinculada sobre dejar sin efecto una resolución de alcaldía de la Entidad que resolvió el contrato, el árbitro único emitió laudo arbitral, con fecha 25 de enero de 2018, en el que asumió que dicha resolución es acto administrativo, porque es una manifestación de la voluntad de la Entidad, porque se efectuó conforme a las normas de derecho público, y porque sobre el administrado produjo efectos jurídicos.

En el proceso arbitral institucional [exp. No. 006-2016] administrado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, seguido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones: Provias Descentralizado en contra del Consorcio de

Ingeniería V&H Rusaa, cuya controversia está vinculada sobre la legalidad de la declaración de la nulidad del contrato suscrito entre las partes, el tribunal arbitral emitió laudo arbitral, con fecha 24 de enero de 2018, en el que asumió que dicha resolución es acto administrativo, sin embargo, al estar inmerso de una causal de nulidad de la LPAG, implica que no ha sido emitida de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

Ejemplos del laudo como el citado hay muchos, sobre todo cuando se resuelven aspectos relacionados a la nulidad de las decisiones de las Entidades. Lo que he identificado es que se declara la nulidad de dichas decisiones sosteniendo que son actos administrativos, y esto precisamente no es correcto, o en otros casos, aplicando el CC, y en algunos ni siquiera se sustenta la base legal.

Lo cierto es que tampoco entre los árbitros existe un criterio uniforme sobre la naturaleza de las decisiones de la Entidad, y sobre la norma de derecho público o privado que correspondería aplicar las causales de nulidad al caso en concreto.

3.2. Supletoriedad

El TUO de la LCE no tiene previsto un régimen de causales de nulidad que sean estrictamente aplicables sobre las actuaciones propias de la ejecución contractual. Por ejemplo, si la contratista considera que la Entidad no ha efectuado una correcta evaluación de su solicitud de ampliación de plazo contractual ¿sobre qué norma debería sustentar su pretensión de nulidad?

El TUO de la LCE para suplir tal vacío normativo establece en el numeral 45.10 del art. 45 y su primera disposición complementaria final lo siguiente (ver tabla 3):

Tabla 3: Marco legal sobre aplicación normativa en la resolución de controversias

TUO de la LCE	
Art. 45 Numeral 45.10	Primera Disposición Complementaria Final
Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente norma y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público.	La presente norma y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

La norma especial establece su propio orden de preferencia sobre otros cuerpos legales, lo que implica que no puede ser sobrepasada por ningún otro tipo de norma – sin importar el rango normativo– sea que corresponda al ámbito derecho público o de derecho privado. En este caso, tanto la LPAG como el CC al ser los únicos cuerpos legales que establecen regímenes de nulidad material de ámbito general, serán las normas representativas del derecho público y privado, respectivamente.

El TUO de la LCE otorga una pauta general sobre el orden de preferencia normativo como debe aplicarse. Esta generalidad trae problemas de interpretación, ya que cuando una categoría jurídica se encuentra regulada por dos cuerpos normativos [LPAG - CC], como es la nulidad, este orden de preferencia entra en crisis, porque surge la duda natural de determinar sobre qué base legal debería sustentarse.

Una figura jurídica que no presenta problemas de interpretación es la indemnización, la cual no está regulada en la LCE y el RLCE –al igual que la nulidad–, pero que nadie discute que esta sea amparada bajo el marco legal del CC. La diferencia es que como la LPAG no regula la indemnización, no representa un problema que se recurra en forma supletoria al CC. Esto también es aceptado por la DTN quien al analizar el aspecto indemnizatorio recurre a la normativa del CC, de la misma manera los árbitros al emitir los laudos arbitrales.

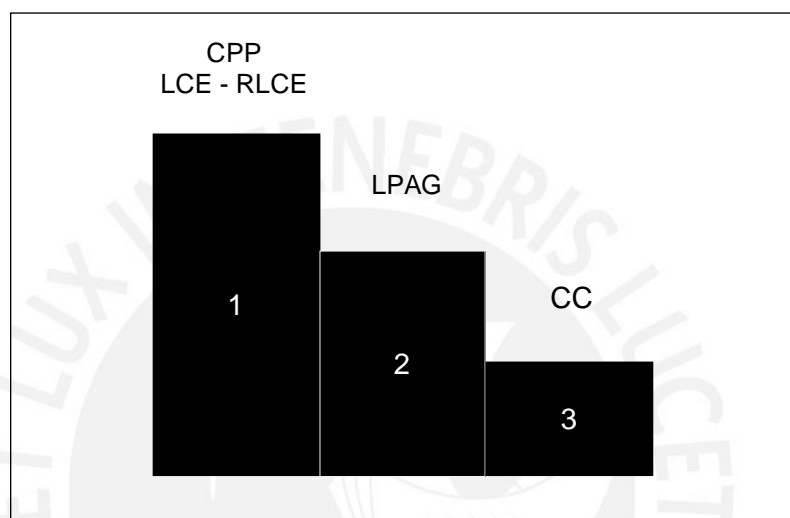
Está claro que hay un orden de preferencia que no puede ser analizado ligeramente, dado que tiene la categoría de norma de orden público. Nuestra primera opción normativa debe partir agotando el análisis de la compatibilidad del régimen de nulidad de la LPAG en la relación contractual que existe entre la Entidad y la contratista.

Como se ha indicado, las decisiones que la Entidad emite durante la fase de ejecución contractual no son actos administrativos, entonces esto podría conllevar a descartar de plano la aplicación de su régimen de nulidad de la LPAG, porque podría pensarse que se estaría desnaturalizado la relación contractual.

La DTN en la Opinión 130-2018/DTN sostiene que no corresponde aplicar la LPAG en la fase de ejecución contractual, porque la Entidad no ejerce función administrativa. Entonces, bajo esta premisa concluye que debe descartarse el régimen normativo de la LPAG en dicha fase. Otra postura, podría sostener que tampoco se debe recurrir a la LPAG porque regula la relación entre la administración y el administrado, y entre la Entidad y la contratista solamente una relación contractual.

El hecho de que la LPAG tenga por objeto regular las relaciones entre la administración y el administrado, no implica que deba descartarse de plano su régimen de nulidad. Por tal motivo, este es un primer indicador a tener en cuenta para desarrollar qué tanto las figuras jurídicas [nulidad] de la LPAG y el CC podrían aplicarse supletoriamente a la contratación pública, especialmente en la fase de ejecución contractual.

Figura 6: Orden de aplicación normativa



La supletoriedad de la norma consiste en complementar aspectos que la norma especial no las regula o prevé. En este caso, la LCE no solamente indica cual es la normativa supletoria [norma de derecho público y norma de derecho privado], sino que también indica el orden, y esto último, es sumamente importante porque delimita en determinado aspecto cuál figura jurídica correspondería aplicar cuando ambos cuerpos normativos también lo regulan, como, por ejemplo, la nulidad.

De acuerdo al capítulo anterior, las decisiones que las entidades emiten en la fase de ejecución contractual no son actos administrativos. No obstante, es necesario precisar que el razonamiento que se utiliza comúnmente es que el contratista es un administrado frente a la entidad, y esto origina la concepción errada de que la entidad emite actos administrativos porque existe una relación de administración – administrado.

Es necesario recurrir a la LPAG para suplir aquellos aspectos que la LCE ni el RLCE han previsto, y el indicio elemental para advertir ello es considerar a las decisiones de la Entidades como genuinos actos administrativos, porque de esa manera resulta

sencillo recurrir a las otras figuras jurídicas que contempla la LPAG, como el silencio administrativo positivo, causales de nulidad, la nulidad de oficio, la conservación de los actos administrativos, la notificación, entre otros.

Como ya se indicó, en la etapa de ejecución contractual solamente existe un escenario que establece la LCE y el RLCE, en el que la Entidad puede de oficio declarar la nulidad, y es respecto del contrato ya suscrito por la Entidad y la contratista. Pero, nótese la particularidad de esta nulidad, ya que establece supuestos específicos que difieren de las causales de nulidad previstas en el art. 10 de la LPAG, e incluso de las causales de nulidad del CC. En este escenario, bajo ninguna circunstancia se puede afirmar que se está declarando nulo un acto administrativo, porque evidentemente el contrato no representa tal categoría jurídica.

En esa medida, solamente me voy a referir a la aplicación supletoria de la nulidad en la contratación pública, ya que es una figura jurídica muy utilizada en las controversias arbitrales, donde no existe un tratamiento uniforme sobre qué base legal debería sustentarse para declarar la nulidad de las decisiones de la Entidad.

Como se sabe, la LCE y el RLCE omiten establecer causales de nulidad para su aplicación sobre aquellos eventos propios de la ejecución contractual. Por tanto, aquí nos encontramos ante un auténtico vacío normativo que requiere imprescindiblemente ser suplido por otra norma. Lo que necesita ser complementada son los siguientes componentes: (a) norma legal aplicable [LPAG Vs. CC] y (b) causales de nulidad.

3.2.1. Norma legal aplicable

El art. 109 de la CPP determina que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial. Todas las normas legales publicadas en el diario oficial El Peruano llevan implícita en su contenido que son de observancia o cumplimiento obligatorio, sea lo que dispongan o establezcan. Así, dentro del universo de normas que existe, la LCE representa una categoría de normativa especial. En relación a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo *sui géneris* de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.... Surgen por la necesidad de establecer regulaciones

jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general (Exp. 0018-2003-AI/TC, p. 11).

El TUO de la LCE establece, en su numeral 45.10 del art. 45, que hay un orden de preferencia normativa respecto a la aplicación del derecho para resolver todas aquellas controversias que se presenten en la contratación pública. En el primer grupo se encuentran la CPP, la LCE y el RLCE. Luego, en el segundo grupo tenemos a las normas de derecho público, que en este caso se toma referente a la LPAG. Finalmente, tenemos el segundo grupo de normas de derecho privado, el cual se representa en este caso al CC.

Cuando se realiza actividad supletoria sobre la norma especial, es indispensable ser lo más restrictivo posible, ya que de esa manera no desnaturalizamos la particularidad de la norma a complementar.

Ahora bien, tenemos como premisa de trabajo que la LCE indica un orden de preferencia sobre las normas llamadas a suplir (ver figura 7). En este caso, la norma de derecho público está representada por la LPAG, y la norma de derecho privado por el CC.

Este orden de preferencia que establece la LCE es sagrado, ya que no puede ser alterado o modificado por ninguna de las partes [Entidad y contratista], así como tampoco por los árbitros cuando resuelvan controversias derivadas de la fase de ejecución contractual, sea cualquiera la naturaleza de la prestación [bienes, servicios u obras], es por ello, que la LCE encuadra dicha disposición normativa [numeral 45.10 del art. 45] dentro la categoría jurídica de orden público.

Rubio (2008) definen al orden público “como el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni de los particulares, sobre cuya voluntad el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario” (p. 94).

La LCE solamente tiene un artículo que califica como norma de orden público y es respecto a lo previsto en el numeral 45.10 del art. 45 del TUO de la LCE. No hay otro

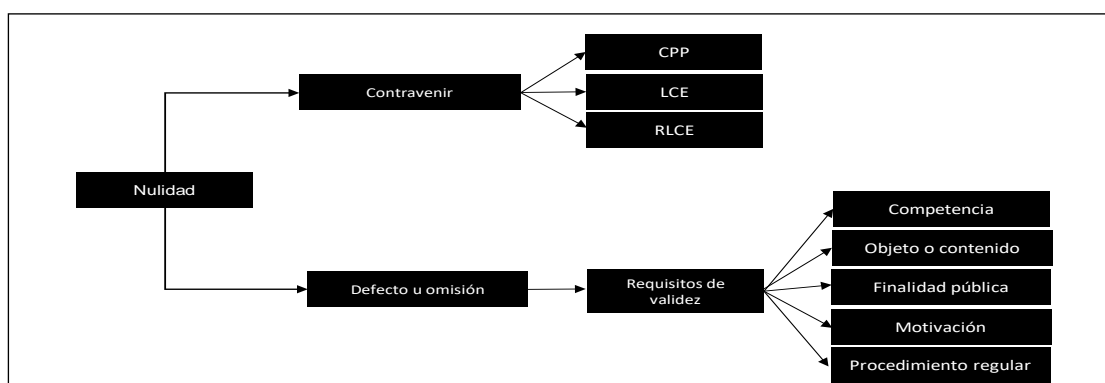
artículo, ni de la LCE y tampoco del RLCE, que tenga tal condición normativa. Entonces, el nivel de rigor interpretativo de las normas supletorias debe realizarse con sumo cuidado. Por ello considero, que la DTN no ha previsto que descartar de plano la aplicación de la LPAG como norma supletoria para determinar la nulidad de las decisiones contractuales, puede conllevar a resultados inesperados. En hora buena, este criterio ha sido corregido en la Opinión No. 065-2019/DTN.

No habiendo sido previsto la figura jurídica de la nulidad en la norma especial, corresponde recurrir a la LPAG como norma inmediata de carácter supletorio para complementar tal vacío normativo. Seguramente muchos pensarán que he regresado a la norma de derecho público de la que tanto he cuestionado su aplicación injustificada para catalogar como acto administrativo a las decisiones de las Entidades, pero no es lo que parece.

El art. 10 de la LPAG establece 4 causales de nulidad, las cuales están referidas a vicios del acto administrativo, sin embargo, el uso específico de determinadas causales para resolver cuestiones sobre pretensiones sobre nulidad no desnaturaliza la relación contractual de las partes ni tampoco la convierte en administrativa.

De la misma manera que recurrir al CC para sustentar una pretensión indemnizatoria derivada de la resolución de un contrato no convierte a la relación de las partes en una de naturaleza eminentemente civil, de igual manera recurrir a puntuales causales de nulidad y otras normas de la LPAG que dotan de contenido a la misma no la convierte en una relación administración-administrado. Por ello, no debe resultar extraño y tampoco irregular, que la declaración de nulidad se pueda sustentar en causales específicas de la LPAG. Vista las cosas así, se presenta la siguiente esquema de la nulidad (ver figura 7):

Figura 7: Causales de nulidad de la LPAG



La causal de nulidad descrita, como contravención a las normas cubren ampliamente el espectro de cualquier pretensión nulificante en la contratación pública. De tal manera que si la Entidad es sorprendida por la contratista que aporta documentos con información falsa o inexacta, tendría que iniciar un proceso arbitral solicitando que se declare la nulidad de la decisión que le reconoce un derecho a la contratista, más no podrá de oficio declararlo nulo, debido a que dicha atribución no le ha sido conferida por la normativa especial de contratación pública.

Sobre la primera causal [contravención de normas], el ratio de alcance es prácticamente general. Cualquier inobservancia de la LCE y su RLCE en la fase de ejecución contractual es pasible de nulidad, a pesar de que tal vez la omisión no tenga efectos prácticos relevantes. Por ejemplo, la formalidad para resolver un contrato es efectuarlo por conducto notarial, sin embargo, la omisión de esta formalidad podría no haber generado indefensión de la contraparte ni afectado ningún derecho, pero al ser una formalidad inobservada, se contraviene la ley, supuesto en el que amerita aplicarse la nulidad.

En el capítulo segundo se indicó que la decisión que emite la Entidad en la fase contractual no es acto administrativo, y que tampoco es acto jurídico, entonces se cuestionó ¿qué es? Pues en alguna de estas dos categorías normativas debe encuadrarse las decisiones que emiten las Entidades en la fase de ejecución contractual, de lo contrario como sostiene Linares esto implicaría la creación de “una categoría jurídica, vacía, sin contenido” (2019).

Se descarta de plano que sean actos jurídicos, ya que el régimen legal en que se sustenta en el CC tiene una configuración distinta donde prevalece la voluntad de las partes, y como resulta evidente, en la contratación pública casi todo está tasado o si se quiere regulado, de tal manera que el funcionario de la Entidad solamente podrá realizar o ejecutar aquello que la LCE y el RLCE le permite hacer.

Compatibilizar la decisión de la Entidad con el acto administrativo resulta indispensable para otorgarle estabilidad jurídica, pues la gestión contractual que realizan las entidades frente al contratista no tiene una categoría jurídica propia que esté regulada en la LCE o el RLCE, situación que hace necesario recurrir ineludiblemente a la norma de derecho público para suplir tal vacío.

Cabe precisar que tampoco la LPAG -como norma de derecho público- regula los aspectos de la gestión contractual de las Entidades cuando representan a una de las partes dentro de una relación contractual, sin embargo, sí regula los aspectos que se deben verificar internamente -como ejercicio de la función administrativa- para emitir un pronunciamiento válido frente a los administrados. Esto último es importante tomarlo con precaución, a fin de no desnaturalizar la relación contractual.

El análisis de compatibilidad es necesario en la medida que permite adecuar la decisión que emite la Entidad en la fase de ejecución contractual con la figura del acto administrativo, solo en lo estrictamente necesario para dotarle de sentido jurídico, pues como se había indicado, de las dos únicas categorías jurídicas disponibles, el acto administrativo es la que más concuerda con la lógica de la gestión contractual de un contrato bajo el marco legal de la contratación pública.

El numeral 1.1 del art. 1 del TUO de la LPAG define el concepto acto administrativo. Lo esencial de esta figura jurídica radica en que se trata de una declaración que efectúa la Entidad, que indefectiblemente tiene un impacto jurídico, sea sobre los intereses, derechos u obligaciones, pero, ¿sobre quién? Sobre un administrado. Esta figura se gesta típicamente cuando existe una relación de administración y administrado, situación que no se configura cuando estamos en la fase de ejecución contractual.

No obstante, el acto administrativo debe ser considerado como una manifestación del ejercicio de la función administrativa que realiza la Entidad al realizar gestión contractual dentro del ámbito de la contratación pública. Esto no es otra cosa que una declaración expresa sobre los supuestos normativos de ejecución obligatoria o discrecional que prevé la ley especial [LCE – RLCE], en el marco estricto de una relación contractual.

No debe tergiversarse esta compatibilización con el sentido propio de acto administrativo que desarrolla toda la LPAG, ya que de ocurrir ello, implicaría que la Entidad tendría un comportamiento como si se tratase de la administración pública. Bajo esa óptica en la fase de ejecución contractual, p. ej., la Entidad podría declarar de oficio la nulidad sobre cualquier decisión que haya expedido, y utilizaría el régimen de notificación de actos administrativos para notificar sus decisiones.

Para que la decisión de la Entidad que emita en la fase de ejecución contractual tenga sentido, es necesario compatibilizarlo con la figura jurídica que se desprende del derecho público como norma inmediata llamada a suplir, esto es, con el acto administrativo. Esta afirmación no implica de ninguna manera que la relación entre las partes [entidad - contratista] sea de administración y administrado.

Lo que corresponde es compatibilizar la naturaleza la decisión que la Entidad emite en la fase de ejecución contractual con la figura del acto administrativo, solamente en su estructura más esencial, pero, no porque se haya configurado en sentido estricto como dicha figura, sino que como norma inmediata supletoria es necesario realizar el encuadramiento necesario sin tergiversar su esencia misma.

3.2.2. El silencio administrativo positivo

El RLCE establece supuestos específicos en el que la omisión o notificación extemporánea de la respuesta de la Entidad a una solicitud del contratista tiene un efecto predeterminado. Esto es, la aprobación de la petición contenida en la solicitud. En el RLCE se aprecia que, para los casos de solicitudes de ampliación de plazo, liquidación de obra y cambio de personal, la norma ha previsto que se tienen por aprobadas cuando no haya emisión oportuna de la respuesta dentro del plazo establecido.

Conforme se ha sustentado en los acápites precedentes, no hay la necesidad de encasillar todos los aspectos que regula la LCE y el RLCE en las figuras jurídicas de la LPAG, porque esta norma no está diseñada para regular el ámbito contractual de las Entidades, sino relaciones de carácter administrativo, cuyas partes son: (i) la administración y (ii) el administrado, cuya lógica legal es distinta a la que se desenvuelve en el marco de una gestión contractual donde las partes tiene una relación de carácter horizontal.

Benavente & Sotelo (2014) asumen que el contratista tiene la calidad de administrado en la fase de ejecución contractual, y por ello vinculan la figura del silencio administrativo positivo con la falta de respuesta en los casos de ampliaciones de plazo y liquidación de obra (p. 1). Discrepo con los referidos académicos, porque, así como postulan que se configura el silencio administrativo positivo, también se podría postular aplicar la nulidad de oficio, el régimen de notificación de los actos administrativos, aplicar

los recursos impugnatorios, entre otras figuras propias de la LPAG que corresponden al marco de una relación administración – administrado.

No existe justificación jurídica que permita concluir que el RLCE ha previsto supuestos de silencio administrativo positivo (en adelante, SAP). Ninguna. El hecho de que se recurra en forma supletoria a la LPAG para dotar de contenido jurídico a la naturaleza de la decisión que emite la Entidad en la fase de ejecución contractual como acto administrativo de gestión contractual, no implica que la Entidad tenga carta abierta para utilizar otras figuras jurídicas, puesto que ello va en contra del concepto de supletoriedad.

Si la contratista verifica que la Entidad no le respondió oportunamente la solicitud de ampliación de plazo, la consecuencia legal es que deba tenerla por aprobada, así la Entidad responda lo que fuere extemporáneamente. Por tanto, la Entidad no podrá aplicar penalidad durante el periodo de tiempo que abarcó su solicitud. ¿Acaso hay algún vacío que necesite ser suplido para encasillar esta consecuencia jurídica como silencio administrativo positivo? Ninguno.

Dado que no existe entre las partes una relación de carácter administrativo, resulta errado que se afirme que, ante la falta de respuesta oportuna ante una solicitud de ampliación de plazo efectuada por la contratista, se configure el silencio administrativo positivo. Jurídicamente no resulta viable que se afirme tal situación –ya que ello– desnaturaliza la relación contractual de las partes.

Existe una tendencia equivocada en concebir como silencio administrativo positivo la falta de respuesta en la fase contractual, siendo que esta percepción anómala deriva porque se asocia que la Entidad tiene actuación administrativa, sin embargo, esto último no ocurre, ya que la contratista no tiene una posición de administrado frente a la Entidad.

4.1. Conclusiones

El TUO de la LPAG no regula el ámbito de las relaciones contractuales que las Entidades asumen con los contratistas, derivado del marco de la contratación pública, por ello no todas las figuras jurídicas de la LPAG -como p. ej. el silencio administrativo positivo- son aplicables en la fase de ejecución contractual, ya que esta norma de derecho público regula un tipo de relación diferente.

La decisión que emite la Entidad en la fase de ejecución contractual debe ser compatibilizada con un acto administrativo de gestión contractual, con la finalidad de dotarle de sentido jurídico, ya que constituye una forma en que la Entidad manifiesta su voluntad mediante el ejercicio de la función administrativa, pero no precisamente dentro de una relación administración – administrado.

La Entidad no puede declarar de oficio la nulidad de las decisiones que haya notificado al contratista, porque esta figura jurídica es propiamente aplicada cuando de por medio existe una relación entre la administración y el administrado, situación que no se configura en la fase de ejecución contractual, debiendo la Entidad recurrir a los mecanismos de resolución de controversias que prevé el TUO de la LCE.

La declaración de nulidad de la decisión de la Entidad se debe basar en la causal prevista en el inciso 1) del art. 10 del TUO de la LPAG, debido a que dicha norma de derecho público resulta de aplicación supletoria cuando la contratista cuestione la validez de lo decidido por la Entidad en el marco de la ejecución contractual.

La aplicación supletoria de algunas figuras jurídicas, tanto de la LPAG como del CC, no implica la tergiversación o alteración del tipo de relación contractual que existe entre la Entidad y el contratista en el marco de la ejecución de un contrato derivado de la normativa de la contratación pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

5.1. Legislación

Congreso de La República del Perú. (11/04/2001). Ley del Procedimiento Administrativo General. [Ley 27444]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. (17/01/2003). Aprueban directiva que establece el procedimiento para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 161° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Directiva 001-2003-CONSUCODE/PRE. [Resolución 010-2003-CONSUCODE/PRE]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Congreso de La República del Perú. (11/07/2014). Ley de Contrataciones del Estado. [Ley 30225]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (07/04/2016). Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo 76-2016-EF]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (31/12/2018). Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo 344-2018-EF]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (25/01/2019). Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. [Decreto Supremo 004-2019-JUS]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (13/03/2019). Texto único ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo 082-2019-EF]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (23/03/2019). Fe de Erratas del Texto único ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado. [Decreto Supremo 082-2019-EF]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. (21/10/2019). Formalizan aprobación de la Directiva “Intervención Económica de la Obra”. Directiva 013-2019-OSCE/CD. [Resolución 183-2019-OSCE/PRE]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

Poder Ejecutivo del Perú. (14/12/2019). Modifican el Reglamento de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo 344-2018-EF. [Decreto Supremo 377-2019-EF]. DO: [Diario Oficial El Peruano].

5.2. Opiniones de la DTN del OSCE

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (9 de noviembre de 2012). Opinión N° 107-2012/DTN. Recuperado de <https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones-2012/107-12%20-%20GOB.REG.CAJAMARCA%20-%20Notificaciones.doc>

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (22 de enero de 2013). Opinión N° 007-2013/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2013/007-13%20-%20PRE%20-%20GOB.REG.CUZCO%20-%20formalidades%20de%20la%20resolucion%20de%20ampliacionde%20plazo.doc

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (31 de diciembre de 2015). Opinión N° 195-2015/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2015/195-15%20-%20PRE%20-%20AGRO%20RURAL.doc

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (26 de septiembre de 2017). Opinión N° 211-2017/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2017/211-17%20-%20DIANET%20BETZABET%20PAZ%20SEVILLANO.docx

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (23 de agosto de 2018). Opinión N° 130-2018/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2018/130-18%20-%20T.D.13225240%20-%20PROG.NAC.INFRAEST.EDU.%20-%20PRONIED.doc

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (23 de abril de 2019). Opinión N° 065-2019/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2019/065-19%20-%20TD%2014553660%20-%20MUNI%20DIST%20DE%20SAMUEL%20PASTOR%20-%20APLIC.DE%20LCE%20Y%20SU%20REGLAMENTO%20DURANTE%20EJEC.CONTRACTUAL.doc

Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, Dirección Técnico Normativa (5 de noviembre de 2019). Opinión N° 192-2019/DTN. Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/legislacion/Legislacion%20y%20Documentos%20Elaborados%20por%20el%20OSCE/Opiniones_2019/192-2019-%20TD.%2015634233%20GOB%20REG%20MOQUEGUA.docx

5.3. Tribunal Constitucional

Tribunal Constitucional Peruano. (26.04.2004). Sentencia recaída en el Exp. 018-2003-AI/TC. Lima. Recuperado de: <http://200.123.6.87/buscarRes/public/resolucionjur?filtro=S&search=&demandante=&demandado=&numexpediente=18&anoingreso=2003&idtipoproceso=3&anopublica=&pg=1>

5.4. Laudos arbitrales

Laudo arbitral. (03.02.2016). Tribunal Arbitral Unipersonal. Arbitraje ad hoc seguido por A y D Asociados S.A.C en contra del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2016/006.pdf>

Laudo arbitral. (02.02.2017). Tribunal Arbitral Unipersonal. Arbitraje ad hoc seguido por Consorcio Villa Naval en contra de la Marina de Guerra del Perú. Laudo arbitral. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/INTERNO/2017/001.pdf>

Laudo arbitral. (23.01.2018). Tribunal Arbitral. Arbitraje ad hoc seguido por Consorcio San José en contra del Gobierno Regional de Pasco. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2018/051-2018.pdf>

Laudo arbitral. (24.01.2018). Tribunal Arbitral. Arbitraje institucional seguido por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones: Provías Descentralizado en contra del Consorcio de Ingeniería V&H Rusaa. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2018/025-2018.pdf>

Laudo arbitral. (25.01.2018). Tribunal Arbitral Unipersonal. Arbitraje ad hoc seguido por el Consorcio Huanta en contra de la Municipalidad Provincial de Huanta. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2018/029-2018.pdf>

Laudo arbitral. (26.01.2018). Tribunal Arbitral. Arbitraje ad hoc seguido por la Constructora Quimera S.A.C. en contra de la Municipalidad Provincial de Trujillo. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2018/031-2018.pdf>

Laudo arbitral. (02.02.2018). Tribunal Arbitral. Arbitraje ad hoc seguido por el Consorcio Vial San Miguel en contra de la Municipalidad Metropolitana de Lima. Lima. Recuperado de <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2018/041-2018.pdf>

5.5. Libros y artículos

- Alejandro Álvarez Pedroza, Orlando Álvarez Medina. (2016). *Análisis de la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico.
- Álvarez, Alejandro; Álvarez, O. (2017). *Comentarios al reglamento y ley de contrataciones del estado - Volumen II* (1ra ed.). Lima: Instituto Pacífico.
- Benavente, C., & Sotelo, E. (2014). Reflexiones en torno a la aplicación del silencio administrativo positivo en los contrastos de obra pública y su tratamiento en sede arbitral. *Arbitraje PUCP*, (5), 87–94. Recupeado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/download/16689/17019/>
- Brewer - Carias, A. (2005). *Derecho Administrativo - Tomo I* (1ra ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia - Universidad Central de Venezuela.
- Bullard, A. (2003). El Regreso del Jedi (O de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de Libre Competencia). *THEMIS, Revista de Derecho*, 131–158. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9861/10274>
- Cabrera, M.; Quintana, R.; Aliaga, F. (2017). *Comentario Exegético al T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General* (1ra ed.). Lima: Legales Ediciones.
- Danós, J. (s.f.). *Régimen de la Nulidad de los Actos Administrativos en la Ley No. 27444 del Procedimiento Administrativo General*. 49. Recuperado de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3409_ponenciaforonulidad_actos_administrativos.pdf
- Dromi, R. (2005). *Derecho Administrativo - Tomo I* (1ra ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Guzmán, C. (2017). Artículo I.- Ámbito de aplicación de la ley. In *Comentarios al TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Tomo I* (pp. 17–57). Lima: Jurista Editores.

- Hernández, S. (2012). *Estructura de las redes de corrupción en los procesos de selección en el sector Transporte y Comunicaciones entre los años 2005 y 2010* (Pontificia Universidad Católica del Perú). Recuperado de <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5546>
- Hernández, S. (2015). Apuntes sobre la reforma en materia de contratación pública. *Revista Derecho & Sociedad*, 1(44), 99–107. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5085267>
- Huapaya, R. (2006). Propuesta de una nueva interpretación del concepto de Acto Administrativo contenido en la Ley de Procedimiento. *Círculo de Derecho Administrativo*, 115–133. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13709/14333>
- Linares, M. (2002). *El contrato estatal* (1st ed.). Lima: Grijley.
- Linares, M. (2019). El acto administrativo contractual. Recuperado de Prometheo Portal Jurídico website: <http://prometheo.pe/el-acto-administrativo-contractual/>
- Linares, M., & Pomasonco, E. (2015). El Régimen Facultativo de las Exoneraciones de los Procedimientos Administrativos de Selección de Contratistas. *Revista Derecho & Sociedad*, (44), 155–162. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14397/15012>
- Montaña Plata, A. (2010). *Fundamentos de Derecho Administrativo* (1ra ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Morón, J.; Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal* (1ra ed.). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Tomo I* (12va ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Tomo I* (14va ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

- Navas, C. (2015). *El Arbitraje en las Contrataciones del Estado* (1ra ed.). Lima: Legales Ediciones.
- Navas, C. (2017). *Responsabilidades y sanciones en las contrataciones del Estado* (1ra ed.). Lima: Ediciones Legales.
- Pinto, J. Z. (2015). Modificaciones al Contrato en la Normativa de Contrataciones del Estado. *Derecho y Sociedad*, 44, 191–202. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi9uZDkk4PbAhUQMt8KHcU7BloQFggpMAA&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fdownload%2F14401%2F15016&usg=AOvVaw3VFoRJuQyK1_c-mVleii_a
- Retamozo, A. (2014). *Manual de preguntas y respuestas de la Ley de Contrataciones del Estado* (1ra ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Revilla, T. (2011). *La transparencia en la ley de contrataciones del Estado*. 195–221. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3022/3470>
- Robles, M; Yunque, A. (2017). Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo. En *Comentarios al TUO de la ley del Procedimiento Administrativo General* (1ra ed., pp. 301–304). Jurista Editores.
- Roca, O. (2017). Art. 11.- Instancia competente para declarar la nulidad. En *Comentarios al TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Tomo I* (1ra ed., pp. 207–211). Lima: Jurista Editores.
- Rocca, F. (2018). El silencio Administrativo en la liquidación de obras Públicas. Recuperado de <http://www.caeperu.com/columnistas/fernando-rocca-luna/el-silencio-administrativo-en-la-liquidacion-de-obras-publicas.html>
- Rodríguez-Arana, J. (2011). Discrecionalidad y motivación del acto administrativo en la ley española de procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (68), 207–229. Recuperado de <http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=fua&AN=102909178&lang=es&site=ehost-live>

Rubio, M. (2008). *El Título Preliminar del Código Civil* (10va ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

